

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

68

JULIO
DICIEMBRE
1996

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, Carlos García Lozano, General Consejero Togado, Asesor Jurídico General, 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 Montuill Lavilla, General Consejero Togado, Antonio Mozo Secane, 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:

Alfredo Baena Cazenave,
Coronel Auditor

SECRETARIOS ADIUNTOS:

José Manuel Salvador Temprano, Teniente Coronel Auditor, Alfonso Barrada Ferreirós, Comandante Auditor, Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor.

CORRESPONSALES

Ministerio de Defensa: Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Comandante Auditor, Guardia Civil: José Luis Egido Trillo-Figueroa, Coronel Auditor. R.M. Sur: José Rojas Caro, Coronel Auditor R.M. Levante: Manuel Eusebio Perucho Franco, Coronel Auditor. R.M. Pirineica O.: Jesús Otea Salas, Teniente Coronel Auditor R.M. Pirenaica 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 Paradelo, 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

DD

**REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR**



68 JULIO
DICIEMBRE
1996

MADRID

FICHA CATALOGRÁFICA DEL CENTRO DE PUBLICACIONES

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 es responsable de su elaboración 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

Catalogación correspondiente al año 1996 (N. 68)

REVISTA española de derecho militar : 68, julio-diciembre [Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. — Madrid: Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1996. — 286 p.; 24 cm

NIPO 076 - 96 - 006 - 8. — D.L. M. 523-1958

I. Escuela Militar de Estudios Jurídicos (Madrid)

II. España. Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, ed.

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



Edita: **MINISTERIO DE DEFENSA**
Secretaría General Técnica

© Editor y Escuela Militar de Estudios Jurídicos

NIPO: 076 - 96 - 006 - 8

I.S.S.N.: 0034-9399

Depósito Legal: M. 523-1958

Imprime: Campillo Nevado, S.A.

**INDICE GENERAL DEL NUMERO 68
JULIO-DICIEMBRE 1996**



I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

- 1.1. Cesáreo Gutiérrez Espada: El Derecho Internacional Humanitario y los Conflictos Armados Internos. (Aprovechando el *Asunto TADIC*) 13
- 1.2. Carlos Pérez del Valle: Aproximación a los problemas dogmáticos de la obediencia en el Derecho Penal Militar 37
- 1.3. Manuel M. Gómez del Castillo y Gómez y Juan A. Navas Córdoba: La detención en el ámbito Jurídico Militar 61

2. NOTAS

- 2.1. Pedro Escribano Testaut: El deber de prestación del servicio militar y el principio de no discriminación por razón de sexo 95
- 2.2. Antonio Millán Garrido: "El Boletín Jurídico Militar" de México (1935-1955) 123
- 2.3. Francisco Blay Villasante: Comentario de urgencia a los delitos contra el deber de prestación del servicio militar en el nuevo Código Penal 137
- 2.4. José Luis Fernández Fernández: ¿Hacia una mayor comercialización del INVIFAS? 147
- 2.5. Luis Tejada González: La defensa en la Unidad de Europa Maastricht 153

II. TEXTOS

1. LEGISLACIÓN

- Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil 173
- Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario 173
- Real Decreto 265/1996, de 16 de febrero, por el que se modifica el Real Decreto 1/1987, de 1 de enero de 1987, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa .. 173
- Real Decreto 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los diferentes departamentos ministeriales 173
- Orden Ministerial 84/1996, de 21 de mayo, de Delegación de competencias en materia de convenios, contratos, administración de créditos y gastos 173

2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. Penal y Procesa Militar. Por Alfonso Barrada Ferreirós . 177
- 2.2. Contencioso-Administrativa. Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández 205

III. BIBLIOGRAFÍA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. Fernández de Buján, Federico: Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en Derecho Romano". Dykinson, Madrid, 1995. Por Florencio Segura Piñeyro 251
- 1.2. Fernández Rodera, José Alberto: Formularios de procedimiento penal abreviado (Juzgados de Instrucción y de lo Penal). 2.ª ed. Madrid. La Ley-Actualidad Editorial, 1996. Por Alfonso Barrada Ferreirós 254

1.3. Cousido González, P.: Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento. Bosch, Barcelona, 1995. Por Antonio Millán-Garrido	256
1.4. Molina Blazquez, C.: La aplicación de la pena. Bosch, Barcelona, 1996. Por Antonio Millán-Garrido	259
1.5. Muñoz Alonso, José Manuel: El Servicio Militar. Dijusa, Madrid, 1995. Por Gonzalo Muñoz Vega	262

2. RECENSIÓN DE REVISTAS

2.1. Martínez-Cardós Ruiz, José Leandro: Información Bibliográfica administrativa, militar y de Derecho Internacional y Humanitario	267
2.2. Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente, núms. 145 y 145 bis (octubre-diciembre 1995). Por Antonio Mozo Seoane	270
2.3. Revista Vasca de Administración Pública, núm. 43 (septiembre-diciembre, 1995). Por Antonio Mozo Seoane	273

IV. INFORMACIÓN

1.1. Acto de presentación del Núm. 65 de la Revista Española de Derecho Militar "In Memoriam" del Excmo. Sr. D. Javier Sánchez del Río y Sierra, Magistrado del Tribunal Supremo y General Consejero Togado	279
---	-----

I. DOCTRINA

1. ESTUDIOS

EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO Y LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS (Aprovechando el *Asunto TADIC*)

Cesáreo Gutiérrez Espada
*Catedrático de Derecho Internacional
Público y Relaciones Internacionales*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. EL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS: 2.1. DERECHO CONVENCIONAL: A) EL ARTÍCULO 3 COMÚN DE LOS CONVENIOS DE GINEBRA (1949) Y EL PROTOCOLO II (1977). B) CONTENIDO FUNDAMENTAL. 2.2. ¿EXISTEN NORMAS CONSUETUDINARIAS DE DERECHO INTERNACIONAL APLICABLES A LOS CONFLICTOS ARMADOS NO INTERNACIONALES?—III. *DE LEGE FERENDA*: ¿UN ÚNICO DERECHO PARA TODO TIPO DE CONFLICTOS ARMADOS?: 3.1. EN GENERAL. 3.2. EN UN SUPUESTO CONCRETO: LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS CULPABLES DE CRÍMENES DE GUERRA.

I. INTRODUCCIÓN

1. El Derecho internacional humanitario (terminología que comenzó a utilizarse en los documentos del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) y en la Conferencia diplomática de 1976 y 1977 que elaboró los Protocolos I y II complementarios de los Convenios de Ginebra de 1949), o Derecho de los conflictos armados, quizás con un matiz más amplio pero denominación a mi juicio más precisa, se basa en una distinción fundamental: la que separa los conflictos armados *internacionales* de los denominados *no internacionales* (o *internos*). Distinción profundamente enraizada en los Convenios de Ginebra de 12 de agosto 1949 sobre la protección de las víctimas de guerra (1), mantenida en los

(1) Convenio para mejorar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña (BOE de 23 agosto 1952), convenio para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las Fuerzas Armadas en el mar (BOE de 26 agosto 1952), convenio relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra (BOE de 2 septiembre 1952), y convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra (BOE de 5 septiembre 1952).

Todos ellos vinculando, prácticamente a la sociedad internacional en su conjunto.

Protocolos I y II de 8 de junio de 1977 adicionales a los citados convenios, el primero relativo a los conflictos armados internacionales y el segundo a los internos (2), y calificable de “fundamental” porque supone la aceptación de un grado de protección muy diferente para las víctimas de esos conflictos.

Es interesante recordar, no obstante, que ninguna de las Declaraciones o textos internacionales sobre los conflictos armados adoptados antes de 1949 contenía disposición alguna sobre su ámbito de aplicación, siendo los convenios de Ginebra los que, por vez primera (arts. 2 y 3 comunes a los cuatro Convenios adoptados en la capital suiza). Introdujeron la distinción y, por ende, el impreciso concepto de “conflicto armado no internacional”.

2. El Derecho internacional clásico no se olvidó por completo de las guerras civiles, pero supeditaba la aplicación a las mismas del Derecho de la guerra al *reconocimiento de beligerancia*, es decir, sólo si el Gobierno contra el que una rebelión había estallado en su territorio se declaraba dispuesto a aplicar las leyes internacionales de la guerra a los rebeldes éstos podían invocar dichas normas y prevalerse de ellas. Pero como situación tal dependía del puro consentimiento del Gobierno en cuestión no resulta sorprendente que fueran extremadamente raros los casos de reconocimiento de beligerancia, con lo que *de facto* el Derecho de la guerra no se aplicaba en los conflictos armados de carácter interno. Hubo, desde luego, intentos para hacer obligatorio el reconocimiento de beligerancia si se daban determinadas condiciones, que resultaron baldíos. La teoría del *reconocimiento de insurgencia*, desarrollada algo después, tenía el mismo propósito: imponer a los Gobiernos la obligación de aplicar al menos algunos de los principios del *ius in bello* en los conflictos internos. Tanto el reconocimiento de beligerancia como el de insurgencia, que fueron los pilares esenciales para la aplicación de las leyes de la guerra a los conflictos armados no internacionales, duermen hoy el sueño de los justos (y es una forma de hablar, porque no me atrevo a poner la mano en el fuego por la *justicia* de figuras tales), habiendo desaparecido su cita, prácticamente, en los escritos sobre el Derecho internacional público contemporáneo.

(2) España ratificó también ambos, tres años después de su adopción (BOE de 26 julio 1989). Los Protocolos han sido “consentidos” por la inmensa mayoría de los Estados que existen, siendo el número II el que menos Partes tiene (más de 125 Estados).

El CICR y las sociedades nacionales de esta Organización no Gubernamental (ONG) hicieron ímprobos esfuerzos, esencialmente a través de un planteamiento no planificado previamente sino de decisiones *ad hoc*, para prestar asistencia humanitaria en los numerosos casos de insurrección acaecidos a finales del XIX y principios del siglo XX en Europa oriental, los Balcanes, o España, por no hablar del hemisferio occidental. De esta práctica nació la idea de elaborar algún tipo de normativa que impusiera a los Gobiernos la obligación (jurídica, formal) de prestar su acuerdo a la realización de este tipo de acciones. Así, la Cruz Roja americana sometió el primer proyecto de esta naturaleza a la Conferencia internacional de la Cruz Roja celebrada en Washington (1912); pero fue años después, en 1921, cuando se adoptó a este fin una resolución por la décima Conferencia internacional (Ginebra, 1921), que confirió a las sociedades nacionales de la Cruz Roja el derecho y también el deber de ofrecer sus servicios en supuestos de disturbios internos o guerra civil; asimismo, se impuso al CICR el deber de intervenir en los casos de guerra civil.

Hasta 1949, la citada resolución de 1921 y los Estatutos del CICR (revisión de 1928) eran los únicos títulos, no generados por ni formando parte pues del Derecho internacional positivo, en los que el Comité podía cobijar sus acciones en el caso de los conflictos armados de carácter no internacional.

Fueron los Convenios de Ginebra los que por primera vez aplicaron a los conflictos internos un mínimo de regulación jurídica, pero también los que establecieron por primera vez en Derecho internacional público una protección desigual para las víctimas de los conflictos armados (art. 3 común a los cuatro Convenios de Ginebra).

Los desarrollos que se han producido en los conflictos armados internos desde finales de la década de los sesenta han demostrado la inadecuación del contenido y ámbito de aplicación del art. 3 común, pues la frecuencia, intensidad y duración de estas “guerras domésticas” (principalmente a causa de la intervención de terceros), les asimila cada vez más a los conflictos armados internacionales; de ahí que sería lógico extender a los conflictos internos el régimen básico (combatientes y prisioneros, medios y métodos de combate, protección de la población y propiedad civil) que regula las guerras entre Estados.

En Ginebra, a lo largo del bienio 1976-77 se llevó a cabo una Conferencia internacional a fin de complementar y poner al día los Convenios de Ginebra. Eran dos las posiciones de partida posibles: o eliminar la distinción entre conflictos armados internacionales e internos, adoptando un sólo

Protocolo aplicable a todo tipo de conflictos, o mantenerla. Triunfó la última. Y, de mantener esta distinción, dos caminos eran, a su vez, posibles:

— Completar el contenido de la protección en los conflictos internos tal y como venían definidos por el art. 3 común. Tesis, ésta, no aceptada por numerosos Estados participantes en la Conferencia, que vieron con profundo recelo el Proyecto de Protocolo preparado por el CICR, y las disposiciones concretas que este establecía a propósito del *status* de los combatientes, los prisioneros y las limitaciones que deberían respetar los beligerantes. Muchos Estados, en efecto, prefirieron tener las manos libres para “solucionar” a su modo las eventuales rebeliones o insurrecciones contra el Poder establecido.

— Extraer el mayor número posible de situaciones del régimen de los conflictos internos para cobijarlos bajo el paraguas más amplio, más impermeable, utilizado para la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Y así se hizo, al reconocer como “internacionales” las luchas que la comunidad internacional había ya aceptado, social y jurídicamente, como tal: las llevadas a cabo en un pueblo al que se le niega por la fuerza su derecho de libre determinación. El Protocolo I recoge una fórmula amplia ya utilizada por numerosas resoluciones de la Asamblea General de la ONU, que incluye a los pueblos que luchan “contra la dominación colonial”, pero también contra “la ocupación extranjera y los regímenes racistas”, entendiéndose que todos ellos lo hacen “en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación” (art. 1.4). Fórmulas de este tipo pueden, se escribió entre nosotros, “llevar los nombres propios de Cisjordania y Gaza por una parte, y el de Sudáfrica por la otra” (3); naturalmente este pasaje era absolutamente correcto en el año en que se escribió, pero hoy es ya historia, o, al menos, lo es en una parte (Sudáfrica) y está en camino de serlo en su totalidad (Gaza y Cisjordania).

3. Me propongo, a partir de ahora, comentar cual es el contenido del Derecho de los conflictos armados en su aplicación a los de carácter interno, para, finalmente, examinar, en general y respecto de un supuesto concreto, si *de lege ferenda* debería establecerse un sólo Derecho para cualquier tipo de conflicto armado.

(3) R. MESA GARRIDO: “conflictos armados sin carácter internacional en el marco de los Protocolos adicionales”, *Il Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*. Cruz Roja Española-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 7-16 (la cita textual en p. 13).

II. EL CONTENIDO BÁSICO DEL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO APLICABLE A LOS CONFLICTOS ARMADOS INTERNOS

2.1. *El Derecho convencional*

A) *El art. 3 común de los convenios de Ginebra (1949) y el Protocolo II (1977)*

4. El Derecho convencional aplicable, en la actualidad, a los conflictos armados internos está representado por el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (1949) y las disposiciones del Protocolo II (1977).

Artículo 3 y Protocolo II que constituyen disposiciones de aplicación autónoma. Y aunque a primera vista pueda parecer absurda una posición de esta naturaleza, pensando en que el Protocolo II habría ya “absorbido” en su texto todo lo que de válido y útil comportaba ya el art. 3 común de los cuatro convenios de Ginebra, es importante (y aún necesario) apoyar la existencia de una función y vida diferenciadas para dicho artículo y Protocolo.

5. El art. 3 de los convenios de Ginebra, es aplicable “en caso de conflicto armado, que no tenga carácter internacional, en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes (...)”. Vaga formulación, ésta, que permite una interpretación amplia, pues no se desarrollan, ni se comenta, ni ejemplifican sus términos, como los de conflicto *armado* o de carácter *no internacional*.

Esta característica del art. 3 común considerada en su día como su principal defecto, pues se estimaba inadmisibles un texto que permitía, por su genericidad e inconcreción, una interpretación digamos “elástica”, hoy, sin embargo, ha podido calificarse de “una de sus principales ventajas” (4).

6. Y es que el Protocolo II es mucho más restrictivo, excluyendo claramente algunas situaciones que encuentran cabida en un art. 3 común flexiblemente interpretado. El Protocolo II, además de estipular que su aplicación se limita a los conflictos armados no internacionales (como

(4) ABI-SAAB, R.: “Humanitarian law and internal conflicts: The evolution of legal concern” *Humanitarian law of armed conflict, Challenges ahead*, edit. por A.J.M. DELISSON y G.J. TANJA, T.M.C. Asser Institut, M. NIJHOFF, La Haya, 1991. pp. 2009-23 (en p. 216)

hacia el art. 3 citado), añade otras precisiones: los conflictos armados no internacionales a los que el Protocolo se refiere deben tener lugar:

i) En el territorio de una Alta Parte Contratante y “entre sus Fuerzas Armadas y Fuerzas Armadas disidentes u otros grupos organizados”, con lo cual quedan fuera de la normativa del Protocolo las situaciones de conflicto armado en el interior de un Estado entre dos o más grupos rebeldes.

ii) Y, además, las fuerzas disidentes deben estar “bajo la dirección de un mando responsable” y “ejercer un control tal (sobre una parte del territorio) que les permita llevar a cabo operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo”. Exigencia que expulsa del Protocolo II a gran parte de los conflictos internos, o les deja al menos aparte durante gran parte de su desarrollo, pues no será fácil para un grupo rebelde conseguir un control territorial tan sólido (por efectivo y continuado) como el que se da en el caso de las guerras civiles en su pleno apogeo; de este modo, como decía, todos los conflictos armados no internacionales que no rebasen el listón de lo que en una terminología de moda se denominan “conflictos de baja intensidad” (en los que, sin embargo, las balas horadan y las bombas despedazan de la mismita manera que en las guerras genuinas, los “conflictos de alta intensidad” claro) quedan fuera de las normas el Derecho internacional humanitario.

Ahora se comprenderá mejor por qué mantener que el art. 3 común que los cuatro Convenios de Ginebra sigue siendo válido y útil y su aplicación puede hacerse autónomamente respecto de la del Protocolo II, es no sólo posible sino conveniente y aún necesario; y he escrito *posible* porque la cita que de la misma hago no pretende sólo proponer o sugerir lo que “debería” mantenerse o apoyarse (*de lege ferenda*), sino afirmar cual es el Derecho internacional humanitario “en vigor” (*de lege lata*): así, el Protocolo II apunta, sin duda, a la autonomía y validez del art. 3 común cuando precisa respecto de sí mismo que:

“(…) desarrolla y complementa el art. 3 (...) sin modificar sus actuales condiciones de aplicación (art. 1)”.

B) *Contenido fundamental*

7. El art. 3 común establece explícitamente la aplicación, en los conflictos armados internos, de algunos principios humanitarios fundamenta-

les, básicamente relativos a la protección de los derechos humanos e integridad física de las personas en cualquier circunstancia:

“En caso de conflicto armado sin carácter internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las Partes contendientes tendrán la obligación de aplicar, por lo menos, las disposiciones siguientes:

1.^a Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluso los miembros de las Fuerzas Armadas que hayan depuesto las armas y las personas que hayan quedado fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de carácter desfavorable basada en la raza, el color, la religión o las creencias, el sexo, el nacimiento o la fortuna, o cualquier otro criterio análogo.

A tal efecto, están y quedan prohibidas, en cualquier tiempo y lugar, respecto a las personas arriba mencionadas:

- a) los atentados a la vida y a la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, torturas y suplicios;
- b) la toma de rehenes;
- c) los atentados a la dignidad personal, especialmente los tratos humillantes y degradantes;
- d) las condenas dictadas y las ejecuciones efectuadas sin previo juicio, emitidas por un Tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2.^a Los heridos y enfermos serán recogidos y cuidados.
(...)”.

Pero tales actos se prohíben únicamente respecto de personas que no toman parte en las hostilidades, que han rendido sus armas, o están en fuera de combate. Es decir, la diferencia fundamental con la protección establecida por los Convenios de Ginebra en general, es que el art. 3 común, en su aplicación a los conflictos internos, no establece regulación alguna específica aplicable a combatientes y prisioneros, que para el mismo al parecer no existen y, por tanto, ¿para qué atribuirles derechos y deberes?.

Es cierto que el art. 3 recomienda que, aparte el *minimum* normativo en él previsto, las partes en un conflicto deberían comprometerse a aplicar “por medio de acuerdos especiales, todas o parte de las demás dispo-

siciones” (se refiere a las de los Convenios de Ginebra). Esta posibilidad, y salvo excepciones (5), ha sido raramente usada en la práctica, como, por lo demás, era previsible (¿Gobierno y rebeldes sentados a una mesa para firmar un acuerdo de esta naturaleza entre el fragor de los disparos y el sobresalto de las escaramuzas?; parece algo surrealista, ¿no?=. Con algo más de éxito, el CICR ha conseguido en ocasiones convencer a las partes contendientes para que se maten, sí, pero con el debido respeto de algunas reglas concretas del Derecho humanitario.

8. El CICT ha intentado desde finales de la década de los sesenta que la comunidad internacional aceptara poner al día “el régimen de Ginebra”, regulando los conflictos armados internos de manera similar a los internacionales. Sus propuestas fueron presentadas en forma de Proyecto de Protocolo II por el Comité a la Conferencia de Ginebra (1976-77), siendo en buena parte rechazadas por los Estados participantes: para algunos Gobiernos porque la aplicación a los conflictos internos de algunos de los principios del Derecho internacional humanitario suponía una intervención en sus asuntos internos, otros se negaban a admitir que las que estallaban en sus territorios pudiesen alcanzar la categoría de guerras puras y duras, y, también debe señalarse, bastantes Estados del Tercer Mundo que tenían como punto de mira elevar el *status* de las guerras de liberación nacional, lo que consiguieron, demostraron carecer de la misma “sensibilidad” respecto de los conflictos internos.

El Protocolo II resultante sólo fue, por tanto, un débil eco del Proyecto del CICR. Así, sus disposiciones, las que el Comité consideraba fundamentales precisamente, fueron eliminadas; *status* de los combatientes, trato de los prisioneros de guerra y la regulación de los medios y métodos de combate.

9. Sería injusto con todo (y erróneo por lo demás) pensar que el Protocolo II no aporta mejora alguna a la regulación preexistente. Veamos algunos aspectos:

i) La aportación más descollante del Protocolo II se produce sobre todo respecto de sus artículos consagrados a la protección de la población y propiedad privada civil, que no aparecen en modo alguno en el art. 3 común a las cuatro convenciones de Ginebra, por ejemplo los que prohíben:

– los ataques a civiles

(5) Por ejemplo, en Angola (1975); vid, Ch. Zorgbibe: “Pour une réaffirmation du droit humanitaire des conflits armés internes”. *Journal de Droit International*, 97 (1970), pp. 658-83 (en p. 666).

- la utilización del hambre como método de combate
- la destrucción de bienes indispensables para la supervivencia de la población
- los ataques sobre instalaciones (presas, diques, centrales nucleares de energía eléctrica) que contengan fuerzas peligrosas
- los actos de hostilidad contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen un patrimonio cultural;
- desplazamiento forzoso de poblaciones (Protocolo II, arts. 13-17).

ii) También deben reseñarse, en cuanto resultan indispensables para el cumplimiento por la Cruz Roja de sus funciones, las disposiciones relativas a la protección del personal sanitario y médico, así como de los transportes y unidades médicas (Protocolo II, arts. 9-11).

iii) Y, en fin, la prohibición de los castigos colectivos y las órdenes de no dejar supervivientes (art. 4.1 y 4.2).

Se avanza, desde luego, aunque muy modestamente dado, de una parte, lo limitado de sus disposiciones en su comparación con las propias del Protocolo I, y, de otra, que el Protocolo II no podrá aplicarse, como sabemos, a los conflictos armados que no hayan alcanzado proporciones claras de guerra civil generalizada; constatación, esta última, que deja en el internacionalista un amargo regusto de frustración cuando piensa que el viejo Derecho internacional ya propiciaba, producido si el reconocimiento de beligerancia, la aplicación a las guerras civiles de *todas* las “leyes de la guerra”:

— El art. 3 común había previsto que, en el caso de los conflictos internos, “un órgano humanitario imparcial, tal como el CICR, podrá ofrecer sus servicios a las Partes contendientes”, intentando, sin decirlo, que éste cumpliera una función similar a la desempeñada, en el imperio aqueménida de Ciro el persa, los funcionarios nombrados como “ojos del Rey”, vigilando y apreciando imparcialmente el cumplimiento de sus disposiciones, y ejercer de este modo una sana presión sobre las partes a fin de hacerles más gravoso su incumplimiento; teniendo en cuenta, desde luego, que dicho artículo ni obligaba al Comité a ofrecer nada ni, mucho meno, podía obligar a las Partes en conflicto a aceptar ofrecimiento alguno.

— Pues bien, el Protocolo II no retiene siquiera un mecanismo de control de su aplicación tan “blando” como el descrito (razón esta, adicional a las ya expuestas, que resalta la conveniencia de defender la autonomía conceptual respecto de éste del viejo art. 3).

En la Conferencia de Ginebra los Estados participantes rechazaron, como atentatoria al principio de no intervención, una disposición del Proyec-

to de Protocolo II presentado por el CICR en la que se mantenía la posibilidad para el Comité de ofrecer sus servicios “para cooperar en la observancia de las disposiciones” del presente Protocolo (Proyecto, art. 39).

2.2. *¿Existe un Derecho internacional consuetudinario aplicable a los conflictos armados no internacionales?*

10. ¿Estaría obligado un Estado no parte en el Protocolo II, que regula los conflictos internos, por normas jurídicas no escritas sobre el tema?; o, también, ¿existen para las Partes en el citado Protocolo normas no escritas que les vinculen, por tanto, más allá de su concreta normativa?.

11. De inapreciable utilidad y oportunidad al respecto resulta la Decisión de 2 de octubre de 1995, de la Cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el *asunto Tadic* (competencia) (6). En ella, y sin necesidad de hacerlo, pues las acusaciones contra Tadic (atentados contra la vida e integridad corporal de los prisioneros) se referían a actos incluidos en el art. 3 común de las cuatro convenios de Ginebra aplicable a los conflictos armados no internacionales (si es que este fuera el caso), la Cámara de apelación se pronuncia minuciosamente sobre la existencia de normas de Derecho internacional general aplicables a los conflictos armados internos. Es ésta, desde luego, una actitud notable, que contrasta, como la doctrina ya se ha percatado, con el mínimo esfuerzo que ha venido realizando el TIJ para apoyar, con un análisis detallado de sus elementos, sus afirmaciones sobre la existencia de tal o cual norma consuetudinaria, y cuyo ejemplo paradigmático, sin duda, como en su momento ya puse de manifiesto (7), fue su sentencia en el *asunto de las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua*

(6) “Decision on the defence motion for interlocutory appeal on jurisdiction (the prosecutor v. Dusko Tadic *a/k/a/* ‘Dule’), de 2 de octubre 1995 (case núm. IT-94-I-AR72)”, International Tribunal for the prosecution of persons responsible for serious violations of international humanitarian Law committed in the territory of former Yugoslavia since 1991, Naciones Unidas, 1995.

La decisión puede consultarse, también, íntegramente en *International Legal Materials*, XXXV (1996), núm. 1, pp. 35-76.

(7) GUTIÉRREZ ESPADA, C.: *Derecho internacional público*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 525-27. Con una crítica más descarnada, D’AMATO, A.A.: “Trashing customary international Law”, *American Journal of International Law*, 81 (1987), núm. 1, pp. 101-105 (en pp. 102-103).

(fondo, 1986) (8), o, incluso, con el que llevó a cabo en materia más cercana a ésta el mismo Tribunal Internacional de Nuremberg (9).

La Cámara de apelación, felizmente para todos, no ha seguido este camino sino que pasa revista, desde 1930, a la práctica estatal (guerra civil española [1936-39], intento de secesión, de Nigeria, de la provincia de Biafra [1966-69], conflicto civil en El Salvador, [1986...]), resoluciones de la Sociedad de Naciones y Asamblea General de la ONU (entre estas las res. 2444 [1968] y 2675 [1970]), práctica del CICR, y las posiciones y declaraciones de Estados y grupos de Estados (como la Unión Europea, (10) respecto de conflictos armados internos o situaciones análogas (a propósito, por ejemplo, de Chechenia, o respecto del pueblo kurdo en Irak).

El análisis de tan numerosos materiales de base, que la Cámara expone detallada y valorativamente, desemboca en una conclusión fundamental, que puede exponerse distinguiendo los siguientes puntos:

i) Primero, existen normas consuetudinarias de Derecho internacional relativas a la protección de la población y propiedad privada civil y, más ampliamente, a la protección de toda persona que no toma parte activa (o ha dejado de hacerlo) en las hostilidades. Normas consuetudinarias, algunas de las cuales figuran ya como disposiciones de los Protocolos I y II, que pueden concretarse en supuestos más específicos, posiblemente del tenor siguiente:

— Debe distinguirse siempre, en la realización de las operaciones militares en un conflicto armado interno, entre las personas que toman parte en las hostilidades y la población civil, y, en general, quienes, habiéndolo hecho, han dejado de participar activamente en ellas.

— Prohibición de lanzar ataques contra la población civil.

— Las presas, diques ya otras instalaciones utilizadas únicamente por la población civil no pueden ser objeto de operaciones militares.

— Lugares o áreas designadas para la protección de la población (hospitales, zonas de refugio...) no pueden ser objeto de operaciones militares.

(8) Sentencia de 27 de junio de 1986, *CIJ Recueil 1986*, pp. 14 ss. (sobre todo pp. 99-100).

(9) Sassòli, M.: "La première décision de la Chambre d'appel du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie: *tadic* (compétence)", *Revue Générale de Droit International Public*, 100 (1996), núm. 1 pp. 101-34 (en p. 126); Meron, Th.: "The continuing role of custom in the formation of international humanitarian Law", *American Journal of International Law*, 90 (1996), núm. 2, pp. 238-49 (en p. 239).

(10) Decisión cit. (nota 6), pp. 53-68, párrafos 96-127.

— La población civil no puede ser objeto de represalias, traslados forzados u otros atentados contra su integridad.

ii) Segundo, la práctica estatal demuestra que los principios de Derecho consuetudinario internacional han evolucionado con relación a los conflictos armados internos también en lo relativo a los “medios” y “métodos” de combate. El sentido general de esta evolución apunta a la ilicitud de utilizar en la lucha cualquier tipo de armas o de procedimientos, pues resulta contrario al Derecho internacional el empleo de armas específicas o de determinados métodos de hacer la guerra:

— En cuanto a las primeras, el ejemplo por excelencia son las armas químicas.

— Y en cuanto a las segundas, la práctica demuestra la prohibición de la *perfidia*. Según el Protocolo I:

“constituirán perfidia los actos que, apelando a la buena fe de un adversario con intención de traicionarla, den entender a éste que tiene derecho a protección, o que está obligado a concederla, de conformidad con las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados. Son ejemplos de perfidia: (...) a) simular la intención de negociar bajo bandera de parlamento o rendición (...); c) simular una incapacitación por herida o enfermedad (...)”.

En conclusión, se han formado ya normas no escritas de Derecho internacional general que son de aplicación tanto a los conflictos armados como a los internos. De hecho, ya se había sostenido con anterioridad doctrinalmente que algunas disposiciones del Protocolo I, por su consideración de normas de *ius cogens* (dada su conexión indudable con los derechos humanos) se habían convertido ya en normas generales del Derecho internacional aplicables, en consecuencia, a todo tipo de conflicto armado (11).

(11) Por ejemplo, sus arts. 11.2 (prohibición de mutilaciones, experimentos médicos etc.), arts. 35, 37, 38 y 40 (sobre medios y métodos de combate), arts. 48, 51.3 y 51.4, 52 (en la materia de protección de la población civil y de sus bienes) (PASTOR RIDRUEJO, J.A.: “Protocolos de Ginebra de 1977 sobre Derecho internacional humanitario y Derecho internacional general y ‘ius cogens’”, *Il Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*, Cruz Roja-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 69-80, en pp. 77-79).

PENNA, L.R. añade otros: arts. 41, 45, 53, 54.1, 59, 73, 76, 78 (“Customary international law and Protocol I: An analysis of some provisions”, *Studies and essays of international humanitarian Law and Red Cross principles in honour of Jean Pictet*, Comité Internacional de la Cruz Roja-M. Nijhoff, Ginebra-La Haya, 1984, pp. 201-25 (en pp. 210-24).

Pero, como la Decisión de la Cámara de apelación en el caso Tadic citada sostiene, la emergencia de esas normas consuetudinarias para los conflictos armados internos encuentran dos limitaciones fundamentales:

— Solo un número limitado de reglas y principios que regulan los conflictos armados internacionales se han extendido a los conflictos internos.

— Esta extensión no ha tenido lugar en la forma de un trasplante total y mecánico de aquellas normas en los conflictos internos, sino la esencia general de las mismas, y no la detallada regulación que puedan contener (12).

12. Las conclusiones a las que llega la Decisión de la Cámara de apelación serían absolutamente convincentes, a tenor del análisis de los materiales utilizados que la misma lleva a cabo, de no ser por una consideración, que la propia Cámara ha advertido, y que me dejaría más tranquilo referir, a saber: será difícil, a los fines de determinar la existencia o no de normas consuetudinarias, comprobar la conducta de las tropas en el teatro mismo de operaciones (13), por lo que, en este tema, hay que basarse, fundamentalmente, en elementos; como pronunciamientos oficiales de los Estados, manuales militares y decisiones judiciales. Siendo esto así, me gustaría efectuar dos afirmaciones personales e interrelacionadas:

— Aceptando como juiciosas y ciertas las consideraciones acerca de las dificultades citadas para determinar *in situ* el comportamiento de las fuerzas armadas, parece razonable considerar que las conclusiones que se obtengan del análisis de los pronunciamientos estatales, sus manuales militares y decisiones judiciales son capaces de generar una presunción (*iuris tantum*) de la existencia de normas consuetudinarias.

— Ahora bien, si llegara a demostrarse que, en su comportamiento real, las fuerzas de los beligerantes incumplen abierta y sistemáticamente dichos

(12) Decisión cit. (nota 6), p. 67, párrafo 126.

(13) Para "la Cámara de apelación en concreto no sólo es difícil sino quizás "imposible". Las razones de este, sin duda, serio obstáculo son las siguientes: "este examen se hará extremadamente difícil por el hecho de que no sólo es que el acceso al teatro de operaciones se deniega a observadores independientes (a menudo incluso al CICR) , sino que también la información sobre el desarrollo actual de las hostilidades es retenido por las partes en el conflicto, o, lo que es peor, se recurre a menudo a la desinformación con la finalidad de engañar al enemigo, la opinión pública y los Gobiernos extranjeros" (Decisión... cit. [nota 6], p. 55, párrafo 99.

pronunciamientos, manuales o decisiones, tendríamos forzosamente que admitir que la *práctica* no se conforma a la *opinio iuris*, por lo que no podría admitirse la existencia de norma consuetudinaria alguna (14). Y es que nadie ha podido demostrar que exista norma alguna que, en el caso del Derecho humanitario, exima a las costumbres de sus dos elementos constitutivos (*práctica* y *opinio iuris*). En el Derecho internacional humanitario, como en el Derecho internacional en general, la costumbre ha evolucionado sin duda, pero no hasta el punto de haber dinamitado su estructura básica. Y porque esto es así, algún autor, como el profesor Meron, en nada sospechoso de malquerencia hacia el Tribunal para la antigua Yugoslavia, ha puesto en guardia sobre lo difícil que va ser persuadir a los Gobiernos para que acepten una posición, la de la Cámara de apelación, en la que no se ha identificado “práctica operacional” (15).

En todo caso, estoy convencido que la opinión de la Cámara de apelación sobre la existencia (y su identificación) de las normas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internos ejercerá una gran influencia en la materia. Y su “fuerza” se verá sin duda ampliada cuando, como parece lógico, sea recogida y enfatizada debidamente en el *Informe sobre las reglas consuetudinarias aplicables a los conflictos armados internacionales y no internacionales* que prepara el CICR, a petición del Grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de guerra y que la XXVI Conferencia internacional de la Cruz Roja y del Creciente Rojo asumió como propia (16). Aunque el Comité en cuestión no es un Estado ni tampoco una Organización internacional intergubernamental, su papel en el tema del Derecho de los conflictos armados ha sido, y es, importante, como se demuestra, entre otros datos, por el hecho de haberse reconocido su *status* y determinadas funciones tanto en los Convenios de Ginebra de 1949 como en los Protocolos I y II de 1977 (17). No sólo no hay, por tanto, “nada radical” (18) en que el CICR pueda ela-

(14) En el mismo sentido Sassòli cit. (nota 7), p. 127.

(15) Meron cit. (*supra* nota 9), p. 240.

(16) En su resolución I, de 7 diciembre 1995 (*Révue Internationale de la Croix Rouge*, 1995, p. 37; y *XXVI Conférence internationale de la Croix-Rouge, Genève 3-7 décembre 1995*, doc. 95/CI/2/1-2: Droit international humanitaire: Passer du droit à l'action, rapport sur le suivie de la Conférence internationale pour la protection des victimes de la guerre, Genève, 1995).

(17) *Vid. ad ex.* SANDOZ, Y.: “Réflexions sur la mise en oeuvre du Droit international humanitaire et sur le rôle du Comité international de la Croix-Rouge en ex-Yougoslavie”, *Révue suisse de Droit international et Européen*, 1993, núm. 4, pp. 463-90.

(18) Meron cit. (*supra* nota 9), p. 245.

borar un *restatement* sobre el Derecho consuetudinario de los conflictos armados, sino que es de esperar que dicho trabajo contribuya a reforzar la estructura normativa del Derecho humanitario de los conflictos armados internacionales y, sobre todo, de los de carácter no internacional.

III. *DE LEGE FERENDA*: ¿UN ÚNICO DERECHO PARA TODOS LOS CONFLICTOS ARMADOS?

3.1. *En general*

13. Sí, con independencia de la naturaleza internacional o interna de los conflictos armados, debe reclamarse, según mi criterio, una sola y misma normativa jurídica internacional y, por tanto, abandonarse formalmente la distinción sobre la que reposa hoy el denominado Derecho internacional humanitario y aparece simbolizada en la existencia de los Protocolos I y II de 1977.

La lógica de una posición de esta naturaleza, a la que me adhiero con decidido entusiasmo pese a considerarla (porque “lo cortés no quita lo valiente”) *de lege ferenda*, viene palmariamente demostrada por toda una serie de razones, conocidas ya de tan difundidas (19), pero que creo útil recordar también aquí, advirtiendo, sí, expresamente, de la interrelación existente entre todas ellas:

i) Los conflictos armados internos han sido frecuentes, y, lo que es más, conocida es la tesis, bastante razonable y lógica, de que desaparecido el “bloque socialista” y superada por tanto la división ideológico-político entre el Este y el Oeste, serán los conflictos “menores” (la gran mayoría de ámbito puramente doméstico) los que recogerán el testigo de los grandes enfrentamientos internacionales, por lo que esa frecuencia a la que hacía alusión se incrementará.

ii) Los conflictos armados no internacionales vienen demostrando una feracidad realmente preocupante y cada vez más extendida al conjunto de la población, a lo que cabría añadir el acceso de los contendientes a medios bélicos cada vez más sofisticados, devastadores y letales. En estas condiciones (piénsese, por ejemplo, no ya en casos que pueden parecer-

(19) Una de sus menciones más recientes es la efectuada por la Cámara de apelación en el *asunto Tadic* ante el Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia: Decisión cit. (nota 6), pp. 53-54, párrafo 97.

nos casi históricos, como la guerra civil española [1936-39], sino actuales: Nicaragua [1981-90], El Salvador [1980-93], Ruanda [1994], Liberia [1995-96]...), ¿existen, realmente diferencias de fondo entre guerras como las citadas y muchos de los conflictos armados que llamamos internacionales?

iii) A las dimensiones tan serias que los conflictos armados internos han alcanzado en la práctica, y que ya de por sí exigen una clara y completa regulación jurídico-internacional, se añade el hecho de lo que la práctica permite calificar de tendencia recurrente a la intervención extranjera, con lo que el riesgo de “desbordamiento” del conflicto a Estados vecinos es importante, éste, desde luego, “se contamina” con un factor de internacionalización evidente, que contribuye poderosamente a desdibujar esa omnipresente distinción entre conflictos internacionales e internos en vigor desde los Convenios de Ginebra de 1949. Y no son palabras sino hechos, los que acabo de apuntar: ¿acaso no hubo intervención, y profunda en la mayoría de ellos, de terceros Estados en la guerra civil de Nigeria (1967-70), o en las de Nicaragua y El Salvador?. Recuérdese, sin más, que el TIJ condenó a Estados Unidos por *inter alia*, la violación del principio que prohíbe la intervención a causa de su ayuda a las fuerzas de “la contra” en lucha con el Gobierno sandinista de Nicaragua (20).

iv) La consolidación de la tesis de que el hombre, por serlo, tiene derechos inalienables y que el respeto de sus derechos constituye una de las normas fundamentales del Derecho internacional público contemporáneo, contribuye también a la necesidad de establecer una misma protección jurídica para los combatientes, los prisioneros y el personal no implicado activamente en las hostilidades sea cual sea la naturaleza, internacional o no, de un conflicto armado (21). ¿Qué justificación lógica, moral o jurídica, puede encontrar la concesión de una seria protección jurídica para la población civil (la prohibición del secuestro, la violación, la tortura, la destrucción de hospitales, iglesias [...]) o su propiedad privada, así como para los combatientes y prisioneros, y la proscripción de las armas que causen

(20) Sentencia de 27 de junio de 1986 cit. (*supra* nota 8), pp. 146 y 123 ss.

(21) Sobre la relación, y su resultado, entre las normas de Derecho internacional humanitario y las relativas a los derechos humanos respecto de los conflictos y disturbios armados internos, desde un punto de vista más detallado y analítico que el que yo sugiero en el texto, véase KOIJMANS, P.H.: “In the shadowland between civil wars and civil strife: Some reflections on the standard-setting process”, *Humanitarian Law of armed conflict. Challenges ahead*, A.J.M. DELISSON y G.J. TANJA (Edits), TMC Asser Institute, Nijhoff, La Haya, 1991, pp. 225-47.

sufrimientos innecesarios y de ciertas formas de hacer la guerra en el caso de un conflicto entre dos o más Estados, y no establecer las mismas prohibiciones, proscripciones y protecciones cuando los el estruendo de los cañones tiene lugar en el interior de los confines de unas fronteras estatales?. ¿No tienen los ciudadanos del Estado A, en el que ha estallado un conflicto armado, los mismo derechos que los ciudadanos que pueblan los Estados B y C que han entrado, el uno contra el otro, en guerra abierta?.

Si aceptamos la idea, fresca y cristalina como el agua de manantial, que las normas del Derecho internacional humanitario no son sino reflejo específico, en un tema dado, de algunos principios fundamentales de humanidad, que forman el corazón mismo de los derechos del hombre acogidos por Declaraciones y tratados internacionales, ¿nos queda, acaso, salida alguna que no nos lleve a clamar por el abandono jurídico-formal de la distinción entre conflictos armados internacionales y no internacionales?.

14. Especialmente importante me parece un aspecto concreto. Si, en general, todo tipo de conflicto armado debiera ser regulado por un mismo Derecho humanitario, ello me parece singularmente evidente respecto de la responsabilidad penal de los individuos culpables de haber cometido violaciones del Derecho de la guerra.

Y, por ser más preciso: ¿Acaso los culpables de lo que serían crímenes de guerra no podrían ser acusados de violar el Derecho internacional, y en consecuencia ser declarada su responsabilidad internacional, si dichos crímenes se cometen en el marco de un conflicto interno y sí si éste tiene carácter internacional?.

3.2. *Respecto de un problema concreto: El castigo de las personas responsables de crímenes de guerra.*

15. Sabemos ya (22) que, tras la Segunda Guerra Mundial, el Tribunal Internacional de Nuremberg consideró que las personas físicas pueden incurrir en responsabilidad penal internacional, aunque la misma no figure contemplada en un tratado internacional, por violación de normas internacionales consuetudinarias y, en concreto, condenó a las autoridades del régimen nazi por la comisión de crímenes contra la paz, crímenes de guerra

(22) Sobre esta cuestión véase en general GUTIÉRREZ ESPADA cit. (*supra* nota 7), pp. 232 ss.

y contra la humanidad. A juicio del Tribunal, el inequívoco reconocimiento por los Estados del Derecho de la guerra y la práctica estatal manifestada en pronunciamientos oficiales, declaraciones y decisiones de los tribunales, datos reveladores de la intención de castigar a las personas culpables de esas violaciones, implicaban la existencia de normas generales de Derecho internacional que establecían la obligación para los seres humanos individuales de respetar el Derecho de los conflictos armados, y cuyo desconocimiento provocaría su responsabilidad penal internacional (23).

Los llamados “Principios de Nuremberg” fueron enseguida reafirmados por la Asamblea General de la ONU, y más tarde reformulados por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) (24).

También sabemos que la CDI ha elaborado un *Proyecto de Código de crímenes contra la paz y la seguridad de la humanidad* (25), en el que se incluyen “los crímenes de guerra excepcionalmente graves”, crímenes, todos, que pueden ser castigados por los Estados en aplicación del principio de “jurisdicción universal” (es decir, todo Estado que aprese a una de esas personas o lo juzga y condena con la severidad adecuada a la gravedad del delito o lo extradita a otros Estados que puedan demandarlo) (26).

Comisión que ha adoptado, igualmente, un Proyecto de Estatuto de Tribunal Internacional permanente que podrá enjuiciar, *inter alia*, a quienes cometan “violaciones graves del Derecho relativo a los conflictos armados” (27).

(23) *The Trial of major war criminals: Proceedings of the International Military Tribunal sitting at Nuremberg Germany*, Nuremberg, 1950, parte 22, pp. 445 ss., 467.

(24) Resolución 95 (I), de 11 de diciembre 1946; y *Yearbook of the International Law Commission*, 1950-II, pp. 364 ss. (en pp. 374-80).

(25) *Anuario de la CDI*, 1991, II, Segunda Parte, pp. 85-116.

(26) El art. 6 del Proyecto de Código de la CDI dice así:

“1. El Estado en cuyo territorio se encuentre el presente autor de un crimen contra la paz y la seguridad de la humanidad deberá juzgarlo o conceder su extradición.

2. Si son varios los Estados que solicitan la extradición, se tendrá en cuenta especialmente la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido el crimen.

3. Las disposiciones de los párrafos 1 y 2 no prejuzgarán la creación y la competencia de un Tribunal Penal Internacional”.

El art. 6 se acompaña de un asterisco en el que se indica: “Este artículo volverá a examinarse si se crea un Tribunal Penal Internacional” (los comentarios al art. 6 pueden consultarse en *Anuario CDI*, 1988, II, Segunda Parte, p. 73).

(27) Proyecto de Estatuto de un Tribunal Permanente Internacional, “Informe de la CDI a la Asamblea General sobre los trabajos de su 46 período de sesiones (2 mayo - 22 julio 1994)”, *Documentos oficiales de la Asamblea General en su 49 período de sesiones. Suplemento núm. 10 (A/49/10)*.

Del mismo modo, es forzoso citar la práctica de la ONU: El Consejo de Seguridad decidió crear un Tribunal Internacional para juzgar a las personas responsables de violaciones graves del Derecho Internacional humanitario cometidas en el territorio de la antigua Yugoslavia (1991) y, posteriormente, para los hechos ocurridos en la guerra civil de Ruanda (1994) (28).

Y obsérvese que ni los citados trabajos de la CDI ni en las resoluciones del Consejo de Seguridad se especifica que la responsabilidad de los individuos culpables debe estar necesariamente ligada a la naturaleza *internacional* del conflicto; más aún, en el caso de la antigua Yugoslavia (y sin duda posible ya en el de Ruanda) la naturaleza interna del conflicto en cuestión no es descartable.

16. Las observaciones apuntadas son relevantes porque cuando el Tribunal Penal para la ex-Yugoslavia decidió enjuiciar al Sr. Tadic por crímenes de guerra contra los prisioneros a su cargo (29) y su decisión impugnada por los abogados del acusado ante la Cámara de apelación, estos argumentaron que la violación del Derecho de la guerra *cuando se comete en el marco de un conflicto armado interno* no podía generar la responsabilidad penal internacional de los presuntos culpables, pues, a su juicio, el Derecho internacional en vigor sobre el tema no contempla, no ha previsto, medida de sanción alguna por la violación de las normas establecidas para los conflictos armados no internacionales (30). ¿Es esto así?

Hay algo cierto: El art. 3 común de los cuatro Convenios de Ginebra no contiene ninguna referencia explícita a la responsabilidad criminal por la violación de sus disposiciones, ni tampoco lo hace el Protocolo II, relativo este, como aquel artículo, a los conflictos armados no internacionales, salvo para regular los principios procesales mínimos que los Estados partes deberán adoptar en su *Derecho interno* cuando sancionen a los

(28) Res. 827, de 25 mayo 1993; Res. 955, de 8 noviembre 1994

(29) Decisión sobre la moción de la Defensa acerca de la jurisdicción del Tribunal, de 10 agosto 1995, as. Đusko Tadic núm. IT-94-I-T, Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Naciones Unidas, 1995.

(30) *Vid. ad ex.* Sobre esta cuestión en general. Ch. Meindersma: "violations of common article 3 of the Geneva Conventions as violations of the laws or customs of war under article 3 of Statute of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia", *Netherlands International Law Review*, XLII (1995), núm. 3, pp. 375-97 (sobre todo pp. 387 ss.).

combatientes capturados o a quienes, en definitiva, han perdido la guerra civil (art. 6 del Protocolo II); no se trata, evidentemente, de responsabilidad *internacional*. Que la represión de las infracciones del art. 3 común y el Protocolo II constituyen, fundamental e, incluso, básicamente, cuestión interna (competencia de los Tribunales nacionales), es, por tanto, la conclusión inevitable de la doctrina, que personalmente comparto, aunque no puede ignorarse el hecho de que la creación de Tribunales internacionales *ad hoc* (antigua Yugoslavia y Ruanda) empuja claramente en pro de la extensión de las normas del Derecho humanitario (incluidas las relativas a la responsabilidad penal individual) a los conflictos armados no internacionales (31).

En mi opinión, sin embargo, la existencia de normas generales que establecieran la responsabilidad internacional de quienes violan el Derecho de los conflictos armados internacionales, haría absurdo y contrario a las consideraciones de humanidad más elementales cuyo respeto parece en el Derecho de la Guerra una cuestión clave (32), confinar dichas normas únicamente en el ámbito de ese tipo de conflictos armados. Pero ¿existen esas normas generales?. Pues es muy posible que existan ya o al menos, y esto es seguro, que están avanzando a buen paso por el camino de su formación; y apoyo esta impresión en las ideas siguientes:

— *Primero*, en la práctica sentada por las decisiones del Tribunal Internacional de Nuremberg (1945), la asunción de su “doctrina” por la Asamblea General de la ONU (1946) y su sistematización por la Comisión de Derecho internacional (1950).

— *Segundo*, porque parece clara una *opinio iuris* en el sentido de que las violaciones graves del Derecho de los conflictos armados suponen

(31) Vid. ad ex. FERNÁNDEZ FLORES, J.L.: “La represión de las infracciones del Protocolo II”, *II Jornadas de Derecho internacional humanitario (4 y 5 de mayo de 1989)*, Cruz Roja Española-AIETI-Universidad, Sevilla, 1990, pp. 57-67; y, sobre todo, Meron, Th.: “International criminalization of internal atrocities”, *American Journal of International Law*, 89 (1995), núm. 3, pp. 540-77.

(32) Recuérdese la vigencia y actualidad (desde los primeros Convenios de La Haya regulando el *ius in bello*) de la denominada cláusula Martens en el conjunto del Derecho de los conflictos armados. Más aún, ¿no resulta significativo que, en su Preámbulo, el Protocolo II haga una expresa referencia a la misma?:

“ (...) en los casos no previstos por el Derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública”.

para sus autores la comisión de un crimen internacional, *opinio* que se manifiesta:

-) En el mismo Protocolo I, que obliga a los Estados partes a reprimir las infracciones a sus disposiciones (considerando expresamente las infracciones graves como *crímenes de guerra*), y a procesar penalmente o a cooperar en materia de extradición y a tener “debidamente en consideración la solicitud del Estado en cuyo territorio se haya cometido la infracción alegada”, instituyendo, incluso, una Comisión Internacional de Encuesta con competencias para investigar cualquier hecho que haya sido alegado como infracción grave de los Convenios de Ginebra o del Protocolo I (arts. 85-91 de éste).
-) En los citados trabajos de la CDI (Proyecto de Código, y Proyecto de estatuto de un Tribunal permanente).
-) En las decisiones del Consejo de Seguridad de crear Tribunales penales de carácter *ad hoc* (para la antigua Yugoslavia y en el caso de Ruanda), decisiones, recuerdese, que se toman *ex art.* 25 de la Carta, esto es, como resoluciones obligatorias jurídicamente para todos sus Estados miembros.
-) Y, asimismo, en la tipificación de esas acciones como delitos gravísimos, penados adecuadamente a su naturaleza y gravedad, en los Manuales militares de numerosos Estados y en sus Códigos o leyes penales. En relación con España el nuevo Código penal (1995) recoge con detalle toda una serie de conductas contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, inspirándose estrechamente en los Convenios de La Haya (1899 y 1907), de Ginebra (1949) y los Protocolos I y II (1977), y fijando penas que oscilan entre las más leves (prisión de seis meses a dos años) y las más graves (de diez a quince años) (33).

— *Y tercero*, porque esa *opinio iuris* se va aplicando en la práctica, se actúa”: así, el Tribunal para la antigua Yugoslavia ya está en marcha y con sus primeros asuntos, y más y mejor, podría decirse, de las jurisdicciones nacionales de los Estados en cumplimiento de sus leyes penales antes apuntadas.

En conclusión, la responsabilidad penal de los individuos culpables de violaciones del Derecho de la guerra en los conflictos armados internos

(33) Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, arts. 608-14 (Código que entró en vigor el 25 de mayo de 1996).

vendría exigida por la existencia de normas internacionales que consagran la misma en el caso de los conflictos armados internacionales, y cuya extensión a aquellos resulta de exigencias elementales de lógica, sentido común y con base en principios de humanidad. Esta interpretación que hago ha encontrado apoyo en la decisión de la Cámara de apelación del Tribunal Penal para la antigua Yugoslavia en el asunto Tadic (34), que se convierte así en un importante dato de la práctica en este sentido.

Decisión que, además, acepta la existencia de una práctica internacional directamente referida a y en los conflictos internos (y cita decisiones de órganos judiciales nigerianos respecto de la guerra civil en ese país, manuales militares de Alemania [1992], Nueva Zelanda [1992], Estados Unidos [1956] y el Reino Unido [1958], legislaciones nacionales en aplicación de los Convenios de Ginebra (antigua Yugoslavia [1978 y 1990], Bosnia [1992], Bélgica [1993], y resoluciones de la Asamblea General [Somalia...]) suficiente para poder sostener que:

“Todos estos factores confirman que el Derecho internacional consuetudinario impone responsabilidad criminal por serias violaciones del art. 3 común, tal y como resulta complementado por otros principios generales y reglas sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados internos, y por la violación de algunos principios y reglas fundamentales relativos a los medios y métodos de combate en las guerras civiles” (35).

A los actos que la Decisión cita expresamente cabría, sin duda, añadir otros de interés: me refiero, naturalmente, a numerosas declaraciones del Presidente del Consejo de Seguridad de la ONU y, mejor aún, resoluciones del mismo, en las que este Organismo condena todas las violaciones del Derecho humanitario y reclama la responsabilidad internacional de las personas físicas que las comenten; esas resoluciones se toman en relación con un conflicto como el que estalló en la antigua Yugoslavia (Croacia y Eslovenia en primer lugar) y se condensó finalmente en el Estado, soberano ya, de Bosnia-Herzegovina (36), y asimismo, por si hubiera alguna duda (sobre la invocación, digo, de la responsabilidad penal de los indivi-

(34) Decisión cit. (nota 6), p. 68, párrafos 128-29.

(35) Decisión cit. (nota 6), pp. 69-70, párrafo 132.

(36) Por ejemplo, y sin ánimo de exhaustividad, Res. 787, de 16 noviembre 1992, párrafo 7; Res. 819, de 16 abril 1993, párrafo 7; Res. 827, de 25 mayo 1993, párrafo 2; Res. 859, de 24 agosto 1993, párrafo 7.

duos en el marco de un conflicto armado interno *in actu*) también en relación con la guerra civil de Ruanda (37).

Hermosas ideas, sin duda, pero cuando el internacionalista intenta acercarse honestamente a la realidad de los hechos lo que recuerda son conductas terribles en Nicaragua o El Salvador, atrocidades (que han dado la vuelta al mundo en los medios escritos y gráficos) en la guerra civil de Liberia, matanzas indiscriminadas en Chechenia, y un genocidio bárbaro que parece propio de tiempos peores en Ruanda; todos ellos conflictos internos de la década de los ochenta y noventa, y conflictos, todos ellos, en los que la sustanciación de las responsabilidades penales (¿o no las ha habido por ventura?) no se ha producido salvo, tal vez, excepciones, que por lo demás, no han trascendido. No, cuando un observador desea concluir, honestamente, su reflexión, debe decir que la Cámara de apelación, al concluir tan tajantemente como lo hace, que según las normas generales del Derecho internacional las culpables de violaciones graves del Derecho humanitario en el marco de los conflictos internos son responsables desde el punto de vista del Derecho internacional público y deben en consecuencia ser castigados, se comporta con más voluntarismo que acierto; al menos hasta hoy (38). En su opinión separada, el juez Li, uno de los integrantes de la Cámara, ha considerado también que no existen normas consuetudinarias aplicables a los conflictos internos que establezcan la responsabilidad individual en los supuestos que se recogen en el art. 3 común a los cuatro convenios de Ginebra (39).

Cuestión distinta es que esa posibilidad deba defenderse y apoyarse y que, como es de esperar, la misma camine hacia su consolidación en la práctica por el peso cada vez mayor de una *opinio* cada vez más general.

Cuestión distinta es, también, que en el asunto Tadic, la justicia material haya triunfado, porque con independencia de las dudas acerca de si existen ya o no normas consuetudinarias que declaren su responsabilidad penal internacional (si el conflicto se califica de interno, como el acusado defendía) lo cierto es que todas las facciones en lucha en el territorio de Bosnia-Herzegovina habían concertado, a iniciativa del CICR, los Acuerdos de 22 de mayo y 1 de octubre de 1992 por los que se compro-

(37) Res. 935, de 1 julio 1994, párrafo 3 del Preámbulo; y sobre todo res. 955, de 8 noviembre 1994, que establece el Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

(38) *Vid.* en este sentido las consideraciones de Sassòli, cit. (*supra* nota 9), pp. 128-30.

(39) *Vid.* su argumentación, en especial cuando compara el Estatuto del Tribunal para la antigua Yugoslavia con el de Ruanda en este punto: "Separate Opinion of judge Li...", párrafos 10-12 (Decisión ... cit. [nota 6], pp. 3-4 de la Opinión).

metieron a “castigar a los responsables de las violaciones del Derecho internacional humanitario” (40), Acuerdos ambos que las Partes decidieron aplicar en los que parecían considerar un conflicto armado interno y no internacional (41).

(40) Artículos 5.2 del primero y arts. 3.1 y 4.1 y 4.2 del 2.º

(41) Decisión cit. (nota 6), pp. 71, 40, 47, párrafos 136, 73 y 83.

APROXIMACIÓN A LOS PROBLEMAS DOGMÁTICOS DE LA OBEDIENCIA EN EL DERECHO PENAL MILITAR

Carlos Pérez del Valle
Comandante Auditor
Letrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LOS CASOS DE OBEDIENCIA.—III. VISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LAS DISTINTAS POSICIONES: A) OBLIGATORIEDAD DE ÓRDENES ILÍCITAS Y UNIDAD DEL ORDEN JURÍDICO: CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE LA OBJECCIÓN A LAS ÓRDENES POR PARTE DEL SUBORDINADO. B) LA POSIBILIDAD DE DEFENSA. C) LA TESIS DE LA AUSENCIA DE DISVALOR DE ACCIÓN EN EL SUBORDINADO. D) OBEDIENCIA Y AUTORÍA MEDIATA.—IV. APROXIMACIÓN A UN FUNDAMENTO DIFERENCIADOR EN LA OBEDIENCIA: A) LOS DIFERENTES COSTES DE LA ORGANIZACIÓN JERÁRQUICA: NECESIDAD DE UNA CONSIDERACIÓN ESPECIAL DEL ÁMBITO MILITAR. B) LA PERSPECTIVA EX ANTE DE LAS CAUSAS DE JUSTIFICACIÓN: PROPUESTA DE UNA SOLUCIÓN. C) LA DEFENSA FRENTE A ÓRDENES ILÍCITAS.

I. INTRODUCCIÓN

1. La discusión sobre la obediencia en su dimensión penal y penal militar no ha sido infrecuente, y, por ello, un estudio general del problema ha de ser difícilmente novedoso en su planteamiento dogmático, pese a la posibilidad, siempre subsistente, de aportar soluciones alternativas a las ya formuladas en la doctrina y en la jurisprudencia.

A ello se añade un problema que sí es sustancialmente nuevo en nuestro Derecho penal posterior a la codificación militar: el CP de 1995 no incluye en el catálogo de circunstancias eximentes la obediencia debida, y la remisión expresa del CPM al CP en esta materia permite cuestionar si una eventual revisión del CPM ante la promulgación de un nuevo CP

común, que se ha calificado de inevitable (1), debería implicar una nueva regulación expresa de la obediencia.

2. La codificación española presenta aspectos de interés (2), y, en particular, aporta algunas reflexiones sobre la desaparición de la obediencia debida como circunstancia expresamente prevista para la exclusión de la pena en el Código penal común (3). En cualquier caso, en aquellos

(1) CALDERÓN SUSÍN, «Trascendencia penal y disciplinaria de la insubordinación. La desobediencia», *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, 1992.

(2) Desde mi punto de vista, los antecedentes demuestran que ésta ha sido una cuestión candente, frente a lo manifestado por VIVES ANTÓN en el sentido de que «la exención de responsabilidad criminal en virtud de obediencia ha venido siendo admitida sin mayores discusiones en nuestro derecho» («Consideraciones político-criminales en torno a la obediencia debida», en *Estudios penales y criminológicos-V*, Santiago de Compostela, 1982, pp. 131 y ss, en particular p. 133). Así, puede observarse el art. 21 CP 1822 («En ningún caso puede ser considerado como delincuente ni culpable el que comete acción (...) por alguna orden a las que legalmente esté obligado a obedecer y ejecutar»); el art. 12 Proyecto CCrim 1830 («No excusa de la pena del delito, la orden de un superior dada contra ley expresa»); art. 17 Proyecto CCrim 1831 («No salvan de la responsabilidad, (...), la obediencia debida en cosas lícitas al que haya ordenado su perpetración...»); el art. 9 Proyecto CCr 1834 («No excusa de la responsabilidad del delito la orden del superior para cometerle»). Sobre estos antecedentes, cfr. *Crónica de la Codificación Española/5. Codificación penal-II*, LASSO GAITE, Ministerio de Justicia, 1970.

(3) En efecto, en el Dictamen de la Junta de CCrim en relación con el art. 17 del Proyecto CCrim 1831, se suprimió la referencia a la obediencia debida porque «siendo la obediencia al mandato de un superior uno de los modos de tener más o menos complicidad en la perpetración de los delitos y merecer por consiguiente más o menos pena, creyó más oportuno reservar este punto para cuando se llegase a tratar las varias clases de delincuentes y del reato que tiene el mandatario y el que manda cometer un delito». El artículo que se proponía tenía como texto: «Estará igualmente exento de pena el que desobedeciere o no efectuare órdenes ilegales. Para que este hecho no constituya delito deberán concurrir las circunstancias siguientes:

1.^a Que las órdenes desobedecidas sean realmente contrarias a la ley en su disposición o en la manera con que se quieran efectuar.

2.^a Que la desobediencia no sea seguida del delito cometido o por el desobediente para llevar a efecto su negativa.

3.^a Que la desobediencia no sea por funcionario público respecto de las órdenes que estén obligados a cumplir de sus superiores. La creencia de la ilegalidad, por fundada que aparezca no excusa de la pena, como de hecho sean las órdenes ilegales» (*Crónica*, cit, pp. 518-519).

En esa misma línea, en las Actas de la Comisión General de Codificación sobre el Código penal (sesiones 1844-1845), se excluyó la propuesta de un art. 12 relativo a la obediencia, y se observa en la discusión una tendencia a que el asunto quede reducido al problema de los delitos de desobediencia y resistencia (cfr. a ese respecto la opinión de Vizmanos en la sesión de 18 octubre 1844 sobre el art. 12 (*Crónica*, cit., p. 519), y también en relación con el art. 18, en el que se indicaba expresamente que no excusaría de la pena «la obediencia debida en cosas ilícitas», inciso que también se excluyó del texto (*Crónica*, p. 522).

momentos quedaba al margen de la discusión el problema de la obediencia militar, que se consideraba plenamente garantizada a través de las leyes penales especiales (4).

II LA FUNDAMENTACIÓN DOGMÁTICA DE LA EXENCIÓN DE PENA EN LOS CASOS DE OBEDIENCIA

1. En la doctrina española fue mayoritaria la tesis de la justificación en cuanto a la obediencia debida, planteada necesariamente respecto de las órdenes antijurídicas, pues, como ya había señalado *Jiménez de Asúa* —que consideraba esta circunstancia como una causa de exclusión de la culpabilidad— las órdenes adecuadas a derecho son tan sólo un problema de cumplimiento de un deber y no afectan estrictamente al problema de la obediencia jerárquica (5). Ciertamente en España, como en la doctrina alemana de principios de siglo, existía una opinión generalizada de que la obediencia jerárquica constituía una causa de justificación «que descarga al que la debe de las consecuencias penales del acto ejecutado por orden de quien pueda exigirla» (6). El hecho de que las consecuencias de responsabilidad civil no estaban previstas para la circunstancia prevista en el art. 8.12.^a, hizo optar a algunos autores por esta solución (7). A ello se ha unido el criterio que parte de la interpretación de los delitos de desobediencia o de ponderación de intereses o de deberes (8).

(4) En esas primeras fases de la codificación se encontraban en vigor las Reales Ordenanzas de Carlos III, de 1768, cuyo título 10, Tratado VIII, regulaba el delito llamado de «inobediencia». Sobre estos aspectos, RODRÍGUEZ DEVESA, «La obediencia debida en el Derecho penal militar», *REDM-1957* (3), pp. 29 y ss, en particular p. 65.

(5) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho penal-IV (El delito-II)*, 3.^a ed., Losada, Buenos Aires, 1976, p. 533. También en *Tratado-VI (La culpabilidad y su exclusión)*, Losada, Buenos Aires, 1962, pp. 764-765.

(6) BERNALDO DE QUIRÓS, en *Enciclopedia Jurídica Española*, Seix, Barcelona, 1915, voz «Obediencia debida», p. 549.I.

(7) DEL ROSAL, *Tratado de Derecho penal español-PG, vol. 1, 2.^a ed. revisada y corregida por COBO*, 2 ed, Madrid, 1976, p. 853, pese a que «las consideraciones técnico-dogmáticas de los partidarios de la postulación de la obediencia como causa de inculpabilidad son por demás sugerentes» (p. 852).

(8) Cfr. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español-PG*, 16 ed, Dykinson, Madrid, 1993, p. 550. No es tan claro RODRÍGUEZ DEVESA en «La obediencia debida en Derecho penal militar», *REDM-3* (1957), p.72, en «La subordinación militar en derecho comparado», *REDM-11* (1961), pp. 82 ss o en «La obediencia debida en el CPM español de 1985», en *RDP-103* (1986), pp. 276-277. También PORRES JUAN-SENABRE,

En este marco, las posiciones de *Roxin* (9) y de *Jakobs* (10) han resalado algunos aspectos novedosos del lado de la posibilidad de justificación de la ejecución de algunas órdenes contrarias a derecho.

«Consideración general de la eximente de la obediencia debida», en *REDM-12 (1961)*, pp. 111 y ss, en particular p. 129; VALENCIANO ALMOINA, *La reforma del CJM. Comentarios a la LO 9/80*, Madrid, 1980, p. 97; MIR PUIG, *Derecho penal-PG*, PPU, Barcelona, 1985, pp. 437-438; HIGUERA GUIMERÁ, *Curso de Derecho penal militar español-PG*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 358, que sigue el criterio de CEREZO y parece referirse a un conflicto de deberes; GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho penal español*, Universidad Complutense, 1979, p. 67; OCTAVIO DE TOLEDO-HUERTA TOCILDO, *Derecho penal-PG*, Castellanos, Madrid, 1984, pp. 241 ss; QUERALT JIMÉNEZ, *La obediencia debida en el Código penal*, Bosch, Barcelona, 1986, pp. 406-407. En mi opinión, la posición de QUERALT (consideración funcional del deber de obediencia) no está tan alejada del conflicto de deberes con el que explica estos casos STRATENWERTH (*Verantwortung und Gehorsam*, JCB Mohr, Tübingen, 1958, pp. 181-182), pues el conflicto de deberes no es sino un conflicto de intereses en el que, en la ponderación, el orden jurídico introduce un nuevo factor: su propio interés en que se realice o se omita un determinado comportamiento el conflicto de deberes responde a una situación diferente del conflicto de intereses (cfr. más extensamente mi posición en esta materia y las consecuencias en reglas de resolución de conflictos, en PÉREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho penal*, Comares, Granada, 1994, pp. 173-178).

(9) *Strafrecht-AT, Bd. I*, Beck, Munich, 1992, § 17-18. En su opinión, es correcto el criterio que atribuye a la orden obligatoria carácter justificante, también cuando excepcionalmente es antijurídica, pues en tales casos existe una colisión de intereses, en la que prevalece el deber de obediencia de funcionarios y soldados sobre las pequeñas infracciones, y el deber de evitar comportamientos ilícitos en las infracciones más graves. Precisamente aquí ROXIN menciona un aspecto que, en mi opinión, no debe perderse de vista: entre las infracciones más graves, y junto a las relativas a la dignidad de la persona y al Derecho penal, incluye en parte también las contravenciones (es decir, las meras infracciones de carácter administrativo).

(10) *Strafrecht-AT*, 2.ª ed., de Gruyter, Berlin, 1991, 16/12. En su opinión, el derecho positivo en Alemania permite afirmar que una orden que vulnera la dignidad de la persona o infringe la ley penal no es obligatoria, independientemente de que el subordinado conozca o no esa circunstancia, lo que es aplicable tanto al ámbito militar como al de los funcionarios. Las órdenes con ese contenido no estarán justificadas, y sólo podrá reconocerse al subordinado la exclusión o la disminución de culpabilidad (*AT*, 19/51). En cualquier caso, reconoce una situación especial del subordinado que implica una disminución de la culpabilidad por causa de una minoración de la exigibilidad, sobre la base de un estado psicológico —el cansancio, el agotamiento o la persuasión por parte del superior— para el que no es competente (*loc. cit.*, 19/55; sobre el concepto funcional de culpabilidad sobre la base de competencia, 17/69 ss). Si la exclusión de la culpabilidad es total el superior es un autor mediato que actúa con un instrumento *quasi* justificado (*loc. cit.*, 21/96 ee). Pero la cuestión es si la regla consiste en la no obligatoriedad de las órdenes antijurídicas o en una ponderación generalizada entre las órdenes obligatorias en sí y las que se suponen ilícitas (*AT*, 16/13), lo que se pone de manifiesto al diferenciar entre delitos y faltas o ilícitos administrativos, pues las primeras no son vinculantes y las segundas sí lo son. En ese sentido, la tesis de STRATENWERTH sobre el conflicto de deberes habría de ser aceptada, porque el subordinado normalmente no puede apreciar si una contravención está o no justificada, y en una

2. Frente a la tesis de la justificación, el criterio de *M.E. Mayer* (11), fue recogido por *Jiménez de Asúa* (12) y posteriormente por numerosos autores (13). En ese sentido, puede llegar a afirmarse que en la desaparición de la mención expresa de la obediencia en los últimos Proyectos de CP y en el CP de 1995, puede haber tenido cierta importancia el rechazo que a la misma existencia de esa mención habrían propuesto algunos de los autores partidarios de este punto de vista (14).

3. Una posición intermedia ha mantenido *Maurach*, quien consideraba que el cumplimiento de mandatos antijurídicos por el subordinado que conoce su ilicitud puede implicar un caso de exclusión de la responsabilidad por el hecho (15). Sin embargo, tiene cierta relevancia el

organización jerárquica los costes de la misma han de quedar a cargo de quien se sirve de ella —el superior como autor mediato— y no aquél de quien se sirve —el subordinado está justificado (AT, 16/14 y 15). Entre esos costes se encontraría el hecho de que si el subordinado no está justificado, correría el riesgo de la defensa (*loc.cit.*, nota 22). En ese sentido, considera rechazable un «deber de apreciación» de carácter general, aunque el subordinado ha de hacer constar su objeción a la orden cuando se percate de que el superior parte de una base de hecho reducida —lo que debe entenderse, en mi opinión, como insuficiente o parcial—, si bien en el caso de que la *remonstratio* fuese infructuosa, la cuestión habría de resolverse con las reglas generales de la colisión de deberes. Esta *remonstratio* tendría lugar también en el ámbito militar, siempre que fuese temporalmente posible (AT, 16/15). Precisamente, el ejemplo que pone *JAKOBS* para explicar esta última afirmación se refiere a un soldado al que se le ordena el manejo de una máquina que no puede controlar, y cuya *remonstratio* resulta infructuosa: si el peligro originado es para la vida o la integridad de las personas, no debe cumplir la orden; si representa un riesgo de daños a las cosas, debe obedecer (*loc.cit.*).

(11) «Das rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten», *Festschrift für Paul Laband*, Tübingen, 1908, pp. 119 y ss, en particular p. 136. M.E. MAYER presenta los problemas de obediencia de mandatos ilícitos como casos de violencia o de error.

(12) *Tratado-VI*, p. 789 y 808.

(13) SÁNCHEZ TEJERINA, *Derecho penal español*, 5 ed, Madrid, 1950, p. 283 (el autor no actúa voluntariamente, sino que ejecuta la acción de otro); ANTÓN ONECA, *Derecho penal-PG*, Madrid, 1949, pp. 274-275 (error, no exigibilidad y casos de ponderación en favor de la obediencia); SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal-PG*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 738 (no exigibilidad); DÍAZ PALOS, *NEJ Seix*, «Obediencia debida», pp. 748 y ss; QUINTERO OLIVARES, *Derecho penal-PG*, Signo, 1986, pp. 500-503; VIVES ANTÓN, *Estudios*, pp. 139-140; CALDERÓN SUSÍN, *Comentarios al Código penal militar* (arts. 21 y 22), Civitas, Madrid, 1988, pp. 420-421; MORILLAS CUEVAS, *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Civitas, Madrid, 1984, p. 153; BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed, Akal, Madrid, p. 158.

(14) VIVES ANTÓN, *Estudios*, pp. 146-147; QUINTERO OLIVARES, *PG*, p. 503; MORILLAS CUEVA, *La obediencia debida*, pp. 217-218.

(15) *Tratado de Derecho penal* (trad. de Córdoba Roda), Ariel, Barcelona, 1962, p. 74. Este criterio es mantenido hoy por ZIPF (cfr. MAURACH/ZIPF, *Strafrecht-AT*, 7 ed, CF Müller, Heidelberg, 1987, § 34/25).

hecho de que otros autores que mantienen la existencia una categoría intermedia entre la justificación y de la culpabilidad o separada de la culpabilidad en sentido estricto no incluyan en ella los casos de obediencia (16).

4. Esta situación doctrinal en relación con la obediencia puede resumirse, por tanto, en dos posiciones enfrentadas (17). Por un lado, un sector limita la obligatoriedad de las órdenes a su adecuación a Derecho, de forma que ninguna orden antijurídica es obligatoria, y la creencia errónea en la obligatoriedad de la orden por parte del subordinado tan sólo puede acaso producir la exculpación. Según este criterio, en los casos de exclusión total de la culpabilidad del autor, el superior es autor mediato detrás del instrumento no culpable. Además, frente al cumplimiento de la orden contraria a derecho cabe la legítima defensa y —en los casos de exclusión de la culpabilidad— el estado de necesidad defensivo (18).

Por otra parte, la línea doctrinal opuesta fundamenta también el deber de cumplimiento de una orden antijurídica y lleva al subordinado a una colisión entre el deber de obediencia y el deber general de evitación de lo ilícito, que es resuelta bien de forma general, bien en cada caso particular. Si en el conflicto prevalece el deber de obediencia, el subordinado actúa de forma justificada, y el superior es autor mediato detrás del instrumento que actúa justificadamente (19).

Desde mi punto de vista, esta demarcación permite incidir sobre el problema de las consecuencias de cada una de las posiciones, que constituyen, en realidad, los aspectos básicos en la discusión: a) la obligatoriedad de cumplimiento de las órdenes antijurídicas; b) la incidencia en los límites de las causas de justificación frente a la orden antijurídica; c) la fundamentación del disvalor en el comportamiento del subordinado que

(16) En España, BACIGALUPO, *Principios de Derecho penal español-PG*, Akal, Madrid, 1990, pp. 166-170, quien mantiene la existencia de una categoría con la misma denominación que MAURACH, aunque con un significado diferente, fundada en la disminución de lo ilícito (cfr. mi defensa de la teoría en *Conciencia y Derecho penal*, cit., 1994, pp. 284 y ss). En Alemania, tampoco ROXIN la incluye entre los supuestos de exclusión de la responsabilidad jurídico penal (AT, §§ 22 y 23).

(17) JAKOBS, AT, 16/11. Resalta además que no existe una determinación legal en Alemania que permita optar por alguna de estas posibilidades (16/12).

(18) JAKOBS, AT, 16/11. En Alemania existe una delimitación clara entre el estado de necesidad agresivo y el estado de necesidad defensivo.

(19) JAKOBS, AT, 16/11-12.

obedece una orden ilícita; y d) los efectos de la configuración de estos comportamientos como casos de autoría mediata.

III. VISIÓN DE LAS CONSECUENCIAS DE LAS DISTINTAS POSICIONES

A) *Obligatoriedad de órdenes ilícitas y unidad del orden jurídico: consideración particular de la objeción a las ordenes por parte del subordinado*

Los criterios expuestos permiten afirmar que el postulado de unidad del orden jurídico tan sólo se ve cuestionado en estos casos de obediencia cuando se afirma la obligatoriedad de órdenes antijurídicas. Sin embargo, para una buena parte de las teorías que sostiene la justificación esta dificultad es, desde un punto de vista teórico, sólo aparente.

En efecto, la unidad del orden jurídico exige que, en idéntico contexto, idénticos objetos de valoración sean ponderados de acuerdo con las mismas máximas, también cuando cambian los ámbitos del derecho a los que pertenece la valoración (20). En ese sentido, las teorías de la justificación ofrecen una explicación que evita cualquier colisión en ese campo, pues en la ponderación de intereses que ha de conducir al interés preponderante, tienen en cuenta como valor propio el interés en salvaguardar la disciplina o la obediencia. En esta perspectiva contempla *Stratenwerth* el conflicto de deberes cuando afirma la justificación en los casos en los que el deber de obediencia tiene un rango superior al de todos los demás deberes con los que entra en colisión y la obligatoriedad de las órdenes que se dictan en esos casos, aun cuando sean contrarias a derecho (21) o *Queralt* al ponderar la función y legitimidad del superior en el deber de obediencia (22). Incluso posiciones teóricas que parten en principio de que la obediencia excluye la culpabilidad, como la de *Calderón Susín*, llegan a admitir la entrada en la ponderación del deber de obediencia como término de valoración del interés preponderante en órdenes de dudosa legitimidad (23).

(20) JAKOBS, *AT*, 11/5.

(21) *Verantwortung*, cit, p. 181.

(22) *La obediencia*, cit, pp. 413 y ss.

(23) *Comentarios*, p. 423.

Estas posiciones suponen, por tanto, que lo que en su contenido parecían órdenes contrarias a derecho, son en realidad conformes a derecho, porque existe un interés en favor del cumplimiento de la orden (24).

B) Sin embargo, la fórmula de la ponderación de intereses se muestra, en realidad, como un complicadísimo instrumento (25). De hecho, se indica en ocasiones que debería aspirarse, de *lege ferenda*, a una diferenciación entre unos intereses individuales susceptibles de defensa necesaria y otros intereses irrenunciables de una parte respecto a los que sería posible una lesión justificada, y de intereses estatales renunciables en los que sí cabría una lesión justificada (26).

El valor del deber de obediencia que se introduciría de este modo en la ponderación de los factores del conflicto está por ello vinculado a la posibilidad de presentar objeciones a la orden, pues cuanto mayor sea la extensión de esta última será menor el valor del contenido obligatorio del deber. En efecto, el deber de obediencia respecto a órdenes que proceden de un superior jerárquico —y, en su caso, la posibilidad de atribuir un valor determinado al interés del Estado en la obediencia y en el cumplimiento de las órdenes a la hora de ponderar el conflicto en el que se ha de comprobar la licitud de la orden— exigiría una configuración correcta de la objeción a esas órdenes cuando el subordinado considera la posibilidad de que sean ilícitas (27).

(24) Ese criterio, por tanto, podría discutirse en relación con la distinción elaborada por la Jurisprudencia entre el delito de desobediencia del art. 102 CPM y las infracciones disciplinarias de desobediencia, paralela a la diferenciación entre órdenes «legítimas», en el sentido del art. 19 CPM, o simplemente «lícitas», según la cuál el delito de desobediencia sólo es posible frente a órdenes «legítimas» y las infracciones disciplinarias pueden tener lugar frente a órdenes «lícitas» (Cfr. SSTs 5.ª 6 julio 1992, pn: Jiménez Villarejo, y 29 septiembre 1992, pn: Gimeno Amiguet, en las que sí puede establecerse la autorización a través de una ponderación de intereses).

(25) LENCKNER, «The Principle of Interest Balancing as a General Basis of Justification», en *Justification and Excuse* (ESER/FLETCHER), Max-Planck-Institut, Freiburg i. Br., 1987, pp. 493 ss, en particular p. 523.

(26) JAKOBS, AT, 16/14, nota 21.

(27) En realidad, el criterio mantenido por la Jurisprudencia en relación con el delito militar de desobediencia presenta esta misma necesidad de determinar las exigencias de la objeción, que en los casos consignados en el art. 21 CPM considera un deber. En ese sentido, puede citarse la STS 5.ª 11 junio 1992 (pn: Jiménez Villarejo), que mantiene que el deber de obediencia subsiste salvo en los casos expresamente citados en el art. 21 CPM, y el subordinado debe acatar la orden «sin perjuicio del derecho que le asiste de formular ante su superior inmediato las objeciones que estime pertinentes, bien en el acto, bien después de la misión encomendada si la presentación de la objeción la perjudicase». Como se ve, coincide en la cuestión del perjuicio con el servicio, con lo afirmado con JAKOBS respecto al tiempo de ejecución de la orden y los problemas de la objeción (cfr. AT, 16/15). En un sentido similar, aunque apoyando la resolución en el concepto de legitimidad de la orden, se encuentra la STS 5.ª 8 julio 1993 (pn: Sánchez del Río Sierra).

Por tanto, es precisa una delimitación de las exigencias que hacen posible la objeción, y, en particular, de las que permiten afirmar un deber de objeción a la orden.

En el ámbito militar, se ha resaltado la conexión de este aspecto con el problema de la unidad del orden jurídico (28). En ese sentido, desde el punto de vista del Derecho penal, el deber de objeción a la orden sólo podría apoyarse en la reprochabilidad de la obediencia pese al conocimiento del carácter manifiesto de delito de la orden dictada (de la ilicitud de la acción), y no directamente en la omisión del deber de objeción o del deber de examen (29). Ello no es obstáculo para que el deber de objeción se extienda a órdenes manifiestamente basadas en un error de hecho o de derecho del superior, que son esencialmente contradictorias o que han llegado a quedar sin sentido como consecuencia de una modificación sustancial de las circunstancias de hecho (30). Sin embargo, en relación con las «órdenes peligrosas», toda la responsabilidad correría a cargo del superior y no puede afirmarse la existencia de deber de objeción (31). En los demás casos, subsistiría el derecho a la objeción a la orden cuando la ejecución de la orden no resulte posible desde el punto de vista del subordinado, cuando la orden es oscura (ausente de claridad) o ambigua, o cuando la objeción pueda estar autorizada por una especial formación profesional del subordinado (32).

(28) SCHWENCK, «Die Gegenvorstellung im System von Befehl und Gehorsam-Ein Beitrag zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des militärischen Untergebenen», en *Festschrift für Eduard Dreher*, de Gruyter, Berlin, 1977, pp. 495 y ss, en particular p. 501.

(29) *Dreher-FS*, p. 503. Este último deber de examen sólo podría concebirse en casos de duda, según señala SCHWENCK (loc.cit.). También aquí se observa una coincidencia con la afirmación del deber de objeción en la STS 5.ª 6 julio 1992, a la que ya se ha hecho referencia.

En cualquier caso, la distinción no me parece necesaria, pues ambas explicaciones son concurrentes si se considera que, si obedece, el subordinado se convierte también en garante (sobre la extensión de la posición de garante a los delitos activos, cfr. JAKOBS, *AT*, 7/56-58). Se trata, en suma, de la consolidación de ciertas expectativas sobre la base de la ilicitud manifiesta del comportamiento ordenado: la estabilización de las normas exige del subordinado el deber de objeción o de examen, pues, por su contenido, el cumplimiento de aquella orden sin más, sería una actuación peligrosa en el desarrollo de su propia competencia de organización que hace que se convierta en garante (en los delitos de dominio).

(30) *Dreher-FS*, p. 507.

(31) *Dreher-FS*, pp. 507-508.

(32) *Dreher-FS*, p. 508. La posibilidad de que los conocimientos técnicos específicos puedan estar incluidos en esta enumeración es, desde mi punto de vista, relativa, pues sólo ha de ser así en tanto la decisión técnica entraña un efecto exclusivo en el ámbito de la especialización. La pericia en transmisiones, por ejemplo, no puede implicar el enjuiciamiento sobre la adecuación de una orden que, para evitar la localización por fuerzas de un ejército enemigo, exige al experto cortar las comunicaciones.

En ese mismo ámbito militar, algún sector de la doctrina española ha negado que exista la posibilidad de *remonstratio* (33). No obstante, y pese a que la solución no se considere adecuada (34), su mera propuesta es expresión clara de que existe una eficacia diversa del deber de obediencia en diferentes situaciones, e incluso en diferentes organizaciones jerárquicas. La afirmación de que la intensidad de la organización jerárquica hace constatar una diversa intensidad en la obligatoriedad de los deberes de obediencia en cada ámbito de organización no se contrapone, por tanto, al postulado de unidad del orden jurídico.

τ) Sin embargo, la significación que la obligatoriedad de las órdenes tiene para la unidad del orden jurídico no se agota en el derecho nacional, sino que afecta también al Derecho de gentes (35) o las Leyes o usos de la guerra a los que se refiere el art. 21 CPM.

En cualquier caso, esta contraposición con el Derecho de gentes se ha venido observando tanto desde la perspectiva de las fuentes (tratados internacionales, derecho consuetudinario, principios generales del derecho (36), o la aceptación de principios jurídicos fundamentales por el derecho interno de los miembros de la comunidad internacional (37)) como en la determinación de ciertos comportamientos como delitos internacionales y su separación en grupos diferentes (delitos contra la paz, delitos de guerra y delitos contra la humanidad (38)). Una interpretación coherente adecuada al principio de proporcionalidad debe aceptar que las transgresiones de las Leyes y usos de la guerra son estos delitos internacionales, y no infracciones de menor grado. En esta línea, el CP (arts. 136-137 bis) y el CPM (arts. 69-78) construyen el derecho positivo interno sobre la base de estos delitos internacionales.

(33) En este sentido, RODRÍGUEZ DEVESA, *RDP-1986*, p. 287, sobre la base del contenido del art. 32 de las RROO-FAS: «Cualquiera que sea su grado acatará las órdenes de sus jefes. Si considera su deber presentar alguna objeción la formulará ante su superior, siempre que no perjudique la misión encomendada, en cuyo caso la reservará hasta haberla cumplido». En mi opinión, el contenido de este precepto es coincidente con la línea jurisprudencial y con algunas posiciones doctrinales que ya se refieren a la posibilidad de *remonstratio* en el ámbito militar, siempre que sea temporalmente posible (cfr. JAKOBS, *AT*, 16/14).

(34) Me remito a lo indicado en la nota anterior.

(35) VOGLER, «Zum Einwand des "Handelns auf Befehl" im Völkerstrafrecht», en *Revue de droit pénal militaire-1968*, p. 111.

(36) VOGLER, *RDPM-1968*, p. 112.

(37) VOGLER, *RDPM-1968*, p. 112.

(38) OEHLER, *Internationales Strafrecht*, 2.^a ed, Carl Heymanns, Munich, 1983, p. 610.

En la cuestión de la obediencia, planteada desde esta perspectiva en particular, se han formulado soluciones que no presentan grandes diferencias entre sí. Mientras *Vogler* se apoya en el principio de confianza siguiendo a *Stratenwerth* e indica que éste sólo queda suprimido cuando el subordinado conoce el carácter delictivo del delito o cuando es manifiesto de forma que el desconocimiento de ese carácter le sería reprochable (39); *Oehler* sostiene que existe una causa de exclusión de la pena para el subordinado cuando la orden no es manifiestamente contraria a derecho y cuando aquél de forma razonable no pudiese percibir la ilicitud de la orden, lo que no debe excluir que otras circunstancias (error, estado de necesidad) puedan también excluir la pena (40).

Como puede observarse, en ambos casos se apunta —aunque ha de reconocerse que no de una forma evidente— hacia la construcción de una autorización general para confiar en la licitud de la orden, aunque dentro de los límites de lo que se podría considerar «razonable».

B) *La posibilidad de defensa*

La cuestión de la posibilidad de defensa ha sido, como se ha visto, uno de los aspectos especialmente debatidos en la discusión dogmática. Si la acción del subordinado, aún lesiva de intereses de un tercero, está autorizada porque actúa por una orden ilícita pero que, por sus circunstancias, permite que prevalezca el deber de obediencia sobre aquella lesión, el afectado se vería privado de la posibilidad de defenderse frente a dicha orden (41). Por tanto, un aspecto de la discusión se ha centrado con frecuencia en la conveniencia o no de que pueda reconocerse esta posibilidad de defensa. De hecho, ha sido uno de los argumentos de principio que han presentado con frecuencia las teorías partidarias de la exclusión de la culpabilidad (42).

(39) *RDPM-1968*, p. 127.

(40) *Internationales Strafrecht*, p. 638.

(41) Cfr. ya H. MAYER, «Der bindende Befehl im Strafrecht» en *Festgabe für Reinhard von Frank*, Bd. I, JCB Mohr, Tübingen, 1930, pp. 598 y ss, en particular pp. 614-615.

(42) VIVES ANTÓN, en *Estudios*, p. 137: «Si la obediencia debida fuese una causa de justificación, el ciudadano habría de soportar cualquier exceso cometido por los servidores del estado siempre que se hallase amparado por una orden superior: no podría esgrimir, frente a tales supuestos excesos, una legítima resistencia, puesto que, amparados por una causa de justificación, devendrían justos, jurídicamente inobjetables. Si, en cambio, constituyese una simple excusa, (...), al menos, el particular afectado podría ejercitar su derecho a la resistencia al amparo del número 4 del art. 8 del Código penal (legítima defensa)».

No obstante, sobre este punto deben hacerse algunas consideraciones específicas que, en mi opinión, no está ausentes de relevancia:

1. La negación de la legítima defensa no ha estado siempre vinculada a la concepción de la obediencia como una causa de justificación. En ese sentido, *H. Mayer* rechazaba la posibilidad de defensa, y aunque consideraba que el subordinado obligado a obedecer actuaba conforme a derecho en la ejecución de órdenes antijurídicas (43), negaba la posibilidad de defensa incluso, en caso de que se entendiese que resultaba excluida la culpabilidad (44). Esta afirmación, pese al reproche que recibió de *Jiménez de Asúa* (45), tiene una base clara: la pretensión de limitar la posibilidad de defensa frente a las denominadas agresiones de sujetos no culpables (46).

En la línea de *H. Mayer*, *Schmidhäuser* limita las agresiones antijurídicas que posibilitan la defensa a las «agresiones de significación antijurídica», refiriéndose a aquéllas que ponen en cuestión la validez o significación empírica del orden jurídico en la sociedad. Excluye de aquéllas, además de los casos de inimputabilidad, los supuestos de error («las acciones no autorizadas realizadas inconscientemente»), sin perjuicio de la posibilidad de acudir al estado de necesidad (47).

También *Bockelmann* ha indicado que el derecho a la defensa necesaria ha de cesar allí donde faltan los elementos subjetivos de una agresión al orden jurídico (48), pues si el agredido conoce estas circunstancias ha de renunciar a reaccionar frente al agresor y le ha de bastar con ponerse a salvo.

En realidad, estas argumentaciones pueden llevar a conclusiones similares en los casos de obediencia. Aun cuando se tratase de supuestos de

(43) *Frank-FG*, pp. 620-621.

(44) *Frank-FG*, p. 614.

(45) *Tratado-VI*, p. 788.

(46) *Frank-FG*, p. 613. La fundamentación de los límites a la defensa en casos de ausencia de culpabilidad, frecuente en la doctrina alemana (en contra, sin embargo, *BAUMANN, Strafrecht-AT*, 4 ed, Gieseking, Bielefeld, 1966, pp. 280-281), se explica como ausencia de agresión (*OTTO, Grundkurs Strafrecht-AT*, 2 ed, de Gruyter, Berlín, 1982, p. 94), o con el apoyo de exigencias de prevención general (cfr. *ROXIN, AT*, 12/55). Sobre este punto de los límites relativos a la agresión en la doctrina española, *BACIGALUPO, Principios*, p. 146.

(47) «Über die Wertstruktur der Notwehr», en *Festschrift für Richard M. Honig*, Otto Schwartz, Göttingen, 1970, pp. 185 y ss, en particular pp. 194-196.

(48) «Notwehr gegen verschuldete Angriffe», en *Honig-FS*, cit., pp. 19 y ss, en particular p. 30.

exclusión de culpabilidad, es cuestionable que quien actúa por obediencia en casos dónde la ponderación es dudosa ponga en cuestión la vigencia empírica del orden jurídico, y, por ello, que su actuación suponga una agresión ilegítima desde el punto de vista de la legítima defensa. Del mismo modo, debería ponerse en cuestión si el subordinado que obedece una orden contraria a derecho actúa con los elementos subjetivos propios de la agresión al orden jurídico.

2. En los últimos decenios, un sector de la doctrina ha desarrollado la distinción, dentro de las causas de justificación, entre autorizaciones de acción y autorizaciones de intervención, admitiendo frente a las actuaciones amparadas en las primeras la posibilidad de legítima defensa (49). Este criterio se apoya básicamente en la exigencia de examen adecuado al deber (50).

En los casos de obediencia, independientemente de la eficacia que se le reconozca en el sistema, cobra una particular importancia el examen adecuado al deber de la orden. Es cierto que ello se ve limitado, según la opinión que se sostenga, a un mayor o menor número de casos (51), pero en cualquier forma es un aspecto de indudable relevancia (52).

La tesis de *Lenckner* sobre este punto requiere, en el desarrollo de la teoría de los elementos subjetivos de la justificación, resolver la cuestión de si es conforme a derecho el hecho típico cuando el autor ha comprobado la existencia de los elementos objetivos exigidos por la causa de justificación (53). *Lenckner* llega a afirmar que es posible la justificación aun cuando no se den en el caso los elementos objetivos que requiere la causa de justificación si el autor los apreció con un examen ajustado al deber,

(49) LENCKNER, en *Strafgesetzbuch Kommentar (Schöncke/Schröder)*, Beck, Munich, 1991, Notas previas al § 32-9ss.

(50) LECKNER, «Rechtfertigungsgründe und das Erfordernis pflichtgemäßer Prüfung», en *Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für H. Mayer*, Dunker & Humblot, Berlin, 1966, pp. 165 y ss, en particular p. 165.

(51) Por ejemplo, ya se ha citado la opinión de JAKOBS, que no requiere un examen de la orden por el subordinado cuando la cuestión es distinguir si se trata de un ilícito penal o administrativo (AT, 16/14).

(52) El art. 21 CPM, al indicar que «no se estimará como eximente no atenuante el obrar en virtud de obediencia a aquella orden que entrañe la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las Leyes o usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución» tal vez no aporta nada que no se supiese, pero subraya en cierto modo este problema del examen.

(53) *H. Mayer-FS*, p. 165.

siempre que sea posible compensar la ausencia de exigencias objetivas con el elemento del examen adecuado al deber (54).

En mi opinión, la exigencia de un enjuiciamiento *ex ante* de las causas de justificación se extiende a las causas de justificación con carácter general, también en el ámbito de actuaciones de los funcionarios y de deberes relativos al servicio de los mismos (55). En este aspecto, resulta evidente que la posibilidad de justificación en estos casos sobre la base de la comprobación adecuada al deber se presenta como un argumento que reduce la eficacia de la objeción de la defensa en los casos en que se actúa —el superior que ordena o el subordinado que obedece— de acuerdo con un examen adecuado al deber respecto a la concurrencia de una causa de justificación.

3. El recurso a la defensa parte de unos presupuestos exigentes por su propio fundamento de ratificación del orden jurídico (56). En efecto, la defensa legitima el empleo privado de la fuerza —una excepción al monopolio estatal de ese instrumento— y su extensión depende de conceptos políticos en las relaciones Estado-ciudadano (57). Esta circunstancia lleva a *Queralt* a sostener que el recurso a la defensa sólo puede ser lícito en casos extremos y que lo racional, ante la lesión del derecho, es el empleo del estado de necesidad (58).

Esta referencia permite acudir con una visión más general a los límites de la defensa, a la que ya he aludido anteriormente en la restricción respecto de las agresiones no culpables (59), pero que se extiende también a otros límites de la defensa, como en los casos de extrema desproporción o de relaciones personales entre agresor y agredido (60). En realidad, el hecho de que las situaciones en las que se prevé la defensa sean en cierto

(54) *H. Mayer-FS*, p. 179. A continuación desarrolla esta opinión respecto a la justificación de las injurias a las que se refiere el § 193 StGB, cuestión que ha sido tratada por BACIGALUPO («Colisión de derechos fundamentales y justificación en el delito de injuria», en *REDC-1987*, pp. 95-96) y JAEN VALLEJO (*Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, pp. 265-266) en la doctrina española.

(55) LECKNER se sitúa frente a esta posibilidad (*H. Mayer-FS*, p. 175). No obstante, es aceptada por RUDOLPHI «Pflichtgemäße Prüfung als Rechtfertigungserfordernis», en *Gedächtnisschrift für Horst Schröder*, Beck, Munich, 1978, pp. 73 y ss, en particular en pp. 91-92 sobre el examen adecuado a deber en la detención provisional del § 127.II StPO.

(56) BACIGALUPO, *Principios*, p. 145.

(57) JAKOBS, *AT*, 12/1.

(58) *La obediencia debida*, p. 369.

(59) Respecto a las cuáles se niega el carácter de ratificación del orden jurídico de la defensa (cfr. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts-AT*, 4.^a ed, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, p. 310).

(60) BACIGALUPO, *Principios*, pp. 149-150.

modo restringidas priva de validez general al argumento de la imposibilidad de defensa frente a actuaciones estatales ilícitas en las que quien realiza directamente la acción es el subordinado que obedece.

C) *La tesis de la ausencia de disvalor de acción en el subordinado*

En el examen del deber de omitir la realización de hechos punibles, *Stratenwerth* parte del hecho de que la teoría personal de lo ilícito, que presupone que sólo lo ilícito personal es penalmente antijurídico, implica la ausencia de ilicitud cuando falta el disvalor de acción (61). En su opinión, la actuación del superior que efectúa un examen que se ajusta al deber carece de disvalor de acción y no puede ser, por tanto, antijurídica (62). El problema se plantea entonces en relación con el subordinado que ejecuta una orden que parte de la decisión de un superior, y se presentan entonces los límites al deber de examen, que está restringido a la valoración jurídica de las circunstancias, y nunca a las circunstancias mismas (63). De este modo, si el subordinado no conoce las circunstancias de hecho en las que se muestra la antijuricidad de la acción, no existe deber de examen; si las conoce, no se le puede reprochar la desatención de un deber —no existente— de examen de la situación, sino el hecho de haber actuado a pesar de su conocimiento. A diferencia de la actuación del superior, y como consecuencia de carecer de un deber de examen que se corresponda con el de aquél, el obligado a obedecer sólo actúa antijurídicamente cuando tiene un conocimiento positivo de las circunstancias que hacen aparecer su acción típica como antijurídica (64). En realidad, esta limitación del deber de examen del subordinado a la valoración jurídica de las circunstancias conocidas reduce sensiblemente su significación en el caso de soldados vinculados al cumplimiento de la orden (65).

Esta determinación del problema del examen desde la perspectiva del disvalor de acción presenta dos cuestiones relevantes: por un lado, respalda la consideración del examen adecuado al deber como un elemento que determina la licitud del comportamiento; por otro, muestra la restricción

(61) *Verantwortung*, p. 175. Posiblemente, en el origen de esta opinión no sólo se encuentra la concepción personal de lo ilícito del finalismo, sino también la explicación de FRANK de la obediencia como una causa de justificación subjetiva.

(62) *Verantwortung*, p. 177.

(63) *Verantwortung*, cit, p. 180.

(64) *Verantwortung*, p. 180.

(65) SCHWENCK considera que este deber carece de significación en el caso del soldado (*Dreher-FS*, p. 502, nota 35). En realidad, el deber de examen se reduciría a aquellos casos en los que se impone en el art. 21 CPM.

de supuestos en los que, según *Stratenwerth*, puede afirmarse la ilicitud en la acción de quien ejecuta la orden. En este sentido, la discusión se desplazaría hacia la posibilidad de que, con un examen adecuado al deber, fuese el subordinado quien actúa conforme a derecho con cierta independencia de que la orden sea contraria a derecho —cuando no lo es de forma manifiesta—, pues, como ha señalado *Bacigalupo*, la orden antijurídica no tiene efecto justificante en ningún caso (66). La adecuación a derecho no procedería entonces de la orden, sino del cumplimiento de las expectativas del orden jurídico por parte del subordinado, pero esta posibilidad sólo puede ser contemplada en la estructura de la autoría mediata.

D) Obediencia y autoría mediata

En un sentido crítico, al carácter justificante de la obediencia se ha opuesto también el argumento de que la responsabilidad del superior es incompatible con la justificación del subordinado, pues si la acción es en sí lícita, no podrá atribuirse responsabilidad por ella al superior (67); o, lo que es lo mismo, la afirmación de que el acto del superior tuviera que ser reconocido como ajustado a derecho, cuando en su origen no lo era o constituía un acto estatal incorrecto (68).

Sin embargo, estas objeciones, aparentemente irreductibles, han sido contestadas desde la perspectiva de la autoría mediata. En este sentido, *Jakobs* ha indicado que no puede olvidarse que el subordinado no es sino un instrumento (69), tanto en el caso en que se admita la justificación en los mandatos obligatorios pese a ser contrarios a derecho (70), como en aquéllos en los que el subordinado no puede conocer la antijuricidad de la orden y por ello no se considera culpable (71). La consideración en este punto de que es posible la autoría mediata tanto en los casos de justificación como en los casos de exclusión de la culpabilidad del instrumento por un error de prohibición invencible (72), permite afirmar que la solu-

(66) *Principios*, p. 158. No es posible sostener, en este aspecto, que las órdenes tengan una «presunción de juridicidad» (Cfr. la crítica del BACIGALUPO, loc.cit.).

(67) ANTÓN ONECA, *cit.*, p. 275.

(68) MAURACH/ZIPF, *AT-I*, § 29-I,8.

(69) *AT*, 16/11, nota 15.

(70) *AT*, 21/87 ee).

(71) *AT*, 21/96 ee).

(72) Por todos, JESCHECK, *Lehrbuch*, pp. 604-606. La discusión se mantiene sólo en el caso del error vencible (LACKNER, § 25-1,bb; ROXIN, *Leipziger Kommentar*, 10.^a ed, Berlin, 1985, § 25-66). ROXIN reduce la existencia de autoría mediata a los casos en los que se trata

ción por la que finalmente haya de optarse no impediría, en principio, la resolución del problema de la autoría en esta perspectiva.

En cualquier caso, es evidente que los demás casos de obediencia — es decir, cuando no existe un instrumento— se han de resolver con las reglas generales que rigen la autoría y la participación. El comportamiento de quien, como titular del poder estatal, construye una organización criminal (73) no puede constituir una excepción a la aplicación de estas reglas, pues la coautoría no resulta problemática como regla general y el resto de los casos lo son de participación del superior mediante inducción (74). Por tanto, los casos de obediencia lo son de autoría mediata sólo en tanto pueda considerarse que el subordinado es un instrumento y, si resulta posible afirmar que existen casos de instrumentos justificados, no existiría problema en considerar que quien obedece actúa de forma justificada desde una perspectiva *ex ante*.

IV. APROXIMACIÓN A UN FUNDAMENTO DIFERENCIADOR EN LA OBEDIENCIA

A) *Los diferentes costes de la organización jerárquica: necesidad de una consideración especial del ámbito militar*

El presupuesto de la necesidad del deber de obediencia como exigencia del mantenimiento de la disciplina no es objeto de discusión. Ningún ordenamiento militar puede renunciar al deber de obediencia (75). Por

de órdenes que comportan una contravención y no un delito; en los demás casos, el subordinado respondería como autor aunque la pena fuese atenuada (al subsistir la posibilidad de apreciar una menor culpabilidad de acuerdo con el § 5.2 WStG) y el superior sería sancionado como inductor, sin perjuicio de la pena agravada que establece el § 33 WStG («inducción a un hecho antijurídico»). En este sentido, en *LK*, § 25-56 y en *Täterschaft und Tatherrschaft*, 6.ª ed, Berlin, 1994, pp. 168-169.

(73) En este sentido, ROXIN, *LK*, § 25-89; el mismo, *Täterschaft*, p. 242 y ss, que se refiere a la autoría mediata sobre la base del dominio de la voluntad en aparatos de poder organizados. Cita expresamente los casos de Eichmann y del agente Stachynski (este último caso es contemplado por la doctrina alemana como el regreso al subjetivismo extremo del conocido «caso de la bañera», en *Täterschaft*, p. 105, nota 52).

(74) JAKOBS, *AT*, 21/103; el mismo, en su comentario a la sentencia del Tribunal Supremo alemán de 26 de julio de 1994 publicado en *NSiZ-1995*, pp. 26 y 27, en p. 27. En este sentido, indica que el argumento de la estructura de organización es una trivialidad pues superior y subordinado son coautores (si el aporte de aquél fuese menor, sería participe), sin que esa circunstancia se vea alterada por el hecho de que sean «intercambiables».

(75) SCHÖLZ, «Zur Verbindlichkeit des Befehls und zum Irrtum über die Verbindlichkeit», en *Dreher-FS*, p. 479.

tanto, la cuestión básica es la ya apuntada anteriormente y a la que se refiere *Jakobs* (76): la distribución y delimitación de los costes de la organización jerárquica.

En tanto esa organización jerárquica sea más necesaria por razón de la función que desempeña la institución, se produce un desplazamiento más importante de la competencia sobre la disponibilidad de bienes jurídicos desde el individuo (subordinado) o que eran de competencia social general (en el conflicto concreto, correspondería también al subordinado) hacia el Estado, que otorga al superior una posición relevante en la organización (y que, por ello, formalmente respalda la actuación del superior jerárquico) (77). En esos casos en los que el subordinado no tiene el deber de examen de la orden, resulta correcto que éste no sufra las consecuencias de la ilicitud de la orden.

La excepción, por tanto, se presenta en los casos en que el subordinado tiene un deber de presentar objeciones a la orden, pues allí el Estado ya no respalda el comportamiento del superior. La limitación de ese deber o la restricción de su ejercicio por la naturaleza del conflicto son características propias de la organización jerárquica militar.

De estas afirmaciones cabe extraer dos conclusiones especialmente relevantes en el ámbito militar:

1. Por un lado, si la organización jerárquica supone un desplazamiento de competencia, el deber de obediencia no implica la delimitación

(76) Ya se ha indicado la referencia a los costes de la organización jerárquica cuando *JAKOBS* desarrolla la cuestión de la defensa (*AT 16/14*).

(77) En este argumento tomo como punto de partida las indicaciones de *JAKOBS* (*AT, 2/11*) sobre la competencia para la disposición de bienes jurídicos, que sitúa en una perspectiva dualista esta competencia: junto a bienes que quedan en la competencia del individuo o de grupos de individuos, existen bienes que se ponen en las manos del Estado o de personas jurídicas de Derecho público, o bienes de competencia social general. Mantengo, no obstante, la limitación a los bienes jurídicos indisponibles a la que también alude *JAKOBS* y, desde luego, comparto la crítica a la teoría del Derecho penal como protección de bienes jurídicos en la que se apoya (*AT, 2/22-25*). Por ello, las referencias a los bienes deben entenderse en relación con las normas que garantizan las expectativas de que los mismos sean tenidos en consideración (*AT, 2/25a*).

Por otra parte, esta explicación no es ajena a la fundamentación dominante de los delitos de abuso de autoridad como delitos que protegen la disciplina, tal como indica *RODRÍGUEZ VILLASANTE* («Delito de abuso de autoridad-Comentario a los arts. 103-106», en *Comentarios*, cit., pp. 1294-1299, y en «El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar», en *La jurisdicción Militar*, cit., pp. 493-497, quien, no obstante, mantiene que existe la protección de otros bienes jurídicos). El superior, en estos casos, extiende su ámbito de organización infringiendo las expectativas correspondientes a su rol en una organización jerárquica.

de situaciones que conllevan por sí mismas la exclusión de la pena (como sí lo es la legítima defensa o la inimputabilidad) y, por ello, no resultaba correcta la inclusión de la «obediencia debida» como una circunstancia general de exclusión de la pena. En realidad, la organización jerárquica otorga unas determinadas posiciones de deber de modo que el subordinado queda autorizado por el orden jurídico a confiar en la corrección del juicio del superior sobre la concurrencia de otras circunstancias que justificarían el comportamiento; es decir, a confiar en que el superior ha valorado adecuadamente la existencia de una situación que implicaría la actuación en estado de necesidad o de defensa necesaria. De este modo, el subordinado no sería competente para el conflicto si la propia estructura jerárquica le releva del deber de examen en esas circunstancias, por lo que resulta evidente que el grado de disciplina exigida por la organización es el punto determinante en el reparto de competencias.

2. Por otra parte, no resultaría adecuada una solución que hiciese recaer los costes de esa organización jerárquica en el individuo que carece de competencia para el conflicto y a quien, por ello, se le autoriza a confiar en las órdenes del superior. En esas circunstancias, no sería correcto establecer para el subordinado la obligación de soportar acciones justificadas de defensa (78).

B) La perspectiva ex ante de las causas de justificación: propuesta de una solución

Las reflexiones anteriores sobre los efectos de la obediencia permiten afirmar que en todos los aspectos mencionados el examen adecuado al deber tiene una consideración relevante. Sin embargo, también se ha explicado que, en realidad, la limitación del examen que corresponde a los militares subordinados a la valoración jurídica de las circunstancias positivamente conocidas. En este sentido, aun cuando se incluya también el carácter manifiesto de transgresiones muy graves a las que se refiere el art. 21 CPM,

(78) La referencia a deberes de soportar acciones justificadas como factores que fundamentan posiciones de garante en la doctrina tienen lugar en los casos de estado de necesidad (JAKOBS, AT, 7/63). En cualquier forma, se citan casos (p. ej: quien esconde una bicicleta de forma que el vecino no puede ir en ella a recoger las medicinas que pueden curar su ganado) en los que el conflicto se plantea entre dos esferas personales de organización, mientras que en los casos de obediencia el conflicto es entre una institución organizada jerárquicamente y el ámbito de organización de una persona.

es posible reconocer una escasa significación al deber o a la posibilidad de examen desde el punto de vista del deber de obediencia (79).

Las discusiones en torno a la comprobación adecuada al deber de las exigencias de una causa de justificación están vinculadas a la posibilidad de una perspectiva *ex ante* en las causas de justificación, que han sido frecuentes en relación con la legítima defensa (80) o el estado de necesidad (81). La generalización de este criterio propugnada por *Armin Kaufmann* (82), que comparto, ha sido frecuentemente cuestionada (83), pero ello no evita que quienes la discuten tengan que reconocer eficacia a la comprobación *ex ante* de las exigencias de la causa de justificación en casos relacionados con la actuación de funcionarios públicos (84). Por tanto, es posible afirmar, desde mi punto de vista, que la obediencia jerárquica es una reducción expresa de las exigencias de una comprobación *ex ante* de la licitud de la orden por parte del subordinado, de acuerdo con la estructura jerárquica en la que se enmarca su actuación. De este modo, se suaviza la «carga del examen» a lo que una persona razonable hubiese podido conocer en la situación de hecho (85). Es decir, en la situación vinculada a la intensidad de la jerarquía en la organización.

Es evidente que la elevada jerarquización requerida por la organización militar provoca la limitación del campo de examen que queda al subordinado. El subordinado actúa lícitamente aunque la orden sea ilícita siempre que el examen sobre la licitud de la orden se ajuste al deber establecido, lo que no significa que en el derecho militar sea la orden obligatoria a pesar de su antijuricidad (86), sino que, en función de la limitación

(79) Es evidente que la significación es mayor a la hora de delimitar supuestos de desobediencia constitutivos de delito y de infracción disciplinaria grave o leve.

(80) WELZEL, *Strafrecht*, 11 ed, p. 86.

(81) MAURACH-ZIPF, *AT*, § 27/15.

(82) «Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht», en *Festschrift für Hans Welzel*, de Gruyter, Berlin, 1974, pp. 393 y ss, en particular p. 401.

(83) Recientemente, JAKOBS, *AT*, 11/7-15 y ROXIN, *AT*, §14/86.

(84) JAKOBS admite que en la actuación de los funcionarios el afectado debe soportar lo que se le requiere según una perspectiva *ex ante* objetiva, mientras el comportamiento pueda percibirse objetivamente como consecuencias del ejercicio de funciones del cargo (*AT*, 11/15.3b). ROXIN, al negar la necesidad de un concepto especial de antijuricidad por el riesgo de error en la actuación de los funcionarios, alude a la perspectiva *ex ante* del derecho de intervención de la policía (*AT*, §17/12).

(85) ARMIN KAUFMANN, *Welzel-FS*, p. 402.

(86) Pues la existencia de ámbitos en los que el cumplimiento de una orden es obligatorio a pesar de su antijuricidad no resulta posible. En este sentido, BACIGALUPO, *Principios*, p. 158.

del deber de examen, el subordinado actúa como instrumento del superior (autor mediato). Si este deber de examen es muy restringido, como sucede en las órdenes militares relativas al servicio en circunstancias no ordinarias, el cumplimiento del deber de examen se verificará con una mera comprobación de la adecuación formal de la orden, sin perjuicio de la posibilidad de objeción ulterior al cumplimiento por motivos materiales. En ese sentido, es explicable la actual referencia específica del art. 21 CPM como un supuesto en que el deber de examen se amplía hasta el punto de fundamentar un deber de examen y de objeción al cumplimiento de la orden. El art. 21 CPM aporta en aquellos casos una determinación del juicio *ex ante* de la orden dictada: si es manifiesto que se trata de un delito de Derecho penal nacional o internacional (87) el subordinado no ve alterada su competencia para el conflicto.

Esta opción es compatible con la crítica a las opiniones de quienes sostienen que una orden es adecuada a derecho cuando el superior tuvo por existentes las condiciones jurídicas de la adecuación a derecho de la orden en un examen conforme al deber (88). La solución propuesta parte de la comprobación conforme al deber del subordinado, y no al deber del superior, puesto que no se pretende justificar la orden ilícita, sino evitar que la carga de la utilización incorrecta de la organización jerárquica recaiga sobre el subordinado.

C) *La defensa frente a órdenes ilícitas*

1. La explicación propuesta para la obediencia permite, por otra parte, encontrar una solución adecuada en relación con la legítima defensa frente a órdenes ilícitas en las que, sin embargo, el subordinado ha cumplido con el deber de examen requerido. Es evidente que una reacción de defensa, necesariamente agresiva y entendida como ratificación del orden

(87) En el sentido apuntado anteriormente sobre la equiparación de comportamientos constitutivos de infracción internacional. La discusión sobre si el adverbio «manifiestamente» está o no referida a los comportamientos constitutivos de delito (cfr. por todos, HIGUERA GUIMERÁ en *Curso*, pp. 347-348) tiene en mi opinión un enfoque metodológico inadecuado. Con la idea que mantengo, se resuelve de una forma lógica: si la obediencia es un criterio sobre la comprobación *ex ante* de la licitud de la orden, y el inciso del art. 21 CPM es una excepción a la reducción de la posibilidad de examen, el carácter manifiesto ha de ser común a ambos aspectos. No hay motivos para exigir una conciencia de lo ilícito superior en delitos nacionales que en delitos internacionales.

(88) Cfr. en este aspecto la crítica de BACIGALUPO, *Principios*, p. 158.

jurídico, descargaría los costes de la organización jerárquica sobre el ejecutor de la orden y no sería correcta de acuerdo con los presupuestos indicados. Por ello, desde ese punto de vista, no sería adecuada una solución que admitiese la defensa sin límite alguno, salvo en los casos de error; pero éstos han de ser aquéllos en los que se ha tenido que negar previamente la existencia de un examen adecuado al deber por parte del subordinado.

Sin embargo, la obligación de soportar la ejecución de la orden sólo puede mantenerse en tanto sean objetivamente perceptibles las circunstancias que fundamentan la restricción de la defensa: la actuación en virtud de órdenes referidas a funciones públicas y el examen adecuado al deber por parte del subordinado. En tanto no exista esta posibilidad objetiva de percepción en el examen adecuado al deber, de todos modos la defensa no puede ser ilimitada, y sólo cabe dentro de los márgenes del estado de necesidad (89). Ello implicaría, por ejemplo, que existe obligación de evitar la reacción frente al agresor (de huir) en el caso de que ello sea posible sin riesgo.

2. Finalmente, ha de señalarse un aspecto que, desde mi punto de vista, guarda relación directa con el problema de la defensa. La referencia del art. 21 CPM a la Constitución, que la doctrina ha considerado poco afortunada desde un punto de vista técnico (90), sólo puede ser explicada en la perspectiva del derecho de resistencia. En ese sentido, las órdenes manifiestamente ilícitas —y también las «ilegítimas» en el sentido del art. 19 CPM— no están excluidas de la visión que se ha ofrecido de los límites de la defensa por el afectado.

Por este motivo, la referencia a los delitos contra la Constitución, aunque con cierta inexactitud terminológica, no hace sino avalar la posibilidad de resistencia, cuando de forma evidente las órdenes intentan suprimir el orden establecido en el Estado de derecho. El hecho de que en la Constitución española no puede hablarse de un derecho de resistencia positivizado como en el art. 20.4 de la Ley Fundamental de Bonn y en algunas de las constituciones de los Länder (91) no sólo no es un obstá-

(89) También en este aspecto me remito a lo indicado por JAKOBS (*AT*, 11/15.3b) en relación con la actuación de los funcionarios, opinión que ya he citado anteriormente.

(90) FIGUERA GUIMERÁ, *Curso*, p. 351.

(91) Respecto a las discusiones en relación con la eficacia en Derecho penal del derecho de resistencia en Alemania, cfr. PEREZ DEL VALLE, *Conciencia y Derecho penal*, pp. 187-190.

culo, sino precisamente un respaldo teleológico para esta interpretación, puesto que de ese modo el inciso cobra sentido.

Estas conclusiones apoyan el criterio propuesto sobre la explicación de la obediencia desde un punto de vista dogmático, y sustentan el mantenimiento particularmente necesario del deber de disciplina en la organización militar evitando colisiones en el marco del orden jurídico general.

* * *

La propuesta de explicación de la obediencia en este trabajo es un ensayo de interpretación del problema modificando el plano de discusión tradicional que tenía como base una circunstancia enumerada en un catálogo del Código penal común. En este sentido, el traslado a un plano distinto, según el cuál el deber de obediencia aporta unas reglas de delimitación de la competencia del superior y del subordinado en el conflicto social que constituye el contexto de la orden, no evita ulteriores cuestiones en la aplicación. En mi opinión, la acogida de reglas similares a las de la Ley penal militar alemana de 1974, en las que se traten las consecuencias de la actuación por órdenes de un superior o la obligatoriedad de las órdenes en relación con el error (§§ 5 y 22 WStG respectivamente), implicarían no sólo una mayor claridad de los textos, sino que la exigirían de los criterios jurisprudenciales.

LA DETENCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO MILITAR

Manuel M. Gómez del Castillo y Gómez
*Titular de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla*

Juan Antonio Navas Córdoba
*Profesor Asociado de Derecho Procesal
Universidad de Sevilla*

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN.—II. LA DETENCIÓN. ANÁLISIS DE CARÁCTER GENERAL. 2.1 CONCEPTO Y CLASES. 2.2 REGULACIÓN. 2.3 SUJETOS DE LA DETENCIÓN. 2.3.1 SUJETOS ACTIVOS. 2.3.2 SUJETOS PASIVOS. 2.4 PROCEDIMIENTO. 2.5 RECURSOS. 2.6 DERECHOS DEL DETENIDO. 2.7 LA GARANTÍA DEL *HABEAS CORPUS*.—III. LA DETENCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO-MILITAR. 3.1 CONCEPTO Y CLASES. 3.2 REGULACIÓN LEGAL. 3.3 SUJETOS DE LA DETENCIÓN. 3.3.1 SUJETOS ACTIVOS. 3.3.2 SUJETOS PASIVOS. 3.4 PROCEDIMIENTO. 3.5 RECURSOS. 3.6 DERECHOS DEL DETENIDO. 3.7 LA GARANTÍA DEL *HABEAS CORPUS*.—IV. CONCLUSIONES FINALES.

I. INTRODUCCIÓN (*)

Sin entrar, ahora, en el objetivo (o en los objetivos) del proceso penal, tema indiscutiblemente polémico, es claro (y es aceptado) que la realización del *ius puniendi*, que corresponde al Estado, exige la presencia, en el proceso, del agente presuntamente responsable del acto presuntamente criminoso; es decir, exige la presencia del imputado.

(*) Las abreviaturas utilizadas en este trabajo son las siguientes:

C.....	Capítulo
CE.....	Constitución Española
CGPJ.....	Consejo General del Poder Judicial
C.P.....	Código Penal
D.....	Decreto
EOMF.....	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal
L.....	Libro
L.....	Ley
LECR.....	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LHC.....	Ley Orgánica reguladora del procedimiento de Habeas Corpus
L.O.....	Ley Orgánica
LOCOJM.....	Ley Orgánica de Competencias y Organización de la jurisdicción militar
LOCPM.....	Ley Orgánica Penal Militar
LOPJ.....	Ley Orgánica del Poder Judicial

Para garantizar dicha presencia cabe adoptar una serie de medidas (cautelares), calificadas por la doctrina como medidas de carácter personal, entre las que, junto a la citación, la prisión y la libertad provisional (1), se encuentra la detención (2).

LOPM.....	Ley Orgánica Procesal Militar
LORDFAS.....	Ley Orgánica del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas
O.....	Orden
O.M.....	Orden Ministerial
R.D.....	Real Decreto
R.O.....	Real Orden
R.R.O.O.....	Reales Ordenanzas
R.R.O.O. FAS.....	Ley Orgánica de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional
T.....	Título
TS.....	Tribunal Supremo

(1) Respecto a estas medidas cautelares existe una profusa labor científica. Sin afán exhaustivo alguno, cabe citar: ASENCIO MELLADO, J.M., *La prisión provisional*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987; ASENCIO MELLADO, J.M., *Hacia la reforma de la prisión provisional*, Justicia, Año 1988, núm. 1, pp. 67 a 101; BARONA VILAR, S., *El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional*, La Ley, Año 1987, núm. 1818, pp. 1 a 4; BARONA VILAR, S., *Prisión provisional y medidas alternativas*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1988; BARRITA LÓPEZ, F., *Prisión preventiva y ciencias penales*, Ed. Porrúa, 1990; CAFFERATA NORES, J.I., *Cesación de la prisión preventiva*, Revista de Estudios Procesales, I a IV, núm. 13, pp.71 y s.s.; CALVO SÁNCHEZ, M^a C., *Comentario a la Ley Orgánica de 23 de abril de 1983 sobre reforma de la prisión provisional*, La Ley, Año 1983, núm. IV, pp. 1260 a 1269; CALVO SÁNCHEZ, M^a C., *De nuevo sobre la prisión provisional. Análisis de la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre*, La Ley, Año 1985, núm. I, pp. 1178 a 1185; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *El sentido de la prisión provisional y la Ley Orgánica 10/1984, de 26 de diciembre*, La Ley, Año 1985, núm. IV, pp. 1070 a 1079; LLOBEL MUEDRA, J., *La modificación de los arts. 520 y 527 de la LECR por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre*, La Ley, Año 1984, núm. II, pp. 1110 a 1116; MAIER, J.B., *Prisión preventiva y testigo cualificado por su conocimiento*, Revista de Derecho Procesal Argentina, Año 1970, núm. 3, pp. 385 y s.s.; MARTÍNEZ CARDOS, J.L., *Prisión preventiva y obligación estatal de indemnizar*, La Ley, Año 1988, núm. I, pp. 972 a 974; MATTES, H., *La prisión preventiva en España*, Ed. CEU, Madrid, 1975; MORENO CATENA, V.M., *En torno a la prisión provisional: análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Año 1981, núm. 4, pp. 637 a 668; NIEVES, M., *La libertad provisional del detenido como derecho y como instituto de previsión criminal*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 1967, núm. 4, pp. 703 y s.s.; PÉREZ GORDO, A., *Libertad personal y prisión provisional en la Constitución, en la LECR y en los textos legales y jurisprudenciales*, Justicia, Año 1984, núm. 1, pp. 7 a 37; RODRÍGUEZ RAMOS, L., *La prisión preventiva: algo más que una medida cautelar*, La Ley, Año 1987, núm. 1718, pp. 1 a 3; etc. Vid. también SOTO NIETO, *La prisión y libertad provisionales vistas por un juez*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Año 1955, pp. 573 y s.s.

(2) Sobre la medida cautelar de detención, vid., entre otros, VIVES ANTON, V./GIMENO SENDRA, V., *La detención*, Ed. Bosch, Barcelona, 1977; GASPAS, G., *La confesión. Detención. Declaración indagatoria. Prisión preventiva. Condena*, Ed. Universidad, Buenos

En los apartados siguientes se pretende, tras hacer una somera exposición de todo lo concerniente a la detención en el ámbito jurídico-penal, incidir en las especialidades existentes en el ámbito jurídico-militar. A ello pasamos sin solución de continuidad.

II. LA DETENCIÓN. ANÁLISIS DE CARÁCTER GENERAL

2.1. Concepto y clases

La libertad, entendida aquí como un derecho natural de la persona a su libre movimiento, es también un derecho fundamental, recogido en el art. 17 de la CE (3). Es más, como establece la exposición de motivos de la Ley reguladora del procedimiento de Habeas Corpus (4), es, sin duda,

Aires, 1988, 2ª edición; BUENO ARUS, F., *El derecho de comunicación de los detenidos y presos*, Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, Año 1963, núm. 2, pp. 325 y s.s.; FAIREN GUILLÉN, V., *La detención antes del juicio*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 1971, núm. 4, pp. 755 a 770; JARDI ABELLA, M., *La libertad provisoria del detenido como derecho y como instituto de previsión criminal*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal, Año 1967, núm. 4, pp. 727 y s.s.; LLOBEL MUEDRA, J., *La modificación de los arts. 520 y 527 de la LECR por la Ley 14/1983, de 12 de diciembre*, La Ley, Año 1984, núm. II, pp. 1110 a 1116; LÓPEZ ORTEGA, J.J., *La detención del indocumentado*, Poder Judicial, Año 1991, núm. 26, pp. 153 a 157; PÉREZ AREVALO, J.A., *La retención policial en la norma y la jurisprudencia constitucional*, Actualidad Penal, Año 1989, núm. 24, pp. 1299 y s.s.; SALIDO VALLE, C., *La detención del menor penal*, Justicia, Año 1990, núm. 1, pp. 121 a 138; VEGA RUIZ, J.A., *La privación de libertad a través de las órdenes de presentación y comparecencia*, La Ley, Año 1989, núm. IV, pp. 1169 a 1179, etc.

(3) El art. 17 de la Constitución establece:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este art. y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

(4) Respecto al Habeas Corpus, vid., posteriormente, apartado 2.7.

de todos los derechos subjetivos, públicos y privados, el máspreciado y fundamental.

Sin embargo, y con el fin de garantizar el objetivo (o los objetivos) del proceso penal, asegurando las responsabilidades penales y civiles del imputado, existen —como hemos expuesto— unas medidas (cautelares), y, entre ellas, la detención, la cual, por muy corta o preventiva que sea, afecta, o puede afectar, a ese derecho natural y fundamental de la persona a su libre movimiento.

Conceptualmente, pues, la detención se entiende como “una medida cautelar, de carácter personal, que puede adoptar la autoridad judicial, la policial e, incluso, los particulares, y que consiste en limitar el derecho a la libertad de una persona con la finalidad de ponerla a disposición del juez competente a los efectos procesales que sean procedentes”.

Respecto a ella, ha dicho el Tribunal Constitucional que “... debe considerarse, como detención, cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita; de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad... Definitivamente —se añade—, no existen situaciones intermedias entre libertad y detención, como en ocasiones se ha aludido a la retención” (STC 98/1986, de 10 de julio).

Es decir, no es constitucionalmente admisible que situaciones efectivas, de privación del derecho a la libertad, queden sustraídas a la protección que la Constitución dispensa a éste, a través del irregular recurso de calificar dicha privación como “retención”, o con otra fórmula similar, porque, en definitiva, y en este marco, o se es libre o se está detenido (5).

Por último, respecto a las clases de detención, establezcamos solamente que, al margen de otras clasificaciones, hay que resaltar la que, en

(5) Sin embargo, vid. la STC 341/1993, de 18 de noviembre, resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad 1045/1992, 1279/1992 y 1314/1992 y de las cuestiones de inconstitucionalidad 2810/1992 y 1372/1993 (acumulados), promovidos, respectivamente, por noventa y un Diputados del Congreso, por el Parlamento de las Islas Baleares, por La Junta General del Principado de Asturias, y por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla; esta sentencia, anulando los arts. 21.2 y 26.j de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la Seguridad Ciudadana, viene a dejar subsistente una forma de “retención” o detención menor, con ausencia de asistencia letrada, lo que propició los votos particulares disidentes de los magistrados DE LA VEGA BENAYAS y GONZÁLEZ CAMPOS.

razón de la comunicación del detenido, hace separación de la detención comunicada y la detención incomunicada. En este segundo caso, existe, como veremos, una restricción de los derechos del detenido (art. 527 LECR, según redacción dada por la L.O. 14/1983, de 12 diciembre; respecto a ella, téngase presente lo establecido en los arts. 506 a 511, así como en el art. 520 bis 2 y 3 LECR introducido por L.O. 4/1988, de 25 de mayo).

2.2. *Regulación legal*

Al margen de los preceptos inmersos en nuestra vigente Constitución (arts. 1., 15, 17, 24, 55, 56 y 71, aunque también serán citados los arts. 118 y 126), y sin perjuicio de otras referencias (así, arts. 12, 13, 15, 273, 277, 278 o 286 —de los que, claramente, se deduce que la detención queda integrada en las llamadas “primeras diligencias” o “diligencias preventivas”—, 371 y 372 —referentes a medidas adoptables para facilitar el reconocimiento de los detenidos—, 217 y 222 —en materia de recursos—, 118, 309, 384 bis, 386, 486, 487, 506 a 511, 528, 553, 684, 751, 785, 788, 790, 835 y 837), la regulación esencial de la detención se contiene en los arts. 489 a 501 (insertos en el C.II, T.VI, L.II) y en los arts. 520 a 527 (insertos en el C.IV, T.VI, L.II) de la LECR, además de los arts. 504 bis 2 y 539. Esta regulación ha sido afectada por una serie de reformas propiciadas, entre otras, por la L.53/1978, de 4 de diciembre, la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre, la L.O. 4/1988, de 25 de mayo, la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, la L. 10/1992, de 30 de abril, y, últimamente, la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

Hay que tener presente también algunas disposiciones de la LOPJ (arts. 21.2, 87.1.c, 195, 398, o 445.1.a), de la L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (art. 22), de la L.O. 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, del EOMF aprobado por L. 50/1981, de 30 de diciembre (arts. 5, 56, ...), de los Reglamentos del Congreso y del Senado de 24.2.82 y 26.5.82 (arts. 10 y 21, respectivamente), de la L.O. 4/1981, de 1 de junio, reguladoras de los estados de alarma, excepción y sitio (art. 16), de la L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 29 a 36, y también arts. 5, 7, 38, 53...), de la L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, del R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre Policía Judicial (arts. 3 y 4), de la Ley General Penitenciaria, L.O. 1/1979, de 26 de septiembre (arts. 17, 51, 76, y s.s. ...) y del Reglamento Penitenciario, D. 1201/1981, de 8

de mayo (arts. 28, 30, 31, 33, 101, 102...), y algunas otras disposiciones menores como la R.O. de 13.3.895, la O. de 9.8.38, el R.D. 1507/1979, de 1 de junio (por el que se da nueva redacción al art. 83 del D. de 27.7.43), etc. etc. También la L.O. 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del Habeas Corpus.

En esencia, pues, la regulación resulta dispersa y, en muchos aspectos, defectuosa, no sólo en cuanto a su formulación, sino también en cuanto a su contenido, con vacíos, reiteraciones y contradicciones.

2.3. *Sujetos de la detención*

2.3.1. Sujetos activos

Nuestro vigente ordenamiento jurídico contempla, como sujetos activos de la detención, no sólo a la autoridad judicial (art. 494 LECR), sino también a las autoridades o agentes de la policía judicial (art. 492 LECR) e, incluso, a los particulares (art. 490 LECR).

En primer lugar, la detención puede ser operada por los propios órganos jurisdiccionales, bien con carácter “originario”, bien de forma “derivada” (es decir, como continuación de la ya efectuada por las autoridades o agentes de la policía judicial o por los particulares); en el primer caso, la detención puede traer, como causa, ya el incumplimiento de una orden de comparecencia (arts. 486 y 487 LECR), ya el surgimiento de una presunción de incomparecencia, la existencia de una voluntad o un acto de imputación, u otras circunstancias diversas, pero, en todo caso, la exigencia de la presencia de la persona en el proceso. Cabe también que la detención se lleve a efecto como consecuencia de la comisión de un delito durante el desarrollo o la celebración de una vista oral (art. 195 LOPJ y art. 684 LECR), sirviendo entonces, además, como instrumento al servicio de las facultades disciplinarias de los órganos jurisdiccionales. Lógicamente, y sea cual fuere el supuesto, los órganos jurisdiccionales realizarán la detención por medio de las autoridades o agentes de la policía judicial, que la ejecutarán “llanamente”, es decir, sin otros trámites que la aprehensión de la persona y su puesta a disposición del órgano que la decretó.

Pero, junto a la detención puramente judicial, la ley contempla también —según hemos expuesto— la posibilidad de la detención por autoridades o agentes de policía judicial y por particulares.

Para los particulares, la detención es una facultad (art. 490 LECR), aún cuando también constituye un auténtico deber cívico en defensa de la comunidad social y de colaboración con la Administración de la Justicia (art. 118 CE). Con su actuación, el particular no contrae responsabilidad alguna siempre que justifique, si el detenido lo exigiese, que ha obrado en virtud de motivos racionalmente suficientes para creer que el detenido estaba incurso el alguno de los casos legalmente previstos (art. 491 LECR).

Para las autoridades o agentes de la policía judicial, por el contrario, la detención es una obligación (art. 445.1.a) LOPJ y art. 492 LECR). Igual que los particulares, sólo podrán detener en los casos legalmente previstos; si no fuese así, sólo podrán tomar nota de las circunstancias personales del sujeto correspondiente a efectos de ulteriores diligencias de averiguación e identificación por el órgano competente (art. 493 LECR) (6).

Junto a la autoridad judicial, las autoridades o agentes de policía judicial, y los particulares, también pueden llevar a efecto la detención la autoridad gubernativa, y los agentes y autoridades de policía gubernativa (art. 16 L.O. 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio), habiéndose de tener también presente que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (Guardia Civil, Policía Nacional, Policías Autonómicas y Policías Locales) ejercerán, en su caso, las funciones atribuidas a la policía judicial (arts. 29 a 36 L.O. 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y vid. también arts. 5.3.a), 7.1,

(6) Respecto a la policía judicial, vid. art. 126 CE, arts. 443 a 446 LOPJ, arts. 282 a 298 LECR (que han sido afectados por la L. 3/1967, de 8 de abril, y, anteriormente, por la L. de 14.4.55), y R.D. 769/1987, de 19 de junio, regulador de la Policía Judicial. De forma concreta, el art. 445.1.a) de la LOPJ, y el art. 286 de la LECR, atribuyen a la misma la facultad, y la obligación, de llevar a efecto la detención cuando resultase procedente según la legislación vigente. La bibliografía científica sobre ella no es demasiado abundante; citemos, sin embargo, a ALONSO PÉREZ, F., *La Policía Judicial*, en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Tomo I, Madrid, 1995, pp. 511 a 534; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., *La Policía Judicial: Sus relaciones con el Ministerio Fiscal*, Cuadernos de la Guardia Civil, Año 1990, núm. 3, pp. 29 a 36; DOMÍNGUEZ VIGUERA, M., *Policía Judicial y Ley Orgánica del Poder Judicial*, La Ley, Año 1987, núm. I, pp. 1001 a 1110; FERNÁNDEZ BERMEJO, M., *Presente y futuro de la Policía Judicial*, Cuadernos de la Guardia Civil, Año 1989, núm. 2, pp. 19 a 22; GARCÍA VALDES, C., *La formación de la Policía Judicial*, Cuadernos de la Guardia Civil, Año 1989, núm. 1, pp. 49 a 56; LÓPEZ ARAUJO, J.F., *Algunas reflexiones sobre la normativa que regula la Policía Judicial*, Cuadernos de la Guardia Civil, Año 1994, núm. 11, pp. 5 a 16; LORCA NAVARRETE, A.M., *La instrucción preliminar en el proceso penal: la actividad de la policía judicial*, La Ley, Año 1984, núm. III, pp. 970 a 977; QUERALT, J., *Manual de Policía Judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

38, 53...; arts. 3 y 4 R.D. 769/1987, de 19 de junio, sobre Policía Judicial; y L.O. 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la seguridad ciudadana).

Finalmente, la detención también podrá ser decretada por el Ministerio Fiscal, en uso de sus atribuciones (art.5 EOMF, aprobado por L. 50/1981, de 30 de diciembre) (7).

2.3.2. Sujetos pasivos

Serán sujetos pasivos de la detención, y por tanto podrán ser objeto de ella, aquellas personas que incurran en las situaciones definidas, a tal efecto por la ley. Tales supuestos son los siguientes (arts. 490 y 492 LECR):

- 1) El que intentare cometer un delito;
- 2) El delincuente *in fraganti*; téngase presente lo establecido respecto a la detención de Senadores y Diputados por delitos flagrantes (arts. 273, 309.II y 751.I LECR);
- 3) El que se fugare: a) del establecimiento penal en el que se hallare extinguiendo condena; b) de la cárcel en la que esperase su traslado al establecimiento penal; c) al ser conducido al establecimiento penal; y d) estando detenido o preso por causa pendiente; téngase presente lo establecido respecto a reos ausentes (arts. 835.2º y 837 LECR);
- 4) El procesado o condenado en rebeldía;
- 5) El procesado: a) por delito castigado con pena superior a prisión menor; b) por delito castigado con pena inferior a prisión menor, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá al llamamiento judicial, salvo que prestase en el acto fianza bastante para presumir lo contrario (8).
- 6) Cualquier persona, siempre que existan motivos suficientes para estimar: a) la existencia de un hecho con carácter de delito; b) la participación en este hecho de aquella persona (y siempre que se den también las condiciones relacionadas en el número anterior).

Respecto a dichos casos (resumibles en tentativas de comisión, comisión flagrante, fuga, rebeldía, o presunción de incomparecencia), los particulares sólo podrán ejecutar la detención en los cuatro primeros; las

(7) Respecto al Ministerio Fiscal, vid. arts. 124, 126 y 127 CE, art. 435 LOPJ, y EOMF aprobado por L. 50/1981, de 30 de diciembre.

(8) Téngase presente que la pena de prisión menor corresponde, actualmente, a la de "prisión menos grave" (6 meses a 3 años), de acuerdo con lo establecido en la Disposición Transitoria 11ª del nuevo CP (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre).

autoridades o agentes de la policía judicial, y los propios órganos jurisdiccionales en todos ellos (arts. 490, 492 y 494 LECR).

No cabe desconocer, asimismo, que la ley establece también que las autoridades o agentes de la policía judicial podrán proceder (dando cuenta inmediata al órgano jurisdiccional) a la detención de las personas cuando: 1) hubiese mandamiento de prisión contra ellas; 2) fuesen sorprendidas en flagrante delito; 3) siendo delincuentes perseguidos, se ocultasen o refugiasen en alguna casa; y 4) se tratase de presuntos responsables de las acciones a que se refiere el art. 384 bis LECR (bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes), cualquiera que fuese el lugar o domicilio donde se ocultasen o refugiasen (art. 553 LECR, según redacción dada por la L.O. 4/1988, de 25 de mayo).

No podrán ser detenidos, sin embargo, aquellas personas que gocen del privilegio de la inviolabilidad y/o de la inmunidad. En este sentido, y al margen del Rey, cuya inviolabilidad e inmunidad está consagrada constitucionalmente (art. 56.3 CE), hay que citar, sin afán exhaustivo alguno, las siguientes:

1) Los miembros del Poder Legislativo (Diputados y Senadores) que gozan de inviolabilidad, por las opiniones manifestadas, y los actos realizados en el ejercicio de sus cargos, y de inmunidad, salvo en caso de flagrante delito (art. 71 CE, art. 10 Reglamento del Congreso de 24.2.82 y art. 21 Reglamento del Senado de 26.5.82); también gozarán de tales privilegios los Parlamentarios de las Comunidades Autónomas, cuando así lo recogiesen los respectivos Estatutos de Autonomía;

2) El Defensor del Pueblo (y sus adjuntos), y también los Defensores (y sus adjuntos) de las Comunidades Autónomas, de acuerdo con lo dispuesto en sus leyes orgánicas (L.O. 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo);

3) Los miembros del Tribunal Constitucional (art. 22 L.O. 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional);

4) Los miembros de la carrera judicial y fiscal en servicio activo, que gozan de inmunidad relativa en cuanto que sólo podrán ser detenidos (art. 398 LOPJ) por orden del juez competente o en caso de flagrante delito — en cuyo supuesto se tomarán las medidas indispensables de aseguramiento y se entregará al detenido al juez competente más próximo—, dándose cuenta a la autoridad judicial de quien dependan, que adoptará las prevenciones procedentes para atender su sustitución (arts. 398 a 400 LOPJ y art. 56 EOMF aprobado por L. 50/1981, de 30 de diciembre);

5) Las autoridades, agentes y funcionarios diplomáticos, de Embajadas y Consulados (arts. 29, 31.1, 37.1, ... del Convenio de Viena

de 18.4.61 —ratificado por España el 21.1.67—, arts. 41, 43, 53, ... del Convenio de Viena de 24.4.63 —ratificado por España el 3.2.70—, art. 21.2 LOPJ, ...), los miembros de determinados órganos y organismos de la Unión Europea, ... (9).

2.4. *Procedimiento*

El tracto de las actuaciones referentes a la detención puede ser disecionado en la forma siguiente (arts. 496 a 501 LECR):

1) Acto de realización;

2) Acto de puesta a disposición de la autoridad judicial; hay que tener presente que, cuando la detención ha sido llevada a efecto por un particular o por las autoridades o agentes de la policía judicial, sin previo mandato del órgano jurisdiccional, el detenido ha de ser puesto en libertad o entregado a la autoridad judicial (concretamente al Juez más próximo al lugar en el que se hubiese realizado) dentro de las 24 (o 72) horas siguientes; en caso contrario se incurriría en detención ilegal (10);

3) Actos de consolidación; tras la puesta a disposición del detenido, el órgano jurisdiccional procederá de la siguiente forma:

a) si el órgano fuese el competente para conocer la causa, y el detenido no fuese un condenado, practicará las diligencias precisas (expresivas de las circunstancias personales de quienes han realizado y soportado la detención, así como de los motivos de la misma) y elevará la detención a prisión o la dejará sin efecto en el plazo de las 72 horas siguientes;

b) si el órgano no fuese el competente para conocer de la causa, y el detenido no fuese un condenado:

(9) Respecto a las personas que gozan del privilegio de la inviolabilidad y/o inmunidad, puede verse GÓMEZ DEL CASTILLO, M.M./UGALDE GONZÁLEZ, J.I., *Procesos Penales Ordinarios y Especiales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 60 a 89. Vid. también MORALES ARROYO, J.M., *Las prerrogativas parlamentarias a la luz de la jurisprudencia constitucional (a propósito de las sentencias del Tribunal Constitucional 51/1985, de 10 de abril, y 90/1985, de 22 de julio)*, Revista de las Cortes Generales, Año 1987, núm. 12, pp. 189 a 218; y PUNSET BLANCO, R., *Inviolabilidad e inmunidad de los parlamentarios de las Comunidades Autónomas*, Revista de las Cortes Generales, Año 1984, núm. 3, pp. 123 a 137.

(10) El delito de detención ilegal está tipificado, en el nuevo CP (L.O. 10/1995, de 23 de noviembre), en los arts. 163 a 168, resultando también de interés los arts. 487, 500, 503, 537, 577 y 611 y 612. En el CP derogado, en los arts. 184 a 188 y 480 a 483, esencialmente. Vid., al respecto, PORTILLO CONTRERAS, M., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Ed. Edersa, Madrid, 1990.

a') si ya estuviese procesado, detenido, o preso, practicará las diligencias precisas, y las remitirá, junto con el detenido, al órgano competente;

b') si no estuviese procesado, detenido, o preso, practicará las diligencias precisas, elevará la detención a prisión o la dejará sin efecto — decretando la libertad— en el plazo de las 72 horas siguientes, y, en su caso, las remitirá, junto con el detenido, al órgano competente;

c) si el detenido fuese un condenado, el órgano dispondrá que sea remitido de forma inmediata al establecimiento penitenciario.

Para elevar la detención a prisión (o dejarla sin efecto), igual que para decretar la libertad provisional, el órgano competente habrá de convocar a las partes a una audiencia, dentro de las referidas 72 horas, desde la puesta a disposición del detenido. Si la audiencia no pudiera celebrarse, el órgano acordará o no la prisión o libertad provisional, según estimase el riesgo de fuga, y convocará nuevamente, dentro de las 72 horas siguientes, adoptando las medidas disciplinarias precisas para su celebración. En dicha audiencia, y tras las alegaciones y pruebas que se lleven a efecto, el órgano, si alguna parte lo interesase, resolverá sobre la procedencia o no de la prisión o la libertad provisional, y, si ninguna parte lo instase, necesariamente dejará sin efecto la detención y decretará la libertad del detenido (art. 504 bis 2 LECR, incorporado por la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado).

Análoga mecánica se ha de seguir, para, durante el curso de la causa, acordar la prisión o la libertad provisional, o agravar las condiciones de la libertad provisional ya acordada, pudiendo el órgano actuar de oficio, sólo cuando entienda que procede la libertad, o la mejora de las condiciones de la libertad provisional antes decretada (art. 539 LECR, redactado conforme a la L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado).

La incorporación del art. 504 bis 2, con las exigencias de audiencia de partes y solicitud de estas para decretar la prisión o la libertad provisional del detenido, sustrayendo facultades al órgano jurisdiccional, en beneficio de las partes acusadoras, sobretudoo del Ministerio Fiscal, implica, desde luego, un fortalecimiento del sistema acusatorio, pero, también, la posibilidad (dados los principios que informan la estructura y la actuación del Ministerio Fiscal) de intromisiones administrativas que pueden dañar la independencia de la Jurisdicción.

Al margen de lo anterior, y también de los problemas de interpretación (¿a qué se refiere el precepto cuando habla de “alegaciones” y “pruebas”?) y de los defectos de forma (así, se establece que el imputado detenido

tiene [obligación de comparecencia!], el art. 504 bis 2 hace difícil, por no decir imposible, que el órgano jurisdiccional no competente para conocer de la causa pueda transformar una detención en prisión provisional, esterilizando así el contenido del art. 499.

De cualquier forma, el punto crítico, dentro de las actuaciones referentes a la detención, es, sin lugar a dudas, el de los límites temporales que se establecen; y ello esencialmente por la posibilidad de su transgresión.

Tales límites son los siguientes:

1) Para la puesta en libertad o la entrega del detenido a la autoridad judicial, cuando la detención ha sido llevada a efecto por un particular o por las autoridades o agentes de la policía judicial, sin previo mandato del órgano jurisdiccional, 24 horas (art. 496 en relación con lo que dispone también el art. 295 LECR).

Dicho plazo puede resultar excesivo para los particulares, puesto que es obvio que éstos sólo requieren el tiempo indispensable para trasladar al detenido a las dependencias policiales o judiciales más próximas; por el contrario, puede resultar insuficiente para las autoridades o agentes de la policía judicial, puesto que éstos necesitarán además el tiempo preciso para realizar diligencias y formular el correspondiente atestado.

El art. 17.2 CE (y en igual sentido el art. 520.1 LECR redactado conforme a L.O. 14/1983, de 12 de diciembre) establece que la detención preventiva no ha de durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de 72 horas, el detenido ha de ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

Estos preceptos, refiriéndose a las detenciones practicadas por las autoridades o agentes de la policía judicial (referirlos a las detenciones ejecutadas por los particulares sería un absurdo) establecen un plazo más amplio (72 horas) que el fijado inicialmente por la LECR (24 horas). Y ello, al margen del tema de la constitucionalidad o no del plazo de 24 horas (a resolver afirmativamente por ser más favorable al detenido) y del de la inconstitucionalidad o no de su transgresión (a resolver negativamente por razones obvias), plantea un problema de interpretación que forzosamente se ha de resolver en favor de la vigencia del plazo de 72 horas (art. 496 matizado por art. 520.1 LECR en relación con art. 17.2 CE), aún cuando, en el plazo de 24 horas, la autoridad o agente de la policía judicial, haya de dar cuenta de la detención que haya llevado a efecto (art. 295 LECR).

El plazo a que se alude podrá ser suspendido en el supuesto de declaración del estado de excepción o de sitio (art. 55.1 CE), durante los cuales la detención no podrá exceder de 10 días (art. 16.1 L.O. 4/1981, de 1 de junio, sobre los estados de alarma, excepción y sitio). También podrá ser suspendido respecto a personas determinadas (bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes) (art. 55.2 CE); en tal caso, la detención podrá prolongarse hasta un límite máximo de otras 48 horas; para ello es preciso la solicitud dentro de las primeras 48 horas desde la detención, y la resolución (motivada de autorización o denegación) del órgano jurisdiccional dentro de las 24 horas siguientes (art. 520 bis 1 en relación con art. 384 bis LECR, introducidos por L.O. 4/1988, de 25 de mayo).

2) Para transformar la detención en prisión o libertad provisional o dejarla sin efectos, 72 horas (arts. 497 y 504 bis 2 LECR, incorporado por L.O. 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado; así se deduce también del art. 386 LECR; *vid.* en este orden, de la Fiscalía General del Estado, la Circular Nº 2/1995, de 22 de noviembre, sobre el nuevo régimen procesal de la prisión preventiva, y la Circular Nº 4/1995, de 29 de diciembre, sobre el proceso ante el Tribunal del Jurado: Las actuaciones en el Juzgado de Instrucción).

Este plazo de 72 horas se ha de computar desde el momento en el que el detenido ha sido puesto a disposición del órgano jurisdiccional, sea o no el competente. Por ello, si dicho órgano no fuese el competente, el plazo en cuestión se ha de entender común a las actuaciones de ambos. De cualquier forma, existe la obligación de dilatar lo menos posible la detención (art. 528 LECR).

3) Para remitir a los condenados a los establecimientos penitenciarios, el órgano jurisdiccional procederá de forma inmediata.

2.5. *Recursos*

En síntesis, el sistema de recursos es el siguiente:

1) Contra el auto decretando la detención no cabe recurso alguno; contra el auto denegando la detención, previamente solicitada por alguna parte acusadora, cabría recurso de reforma y apelación (arts. 217 y 222 LECR);

2) Contra los autos decretando o denegando (dejando la detención sin efecto) la prisión provisional, cabe recurso de reforma (art. 501 LECR, que sólo se refiere al imputado) y posterior apelación (art. 222 LECR);

3) Contra los autos decretando o denegando (dejando la detención sin efecto) la libertad provisional, cabe recurso de apelación (art. 504 bis 2 LECR) sin previa reforma.

2.6. *Derechos del detenido*

Resulta evidente que uno de los rasgos definidores del llamado Estado de Derecho se encuentra, precisamente, en el tratamiento que se otorgue a los detenidos (y presos). La consideración que la persona detenida merezca, a los ojos del legislador, se convierte así en una línea divisoria claramente definitoria de la existencia o no del mismo. Y este tratamiento depende, a su vez, de los derechos que se le reconozcan.

Cabría, desde luego, sostener que todos esos derechos se compendian y resumen en uno: nadie puede ser (y estar) privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en la Constitución y en los casos y en la forma previstos en la ley (art. 17.1 CE); o, lo que es lo mismo, nadie podrá ser (y estar) detenido sino conforme a lo que prescribe la ley (art. 489 LECR). Sin embargo, es, obviamente, ese contenido —lo que prescribe la ley— lo que marca la diferencia. Por ello, resulta preciso la enumeración (y la sistematización) de los derechos concretos de que puede gozar el detenido.

En este sentido, cabe diversificar, atendiendo a un criterio puramente cronológico, entre derechos inherentes al acto de detención (al “ser” detenido) y derechos inherentes a la situación de detención, es decir, a la situación generada por el acto de detención (al “estar” detenido).

Son derechos inherentes al acto de detención los siguientes (art. 520 LECR, según redacción dada por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre):

1) Derechos que protegen, preferentemente, intereses extrajurídicos del detenido (intereses personales, familiares o sociales del mismo):

a) Derecho al mínimo perjuicio (a que la detención se lleve a efecto en la forma menos perjudicial para su persona, su patrimonio y su reputación) (art. 520.1 LECR);

b) Derecho a la comunicación (a que se comunique a sus familiares u otras personas su detención y el lugar en el que se encuentra) (art. 520.2.d LECR); si el detenido es un menor o un incapacitado, esta comunicación se habrá de hacer a quienes ejerzan la patria potestad, la tutela (o la curatela), o la guarda de hecho, y, en caso de no ser hallados, al Ministerio Fiscal (art. 520.3 LECR); y, si el detenido es un extranjero, dicha comu-

nicación se habrá de realizar al Consulado correspondiente (arts. 520.2.d y 520.3 LECR); además, en este último caso existe el derecho a la asistencia de un intérprete cuando el detenido no hable o no comprenda el castellano (art. 520.2.e LECR).

2) Derechos que protegen, preferentemente, intereses jurídicos del detenido.

a) derecho a la información (a ser informado, de modo comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones motivadoras de la detención, y de los derechos que tiene) (art. 17.3 CE y art. 520.2 LECR);

b) derecho al silencio (art. 17.3 CE y art. 520.2.a LECR) (11);

c) derecho a la no autoincriminación (arts. 15 y 24 CE y art. 520.2.b LECR);

d) derecho a la asistencia jurídica (a la asistencia de un abogado, designado por sí o de oficio, en las diligencias policiales o judiciales de declaración e identificación, y a mantener con él entrevista reservada) (arts. 17.3 y 24 CE y arts. 520.2.c y 520.6.c LECR); el detenido puede renunciar a ello si la detención lo fuere sólo por hechos presuntamente delictivos contra la seguridad del tráfico (art. 520.5.c LECR); téngase presente, en este tema, lo dispuesto respecto a los trámites para la designación del Abogado (art. 520.4 LECR), respecto a las actuaciones del mismo en la asistencia al detenido (art. 520.6. LECR), respecto al ejercicio del derecho de defensa desde el momento mismo de la detención (art. 118.I LECR, según redacción dada por la L. 53/1978, de 4 de diciembre), así como lo establecido respecto al llamado proceso abreviado (arts. 788.1 LECR, según redacción dada por la L. 10/1992, de 30 de abril, y 785.8ª.a LECR, según redacción dada por la L.O. 7/1988, de 28 de diciembre, en relación, entre otros, con el art. 790.1 LECR) (12).

e) derecho al reconocimiento médico (art. 520.2.f LECR);

f) derecho a la integridad física y psíquica (a no ser presionado durante las declaraciones e interrogatorios) (art. 297 LECR).

(11) Sobre el llamado derecho al silencio (y a la falsedad), como expresiones del derecho a la no autoincriminación, vid. GÓMEZ DEL CASTILLO, M.M., *El comportamiento procesal del imputado*, Ed. Librería Bosch, Barcelona, 1978.

(12) Respecto a la intervención del Abogado, vid. arts. 436 a 442 LOPJ, y Estatuto General de la Abogacía aprobado por R.D. 2090/1982, de 24 de julio (especialmente, arts. 57 a 60 para lo concerniente al turno de oficio). Téngase también presente la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

Son derechos inherentes a la situación de detención los siguientes:

1) Derechos que afectan, preferentemente, a intereses extrajurídicos del detenido:

a) derecho a estar ubicado en razón de su grado de educación, su edad, y la naturaleza del delito que se le impute; si la separación absoluta no fuese posible, se cuidará, al menos, que no se reúnan personas de sexo diferente, de muy distinta edad, reincidentes con no reincidentes, ni co-reos (art. 521 LECR; vid. también art. 33 Reglamento Penitenciario, D. 1201/1981, de 8 de mayo);

b) derecho a procurarse, a sus expensas, comodidades u ocupaciones, siempre que sean compatibles con el objeto de la detención y el régimen del establecimiento y no comprometan su seguridad ni el curso de la instrucción sumarial (art. 522 LECR, según redacción dada por la L. 53/1978, de 4 de diciembre);

c) derecho a ser visitado por sacerdotes, médicos, parientes, socios, o consejeros, siempre que ello se ajuste a las condiciones reglamentadas y no se afecte el curso de la instrucción sumarial (art. 523 LECR);

d) derecho a usar de los medios de correspondencia y comunicación, siempre que no se perjudique el curso de la instrucción sumarial (art. 524 LECR);

e) derecho a dirigirse a los funcionarios superiores del orden judicial (art. 524 LECR); téngase presente, en este punto, lo establecido respecto a las visitas de inspección de los órganos jurisdiccionales (art. 526 LECR; vid. también arts. 76 y s.s. Ley General Penitenciaria, L.O. 1/1979, de 29 de septiembre)(13);

f) derecho a no ser sometido a ninguna medida extraordinaria de seguridad, salvo en casos de desobediencia, violencia, rebelión, o tentativa de fuga, en cuyos supuestos sólo subsistirán el tiempo estrictamente necesario (art. 525 LECR).

2) Derechos que afectan, preferentemente, a intereses jurídicos del detenido:

a) derecho a relacionarse con su abogado (art. 523 LECR, vid. también art. 51 Ley General Penitenciaria, L.O. 1/1979, de 29 de septiembre, y arts. 101 y 102 Reglamento Penitenciario, D. 1201/1981, de 8 de mayo);

(13) Vid. también el Acuerdo del pleno del CGPJ de 9 de julio de 1981 y la Prevención de la Presidencia del TS de 8 de octubre de 1981.

- b) derecho a que se respeten los límites temporales establecidos para su puesta en libertad o a disposición de la autoridad judicial, y para transformar la detención en prisión o libertad provisional o dejarla sin efectos;
- c) derecho de audiencia previa en orden al decreto de prisión o libertad provisional;
- d) derecho a utilizar los recursos legalmente establecidos.

Hay que tener presente que el detenido, en situación de incomunicación, sufrirá una restricción de sus derechos, gozando de los inherentes al acto de la detención —restringidos también en cuanto que no tendrá el de comunicación (previsto en el art. 520.2.d LECR), ni el de entrevista (previsto en el art. 520.6.c LECR), y además el Abogado será designado de oficio, pero no de los inherentes a la situación de la detención (art. 527 LECR, según redacción dada por la L.O. 14/1983, de 12 de diciembre). En los casos a los que se refiere el art. 384 bis LECR, se podrá solicitar la incomunicación y el órgano jurisdiccional se deberá pronunciar sobre la misma en resolución motivada y en plazo de 24 horas, quedando mientras tanto incomunicado el detenido, sin perjuicio de su derecho de defensa y de lo establecido en los arts. 520 y 527 LECR (art. 520 bis.2 LECR, introducido por L.O. 4/1988, de 25 de mayo); en tal caso, y durante la detención, el órgano jurisdiccional podrá requerir información y conocer, personalmente, o mediante delegación, la situación del detenido (art. 520 bis 3 LECR, introducido por L.O. 4/1988, de 25 de mayo).

2.7. *La garantía del Habeas Corpus*

En íntima conexión con el tema de la detención se encuentra el del *habeas corpus*.

El art. 17.4 de la Constitución (en hilazón con lo dispuesto en su art. 1, en el art. 5 del Convenio Europeo sobre derechos humanos y libertades fundamentales, en el art. 9 de la Declaración Universal sobre derechos humanos, y en el art. 9 del Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos) establece que “la ley regulará un procedimiento de *habeas corpus* para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”.

En función de ello, la L.O. 6/1984, de 24 de mayo (en relación con el art. 87.1.c LOPJ y con aplicación supletoria de la LECR) vino a establecer el citado procedimiento, como garantía suprema e insustituible para la lucha contra las detenciones ilegales, suponiendo, junto con otras medidas

de protección y tutela, la culminación del Estado de Derecho, en cuanto instrumento dirigido a salvaguardar los derechos humanos y las libertades fundamentales durante la instrucción sumarial.

El análisis de dicha garantía ha sido prácticamente exhaustivo, tanto en el campo doctrinal como en el ámbito jurisprudencial, lo que nos exime de mayores comentarios o de consideraciones diferentes (14).

III. LA DETENCIÓN EN EL ÁMBITO JURÍDICO-MILITAR

Toca, ahora, ocuparnos de la detención en el ámbito jurídico militar, es decir, de las detenciones de personas presuntamente responsables de hechos presuntamente delictivos, que aparecen como de la competencia de la jurisdicción militar (15).

(14) Vid., entre otros, FAIREN GUILLÉN, V., *El proceso aragonés de "manifestación" y el británico de habeas corpus*, en *Temas del Ordenamiento Procesal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, Tomo I, pp 131 a 171; GIMENO SENDRA, V., *El proceso de habeas corpus*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985; MINISTERIO DEL INTERIOR, SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA, *El derecho a la asistencia letrada y el habeas corpus*, Madrid, s.f.; BERAJA, A., *Observaciones al Anteproyecto de Ley de Habeas Corpus para la provincia de Corrientes y de exposición de motivos de las reformas propuestas*, Revista de Derecho Procesal Argentina, Año 1972, núm. 4, pp. 473 y s.s.; FAIREN GUILLÉN, V., *Los recursos de "greuges", "firmas de derechos" y "manifestación de personas", "el writ de habeas corpus", el recurso de "amparo"*, ..., Revista de Derecho Procesal, Año 1988, núm. 3, pp. 619 a 704; GIMENO SENDRA, V., *La protección jurisdiccional del derecho a la libertad: el habeas corpus*, la Ley, Año 1985, núm. 4, pp. 1178 a 1188; MARTÍN OSTOS, J., *El procedimiento de habeas corpus*, La Ley, Año 1983, núm. 3, pp. 1043 a 1048; PÉREZ MARTÍN, A.J., *La competencia objetiva de los Juzgados Togados Militares Territoriales en la L.O. 6/1984, de 24 de mayo*, Justicia, Año 1989, núm. 2, pp. 417 a 434; SEGOVIA LÓPEZ, E., *El procedimiento de habeas corpus*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año 1984, núm. 1368, pp. 3 a 13; SORIANO DÍAZ, R., *La defensa de la libertad física y el procedimiento de habeas corpus*, La Ley, Año 1984, núm. III, pp. 857 a 863; SORIANO DÍAZ, R., *La protección de la libertad personal en el Derecho Anglosajón: El Writ de habeas corpus*, Justicia, Año 1986, núm. 3, pp. 605 a 632; VEGA RUIZ, J.A., *El habeas corpus*, Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Año 1983, núm. 1329, pp. 3 a 10. Vid. también GÓMEZ DEL CASTILLO, M.M./UGALDE GONZÁLEZ J.I., *Procesos Penales ordinarios y especiales*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991, pp. 126 y s.s.

(15) Sobre la detención en el ámbito jurídico-militar, y al margen de las obras de carácter general, vid., entre otros, MARTI COLL, A., *Detención de Militares*, Poder Judicial, Año 1985, núm. 15, pp. 79 a 88; y QUEROL LOMBARDEO, J.F. de, *Las medidas cautelares personales: detención y prisión de militares*, en *Delitos y procedimientos militares*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994 (reproducido —*Medidas cautelares personales en el proceso penal militar*— en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares*, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Tomo II, Madrid, 1995). Vid. también *Manual de Formularios del Militar*, Ed. Lamruja, Tomo I, Madrid, 1991.

Sin entrar, por razones obvias, en el estudio de la evolución histórico-legislativa de esta medida cautelar, sí resulta preciso, retrocediendo hasta los mismos prolegómenos de la codificación militar (asentados, como es sabido, en la segunda mitad del siglo XVIII), resaltar la preocupación por su normación, a efectos, sobretodo, de proteger los derechos y subrayar los deberes del militar en el momento de la misma.

En este sentido, hay que comenzar citando las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768, cuyo Tratado VIII, con la rúbrica "De las materias de justicia", es un auténtico compendio de las disposiciones penales y procedimentales vigentes en la fecha de su promulgación.

De interés resulta también la Real Cédula de 1 de agosto de 1784, que es dictada como consecuencia de un conflicto de competencias entre la Jurisdicción Militar y la Sala de Alcaldes de Casa y Corte, y que, con carácter provisional y uniformador, clarifica, entre otras materias, las medidas relativas a la detención del militar. Ello es confirmado para la Armada por la Real Orden de 22 de junio de 1825, y para el Ejército por la Real Orden de 26 de junio de 1827.

Hay que citar también el Código de Justicia Militar de 27 de septiembre de 1890, y, posteriormente, la Real Orden de 25 de abril de 1893, dictada por el Ministerio de Gracia y Justicia con el objetivo de armonizar las facultades de los tribunales en cuanto a los derechos explícitamente reconocidos al militar en activo respecto a la detención (16).

Y, finalmente, el Decreto de 11 de julio de 1934, regulador de la detención y prisión de los militares y marinos en servicio activo (el cual ha estado vigente hasta su derogación por la Ley Procesal Militar actual) y el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 (reformado por la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre), que, junto con el Decreto de 1934, integraba la normativa vigente en esta materia hasta su paulatina sustitución por la normativa actual (17).

(16) Respecto a la legislación anterior al Código de Justicia Militar de 1890, es preciso citar, al menos, a MENGES, M.M., *Compendio de la obra Juzgados Militares de Colón, o formulario completo de procesos*, Ed. Imprenta de P. Sanz, Madrid, 1834, y también a RIVADULLA Y SÁNCHEZ, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Militar*, Ed. M. Pérez, Manila, 1886; vid. también MUGA LÓPEZ, F., *Antecedentes del Código Penal Militar de 1884*, Revista Española de Derecho Militar, Año 1956, núm. 1.

(17) La evolución legislativa ocurrida, a partir de la promulgación de la Constitución, es bien conocida: 1) en primer lugar, el Código de Justicia Militar de 1945, es reformado, con carácter provisional, por la L.O. 9/1980, de 6 de noviembre (lo que produce una ingente e interesante literatura científica, así: BELTRÁN NUÑEZ, A./EGIDO TRILLO, B., *Breves consideraciones sobre la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de*

Justicia Militar, Revista Ejército, Año 1982, núm. 513, pp. 59 y s.s.; BLAY VILLASANTE, F., *Otras reformas necesarias del Código de Justicia Militar*, Revista de Aeronáutica y Astronomía, Año 1981, núm. 481, pp. 51 y s.s.; BRAVO NAVARRO, M., *Reforma de la Justicia Militar*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Año 1981, núm. 481, pp. 51 y s.s.; MILLÁN GARRIDO, A., *Consideraciones sobre las modificaciones introducidas en las Leyes Penales Militares por la Ley Orgánica 9/1980, de reforma del Código de Justicia Militar*, Revista Española de Derecho Militar, Año 1982, núm. 40, pp. 195 a 231 (también en Revista de Derecho Público, Año 1982, núm. 87, pp. 289 a 332); VALENCIANO ALMOYNA, J., *La reforma del Código de Justicia Militar; Comentarios a la Ley Orgánica 9/1980*, Madrid, 1980; VALENCIANO ALMOYNA, J., *La Ley de reforma del Código de Justicia Militar: aspectos más importantes*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica, Año 1981, núm. 481, pp. 51 y s.s.); 2) en segundo lugar, se establece una Comisión para el Estudio y Reforma de la Justicia Militar, creada por O.M. de 17.11.80 —en cumplimiento de lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la L.O. 9/1980, de 6 de noviembre— y disuelta tácitamente en 1982; los trabajos de esta comisión, inspirados en la L.O. 6/1980, de 1 de julio, sobre criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, y en la L.O. 9/1980, de 6 de noviembre, no fueron suficientemente aprovechados para las modificaciones que se habrían de introducir con posterioridad; 3) y, en tercer lugar, y durante los años 1983 a 1989, se lleva a efecto una profunda reforma que se plasma, fundamentalmente, en la Ley Orgánica de Competencias y Organización de la Jurisdicción Militar (1987) (vid. al respecto APARICIO GALLEGU, J., *La nueva organización de la Justicia Militar*, Revista General de Derecho, Año 1987, núm. 512, pp. 2457 a 2469; GÓMEZ Calero, J., *La reforma de la Jurisdicción Militar a partir de la Constitución*, Revista General de Derecho, Año 1986, núm. 504, pp. 3962 y s.s.), la Ley Orgánica Penal Militar (1985) (vid. al respecto BLECUA FRAGA, R., RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., y OTROS, *Comentarios al Código Penal Militar*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987; JIMÉNEZ JIMÉNEZ, F., *Introducción al Derecho Penal Militar*, Ed. Cívitas, Madrid, 1987; CALDERÓN SUSIN, E., *Comentario de urgencia al Proyecto de Código Penal Militar*, Revista General de Derecho, Año 1985, núm. 487, pp. 907 a 920; GONZÁLEZ GARCÍA-MIER, R., *El Proyecto de Código Penal Militar*, Revista General de Derecho, Año 1985, núm. 487, pp. 975 a 977; RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L., *El Código Penal Militar*, Revista General de Derecho, Año 1986, núm. 499, pp. 1257 a 1309; MILLÁN GARRIDO, A., *Prólogo (al Código Penal Militar y legislación complementaria)*, Editorial Tecnos, Madrid, 1986, pp. 13 y 14), la Ley Orgánica Procesal Militar (1989), etc., etc. Sobre la citada evolución (sobre todo respecto a la Comisión para el Estudio y la Reforma de la Justicia Militar) resulta de interés el Prólogo de MILLÁN GARRIDO a la *Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, Editorial Tecnos, Madrid, 1987. La nueva legislación ha propiciado un buen número de obras científicas de interés; citemos, por todas, ROJAS CARO, J., *Derecho Procesal Penal Militar*, Ed. Bosch, 1991, ROJAS CARO, J., *Derecho Disciplinario Militar*, Madrid, 1990 (tema este en el que no cabe desconocer las aportaciones de CHAVARRI ZAPATERO, J., *Régimen disciplinario militar*, Ed. Tecnos, Madrid, 1986, o JIMÉNEZ VILLAREJO, M., *La potestad disciplinaria en la Administración Militar*, Ed. Colex, Madrid, 1991). Mención especial hay que hacer, por lo que toca a la rama que cultivamos, de LORCA NAVARRETE, A.M., *Comentarios a la Ley Procesal Militar*, Ed. Instituto Vasco de Derecho Procesal, 1990, y NAVARRO MIRANDA, *Criterios de la Ley Procesal Militar* (conclusiones de la reunión de trabajo de la Fiscalía Togada de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo). Respecto a la legislación anterior, vigente el Código de Justicia Militar de 1945 como núcleo de la misma, fue recogida por DÍAZ-LLANOS, en sus *Leyes Penales Militares*, Ed. C.B. Española, Barcelona, 1974, 10ª edición (que es la que manejamos); QUEROL Y DURAN Y LANDI CARRASCO, entre otros, se ocuparon de su estudio.

Sobre este breve apunte histórico, y sin entrar tampoco en el tema de las competencias de la jurisdicción militar, es imprescindible recordar que, en nuestro vigente ordenamiento jurídico, esta competencia se contrae (en tiempos de paz y en territorio nacional) al enjuiciamiento de los delitos calificados como “militares”, es decir, de aquellos que están tipificados en la Ley Penal Militar (Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar), y que, en esencia, son infracciones criminosas que atentan contra el potencial bélico del Estado, que es siempre el bien jurídico a proteger.

Ahora bien, dado que tales delitos pueden ser cometidos por militares y también por civiles, será preciso, en aras de la claridad expositiva, hacer una disección de ambas hipótesis para el análisis de las posibles especialidades existentes (esencialmente en el procedimiento de la detención) en el ámbito que, ahora, se ha de estudiar.

Adicionalmente, se habría de incidir en las especialidades que afectan, o pueden afectar, a la detención de militares por comisión de delitos comunes. Pero estas no son otras que las que quedarán reflejadas respecto a la comisión de delitos militares; ello releva de la exigencia de comentarios al respecto.

Señalaremos, por último, que, los militares, exactamente igual que los civiles, no pueden ser detenidos por simples faltas; por tanto, en dicho supuesto, una vez acreditada su condición (y, a nuestro juicio, sin necesidad de justificar conocido domicilio —porque éste ha de ser el de su destino, es decir, el de su unidad (art. 175 R.R.O.O. FAS)— ni prestar fianza bastante), los agentes de la autoridad judicial o gubernativa se habrán de limitar a tomar nota de los datos personales y del destino del mismo, a efectos de tramitar la oportuna denuncia (art. 214 LOPM). Esto releva también de otros comentarios adicionales.

Sin más consideraciones previas se pasa al desarrollo de la exposición.

3.1. *Concepto y clases*

En este punto no hay nada que añadir a lo ya expuesto, con carácter general, respecto a la detención con la salvedad de que, cuando se disponga la incomunicación del detenido, se comunicará dicho acuerdo al director del establecimiento penitenciario militar o al jefe o mando de la unidad en que se encuentre para que se adopten las medidas pertinentes (art. 224 LOPM).

No cabe desconocer, además, que no tendrán la consideración de detención las privaciones de libertad de carácter disciplinario (arrestos), que se registrarán por su legislación específica (LORDFAS).

3.2. *Regulación legal*

Las normas referentes a la detención, en el ámbito jurídico militar, están insertas en diferentes cuerpos legales.

De un lado, hay que tener presente los arts. 61.3, 85 y 86, 103, 107 y 115 a 117 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (LOCOJM); la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, Penal Militar (BOE de 11 de diciembre de 1985) (LOCPM) (arts. 27 —que contempla el abono del tiempo de la detención respecto al del cumplimiento de la condena—, 77.6 —que tipifica como delito la detención ilegal del personal civil de los países beligerantes en caso de guerra—, o 118 y 161 —que tipifican como delitos las conductas propiciadoras o negligentes respecto a la evasión de detenidos—); la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (BOE de 18 de abril de 1989) (LOPM); e incluso la Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (BOE de 22 de noviembre de 1985) (LORDFAS); también la Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar.

De otra parte, hay que tener presente la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (arts. 173 y 175) (R.R.O.O. FAS); las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, aprobadas por R.D. 2945/1983, de 9 de noviembre (arts. 349, 364, 372, 388, 404 a 414); las Reales Ordenanzas de la Armada, aprobadas por R.D. 1024/1984, de 8 de junio (arts. 576 a 586); y las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, aprobadas por R.D. 494/1984, de 22 de febrero (arts. 442 a 452).

Y, por último, no cabe olvidar otras disposiciones menores (como la O. 79/1988, de 16 de diciembre), de aplicación complementaria, o la propia Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de habeas corpus (BOE de 26 de mayo de 1984) (LHC) (art. 2.III).

Evidentemente, la regulación esencial se contiene en la Ley Procesal Militar, en la que, al margen de los preceptos de pura referencia (arts. 199, 215, 400 o 407), se establecen —cabría afirmar— las coordenadas esenciales de esta medida cautelar.

En su propia Exposición de Motivos (Preámbulo) se sostiene que “...se han recogido las normas que se encontraban dispersas sobre detención de militares...” y “...se declara como supletoria, en lo que no se regula y no se oponga a esta ley, la Ley de Enjuiciamiento Criminal...”, lo cual queda confirmado en su Disposición Adicional Primera.

En ella, y junto a preceptos como los arts. 42, 123, 125, 126, 142, 144, 145, 167, 175, 176, 222, 224, 236, 237, 238, 299, 388, 402, o 420, hay que tener presente, sobretodo, los arts. 200 a 214, en los que se condensa el núcleo de la regulación. A ellos, pues, se prestará una atención particular.

3.3. *Sujetos de la detención*

3.3.1. Sujetos activos

Son sujetos activos de la detención, en el ámbito jurídico militar, además de los inherentes al orden jurisdiccional común (ya expuestos), los propios del orden jurisdiccional castrense, que son los siguientes:

1) Las autoridades judiciales militares (específicamente los Jueces Togados que incoen las actuaciones) (art. 201 LOPM); téngase en cuenta que también la autoridad judicial militar puede ordenar la detención, para mantener el orden en las salas, de quienes faltan al respeto debido al tribunal o cometan actos castigados por la ley (arts. 42 y 299 LOPM); e igualmente pueden ordenar la conducción forzosa a la presencia judicial de quienes no satisfagan la comparecencia a su llamamiento para declarar (arts. 175 y 420 LOPM);

2) Los Fiscales jurídico-militares, que, cuando tengan noticia de un hecho presuntamente delictivo, realizarán, u ordenarán realizar, las diligencias pertinentes, inclusive la detención, a efectos de instar la incoación del procedimiento o el archivo de las actuaciones (art. 123, 202 y 205 LOPM);

3) Las autoridades y agentes de policía judicial militar (teniendo presente que, aún no existiendo un cuerpo así constituido, el art. 86 LOCOJM extiende a la jurisdicción militar las funciones de la policía judicial y el art. 85 LOCOJM atribuye tal carácter a la policía militar);

4) Los militares particulares (que obviamente son sujetos activos por aplicación supletoria de la legislación común);

5) Las autoridades o los agentes facultados para ello legalmente (art. 201 LOPM); es decir:

a) las autoridades, mandos y jefes militares, que, cuando tengan conocimiento de la comisión de un delito, de la competencia de la jurisdicción militar, perpetrado por sus subordinados, o cometidos en su demarcación, han de comunicarlo al Juez Togado competente, y nombrar a un oficial a sus órdenes para que instruya el correspondiente atestado, con detención del presunto responsable, si procediese; instruido el atestado, el Juez Togado competente incoará el correspondiente procedimiento penal, ratificando, rectificando o transformando la detención en prisión (o libertad) provisional; y, si la unidad estuviese en lugar aislado o lejano, o en buque o aeronave en navegación, y el instructor estimase imposible la entrega de lo instruido en el plazo de 72 horas, dejará sin efecto la detención (arts. 115 y 116 LOCOJM y arts. 144 y 145 LOPM);

b) la policía militar (que incluye la del Ejército de Tierra —regulada por los arts. 404 a 414 de sus R.R.O.O. aprobadas por R.D. 2945/1983, de 9 de noviembre—, la policía naval —regulada por los arts. 576 a 586 de las R.R.O.O. de la Armada aprobadas por R.D. 1024/1984, de 8 de junio—, y la policía aérea —regulada por los arts. 442 a 452 de las R.R.O.O. del Ejército del Aire aprobadas por R.D. 494/1984, de 22 de febrero); concretamente las R.R.O.O. del Ejército de Tierra establecen que, en el ejercicio de sus funciones, la policía militar tendrá el carácter de agentes de autoridad (art. 408; art. 580 R.R.O.O. Armada y art. 451 R.R.O.O. Ejército de Aire), que podrá actuar en auxilio de los tribunales militares y efectuar detenciones (art. 409), y que intervendrán en caso de flagrantes delitos (art. 413);

c) otros agentes autorizados (como, por ejemplo, los escoltas que atienden la seguridad de las autoridades, mandos y jefes militares)

3.3.2. Sujetos pasivos

En este punto no existe adición alguna de la legislación castrense respecto a lo establecido por la legislación común (ya expuesto). En consecuencia, sólo cabe remitirse a ella.

Hay que tener presente, sin embargo, en lo referente a las excepciones al régimen de la detención, que, quienes ejerzan funciones judiciales o fiscales en la jurisdicción militar, sólo podrán ser detenidos por orden de Juez competente o en caso de delito flagrante; en el segundo caso se tomarán las medidas de aseguramiento indispensables y se entregará inmediatamente el detenido al Juez Instructor o al Juez Togado competentes; y, en todo caso, se dará cuenta al Auditor Presidente del tribunal

correspondiente, y, si se trata de un Fiscal, a su superior jerárquico (art. 117 LOCOJM).

3.4. *Procedimiento*

Todo lo contrario sucede en lo referente al tema procedimental, en el que existen numerosas e importantes especialidades.

Es aquí donde hay que hacer separación de los casos de detención de civiles y militares.

Respecto al personal civil (y militares que no estén en servicio activo), la detención se ajustará a lo dispuesto por la legislación común (ya expuesto) (art. 202 LOPM).

Respecto al personal militar (militares que estén en servicio activo), la detención se ajustará a lo preceptuado por la legislación común con las particularidades fijadas por la castrense (art. 205 LOPM) (18).

(18) Téngase presente que las situaciones en las que se podría encontrar un militar profesional, con carácter general, serán: actividad (servicio activo), reserva y retiro (cfr. art. 8 de la LOCPM). No obstante existen peculiaridades en atención al carácter del militar, así:

A).- Los militares de carrera permanecerán sometidos al régimen penal y disciplinario hasta la situación de retiro —art. 3, párrafo I, L.O. 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, precepto modificado por Disposición Adicional 10ª de la L.O. 13/1991, de 20 de noviembre, del Servicio Militar y art. 8 del LOCPM—. Pese a este principio de uniformidad, el militar puede encontrarse en diversas situaciones administrativas —art. 96, L. 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional—, que introducen excepciones:

Así, de las situaciones del militar de carrera (vid. art. 96 a 103, L. 17/1989 y art. 16 a 57, R.D. 1385/1990, de 8 de noviembre, aprobando el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas del personal militar profesional), las cuales son servicio activo, disponible, servicios especiales, excedencia voluntaria, suspenso de empleo, suspenso de funciones y reserva, solamente los supuestos de servicios especiales, concretamente los contemplados en el art. 99, apartado I, a), b) y c), y de excedencia voluntaria, específicamente el contemplado en el art. 100, I, ambos de la L. 17/1989, permiten e imponen la no sujeción al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

La situación de reserva —que absorbe la antigua reserva activa por la Disposición Adicional 8ª L. 17/1989—, en la que permanece el militar de carrera hasta la de retirado, Junto a ella, se encuentra la denominada reserva transitoria (vid. R.D. 1000/1985, de 19 de junio, R.D. 741/1986, de 11 abril, Disposición Adicional 3ª de la L. 6/1988, de 5 de abril, Disposición Adicional 8ª, 3 de la L. 17/1989, Disposición Transitoria 9ª R.D. 1385/1990, de 8 de noviembre), en cuya situación dejará el militar de estar sujeto a la jurisdicción castrense, a partir del tercer año de su permanencia en dicha situación, según el punto III. A. 5) de la O.M. 43/1986, de 27 de mayo, sobre las Instrucciones de aplicación del Régimen Disciplinario, en consonancia con el art. 3º, 1) del R.D. 1000/1985, y hasta su transformación en movilizado.

Tales particularidades son las siguientes:

1) Con referencia al acto de realización (por mandato previo):

a) la detención se realizará siempre a través de los jefes del detenido, si estuviera al alcance inmediato de los mismos, y si no se retrasara con perjuicio grave la efectividad de la medida (art. 205 LOPM);

b) en caso contrario, el que realice la detención dará cuenta inmediata a los jefes del detenido, sin perjuicio del derecho y del deber del mismo

La situación de retirado, que se alcanza a petición propia, al llegar a la edad de jubilación forzosa o por resolución legal, determina la extinción de la relación existente entre el militar y las Fuerzas Armadas, en cuyo caso el militar deja de estar sujeto al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares (vid. art. 7 y 8 del R.D. 1385/1990, de 8 de noviembre). Además, la imposición de la sanción disciplinaria extraordinaria de separación de servicio, en virtud de expediente gubernativo, que provocará la pérdida de los derechos militares (art. 64 L. 12/1985), e, igualmente, la condena de pérdida de empleo o inhabilitación absoluta o especial para el ejercicio de la función pública, significará la exclusión de su sujeción a la jurisdicción militar (art. 24. 30 C.P.M.), aunque, en puridad, no deja de ser sino la situación de retirado, alcanzado por esta vía.

B).- Los militares de empleo (vid. art. 104 a 111 L. 17/1989, y art. 59 y 60 R.D. 1385/1990), estarán sometidos a la legislación castrense mientras mantengan sus relaciones de servicios profesionales (art. 3 L.O. 12/1985), pues, por un lado, de las diversas situaciones administrativas en que se pueden encontrar (vid. art. 110 L. 17/1989), ninguna le permite posicionarse con ajeneidad a la legislación penal y disciplinaria militar, y por otro, la situación de reserva o licencia absoluta le aparta de su aplicabilidad.

C).- Los alumnos de cuerpos docentes militares en formación vienen sometidos al régimen general de las Fuerzas Armadas, y a las leyes penales y disciplinarias militares, según el art. 13 de la Orden 43/1993, de 21 de abril, sobre el Régimen del alumnado de los Centros Docentes Militares de formación.

D).- El militar de reemplazo se hallará sujeto al régimen general de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias (art. 3, 2 de la L. 12/1985 y art. 40, 1 de la L.O. 13/1991, de 20 de noviembre, del Servicio Militar) durante su permanencia en filas.

E).- Finalmente, en los supuestos de movilización, el personal movilizado y militarizado (art. 3 de la L.O. 12/1985 y art. 8 LOCPM) quedará sometido durante su período de actividad que será fijado por el Gobierno.

En definitiva, están en situación de servicio activo (y sometidos a la jurisdicción militar): 1) quienes, como militares, sean de carrera o de empleo, estén integrados en los cuadros permanentes de las Fuerzas Armadas (aún en la situación de reserva); 2) quienes, con carácter de personal de reemplazo, estén incorporados al servicio militar; 3) quienes cursen estudios como alumnos de las Academias Militares para ingreso en los Cuadros de Mando; y 4) quienes, con asimilación militar, presten servicios militares, al ser movilizadas o militarizadas por decisión del Gobierno. Sobre este tema se puede consultar, MARTÍNEZ-CARLOS RUIZ, J.L., *Definición de militares*, en *Comentarios al Código Penal Militar*, coordinado por Blecua Fraga y Rodríguez-Villasante, Ed. Cívitas, Madrid, 1988, pp. 215 a 244; MILLÁN GARRIDO, A., *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*, coord. por Fernández López, J., Ed. Trotta, Madrid, 1995.

de comunicar inmediatamente con sus superiores (art. 205 LOPM y art. 173 R.R.O.O. FAS);

c) si el militar se encuentra desempeñando un servicio de armas u otro cometido esencialmente militar, la detención se interesará de, y se realizará por, sus jefes, salvo que no estuviera al alcance inmediato de los mismos o hubiere cometido delito flagrante (art. 205 LOPM y art. 173 R.R.O.O. FAS);

d) si el militar se encuentra en un recinto militar, la detención se interesará de, y se realizará por, el jefe de mayor empleo y antigüedad destinado y presente en ese recinto (art. 205 LOPM);

e) las autoridades, mandos o jefes militares, de quienes se interese la detención, darán un cumplimiento inmediato al requerimiento en sus exactos términos (art. 206 LOPM);

f) si no pudiese hacerlo (por encontrarse accidentalmente el deteniente fuera de su circunscripción), trasladarán con toda urgencia la comisión a la autoridad, mando o jefe, del lugar en donde se encuentre, comunicándolo así a la autoridad requirente (art. 207 LOPM);

g) el militar detenido, en el mismo momento de la detención deberá acreditar su identidad (y su condición de militar) y podrá exigir la identificación de quienes la realicen (art. 212 LOPM y art. 173 R.R.O.O. FAS; art. 53. a) LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, y art. 21 R.D. 1484/1987, de 4 de diciembre, sobre Normas del Cuerpo Nacional de Policía); téngase presente que la O. 79/1988, de 16 de diciembre, crea la tarjeta de identidad militar (TIM), que es el documento personal e intransferible que acredita la condición, empleo y situación;

h) el militar detenido habrá de acatar las órdenes y determinaciones de las autoridades o agentes que hubiesen acordado o realizado la detención, sin perjuicio de, posteriormente, poner en conocimiento de sus jefes las infracciones o abusos observadas (art. 212 LOPM).

En esencia, pues, las citadas particularidades se refieren a la exigencia de que la detención del militar se realice, a ser posible, a través de sus jefes (y, en todo caso, dando cuenta inmediata a los mismos); a los deberes de colaboración de las autoridades, mandos y jefes militares; y a los deberes de comportamiento del militar detenido.

2) Con referencia al acto de puesta a disposición:

a) si la detención no ha sido llevada a efecto por los jefes del militar, una vez realizado el atestado o las diligencias que correspondan, se entregará el detenido a la autoridad, mando o jefe, de que dependa, con indicación de sus motivos (art. 211 LOPM);

b) si ello no fuese posible, se entregará el detenido a la autoridad, mando o jefe, superior de la plaza en la que se hubiese verificado la detención (art. 211 LOPM).

La puesta a disposición, pues, se realizará, respecto a la autoridad judicial militar, a través de la propia autoridad militar. O, dicho de otra forma, se ha de diferenciar entre el acto de “entrega” a la autoridad militar y la situación de “disposición” frente a la autoridad judicial; así lo entiende también el dictamen emitido por el Consejo de Estado el 20 de mayo de 1982.

3) Con referencia a los actos de consolidación: no existen particularidades relevantes, salvo que el auto, elevando la detención a prisión (o libertad) provisional, o dejándola sin efecto, decretando entonces la libertad del detenido, se ha de comunicar, no sólo a las partes, sino también al jefe del mismo (art. 204 LOPM), lo que no deja de ser lógico, habida cuenta de que ha sido entregado a él.

4) Con referencia al cumplimiento de la detención:

a) el militar detenido sólo permanecerá, en dependencias o establecimientos no militares, el tiempo indispensable para la realización del atestado o de las diligencias que correspondan, y siempre separado de los demás detenidos (art. 210 LOPM y art. 173 R.R.O.O. FAS);

b) el cumplimiento de la detención se realizará en un establecimiento penitenciario militar, de la localidad en la que se produzca la detención, o en otro si no existiese tal tipo de establecimiento en dicha localidad (art. 208 LOPM); si no fuere posible la permanencia en un establecimiento militar, se cumplirá en un establecimiento común con absoluta separación de los demás detenidos (art. 222 LOPM);

c) durante el cumplimiento de la detención, el militar estará a disposición de la autoridad ordenante, pudiendo ser conducido ante ella, o visitado por ella, cuantas veces sea preciso (art. 209 LOPM);

d) los traslados se efectuarán siempre por militares de igual o superior empleo al del detenido (art. 213 LOPM);

e) durante la detención, el Juez velará por que se guarde al militar el respeto y la consideración debidos a su dignidad, empleo y situación (art. 237 LOPM);

f) en los establecimientos militares no penitenciarios, la custodia de los detenidos se llevará a efecto por las guardias de prevención, bajo la responsabilidad de su comandante (arts. 349, 364, 372 y 388 R.R.O.O. del Ejército de Tierra, aprobadas por R.D. 2945/1983, de 9 de noviembre).

Así pues, todas estas particularidades se reducen a la exigencia de que el cumplimiento de la detención se opere en un establecimiento militar y bajo la custodia militar.

En resumen, y respecto al procedimiento, las particularidades son concretas y sintetizables en la forma siguiente:

1) Exigencia de que la detención de los militares se lleve a efecto a través de sus jefes, imponiendo a estos un deber de colaboración y a aquellos unos deberes de comportamiento;

2) Exigencia de que el militar detenido sea puesto a disposición de la autoridad judicial militar, a través de la propia autoridad militar;

3) Exigencia de que la transformación de la situación de la detención sea puesta en conocimiento de los jefes del militar; y

4) Exigencia de que el cumplimiento de la detención se realice en un establecimiento militar y bajo la custodia militar.

Estas "exigencias" no pueden, ni deben, ser estimadas, actualmente, como privilegios, sino como servidumbres, añadidas a las cargas y gravámenes que pesan sobre el personal militar; y, en todo caso, como expresión de su permanente disponibilidad para el servicio al que se dedica, en razón de las peculiares funciones y de la propia naturaleza de las Fuerzas Armadas.

3.5. *Recursos*

En materia de recursos, y habida cuenta de la inexistencia del recurso de reforma, en el ámbito jurídico militar, sólo cabe el recurso de apelación; y ello tanto respecto al auto acordando o denegando la detención, como respecto a los autos transformando la misma en prisión o libertad provisional o decretando la libertad del detenido, e, incluso, respecto a los autos en que se acuerde o se levante la incomunicación de la detención (arts. 204, 224 o 388 LOPM).

3.6. *Derechos del detenido*

Regirá, en este punto, lo dispuesto en la legislación común (ya expuesto), que, tal como ya ha sido afirmado, se ha de aplicar supletoriamente a la legislación castrense, la cual también resume y compendia tales derechos en el precepto que establece que "ninguna persona podrá ser (y estar)

detenida sino en los casos y formas prescritos por la ley” (art. 200 LOPM), con el que se enfatiza el principio de legalidad que rige la vida del proceso penal.

Junto a los citados derechos, y en los supuestos de detención de militares en activo, en los que también, obviamente, ha de existir un ajustamiento a lo establecido en las leyes (art. 173 R.R.O.O. FAS), el militar gozará asimismo de los derechos derivados de las particularidades procedimentales a las que ya hemos aludido (vid. apartado 3.4).

Se hace preciso resaltar la permanente preocupación de los cuerpos legales militares por el derecho al mínimo perjuicio, estableciendo que la detención se ha de realizar en la forma menos perjudicial para la persona y la reputación del detenido y de su familia (art. 238 LOPM), y que la misma, mientras no exista auto de procesamiento firme, no producirá cambio alguno en la situación del militar detenido (art. 236 LOPM).

Lo mismo sucede con el tema de la asistencia letrada al detenido, a través de la designación, por sí o de oficio, del Abogado correspondiente (vid., en este sentido, el art. 103 LOCOJM, o los arts. 125, 142 o 402 LOPM), y con el derecho al silencio y a la no autoincriminación (vid., en este sentido, los arts. 167 y 176 LOPM). El derecho a la asistencia de un defensor encuentra también su expresión (aunque esto exceda de los límites marcados a este trabajo) en la exigencia de designación de defensor militar en los casos de unidades desplazadas fuera del territorio nacional (arts. 107 LOCOJM y 126 LOPM).

3.7. *La garantía del Habeas Corpus*

Esta garantía rige también, como no podría ser de otra manera, en el ámbito jurídico militar, en el que se atribuye a los Juzgados Togados Militares Territoriales, y más concretamente a los constituidos en las cabeceras de las circunscripciones territoriales en las que se efectuó la detención, la competencia para el conocimiento de las solicitudes de habeas corpus (art. 61.3 LOCOJM en relación con art. 2.III LHC).

Según ello, en los supuestos de competencia de la jurisdicción militar, por delitos cometidos por militares o por civiles, el órgano competente es el Juez Togado; pero, en los supuestos de delitos comunes cometidos por personal militar, el órgano competente (entendemos, por interpretación extensiva de la frase “...en las que se efectuó la detención...”) puede ser tanto el Juez Instructor como el Juez Togado.

Al margen de lo anterior, se establece que el detenido, su cónyuge, descendientes, ascendientes, o hermanos, y los representantes de los menores e incapacitados, podrán, en cualquier momento, sin formalismos, ni necesidad de Abogado, comparecer verbalmente, ante el Juez Togado o Tribunal Militar, a cuya disposición se encuentre el detenido, para exponer las consideraciones oportunas respecto a los motivos, tiempo, y condiciones de la detención, al objeto de que, en su caso, se resuelva inmediatamente sobre la legalidad del acto y de la situación en que transcurre (art. 203 LOPM).

Este precepto viene a plantear el problema de si se trata de una norma reiteradora de las disposiciones reguladoras del procedimiento de habeas corpus o si se trata de una norma innovadora de un procedimiento propio del ámbito jurídico militar y paralelo al de habeas corpus. Sin embargo, y al margen de la solución que se adopte, parece evidente que, no siendo una norma restrictiva de los derechos del detenido, sino todo lo contrario, su existencia es total y absolutamente acorde con los principios que, en este aspecto, emanan de la Constitución; y ello, en lo que toca a la dimensión puramente pragmática, resulta suficiente.

IV. CONCLUSIONES FINALES

El análisis comparativo, entre la detención “ordinaria” o “común” y la detención “militar” (valgan estas expresiones), pone de manifiesto, en un plano puramente indicativo, y al margen de muy concretas especialidades (como las relativas a las exigencias de notificación de los decretos de incomunicación), un paralelismo —en absoluto extraordinario si se conoce y se comprende la evolución del Derecho Militar a partir de la promulgación de nuestro vigente texto constitucional— que se traduce incluso en la propia dispersión de las normas reguladoras de esta medida cautelar en uno y otro ámbito, lo que, quizás, por las múltiples facetas que afectan a la misma, sea difícil o imposible de erradicar.

Marginando el hecho de la existencia, en el orden militar, de privaciones de libertad de carácter disciplinario (inherentes a la organización, funcionamiento, misiones y cometidos de las Fuerzas Armadas), tal vez sea el procedimiento a seguir (y los recursos a utilizar, habida cuenta de la inexistencia de la reforma en el citado orden) el punto en el que se hacen más ostensibles las particularidades referentes a la detención militar (*rectius*, a la detención de los militares), lo que se refleja, asimismo, en el campo de

los derechos y garantías del detenido (recuérdese, aquí, el contenido del art. 203 LOPM).

Por lo demás, cabe concluir que tal medida cautelar se ajusta estrictamente a los principios constitucionales, como no podría ser de otra forma, y que los particularismos vienen exigidos por la propia naturaleza de la institución militar.

2. NOTAS

EL DEBER DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR Y EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE SEXO

Por Pedro Escribano Testaut
Capitán Auditor
Letrado del Tribunal Supremo

SUMARIO

I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA PROBLEMÁTICA DEL SERVICIO MILITAR EN LA ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN. III.- DEFENSA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS Y SERVICIO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS. IV.- LA LEY ORGÁNICA 6/80, POR LA QUE SE REGULAN LOS CRITERIOS BÁSICOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR. V.- LA REFORMA DEL SERVICIO MILITAR DE 1984, Y EL REAL DECRETO-LEY 1/88. VI.- LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL. VII.- LA LEY ORGÁNICA 13/91 DE 13 DE DICIEMBRE, DEL SERVICIO MILITAR. VIII.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES DEL SERVICIO MILITAR O LA PRESTACIÓN SUSTITUTORIA. IX.- EL SERVICIO CIVIL COMO ALTERNATIVA AL SERVICIO MILITAR.

I. INTRODUCCIÓN

El servicio militar, un tema olvidado por la doctrina científica durante mucho tiempo, ha pasado a ser, últimamente, objeto de constantes estudios desde los más variados ámbitos de conocimiento: la sociología, el Derecho (constitucional, administrativo, penal), la historia (1)... pero la

(1) En la que puede considerarse como la más completa monografía publicada hasta el día de hoy sobre las Fuerzas Armadas desde un punto de vista jurídico, "La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas", escrita por F. LÓPEZ RAMÓN (Centro de Estudios Constitucionales, 1987), señala este autor que "el servicio militar resulta materia muy necesitada de estudios que fijen su trayectoria histórica y su contenido actual" (p. 381). Últimamente la doctrina viene prestando cada vez más atención a este tema. Entre los últimos trabajos publicados cabe destacar el número monográfico sobre la reforma de las Fuerzas Armadas y el servicio militar publicado por la Revista "Política exterior" en 1992, así como el estudio de L. MARTÍN-RETORTILLO "Reflexiones sobre la situación jurídica del soldado" (Revista de Administración Pública, núm. 134, mayo-agosto 1994, pp. 29 y ss.)

mayor parte de estos estudios debaten sobre el “deber ser” de la contribución de los ciudadanos a la Defensa Nacional, y no sobre el “ser” de la actual regulación. Se discute constantemente, y con argumentos de todo tipo, si deben existir o no los Ejércitos, si las Fuerzas Armadas deben ser enteramente profesionales, o debe existir junto a los militares profesionales un porcentaje de militares de reclutamiento forzoso; si debe reconocerse un derecho a la objeción de conciencia antes, durante o después de la prestación del servicio militar; si el servicio social de los objetores debe ser obligatorio, y si debe tener una duración igual o superior a la del servicio militar; si debe ser castigada la postura de quienes negándose a cumplir el servicio militar rechazan igualmente el cumplimiento de ese servicio social sustitutorio, etc.

En esta inacabable polémica se echa muchas veces de menos, desde el punto de vista del Derecho, un cierto rigor jurídico. Son numerosas las ocasiones en que un análisis de la legislación vigente, que se presenta como “técnico-jurídico”, está en realidad teñido de ideología, y el planteamiento ideológico deforma o desvirtúa la pretendida seriedad de las conclusiones jurídicas.

Y sin embargo, el tema al que nos referimos está muy necesitado de estudios que aborden la problemática jurídica de su actual regulación. Prescindiendo del dato de si debería existir o no este servicio militar obligatorio, lo cierto es que nuestro Derecho positivo establece la obligación, para todos los jóvenes varones españoles, de contribuir a la Defensa Nacional mediante la prestación del servicio militar, o en su caso, del servicio social sustitutorio, y esta legislación plantea numerosos problemas, que conviene abordar con los instrumentos de análisis que proporciona el Derecho.

En este trabajo se trata, precisamente, de analizar desde un punto de vista fundamentalmente jurídico el problema de la limitación de la obligación de prestación del servicio militar (o el servicio social sustitutorio) a los varones, y la correlativa exención de dicha obligación para las mujeres. A estos efectos, se ha optado, desde el punto de vista metodológico, por una ordenación “cronológica” de los diferentes hitos que han jalonado el proceso de incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, hasta llegar a la situación actual, en que las mujeres pueden formar parte, sin apenas restricciones, de las Fuerzas Armadas como militares profesionales, pero están expresamente eximidas de la prestación del servicio militar o de cualquier tipo de servicio civil de carácter general. Este proceso nos aportará elementos de juicio para comprender

el porqué del actual estado de cosas, a fin de sugerir posibles caminos de futuro.

II. LA PROBLEMÁTICA DEL SERVICIO MILITAR EN LA ÉPOCA DE LA TRANSICIÓN

Aunque no es pacífica la delimitación de lo que deba entenderse por “época de la transición”, aquí se va a considerar como tal el período de tiempo en que se va definiendo el marco jurídico del nuevo régimen político, y que culmina con la aprobación y entrada en vigor de la Constitución española de 1978.

Durante estos años el llamado “problema militar” era, sin duda, y por razones obvias, uno de los más delicados, por lo que se puso un especial empeño en no plantear cuestiones que pudieran suscitar enfrentamientos indeseados entre el estamento militar y la clase política (2). De hecho, hasta las elecciones de 1977 no se promulgó ninguna Ley militar. Como señala el que fue vicepresidente de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados, José Miguel Bueno, “subsistió el mismo organigrama administrativo y político de la Dictadura, es decir, los tres ministerios del Ejército, Marina y Aire. Perduró el mismo Código de Justicia Militar. No se cambiaron la organización de la cadena de mando militar, la información y la inteligencia, la enseñanza militar, la logística; y en el plano operativo, la configuración y el despliegue de la Fuerza. Indudablemente también permanecieron inalterables la doctrina y las concepciones estratégicas de nuestra defensa nacional” (3).

Sin embargo, a partir de 1977, y tras el nombramiento del Teniente General Gutiérrez Mellado como Vicepresidente para asuntos de Defensa,

(2) Uno de los Diputados que más participaron en la reforma de las leyes militares, JULIO BUSQUETS, escribe: “Después de casi cuarenta años de dictadura militar, había gran cantidad de problemas que resolver y había que hacerlo de forma eficaz y rápida, y por otra parte, resulta evidente que en una transición en la que los militares van asumiendo lentamente la democracia, no conviene inquietarlos con debates que se pueden evitar y que al ser divulgados por la prensa, pueden dar lugar a crispaciones en los Cuarteles, dado que los militares son especialmente suspicaces, ante la crítica y ante la letra impresa” (“La legislación militar en la transición española. 1977-1982”; Revista de las Cortes Generales, núm. 22, 1991, p. 157).

(3) “Las leyes militares de la transición”. Ponencia presentada al I Congreso Iberoamericano de sociología militar; p. I del original mecanografiado.

comenzó a activarse la reforma militar (4), debiéndose destacar por su importancia el impulso que se dio a la redacción de las nuevas Ordenanzas Militares, mediante la creación, a tal fin, de una Comisión Interejércitos con fecha 5 de noviembre de 1977 (5).

Con todo, estas reformas militares, tan profundas e importantes en muchos ámbitos, no tuvieron prácticamente incidencia sobre el problema del servicio militar. Se trataba de encajar armónicamente los Ejércitos dentro del nuevo orden político, y hacia ese objetivo se canalizaron todos los esfuerzos, marginando del debate temas como el que aquí analizamos. No es, por tanto, extraño que el problema de la contribución de la mujer a la Defensa Nacional mediante su incorporación a las Fuerzas Armadas ni siquiera se llegara a plantear, salvo excepciones anecdóticas que no tuvieron relevancia alguna (6). Siguió, por tanto, vigente la legislación militar del régimen político anterior, que marginaba totalmente a las mujeres del mundo castrense. En el caso concreto del servicio militar, se mantuvo inalterada su Ley reguladora de 27 de julio de 1968.

III. DEFENSA NACIONAL, FUERZAS ARMADAS Y SERVICIO MILITAR EN LA CONSTITUCIÓN Y LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS

Como ha señalado Parada Vázquez, “la Constitución de 1978 se refiere más que ninguna otra de las españolas y extranjeras, incluso demasia-

(4) Si bien, como señala LÓPEZ GARRIDO, “el grado de control que el Parlamento ha ejercido sobre todas estas cuestiones, ha sido muy inferior a la importancia de estas materias. Por eso cabe decir que el control parlamentario sobre la política de Defensa es una experiencia inédita en la transición a la democracia” (“Algunos datos sobre el control de la política de Defensa y la Administración Militar en el Congreso de los Diputados, 1977-1985; ponencia presentada al I congreso iberoamericano de sociología militar, cit., p. 11 del original mecanografiado).

(5) Vid. GÁRATE CÓRDOBA, J.M.: “Antecedentes de las actuales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas”; Revista “Ejército”, núm. 647, diciembre de 1993, pp. 49 y ss.

(6) Como señala ARROYO YANES, “en esta postura debió de influir, sin duda, las particulares coordinadas en las que se movía la institución militar en este momento histórico, que hacía que este problema tuviera que ser afrontado con mucho tacto por los efectos secundarios que podía desencadenar en el seno de la Institución Militar, que tenía en este momento problemas mucho más apremiantes que resolver” (“Acceso a la función pública militar y discriminación por razón de sexo”; Revista española de Derecho Militar, núm. 59-60; enero-diciembre 1992, p. 118)

do, a las Fuerzas Armadas y a las especialidades del Derecho Militar” (7). Se comprende, por ello, que en su articulado se contenga un precepto específico sobre las obligaciones militares de los españoles, el art. 30, cuyos tres primeros números vale la pena recordar:

“1. Los españoles tienen el derecho y el deber de defender a España.

2. 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, pudiendo imponer, en su caso, una prestación social sustitutoria.

3. Podrá establecerse un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general.”

Cabe destacar el concepto de “Defensa Nacional” que subyace a este artículo. Como ha señalado Suárez Pertierra, esta idea de Defensa Nacional “es una idea integradora, en el sentido de que todos los elementos del Estado están implicados en ella. Cualquier reduccionismo la negaría, porque el elemento nuclear de la Defensa Nacional consiste en la articulación organizada de un interés común y, por ello, implica necesariamente a los ciudadanos en tanto que individuos, a la sociedad articulada a través de todos sus elementos constitutivos y a los poderes públicos” (8).

La adopción de un concepto amplio de “Defensa Nacional”, que engloba a todos los elementos del Estado, conduce en buena lógica a dos conclusiones estrechamente relacionadas: la primera, que las Fuerzas Armadas no monopolizan la Defensa Nacional, puesto que “Ejército” y “Defensa Nacional” no son conceptos equiparables, al existir importantes manifestaciones de la Defensa Nacional cuya asunción no corresponde a los militares (9); la segunda, que todos los españoles, y por tanto también “las

(7) “Toque de silencio por la Justicia militar”; Revista de Administración Pública, núm. 127, enero-abril 1992, p. 33.

(8) Prólogo a la “Legislación sobre Defensa Nacional”, editada por Tecnos, 1988, p. 14. Del mismo autor, vid. la conferencia pronunciada en las Jornadas de estudio sobre el título preliminar de la Constitución celebradas en 1988, y organizadas por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (ed. Ministerio de Justicia, volumen IV, pp. 2381 y ss.)

(9) En este sentido, en uno de los primeros comentarios al art. 30 CE señalaba SÁNCHEZ GONZÁLEZ que “siempre desde el punto de vista del análisis que estoy realizando, la consecuencia de la mayor repercusión de ese proceso cambiante de las relaciones ejército y sociedad sumariamente descrito, es la pérdida del monopolio o de la primacía de las fuerzas armadas en la defensa nacional. El ejército no es toda la defensa. La defensa no es sólo el ejército... no es posible, en los momentos presentes, sostener razonablemente la equiparación ejército-defensa nacional porque la realidad es muy otra” (“Comentario al art. 30”, en “Comentarios a las Leyes políticas” dirigidos por O. ALZAGA; Constitución española de 1978, Tomo III, p. 283)

españolas”, participan del derecho-deber de la Defensa (10). Sin embargo, este aspecto pasó inadvertido en los debates de las Cortes constituyentes, que se centraron sobre todo en temas como la caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas y la ubicación sistemática del art. 8, la problemática de las restricciones de derechos de los miembros de las Fuerzas Armadas y los Cuerpos sometidos a disciplina militar, y, por lo que respecta al servicio militar, la consagración del derecho a la objeción de conciencia (11). Este último problema centró y agotó las discusiones relativas al servicio militar, quedando desatendidos cualesquiera otros asuntos conexos.

A la vez que se debatía el proyecto de Constitución Española, las mismas Cortes constituyentes aprobaron las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. La ley por la que se aprobaron estas Reales Ordenanzas constituye, en cierto sentido, la última de las leyes preconstitucionales, y la primera de las leyes postconstitucionales. En efecto, se tramitó a la vez que el texto constitucional, y contiene diversas referencias a la Constitución a lo largo de su articulado (12), pero se aprobó antes de la entrada en

(10) Así lo advirtió uno de los primeros comentaristas de la Constitución, SÁNCHEZ AGESTA, quien escribe: “En la organización de la Defensa y de las Fuerzas Armadas hay que tener también en cuenta el art. 30, que por una parte define como un derecho y un deber común a todos los españoles el de defender a España, y por otra defiere a la ley la fijación de las obligaciones militares, la regulación de la objeción de conciencia, así como de las demás causas de exención del servicio militar obligatorio; y por otra parte autoriza (con un “podrá”) el establecimiento de un servicio civil para el cumplimiento de fines de interés general. Y sin duda hay que relacionar con este artículo la extensión de ese derecho y deber de defensa y de estas obligaciones militares de los españoles, a las mujeres, con el art. 14 que regula la igualdad ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras razones, por razón de sexo” (“La Constitución y las Fuerzas Armadas”; Primeras jornadas Fuerzas Armadas-Universidad; Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional - Universidad Complutense de Madrid, 1982; p. 155). En el mismo sentido, vid. Laguna Sanquirico, F.: “El proceso de integración”, en la Revista “Ejército”, n.º 67, noviembre de 1995, dedicado a la mujer en las Fuerzas Armadas Españolas p. 53.

(11) Sobre los debates parlamentarios durante la tramitación del proyecto de Constitución en relación con la Defensa nacional vid. MARTÍN RETORTILLO, L.: “Bajo el signo de la Constitución”, IEAL 1983, pp. 481 y ss. Sobre la caracterización jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas es de gran interés el estudio de LÓPEZ RAMÓN, F.: “Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas”, en los “Estudios sobre la Constitución española, homenaje al Prof. GARCÍA DE ENTERRÍA”, Civitas 1991, tomo III, pp. 2547 y ss., que resume la bibliografía existente sobre el tema hasta la fecha de su publicación. Últimamente, vid. MOZO SEOANE, A.: “Las Fuerzas Armadas y su Ordenamiento Jurídico (una relectura del debate sobre el art. 8 de la Constitución)”; REDM 65, enero-junio 1995, pp. 609 y ss.

(12) Durante la tramitación en las Cortes del correspondiente proyecto de Ley, se sucedieron diferentes intervenciones que demuestran como los Parlamentarios tenían la convicción de que estaban aprobando la primera Ley posterior a la Constitución. En este

vigor de la Constitución, aunque fue publicada después de que dicha entrada en vigor hubiera tenido lugar (13). Esta ambigüedad provoca que, junto a preceptos que acreditan una inequívoca fidelidad y respeto a los principios constitucionales, existan algunas expresiones más propias de planteamientos que tal vez debían entenderse superados, y que traslucen resabios de la vieja confrontación entre el “poder civil” y el “poder militar” (14).

Al derecho-deber de los ciudadanos de contribuir a la Defensa Nacional se refiere el art. 4 de esta Ley, el cual señala que “la defensa nacional es deber de todos los españoles”; por su parte el art. 23 establece que “los españoles tienen el derecho y el deber de defender España y prestarán el servicio militar en las condiciones que señalen las Leyes”. Y finalmente, el art. 185 dispone que “en las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo”. Este artículo únicamente tiene sentido en la medida que la mujer esté efectivamente incorporada a los Ejércitos. Sin

sentido, pueden citarse, a título de ejemplo, las palabras del representante del Grupo Socialista del Congreso, Sr. SOLANA MADARIAGA: “Todos hemos entendido que con las Reales Ordenanzas legislamos para largo y para mucho. Pero, además, la Cámara puede unir a este permanente sentimiento de hacer historia que se respira en todas las sesiones un hito más: se está debatiendo la primera Ley que deriva, de alguna manera, de la Constitución de 1978” (Diario de sesiones del Congreso, núm. 146, sesión celebrada el día 20 de diciembre de 1978, p. 5865).

(13) En efecto, la Constitución española fue aprobada por las Cortes Generales en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el día 31 de octubre de 1978; ratificada por el pueblo español en referéndum el día 6 de diciembre de 1978, y sancionada por S.M. el Rey el día 27 de diciembre de 1978, siendo publicada en el B.O.E. de 29 de diciembre del mismo año y entrando en vigor el mismo día de su publicación. Pues bien, las Reales Ordenanzas se aprobaron por Ley 85/78 de 28 de diciembre, y se publicaron en el B.O.E. de 12 de enero de 1979. Así pues, se aprobaron antes de la entrada en vigor de la Constitución, pero se publicaron después de que dicha entrada en vigor se hubiera producido.

(14) Vid., en este sentido, el trabajo de HILLERS DE LUQUE “Las Fuerzas Armadas y la Constitución española de 1978” (Revista General de Legislación y Jurisprudencia, agosto 1983, pp. 83 y ss) en el que se enfatizan las referencias —contenidas en las RR.OO.— tributarias de planteamientos preconstitucionales. Con relación, precisamente, a este estudio, ha señalado LÓPEZ RAMÓN que “pese a la radical discrepancia con los puntos de partida, los desarrollos y las consecuencias obtenidas por HILLERS DE LUQUE, hay un extremo de su construcción con el que puede coincidirse: se trata de la crítica a la utilización de dos lenguajes, tanto en el discurso político como en el normativo, para referirse a las Fuerzas Armadas. Hay, efectivamente, un lenguaje que expresa plena coherencia con los planteamientos constitucionales, y hay también otro lenguaje ambiguo, centrado en la exaltación, más o menos poética e intensa, del Ejército; otro lenguaje significativo, no tanto por lo que directamente manifiesta, sino por los aspectos que silencia. En relación con ello, parece cierto que las RR.OO. de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/78 de 28 de diciembre, utilizan el segundo modo de expresión con frecuencia. Lo cual es criticable, puesto que van dirigidas con preferencia a los militares, no a juristas ni historiadores (“La caracterización jurídica de las Fuerzas Armadas”, cit., pp. 320-321).

embargo, lo cierto es que apenas se reparó en esta circunstancia, tal vez porque había problemas más importantes que afrontar en aquel momento. Los debates parlamentarios se centraron en problemas como la configuración legal del “deber de obediencia”, la necesidad de introducir referencias expresas a la fidelidad a la Constitución, o el estatuto jurídico-político de los militares, quedando relegados otros temas como el que aquí nos ocupa (15). Habría que esperar a la promulgación de la Ley Orgánica 6/80, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, en la que por primera vez se suscitó el debate al respecto.

IV. LA LEY ORGÁNICA 6/80, POR LA QUE SE REGULAN LOS CRITERIOS BÁSICOS DE LA DEFENSA NACIONAL Y LA ORGANIZACIÓN MILITAR

En 1980 se aprobó la Ley Orgánica 6/80 de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar. Esta Ley tiene una gran importancia, con carácter general, y por relación al tema que en este trabajo se estudia. Con carácter general, porque a través de ella se vino a desarrollar la previsión contenida en el art. 8.2 de la Constitución (“Una Ley Orgánica regulará las bases de la organización militar conforme a los principios de la presente Constitución”); y por relación a nuestro tema, porque, por primera vez, se formuló una mención expresa a la implicación de las mujeres en el derecho-deber de contribución a la Defensa Nacional (16).

La Ley se adscribe a la concepción integradora de la Defensa Nacional a la que antes se ha hecho referencia, y así, establece en su art. 2 que “la

(15) Sobre la tramitación parlamentaria de las RR.OO., vid. OLLERO GÓMEZ, C.: “Constitución y Reales Ordenanzas”, *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 59, 1982, pp. 213 y ss. En las “Primeras Jornadas Fuerzas Armadas-Universidad”, organizadas en 1982 por el CESEDEN y la U.C.M. de Madrid se contienen diversos estudios sobre la relación entre la Constitución y las RR.OO., cabiendo destacar los de MARTÍNEZ DE GALINSOGA (“La Constitución y las Reales Ordenanzas Militares”) y M. BASSOLS (“Notas sobre la ponencia “Constitución y Ordenanzas Militares”). Es también interesante el trabajo de SALAS LÓPEZ y LAGUNA SANQUIRICO “Las Reales Ordenanzas en el momento actual de la sociedad española”, *Revista de Investigaciones sociológicas*, núm. 36, 1986, pp. 119-139.

(16) La tramitación parlamentaria de esta Ley ha sido recogida en el volumen “Defensa Nacional. Trabajos parlamentarios”, editado por el Servicio de publicaciones del Congreso de los Diputados en 1984.

Defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la acción ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin" (17).

Sin embargo, el Proyecto Inicial remitido a las Cortes por el Gobierno no hacía referencia de ningún tipo a la contribución de las mujeres para la consecución de dicho objetivo, siendo durante su tramitación parlamentaria cuando esa referencia se introdujo.

En efecto, el Proyecto inicial dedicaba al servicio militar el Título V, arts. 32, 33 y 34, cuya redacción era la siguiente:

"Art. 32: Todos los españoles tienen el derecho y el deber de participar en la Defensa de España, según lo establecido en el art. 30 de la Constitución.

Art. 33: El servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca.

Art. 34: Una Ley del servicio militar fijará y regulará las distintas causas de exención, y determinará la forma y condiciones para el cumplimiento del servicio con carácter voluntario.

Los casos de exención que obliguen a una prestación social sustitutoria, se regularán por Ley."

Tal y como estaban redactados, estos artículos adolecían de cierta ambigüedad, toda vez que podía interpretarse que con ellos se hacía referencia a la generalidad de los españoles, incluyendo por tanto a las mujeres; pero también cabía la interpretación contraria, es decir, que su contenido afectara exclusivamente a los españoles varones. La expresión literal de los preceptos (que se dirigían a "los españoles" en general) parecía apoyar o sustentar la posibilidad de extender la obligatoriedad del servicio militar también para las mujeres. Sin embargo, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del momento, apoyaban la tesis contraria, esto es, la limitación de tal obligación a la población masculina.

En estas circunstancias, el Grupo parlamentario socialista presentó una enmienda en la Comisión de Defensa del Congreso, la núm. 105, en la que se proponía la adición de un nuevo párrafo al art. 32, con el siguiente

(17) Este último inciso ("debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin") no figuraba en el Proyecto inicial, y fue introducido por la Ponencia de la Comisión de Defensa del Congreso de los Diputados. Vid. "Defensa Nacional. Trabajos parlamentarios" cit., p. 67.

te tenor: “El Gobierno establecerá mediante Ley la forma en que la mujer española participe en la Defensa Nacional”. La motivación de la enmienda era escueta pero expresiva: “El art. 30 de la Constitución habla de la participación de los españoles en la Defensa; el término “españoles” es genérico (18). Pues bien, esta enmienda fue aceptada por unanimidad por la Ponencia, y se decidió incorporarla al final del art. 33, que, tras las diferentes reformas que experimentó el Proyecto durante la tramitación parlamentaria, pasó a ser el art. 36. Así pues, la redacción definitiva del Título V, “del Servicio militar”, pasó a ser la siguiente:

“Art. 35: Todos los españoles tienen el derecho y el deber de participar en la Defensa de España, según lo establecido en el art. 30 de la Constitución”.

Art. 36: El servicio militar tendrá para los españoles carácter obligatorio y prioritario sobre cualquier otro servicio que se establezca.

La Ley establecerá la forma de participación de la mujer en la Defensa Nacional.

Art. 37: La ley del servicio militar fijará y regulará las distintas causas de exención, y determinará la forma y condiciones para el cumplimiento del mismo con carácter tanto voluntario como obligatorio.

La Ley regulará la objeción de conciencia y los casos de exención que obliguen a una prestación social sustitutoria”.

De este modo, la Ley dio un significativo paso adelante, sentando de modo expreso que la Defensa Nacional afecta a la colectividad en su conjunto, y por tanto no sólo a los varones sino también a las mujeres. Sin embargo, no se concretó la forma de participación de las mujeres en ese derecho-deber de Defensa, quedando esta cuestión remitida a un desarrollo legal posterior.

Parece claro que la intención del legislador en ese momento no era la de extender el deber de prestación del servicio militar a las mujeres. Más bien al contrario, parece evidente que se trataba de que la aportación de las mujeres a la Defensa nacional fuera otra, distinta a la prestación del servicio en filas. En cualquier caso, y por encima de cuál fuera la “mens legislatoris”, lo cierto es que la redacción final de la L.O. 6/80 dejó las puertas abiertas a una futura incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas, puesto que al decir que una Ley regularía esta cuestión, puso en manos del legislador la posibilidad de optar por diversas alternativas,

(18) Vid. “Defensa nacional. Trabajos parlamentarios” cit., p. 50.

desde la obligatoriedad de un “servicio civil” diferente o alternativo al militar, hasta una incorporación plena a los Ejércitos, tanto con carácter voluntario como obligatorio, mediante la prestación del servicio militar. No obstante, la rebelión militar de 23 de febrero de 1981, produjo un freno en el movimiento de reforma de la legislación militar, e interrumpió hasta el año 1984 la continuación de los debates al respecto (19).

V. LA REFORMA DEL SERVICIO MILITAR DE 1984, Y EL REAL DECRETO LEY 1/88

La obsoleta legislación del servicio militar fue finalmente reformada mediante la Ley 19/84 de 8 de junio (del servicio militar) y la Ley 48/84 de 26 de diciembre (reguladora de la objeción de conciencia y de la prestación social sustitutoria). La regulación jurídica establecida por estas leyes plantea numerosos problemas (20); y uno de ellos es precisamente nuestro tema de estudio. En efecto, la Ley 19/84 comenzaba su articulado con unas cláusulas generales que reproducían las de la L.O. 6/80: “Los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España” (art. 1); “El servicio militar en las Fuerzas Armadas constituye una prestación personal fundamental de los españoles a la

(19) Al término de los debates parlamentarios de la L.O. 6/80 en el Congreso de los Diputados, el entonces Ministro de Defensa (Rodríguez Sahagún) anunció que “tras esta Ley Orgánica vendrán a esta Cámara otra serie de leyes contenidas y enumeradas en este texto y otras que, aunque aquí no aparecen, han sido ya anunciadas por el Gobierno. Así, la Ley de Defensa Nacional, la Ley de Organización Militar, la Ley del Servicio Militar, la Ley de Movilización Nacional, la Ley de enseñanza...” (“Defensa Nacional.Trabajos Parlamentarios” cit., p. 241.). Sin embargo ninguna de estas leyes, en las que seguramente se habría suscitado el debate sobre la contribución de la mujer a la Defensa Nacional, llegó a ser aprobada durante aquella legislatura. Más aún, algunas de ellas siguen sin estar promulgadas en la actualidad.

(20) Sobre todo la regulación jurídica de la objeción de conciencia al servicio militar, que viene dando lugar a una constante producción bibliográfica. Vid. al respecto la “Bibliografía sobre objeción de conciencia al servicio militar y prestación social sustitutoria”, de uno de los principales expertos en la materia, A. MILLÁN GARRIDO, publicada en la Revista española de Derecho Militar, núm. 55, enero-junio 1990, pp. 237 y ss., que recoge lo publicado sobre el tema hasta la fecha de su edición. El mismo autor ha recapitulado el “estado de cosas” de la cuestión en su reciente trabajo “Servicio militar y objeción de conciencia”, Revista española de Derecho Militar núm. 62, julio-diciembre 1993, pp. 31 y ss. Es asimismo de gran interés la monografía de J. OLIVER ARANJO: “La objeción de conciencia al servicio militar”; Civitas, 1993.

Defensa Nacional” (art. 2). Estas declaraciones iban dirigidas a la totalidad de los españoles, tanto hombres como mujeres. Sin embargo, la misma Ley restringía en su propio articulado esta amplitud inicial, al señalar en el art. 41 que “el servicio militar de la mujer será regulado por la Ley que determine su participación en la Defensa Nacional”.

Del articulado de la Ley parece desprenderse que la intención del legislador era extender en el futuro la obligatoriedad de la prestación del servicio militar (o el servicio social sustitutorio) a las españolas, o al menos dejar abierta esta posibilidad. Efectivamente, esta parece ser la conclusión más correcta a la vista de la redacción de la disposición transitoria 2.^a de la misma ley, a tenor de la cual “en tanto no se promulgue la ley citada en el art. 41, las mujeres no procederán a la inscripción que preceptúa el art. 8.^o”.

Lamentablemente, el art. 41 no fue objeto de desarrollo, y quedó reducido a una mera proclamación de intenciones. Seguramente contribuyó a esta falta de desarrollo legislativo el hecho de que por aquellos años comenzara a manifestarse con fuerza creciente el rechazo social al servicio militar obligatorio. En un contexto en que los españoles varones cada vez discutían más el sistema de reclutamiento forzoso, no resulta extraño que casi nadie se atreviera a plantear un servicio militar igualmente obligatorio para las mujeres. Paradójicamente, se sucedían las intervenciones públicas que exigían la apertura de las Fuerzas Armadas a las mujeres (21), reclamando el reconocimiento de su derecho a ingresar en los Ejércitos; pero los mismos que se pronunciaban en tal sentido silenciaban cuidadosamente la vertiente de “deber” que este derecho implica.

De este modo, la legislación positiva siguió cargando el peso de la contribución a la Defensa Nacional, mediante el servicio en las Fuerzas Armadas, sobre la población masculina. E igual ocurrió con la obligación de cumplimiento de la prestación social sustitutoria al servicio militar para los objetores de conciencia, ya que esta prestación social sustitutoria, como su propio nombre indica, no se configura en la Ley 48/84 como un servicio civil de carácter general (posibilidad prevista en el art. 30 de la Constitución), independiente de las obligaciones militares, sino como una prestación que debe cumplirse “en lugar del servicio militar” cuando se haya ejercitado el derecho a la objeción de conciencia al servicio en filas.

(21) Vid., ALVAREZ ROLDÁN, L.B.: “La igualdad, la mujer y los Ejércitos”, Revista española de Derecho Militar, núm. 54, julio-diciembre 1989, pp. 259 y ss., con referencias a artículos de prensa de esta época, e información sobre la presencia de mujeres en las Fuerzas Armadas de países de nuestro entorno cultural.

Por tanto, únicamente quedaron obligados al cumplimiento de la prestación social aquellos que venían, en principio, obligados al cumplimiento del servicio militar, esto es, los españoles varones.

Sin embargo, las cosas empezaron a cambiar, y diversos acontecimientos forzaron una revisión de la legislación sobre la materia. En efecto, los Tribunales de Justicia comenzaron a dictar sentencias favorables a mujeres que pretendían ingresar en las Fuerzas Armadas y a las que se les había negado esa posibilidad precisamente por ser mujeres. Así, la Audiencia Nacional, en sentencia de 8 de junio de 1987, reconocía el derecho de la recurrente a participar en las Oposiciones para ingreso en el Cuerpo de Farmacia del Ejército del Aire, señalando que en las funciones que dicho Cuerpo desarrolla no se apreciaba ningún motivo o razón que pudiera justificar la exclusión de la posibilidad de ingresar en él para las mujeres (22). Este y otros pronunciamientos sucesivos forzaron a actuar al Gobierno, que dictó el Real Decreto-Ley 1/88 de 22 de febrero, que por primera vez reguló de modo expreso la incorporación de personal femenino a los Ejércitos, pero con carácter profesional y voluntario, y limitada a ciertos Cuerpos y Escalas (23). La posibilidad de extender el servicio militar obligatorio a las mujeres no se planteó seriamente en ningún momento, entre otras razones porque ningún Partido Político ni Movimiento Social relevante reclamó una reforma legal en tal sentido.

VI. LA LEY 17/89 DE 19 DE JULIO, REGULADORA DEL RÉGIMEN DEL PERSONAL MILITAR PROFESIONAL

La ley 17/89, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, no establece en cuanto a la mujer novedades especialmente significativas, dado que la reforma había sido introducida en este sentido por el RDL 1/88. De hecho, la Ley se limita a desarrollar y extender las previsiones del citado Decreto-Ley. Así lo reconoce su exposición de motivos, en la que podemos leer el siguiente párrafo:

(22) Vid. ARROYO YANES, *op. cit.*, pp. 118 y ss.

(23) Vid. ARROYO YANES, *op. cit.*, pp. 121-122. La memoria de la III legislatura (1986-89), editada por el Ministerio de Defensa, recoge en las pp. 220-221 la evolución normativa en este sentido y el cuadro estadístico de mujeres aspirantes al ingreso en las Fuerzas Armadas durante aquellos años.

“Sólo en algún aspecto concreto como es el de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas se decidió adelantar el proceso inicialmente previsto dentro del nuevo marco general. Así se reguló, en cumplimiento del mandato positivo contenido en nuestro Ordenamiento legal, la participación de la mujer en los Cuerpos y Escalas militares en un plano de igualdad con los sistemas de incorporación de los hombres, con lo que se puso en marcha una de las medidas orientadas a eliminar los obstáculos que se oponían a la plena efectividad del principio constitucional de igualdad. Con esta ley alcanza su plenitud el plan para la igualdad de oportunidades de las mujeres en el ejercicio profesional dentro del ámbito de las Fuerzas Armadas”.

Al estar limitada la Ley a la regulación jurídica del estatuto de los militares profesionales (art. 3), no existen en ella preceptos relativos al servicio militar obligatorio. En cualquier caso, aquí interesa señalar que la Ley no establece ninguna distinción entre hombres y mujeres a los efectos del ingreso en la enseñanza militar de formación (art. 43), ni se prevén limitaciones de ningún tipo en cuanto a los empleos (categorías) militares, de manera que la mujer puede ingresar en cualquier Cuerpo o Escala y alcanzar todos los empleos que correspondan a dichos Cuerpos y Escalas. Es decir, no se reduce el papel de la mujer a Cuerpos “no combatientes” como el Cuerpo Jurídico Militar o el Cuerpo de Músicas Militares, sino que se permite su ingreso en los Cuerpos Generales de los Ejércitos; por otra parte, se permite su acceso a todas las Escalas, de tropa profesional, de suboficial o de oficial; y finalmente no se restringe en ningún sentido la posibilidad de ostentar empleos militares, desde soldado de tropa profesional hasta Teniente General. La igualdad de trato llega hasta al extremo de que se prevé expresamente que en las denominaciones de los empleos militares no existirá distinción terminológica alguna entre el hombre y la mujer (art. 10). De hecho, la única distinción entre hombres y mujeres es la contemplada en el art. 74.5, el cual establece que las normas de provisión de destinos podrán establecer particularidades para la mujer derivadas de sus condiciones fisiológicas específicas (24).

(24) Previsión legal que ha sido desarrollada por el art. 25 del RD 984/92 de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de tropa y marinería profesionales de las Fuerzas Armadas, en el que se dispone lo siguiente: “El personal femenino de tropa y marinería profesionales podrá optar a todos los destinos de su empleo militar excepto los de tipo táctico u operativo en unidades de la Legión, de operaciones especiales, paracaidistas y cazadores paracaidistas. Tampoco podrán formar parte de las fuerzas de desembarco, de las dotaciones de submarinos ni de buques menores en los que sus condiciones estructurales no permitan el alojamiento en condiciones adecuadas”.

Se produce, de este modo, una plena equiparación de sexos en la carrera militar, que ha sido acogida por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 216/91 de 14 de noviembre (dictada con posterioridad a la aprobación de la Ley de la función militar pero referida a un momento anterior), en cuyo fundamento jurídico sexto se califica de “a todas luces inconstitucional” la exclusión de las mujeres en las pruebas de acceso a la profesión militar. Merece ser resaltado que en esta sentencia el Alto Tribunal censuró expresamente la pasividad o indolencia de los poderes públicos en orden a la superación de las situaciones de hecho discriminatorias y contrarias al principio de igualdad, entendiéndose que la pervivencia en el Ordenamiento Jurídico de una discriminación no rectificada en un plazo de tiempo razonable puede conducir a la calificación como inconstitucionales de los actos que mantengan esa situación discriminatoria. Dice, en efecto, el fundamento jurídico 5.º de la referida sentencia:

“Cabe observar que la igualdad que el art. 1.1 de la Constitución proclama como uno de los valores superiores de nuestro Ordenamiento Jurídico —inherente, junto con el valor justicia, a la forma de Estado social que ese ordenamiento reviste, pero también a la de Estado de Derecho— no sólo se traduce en la de carácter formal contemplada en el art. 14 y que, en principio, parece implicar únicamente un deber de abstención en la generación de diferenciaciones arbitrarias, sino asimismo en la de índole sustancial recogida en el art. 9.2, que obliga a los poderes públicos a promover las condiciones para que la de los individuos y de los grupos sea real y efectiva.

La incidencia del mandato contenido en el art. 9.2 sobre el que, en cuanto se dirige a los poderes públicos, encierra el art. 14 supone una modulación de este último, en el sentido, por ejemplo, de que no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida —antes al contrario— la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes 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. Así lo viene entendiendo este Tribunal constantemente (SSTC 128/87, 166/88, 19/89 y 145/91), que versan precisamente sobre pretendidas discriminaciones por razón de sexo y a cuya doctrina en este punto procede remitirse).

Pero, por otra parte, la modulación aludida, además de llevar a la calificación de no discriminatorias, en los términos del art. 14, a las acciones

diferenciadoras semejantes, exige de los poderes públicos, enfrentados a una situación de desigualdad de origen histórico, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección; de tal modo que, si bien no cabe, por lo general, medir *ex constitutione* la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección cuando una desigualdad de hecho no se traduce en una desigualdad jurídica, la concurrencia de esta última por la pervivencia en el ordenamiento de una discriminación no rectificadas en un lapso de tiempo razonable habrá de llevar a la calificación como inconstitucionales de los actos que la mantengan.”

Y con base en esta argumentación, la Sala concluyó que la dilación en la regulación jurídica de la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas (desde la previsión legal de 1980) carecía de justificación razonable, y por tanto la persistencia en el tiempo de la imposibilidad de acceso a las Fuerzas Armadas por parte de las mujeres, debía considerarse inconstitucional, señalando en el FJ 6.º lo siguiente:

“Para la Sala quinta del Tribunal Supremo, en la sentencia traída a este proceso, la pasividad señalada, y la consiguiente demora del acceso de la mujer al Ejército del Aire, no lesiona el “núcleo esencial” del derecho a la igualdad, produciéndose en armonía con una realidad social que no cabe desconocer, con las diferencias existentes de orden fisiológico y de permanente disponibilidad para el servicio de las mujeres, con las especiales características del Arma aérea en sus actividades operativas y de combate y, en todo caso, con la infraestructura de los Ejércitos, pues la previa incorporación femenina “demanda las previas y necesarias adaptaciones de la infraestructura militar, que en último término constituirían razón suficientemente justificativa del rechazo de la instancia presentada por el recurrente, en cuanto basada en causas razonables objetivamente consideradas”.

Pero estos argumentos, a la luz de la doctrina constitucional, no pueden ser aceptados. Es verdad que no todo trato diferenciador resulta desde la perspectiva del art. 14 de la CE, discriminatorio, pues cabe que el legislador lo haya establecido con arreglo a criterios fundados y razonables, de acuerdo con juicios de valor generalmente admitidos. No es este el caso, sin embargo.

Aquí, en efecto, el legislador parlamentario ha demorado la corrección de la situación desigual, sin ofrecer explicación alguna justificativa de tal demora ni proponerse plazo, al menos aproximativo, en orden a aquella corrección”.

VII. LA LEY ORGÁNICA 13/1991, DE 13 DE DICIEMBRE, DEL SERVICIO MILITAR

La Ley del servicio militar de 1984 ha sido derogada por la L.O. 13/91, que es la actualmente vigente. Contra lo que pudiera haberse pensado, y a pesar de que antes de su aprobación se había abierto para las mujeres la posibilidad de ingresar con carácter voluntario en los Ejércitos, la Ley vuelve a excluir a las mujeres de la obligación de prestar el servicio militar como soldados de reemplazo. Más aún, ni siquiera se repite la referencia al servicio militar de las mujeres que, existía en la Ley de 1984, y que no había sido objeto de desarrollo.

El art. 1 de esta Ley, repitiendo la fórmula de la legislación precedente, reitera que “los españoles, de acuerdo con la Constitución, tienen el derecho y el deber de defender a España”. Se encabeza, por tanto, la nueva Ley con una referencia al “derecho-deber” de contribución a la Defensa Nacional, el cual, como antes vimos, abarca a toda la población española, sin distinción de sexos. Sin embargo, la concreta manifestación del aspecto de “deber” que es la prestación obligatoria del servicio militar se restringe, una vez más, a los varones. La exposición de motivos trata de justificar este extremo con las siguientes palabras:

“La mujer queda excluida de la obligatoriedad del servicio militar porque las necesidades del servicio militar quedan cubiertas con el concurso de los varones y por considerar que esta decisión no vulnera el mandato de no discriminación establecido en el art. 14 de la Constitución, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de derechos humanos. No obstante, las mujeres podrán incorporarse a las tareas de la Defensa Nacional con arreglo a las normas sobre movilización nacional”.

Lo cierto, no obstante, es que la justificación del Legislativo no parece haber resultado muy convincente, como lo demuestra la reiteración con que, en los últimos tiempos, se han planteado ante los Tribunales de Justicia las impugnaciones de esta configuración legal del deber de prestación del servicio militar o la prestación social sustitutoria, con la argumentación de que resulta discriminatoria para los españoles varones, habiendo recaído sobre el tema una abundante jurisprudencia del Tribunal Supremo, que es la que precisamente se va a examinar a continuación.

VIII. JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA EXCLUSIÓN DE LAS MUJERES DEL DEBER DE CUMPLIMIENTO DEL SERVICIO MILITAR O LA PRESTACIÓN SOCIAL SUSTITUTORIA

El Tribunal Supremo se ha enfrentado ya con una solicitud de exención del servicio militar obligatorio, formulada por un varón con base en la inexistencia de análoga obligatoriedad para las mujeres, habiendo recaído *sentencia desestimatoria de dicha solicitud con fecha 20 de mayo de 1994*, a la que han seguido otras muchas de similar contenido.

El recurrente había solicitado ante la Administración Militar que se eximiera del cumplimiento del servicio militar mientras no se regulase legalmente la prestación de dicho servicio para la mujer. Habiendo sido denegada esta petición en vía administrativa, presentó recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Canarias, alegando que exigir el cumplimiento del servicio militar sólo a los varones implica una clara y manifiesta discriminación por razón de sexo, que vulnera el principio constitucional recogido en el art. 14 CE.

En realidad, el recurrente no impugnaba la legalidad de los actos administrativos impugnados; más bien al contrario, reconocía implícitamente su adecuación a la legislación vigente. Lo que en el fondo venía a hacer mediante su recurso era discutir la constitucionalidad de dicha legislación. Así las cosas, dados los límites de la jurisdicción ordinaria, y el monopolio de la declaración de inconstitucionalidad de las leyes que corresponde en nuestro sistema al Tribunal Constitucional, la única vía posible para analizar las alegaciones de aquel era el planteamiento por la Sala de la "cuestión de inconstitucionalidad" ante el Tribunal Constitucional.

Sin embargo, la sentencia rechazó las alegaciones de inconstitucionalidad vertidas en el recurso, y, así, señaló en primer lugar que "con independencia de que la no regulación del servicio militar de la mujer comporte o no una vulneración del principio de igualdad reconocido por el art. 14 CE... esa ausencia de regulación no ampara una exención al hombre del deber de cumplir la Ley dictada en desarrollo y acatamiento de la CE. Por consiguiente, aun en el hipotético caso de que el poder legislativo hubiera vulnerado la CE por el hecho de no regular el servicio militar de la mujer, seguiría el hombre obligado a cumplir la citada Ley, en cuanto al susodicho servicio se refiere". A continuación, la Sala recordó que el servicio militar no es sino una de las posibles formas de contribución a la

Defensa Nacional, cabiendo otras posibles vías de participación en este derecho-deber a las que las mujeres pueden tener acceso.

Contra esta sentencia interpuso el interesado recurso de casación, en el que directamente reconocía que los actos impugnados se ajustaban a la legislación vigente en la materia, y , a continuación, señalaba que “lo que se impugna son las propias leyes por considerarlas inconstitucionales per se”.

No obstante, el Tribunal Supremo rechazó el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad (única vía posible para enjuiciar la constitucionalidad de la legislación aplicable) con diversas consideraciones de orden procesal que no vienen al caso, si bien matizó —y esto es lo que en este momento interesa— que de haberse planteado efectivamente la cuestión, esta habría quedado “posiblemente avocada a una respuesta negativa” (25).

Otra importante sentencia, de fecha 21 de mayo de 1993 (reiteradamente citada en sentencias posteriores), se ha enfrentado a una petición similar, formulada por un objetor de conciencia que consideraba que no se podía obligar a los objetores varones a realizar la prestación social sustitutoria hasta tanto no se regulase por Ley el servicio militar de la mujer. Pues bien, la Sala rechazó la existencia de una vulneración del art. 14 CE, con las siguientes consideraciones:

“La vulneración constitucional la hace derivar el recurrente de una ausencia de regulación legal actual del servicio militar ordinario de la mujer.... pero con ese planteamiento surge una práctica imposibilidad lógica de lo que implicaría la necesidad de planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad, dado que el reproche se relaciona con normas de rango legal, a las que tampoco se anuda por acción una directa oposición a la Constitución, sino que la impugnación se efectúa por vía de la omisión de la fijación inmediata y actual de las condiciones en que deba pres-

(25) Lo cierto es que el Tribunal Constitucional, al menos hasta la fecha en que estas líneas se escriben, no se ha enfrentado directa y frontalmente con la cuestión. Tan sólo se ha acercado a ella en el Auto núm. 246/1993 de 13 de julio, por el que se inadmitió a trámite una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Audiencia provincial de San Sebastián, la cual entendía que el art. 2.3 de la L.O. 8/84, tipificador como delito de la negativa a realizar la prestación social sustitutoria, podía ser inconstitucional al establecer una discriminación por razón de sexo, desde el momento que sólo los españoles varones podían cometer el delito por estar sólomente ellos obligados a la realización del servicio militar obligatorio. La Sala no entró en el fondo del asunto, por lo que de este Auto no puede extraerse ninguna conclusión válida en orden a la clarificación del problema que aquí se analiza.

tarse el servicio militar de las mujeres, que es tanto como oponerse al ritmo de la acción legislativa orientada a la homologación hombre/mujer, en el cuadro de los derechos y deberes del art. 30 de la Constitución española, lo que determinaría un juicio político que rebasa los cauces procesales de protección de los derechos fundamentales, ordinaria o de la Ley 62/78, en consideración a la discrecionalidad que corresponde al legislador para elegir el momento en que ha de desarrollar su acción esencialmente política. Y visto asimismo que como hace notar el Ministerio Fiscal, la actitud en cierto modo pasiva del legislador puede tener una justificación objetiva y razonable en la forma en que se va desarrollando, teniendo en cuenta la necesidad de una lógica previa adaptación de la infraestructura organizatoria militar, inexcusable para la posible incorporación femenina al servicio regular, y las consideraciones económicas y sociales a ponderar para dicha incorporación”.

En términos similares se pronuncia otra sentencia de la misma Sala, de fecha 22 de abril de 1994, en la que leemos:

“Los preceptos constitucionales invocados requieren el desarrollo por Ley ordinaria, pero además se conectan con una realidad sociológica y normativa que pueden hacer imperativo la evitación de una brusca mutación que afecta a colectivos de tan amplia extensión, con su secuela de problemas organizativos de naturaleza compleja. Es claro que el sexo en sí mismo no puede ser motivo de trato desigual, ya que la igualdad entre ambos sexos está reconocida expresamente en el art. 14 CE; pero cuando se trata de dar virtualidad a este principio enfrentándose a una desigualdad de origen histórico y enraizada en los hábitos culturales de la sociedad, la adopción de una actitud positiva y diligente tendente a su corrección debe operar teniendo en cuenta las circunstancias de situaciones, lugares y tiempo, no correspondiendo a este orden jurisdiccional “mensurar ex constitutione la falta de celo y presteza del legislador en la procura de aquella corrección (STC 216/91 de 14 de noviembre)”.

De este modo, el Tribunal Supremo ha rechazado las alegaciones de infracción del art. 14 CE, señalando, como principal línea argumental, que el “ritmo” de incorporación de la mujer a los Ejércitos está condicionado por el desenvolvimiento y desarrollo del proceso de plena equiparación entre hombres y mujeres, y, concretamente, por el proceso de adaptación a tal efecto de las Fuerzas Armadas; procesos ambos que requieren un período largo de tiempo, sin que la Jurisdicción Ordinaria pueda censurar la falta de presteza o diligencia de los otros Poderes del Estado a la hora de agilizar su evolución.

Ahora bien, este razonamiento resultaría irreprochable si no fuera porque la adaptación de la infraestructura militar al personal femenino ya puede considerarse realizada. De otro modo, habrían sido inviables y absurdas las múltiples convocatorias que en los últimos años han tenido lugar para el acceso a las Fuerzas Armadas en la categoría de tropa profesional, a las que las mujeres han podido acceder sin limitaciones cuantitativas. En efecto, en tales convocatorias no se ha establecido, con carácter general, ninguna limitación apriorística sobre el número máximo de mujeres que podían ser declaradas aptas en los correspondientes procesos selectivos, o, dicho sea de otro modo, no se han fijado con carácter general cupos restringidos de plazas para mujeres. Y podía haberse hecho. No hay duda de que la necesidad de adaptar la organización e infraestructuras militares a la presencia de la mujer en los Ejércitos hubiera justificado plenamente una limitación temporal o transitoria del número de plazas a las que las mujeres podrían aspirar. Pero no se hizo así, al contrario, las convocatorias ofrecieron un número importante de plazas indistintamente a españoles de ambos sexos, sin restricciones cuantitativas para las aspirantes de sexo femenino. En estas circunstancias, carece de sentido decir que la exención de la mujer respecto del servicio militar obligatorio se debe a problemas organizativos.

Pero incluso admitiendo a efectos dialécticos que esa adaptación de infraestructuras no estuviera culminada, este hecho podría justificar una limitación temporal y transitoria de la equiparación de sexos en la prestación del servicio militar, en el bien entendido de que correspondería a los Poderes Públicos procurar las condiciones para que tal adaptación se consiguiera con la mayor celeridad, pues desde 1980 han transcurrido quince años, periodo de tiempo más que suficiente para procurar esa adaptación.

Lo que ocurre es que la vigente Ley del servicio militar no se ha planteado la cuestión como un problema de transitoriedad. Diferentemente, para el legislador la exención de la mujer respecto del servicio militar obligatorio no parece ser una cuestión de plazos ni de coyunturas. Al contrario, se ha optado por la exclusividad del servicio militar de los varones de forma estable, definida y permanente, sin que la Ley prevea —ni siquiera como desiderátum— alguna medida, por pequeña que sea, tendente a ir procurando una paulatina incorporación de las mujeres al servicio (obligatorio) en filas. Basta acudir al párrafo antes transcrito de su exposición de motivos para constatar que la participación de la mujer en la Defensa se remite ¡a las normas sobre movilización!, con la justificación (desde luego poco convincente y jurídicamente insostenible), de que

las necesidades de la Defensa quedan cubiertas con el concurso de los varones (26).

La misma exposición de motivos trata de apoyarse en la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos. Pero el Tribunal Supremo no ha legitimado el sistema de conscripción restringida para los varones; diferentemente, se ha limitado a señalar que el desarrollo del proceso de equiparación entre ambos sexos responde a unos criterios de política legislativa en los que los Tribunales de Justicia no deben inmiscuirse, por corresponder a los otros Poderes del Estado, de donde se colige que para este Tribunal el sistema está llamado a evolucionar hacia la plena igualdad de sexos. En cuanto al Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de derechos humanos, no se han pronunciado de modo concreto y específico sobre esta cuestión, y desde luego la doctrina general sobre el principio de igualdad, lejos de legitimar el vigente modelo de servicio militar, permite calificarlo como claramente inconstitucional, por establecer una diferenciación basada en una causa constitucionalmente prohibida como es el sexo, sin justificación objetiva y razonable.

Se puede oponer a lo que se acaba de afirmar que esa justificación objetiva y razonable existe, y se sitúa en el contexto de cambio, evolución y adaptación de la Administración Militar a las nuevas realidades sociales. Ciertamente, la única (y discutible) justificación posible para el actual estado de la cuestión se enmarca en la propia evolución del proceso de equiparación de varones y mujeres, aún inacabado y sujeto a una cons-

(26) El Defensor del Pueblo rechazó la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la vigente Ley del Servicio Militar con el muy endeble argumento de que aun cuando todos los españoles, tanto hombres como mujeres, tienen el deber de defender a España, no obstante la Constitución no fija en qué forma ha de prestarse ese deber, siendo el servicio militar sólo una de las posibles formas de cumplimiento del mismo, y siendo legítima la opción del legislador por establecer que la mujer cumple con dicho deber mediante su incorporación a los Ejércitos con carácter voluntario o mediante la movilización general en caso de catástrofe o calamidad pública (vid. "Informe del Defensor del Pueblo relacionado con la Administración Militar (1992)- 2.ª parte"; REDM 66, pp. 406-410). La debilidad de este argumento reside precisamente en que siendo el deber de contribución a la Defensa idéntico para españoles y españolas, sin embargo a los españoles se les impone coactivamente su cumplimiento, mientras que a las mujeres se les invita a prestarlo voluntariamente. Y la existencia de las normas sobre movilización en nada altera las cosas, pues es evidente que la Ley del servicio militar se aprobó para su aplicación en circunstancias de normalidad, y otra ley prevista para supuestos excepcionales no puede servir como pauta de interpretación constitucional de la normalidad.

tante evolución tendente a la equiparación de ambos sexos. Puede decirse que la situación actual dista de ser la más acorde con el principio constitucional de igualdad, pero significa un avance respecto de épocas pasadas, en las que la mujer no podía acceder a las Fuerzas Armadas ni siquiera con carácter voluntario. Nos encontraríamos en un estadio intermedio, ciertamente imperfecto y por ello susceptible de ser mejorado, entre la discriminación para la mujer de épocas pasadas, y la completa igualación o equiparación de sexos, tanto en derechos como en deberes, a la que en el futuro podría y debería llegarse. Estado intermedio que precisa de una acción legislativa y de Gobierno tendente a su superación (para lograr la plena igualdad de derechos pero a la vez evitar la distorsión que supone la equiparación en el ámbito de los derechos pero no en el de los deberes), cuyo ritmo de desarrollo no parece que corresponda determinar al Poder Judicial, sino al Legislativo y al Gobierno, por no tratarse de una cuestión de legalidad sino de oportunidad política.

Sin embargo, ya se recordaba en páginas anteriores cómo el Tribunal Constitucional ha señalado que la adaptación de las desigualdades de origen histórico a los principios constitucionales no puede dilatarse indefinidamente en el tiempo, toda vez que el retardo en la adopción de decisiones tendentes a superar tales situaciones puede derivar en una declaración de inconstitucionalidad de las mismas (27). Por ello, la formulación y desarrollo de una política orientada a la equiparación no sólo en derechos sino también en deberes de todos los españoles, cualquiera que sea su sexo, no puede retrasarse más, so pretexto de que son necesarias adaptaciones organizativas. Si efectivamente tales adaptaciones son necesarias, procédase cuanto antes a realizar las oportunas reformas. Pues si no se realizan, tarde o temprano podría llegar a declararse la inconstitucionalidad de una situación de hecho objetivamente discriminatoria que no hay intención de cambiar.

Y desde luego, para que el actual modelo legal de configuración del servicio militar pudiera considerarse conforme a la Constitución, debería estar, al menos, expresamente caracterizado como un sistema transitorio,

(27) No sólomente en la sentencia antes citada sobre el acceso de la mujer a los Ejércitos. Al menos en otra ocasión, el Tribunal Constitucional ha censurado expresamente la pasividad y falta de diligencia del Legislador a la hora de abordar una reforma legal. En efecto, la STC 194/89 de 16 de noviembre se dirigió expresamente al Legislativo señalando la necesidad de abordar sin dilaciones una reforma legal prevista desde hacía años, en concreto, la del régimen disciplinario de la Guardia Civil, diciendo al respecto que “el legislador debe ser fiel a su propósito, zanjando de una vez por todas indefiniciones legislativas...”(FJ 4.º).

llamado a evolucionar hacia la incorporación de la mujer en las mismas condiciones que el varón, con arreglo a una política decidida y explícitamente manifestada en tal sentido.

Por contra, si la intención del legislador al aprobar la vigente legislación del servicio militar ha sido la de zanjar la cuestión, obviando cualquier referencia a una evolución normativa tendente a la equiparación de sexos en este punto (y tal parece ser el caso de la Ley actualmente vigente), puede afirmarse que la perpetuación de esta desigualdad manifiesta (al hacer descansar la contribución obligatoria al “deber de defensa” sólo sobre los varones cuando se trata de un deber que vincula a la generalidad de la población española) infringe el art. 14 CE y por consiguiente resulta claramente inconstitucional (28).

IX. EL SERVICIO CIVIL COMO ALTERNATIVA AL SERVICIO MILITAR

Lo cierto es que en el momento presente se advierte que un número cada vez mayor de españoles varones alegan sentirse discriminados por el

(28) En esta línea, precisamente, se pronuncia un creciente sector doctrinal. Así, señala J. de Lucas que “hoy resulta difícil negar la evidencia de que, pese a los repetidos pronunciamientos del Tribunal Constitucional, si hay dificultades de congruencia constitucional y de legitimidad, son las que afectan precisamente al régimen actual de la prestación militar del deber de defensa. Que en este régimen se produce, de entrada, una discriminación injustificada, es algo que vengo manteniendo con otros muchos... que la mujer, a diferencia del hombre, pueda desempeñar cargos de suboficial, oficial o jefe en las Fuerzas Armadas y Cuerpos de seguridad del Estado y, sin embargo, quede fuera del deber de defensa a España en su modalidad militar, es insostenible mientras esa situación no sea idéntica a la del varón” (“La ley de servicio civil: las opciones posibles y su fundamento constitucional”; Boletín del Ministerio de Justicia, núm. 1696, p. 145). En el mismo sentido, afirman J.E. MARTÍNEZ JIMÉNEZ y A.M. MORENO MOLINA que “para que se produzca una exención de un deber constitucional, lo que comporta un privilegio, debe ello basarse en un fundamento razonable y serio y debe justificarse por la protección de bienes o intereses constitucionalmente dignos de tutela. Es claro que dicho fundamento carece hoy en día de consistencia, una vez que se han levantado por el legislador todas las trabas que impedían a la mujer su equiparación al varón en cometidos de dirección de fuerza. También carecen de peso desde un plano puramente jurídico las razones que el servicio militar comporta tareas para las que no hay previsiones de intendencia en los tres ejércitos de cara a una incorporación de la mujer. En ese caso, provéase lo necesario para el cumplimiento del servicio social sustitutorio, con lo que quedaría cumplimentada la vocación de generalidad en que se expresa el art. 30 de nuestro texto fundante básico” (“Principio constitucional de igualdad y no prestación del servicio militar”, en VV.AA.: “El principio de igualdad en la Constitución española”, Vol. I, Ministerio de Justicia, 1991, p. 650).

hecho de que les obligue a contribuir a la Defensa Nacional mediante una prestación personal obligatoria, mientras que para las mujeres existe una posibilidad de contribución a la Defensa que en ningún caso se convierte en obligación jurídica. Un número importante de jóvenes varones no pueden comprender por qué se les obliga a vestir el uniforme militar (o a realizar una prestación social), mientras que a las mujeres con quienes conviven diariamente en los Centros docentes o en el trabajo a nada se les obliga y en cambio se les permite vestir ese uniforme si lo desean (y en ningún caso se les obliga a realizar ninguna prestación social con carácter forzoso)

Ante esta situación, la solución primera y más inmediata sería la extensión del reclutamiento forzoso a la población femenina. Pero elementales consideraciones de política legislativa aconsejan descartarla: el rechazo social hoy en día existente al servicio militar se vería incrementado hasta límites inimaginables si se obligara a las españolas a prestarlo.

Otra solución que pondría término de modo radical a este problema sería la supresión de la conscripción, mediante la definitiva y completa profesionalización de las Fuerzas Armadas. Esta parece ser la opción de política legislativa seguida en la actualidad por algunos de los principales Partidos Políticos, pero, por estar supeditada a las disponibilidades presupuestarias, y encontrarnos en un periodo de restricciones económicas para las necesidades militares, no resulta aventurado afirmar que pasarán varios años antes de que se abandone el todavía vigente modelo mixto de Fuerzas Armadas, con un porcentaje de tropa profesional y otro de reclutamiento forzoso.

Así las cosas, tomando como punto de partida la situación actual, con un sistema vigente de reclutamiento forzoso para el servicio militar destinado únicamente a los jóvenes varones, una alternativa perfectamente viable y respetuosa con los principios constitucionales sería la creación de un "servicio civil para fines de interés general", destinado a los jóvenes de ambos sexos, alternativo al servicio militar, y no meramente sustitutorio del mismo, tal y como la misma Constitución prevé en el párrafo 3.º del art. 30 (29).

No hay, en efecto, inconveniente constitucional alguno en imponer a los españoles un "deber de solidaridad" con carácter obligatorio, mediante la realización de una prestación personal con carácter temporal. La instaura-

(29) Vid. DE LUCAS, J., op. cit., pp. 372-374.

ción de ese servicio civil contribuiría a “desmilitarizar” el deber de defensa (que como se ha dicho reiteradamente a lo largo de este trabajo, trasciende lo estrictamente militar, y vincula a todos los españoles, y por tanto también a las españolas) y situaría en un plano de igualdad a todos los jóvenes, ya que todos estarían obligados a contribuir a dicho deber, ya sea mediante el servicio militar, ya sea mediante un servicio civil prestado en iguales condiciones que aquel, debiendo escoger entre una u otra opción.

Podría objetarse a esta posibilidad que la misma idea de “solidaridad” pugna con su exigibilidad jurídica. La solidaridad parece ser un impulso personal que no puede ser impuesto bajo apercibimiento de sanción. Pero este argumento puede rebatirse, ante todo, con el mismo texto constitucional, que en el párrafo 4.º del tan citado art. 30 articula un inequívoco deber de solidaridad al prever que “mediante Ley podrán regularse los deberes de los ciudadanos en los casos de grave riesgo, catástrofe o calamidad pública” (30). En el fondo, como señala J. de Lucas, quienes sostienen planteamientos de este tipo parece que están pensando “en concepciones de la solidaridad propias de otros contextos históricos” (31). Pero las cosas han cambiado. Como dice Gaspar Ariño, en otros tiempos las tareas de protección social quedaban asumidas “por la Iglesia, las Fundaciones, las Corporaciones profesionales o económico-sectoriales y, sobre todo, por un modelo de familia apoyado en la estabilidad y la continuidad de los lazos, que se extendían a todos sus miembros, a veces de varias generaciones. Hoy en día ello no es así y es inútil desear que lo sea. El Estado ha tenido que asumir tareas y funciones que otrora correspondían a los Cuerpos intermedios de la sociedad. La protección social es una nueva razón de ser del Estado moderno y debe alcanzar sin limitación alguna, a los niños, los enfermos y los ancianos” (32).

La instauración de este servicio civil obligatorio como manifestación del deber de solidaridad podría plantear, pues, problemas de oportunidad

(30) Los Constituyentes tuvieron claro que en este precepto se estaba configurando un auténtico deber de solidaridad. En este sentido, señala Oscar Alzaga que “estamos ante una disposición que es trasunto del principio de solidaridad entre todos os que formamos la Comunidad española, que es el gran principio implícito de nuestra Constitución, porque inspirándola en muchos de sus preceptos, no se encuentra explicitado ni en el art. 11.1, ni en los arts. 9.2 y 10.1” (“Comentario sistemático a la Constitución española de 1978”, Ed. del Foro, 1978, p. 273).

(31) Op. cit., p. 370.

(32) “Economía y Estado (Crisis y reforma del sector público)”; Ed. Marcial Pons, 1993, p. 16.

política, pero no de constitucionalidad, al estar plenamente justificado por el “interés general” que habría en su adecuada prestación, desde el momento que mediante el mismo podría darse cobertura a necesidades sociales cuya protección ha asumido inequívocamente el Estado (33). Siempre habrá ámbitos sociales en los que prestar ese deber de solidaridad sin entrar en “competencia desleal” con el mercado de trabajo (34). De este modo, se atenderían eficazmente necesidades sociales que el Estado no puede (al menos por el momento) procurar o garantizar.

Además, al configurar el servicio civil como un deber autónomo, en cuanto que independiente del servicio militar y alternativo al mismo, perderían su fundamento la mayor parte de los argumentos con que tratan de legitimar su conducta los partidarios de la llamada “insumisión”, un fenómeno que continúa creciendo ante el desconcierto de los Poderes Públicos y de la misma sociedad, fuertemente dividida en cuanto a su valoración. En última instancia, la articulación legal de un servicio civil para fines de interés general, tal y como se ha propuesto en este trabajo, sería beneficiosa para las mismas Fuerzas Armadas, a las que accedería un personal de reemplazo con mayor y mejor motivación, y a las que se otorgaría un reconocimiento social superior al que ahora disfrutan.

(33) Basta una rápida lectura de los “principios rectores de la política social y económica” regulados en los arts. 39 y ss. de la Constitución para comprobar hasta qué punto es verdad que la protección social, antaño dejada en manos de las obras de beneficencia inspiradas por particulares, ha sido asumida en la actualidad por los Poderes Públicos.

(34) Vid. DE LUCAS, *op. cit.*, p. 373.

EL «BOLETÍN JURÍDICO MILITAR» DE MÉXICO (1935-1955)

Antonio Millán-Garrido
Catedrático de la Universidad de Cádiz

El *Boletín Jurídico Militar* mexicano fue gestado, durante el segundo semestre de 1934, en el Servicio de Justicia Militar, a instancias de los Generales Octavio Véjar Vázquez, Agustín Mercado Alarcón y Roberto T. Bonilla, quienes concibieron una publicación periódica y especializada, de contenido prioritariamente jurisprudencial, que, con puntual aparición, cubriese las necesidades informativas y formativas de cuantos estaban interesados en esta específica parcela del Ordenamiento jurídico, hasta entonces poco estudiada.

Así, el 1.º de febrero de 1935 veía la luz el número 1 *del Boletín*, auspiciado por la Procuraduría General de Justicia Militar e impreso por el Departamento Autónomo de Publicaciones, dependencia gubernamental encargada de las ediciones oficiales. Por supuesto, «nació estructurado en un formato primitivo de ocho páginas y sin cubierta, pregonando con ello la situación angustiosa de sus posibilidades materiales», lo que no impidió, desde su primera entrega, un contenido «esmerado y sustancioso». Baste señalar cómo, en este primer número, figuran, además del básico apartado jurisprudencial, tres trabajos, a cargo de Octavio Véjar Vázquez («El duelo en nuestro Código»), José García Avalos («El laboratorio científico de investigaciones») y Roberto T. Bonilla («El fuero de guerra y los militares»). En otro orden, tan modestos planteamientos iniciales no fueron obstáculo para que el *Boletín* trascendiera fuera de México y diese cabida, desde sus comienzos, a colaboraciones de insignes juristas extranjeros. Es bien significativo que, dentro del primer año de vida de la publicación, ésta contase ya con un trabajo de Nicasio Pou Ribas («Fundamentos del fuero de guerra», núm. 7, 1.º de agosto de 1935, p. 1), quizás,

en esos momentos, el más prestigiado jurista español en el ámbito jurídicomilitar.

En los años siguientes, el *Boletín*, presentado ya como «órgano de divulgación jurídicomilitar de la Secretaría de la Defensa Nacional y de la Procuraduría de Justicia Militar», fue consolidándose con números de mayor entidad: «en cada uno se aumentaban sus páginas y la colaboración era más amplia y brillante». De hecho, a los cinco años de su fundación, en 1940, la publicación superó las doscientas páginas, rebasando, con creces, las modestas metas que, en su origen, le fueron asignadas. En el orden interno, el *Boletín* colmaba las necesidades y exigencias de cuantos servían, en México, el fuero de guerra; en el extranjero, fue justamente valorado, «recibiéndosele con verdadero interés y admirándosele en todo lo que vale».

El *Boletín*, transformado ya en una genuina revista profesional, se autodefinió, en esta época, como el «órgano que sintetiza todos los esfuerzos y estudios de los abogados que sirven o han servido al fuero de guerra» o, con más precisión, como el «órgano de divulgación de estudios de los abogados que se han especializado en la importante rama del Derecho relacionada con la legislación castrense, así como de las tesis más interesantes para la mejor administración de la justicia militar sentadas por la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación y por el Tribunal Supremo Militar».

Desde sus primeros años, el *Boletín* «quedó dotado de distintas secciones», de las que cabe destacar las dedicadas a la jurisprudencia, la legislación, la bibliografía y la medicina legal.

La sección jurisprudencial constituyó, según queda dicho, el núcleo básico originario de la revista y, aunque su contenido fue siempre asistemático y desigual, el apartado sirvió para destacar —a veces con enojados comentarios— la doctrina emanada del Tribunal Supremo Militar y de la Suprema Corte de Justicia. Elaborada, en los primeros números, por L. G. Zumaya, la sección corrió a cargo, en años posteriores, de S. R. Moreno Sota, E. Castro Riddle, C. P. de Alba, M. Maciel, L. Muñoz, E. del Rosal Valenzuela y R. Calderón Serrano.

La sección legislativa, que no aparece hasta el tomo VI (1940), no sólo incluía una relación de las disposiciones aprobadas o promulgadas en el período contemplado, sino que, en sus primeros años, incorporaba —generalmente como anexo y a lo largo de varios números— los textos normativos más relevantes. Así, la Ley del Servicio Militar y del Consejo Supremo de Justicia Militar (1940), Reglamento de la Policía Judicial

Militar (1941), Ley en favor de los Veteranos de la Revolución (1942), Código de Justicia Militar (1942-1943), Reglamento General de Deberes Militares (1944), Reglamento para el Servicio Interior de los Cuerpos de Tropa (1945), Reglamento de las Comandancias de guarnición y del servicio militar de plaza (1945-1946), Ley para la comprobación, ajuste y cómputo de servicios en el Ejército nacional (1946-1947) y Reglamento de Ceremonial Militar (1947).

La sección bibliográfica, de la que se encargaron, sucesivamente, entre otros, L. F. Sotelo Regil, S. Ortiz Meléndez, F. Noé Salgado y R. Calderón Serrano, nunca tuvo una estructura definida, pero en ella se contienen, no sólo noticias, reseñas o reseñas de las más significativas obras de Derecho militar de la época, sino valiosos ensayos bibliográficos, entre los que cabe destacar «Obras interesantes para la labor de un Seminario de Derecho militar» (R. Calderón Serrano, 1950) y «Bibliografía jurídico militar» (J. Espejel Flores, 1954), así como el minucioso análisis crítico de las «Obras de Derecho militar del Licenciado Ricardo Calderón Serrano», debido al General boliviano A. Pizarroso Cuenca (1950).

Por último, la constante colaboración en el *Boletín* de miembros del Cuerpo Médico Legal, aunque no figurase como una sección propia, dió lugar a un apartado sustancialmente autónomo y cuyo contenido se extendió, con frecuencia, al ámbito criminológico, en trabajos muy meritorios, muchos de los cuales siguen resultando de interés en su orden disciplinar específico.

Del contenido del *Boletín*, durante sus veinte años de existencia, debe ser destacado, además, lo siguiente:

a) La especial atención dispensada al Derecho comparado, con trabajos que contemplan la situación normativa o doctrinal en Argentina, Brasil, Chile, Ecuador, España, Estados Unidos, Francia o Perú, así como con reseñas sobre actividades internacionales de interés. De éstas, cabe destacar las dedicadas por R. Calderón Serrano al intento de fundación, a partir de la idea del brasileño Gomes Carneiro, de un Instituto Internacional de Derecho Militar (1944) o al desarrollo de la I Conferencia Interamericana de Derecho Militar (1945).

b) El equilibrio mantenido entre las distintas áreas de conocimiento integrantes del Derecho militar, si bien se advierta una clara preferencia por los estudios penales, orgánico-procesales y administrativos, siendo escasos los referentes al ámbito disciplinario o internacional, así como al Derecho de la guerra.

c) La inserción, por «entregas», de obras completas de Derecho militar, unas veces formando parte del contenido estricto de la publicación y otras, como anexos, con paginación propia, independiente de la del boletín. En el primer caso están los *Apuntes de Derecho penal militar*, de J. Coronado Díaz, incluidos desde 1940 a 1945, y también, aunque limitados a la teoría de la prueba, los *Temas de Derecho procesal militar*, de F. Hernández Pineda, publicados durante 1949-1950. En la segunda forma aparecieron las obras de R. Calderón Serrano *Crímenes de guerra*, de los años 1949 a 1951, y *Derecho penal militar (Parte especial)*, si bien de ésta sólo se publicaron (1951-1953) los dos primeros capítulos.

El Boletín Jurídico Militar, aun cuando sufrió, en ocasiones, algún retraso (como el acontecido en el segundo semestre de 1939 por la desaparición del Departamento Autónomo de Prensa y Publicidad), se publicó ininterrumpidamente desde 1935 a 1951. En este año, tras los núms. 1 y 2 (enero-febrero) del tomo XVII, se suspende la edición por causas que no nos son conocidas. Lo cierto es que con tal entrega concluyó la primera etapa de la revista. En 1953 se reanuda la edición, con los núms. 3 y 4 del mismo tomo XVII y sin alterar la paginación, pero indicándose que era una «segunda época», en la que puede constatarse un cambio de orientación hacia posiciones más «oficialistas».

Se destaca, en el editorial con que se reanuda la edición del *Boletín*, que éste «tiene por finalidad hacer del conocimiento público el desarrollo y la aplicación del Derecho militar a través de los organismos jurisdiccionales que han sido creados con ese fin por la Secretaría de la Defensa Nacional». La intención de los redactores era, en definitiva, «realizar en este trabajo de divulgación del Derecho militar una obra de verdadero sentido patriótico y al mismo tiempo una labor que beneficié a los integrantes de todas las armas y servicios que forman el Ejército mexicano».

Esta segunda etapa fue, inevitablemente, breve. En 1955, cuando cumplía veinte años de vida, el *Boletín* dejó de publicarse. La última entrega de la que tenemos constancia fue la correspondiente a noviembre-diciembre (núms. 11 y 12), con la que concluía el tomo XIX de la colección.

La dirección del *Boletín*, que estuvo siempre unida al cargo de Procurador General de Justicia Militar, correspondió, sucesivamente, a los Generales O. Véjar Vázquez, A. Mercado Alarcón, G. Schulz Alvarez, R. T. Bonilla y R. Fernández Robert. La jefatura de redacción, si bien con breves intervalos en los que ocuparon el cargo S. González Peña, E. del Rosal Valenzuela y J. Rico Schroeder, fue ostentada, durante la primera

época, por el exiliado español —posteriormente nacionalizado mexicano— R. Calderón Serrano, artífice, en buena medida, de la propia publicación, tanto antes como después de su incorporación, en 1943 y como Teniente Coronel, al Servicio de Justicia Militar del Ejército de México.

Debe destacarse, por último, la enorme influencia que, por su prestigio, tuvo el *Boletín Jurídico Militar*. Durante años auspició conferencias y cursos, logrando, primero, la integración del Seminario de Derecho militar en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México y propiciando, después, la creación de diversas Cátedras de la especialidad en distintas Universidades. Hoy, tras más de cuarenta años, persiste parte de ese interés que, por el Derecho militar, supo crearse en México en el período durante el cual se publicó el *Boletín* y que, sin lugar a dudas, generó la más importante literatura jurídicomilitar de la época, con obras que, como las del profesor Calderón Serrano, siguen siendo de consulta y referencia obligadas para cualquier estudioso de nuestra disciplina.

Se inserta a continuación un vaciado de los diecinueve tomos de la publicación, en el que, sin embargo, se ha prescindido de los trabajos referidos a materias ajenas al Derecho militar, así como aquellos otros, circunstanciales, carentes hoy de cualquier interés. La ordenación es alfabética, pero los distintos trabajos de un mismo autor se relacionan con un criterio cronológico. Debe tenerse en cuenta, por último, que sólo a partir de 1940 la paginación anual es correlativa, por lo que, en los trabajos correspondientes a los cinco primeros años del *Boletín*, se deja constancia no sólo del tomo, sino también del número en que se encuentran publicados.

- ALATORRE GARZA, J.: «El fundamento filosófico de la sustantividad del Derecho penal militar», t. XII (1946), p.137.
- ÁLVAREZ VARGAS, M.: «El Derecho internacional y la guerra marítima», t. XIX (1955), p.99.
- ARELLANO CRUZ, A.: «Aportaciones a la historia universal de los Ejércitos», t. XVII (1951-1953), p.118.
- : «Referencias históricas de la organización política y militar de México», t. XVII (1951-1953), p.182.
- : «Estudio y organización de las reservas del Ejército mexicano», t. XVII (1951-1953), p.241.
- : «Carácter militar de las defensas rurales», t. XVII (1951-1953), p.453.
- ARMENTA, F.: «Art. 13 Constitucional», t. IV (1938), núms. 4-12, p.33.
- ASENCIO LOREDO, J.: «El estatuto militar», t. XIV (1948), p.19.
- : «Derecho militar», t. XV (1949), p.424.
- : «Reclutamiento militar», t. XVI (1950), p.376.
- : «Leyes orgánicas militares», t. XVI (1950), p.458.
- : «Textos legales militares gubernativos, funcionales o técnicos», t. XVII (1951-1953), p.18.
- ATHIE CARRASCO, A.: «El servicio militar, su aspecto social y su fundamentación jurídica», t. VI (1940), p.175.
- BALVANERA, A. M.: «Algunos fenómenos biológico-sociales observados en las investigaciones de la personalidad antisocial de diez militares internados en la prisión militar de Santiago Tlaltelolco», t. VII (1941), p.61.
- BARRUETA, A., y FERNÁNDEZ R., R.: «Juicios y castigos de los criminales de guerra», t. XII (1946), p.5.
- BELLO B., F.: «El duelo», t. XI (1945), p.6.
- BELTRÁN, H. H.: «El art. 13 constitucional», t. I (1935), núm. 6, p.5.:
—: «Al margen de una tesis», t. IX (1943), p.34.
- BERNARDI, H. P. J.: «La sustantividad del Derecho penal militar», t. XI (1945), p.344.
- BONILLA, R. T.: «El Fuero de Guerra y los militares», t. I (1935), núm. 1, p.7, y núm. 2, p.4.
- CABRERA CARRASQUEDO, M.: «El culto a los héroes como valor normativo militar», t. XIII (1947), p.323.
- CABRERA VÁZQUEZ, J.: «Lugar que ocupa el Ejército en el orden constitucional de los Estados modernos», t. IX (1943), p.122.
- : «La sociedad, fuente generadora de los Estados y de los Ejércitos», t. IX (1943), p.235.
- : «Permanencia de los Estados en el espacio y en el tiempo», t. IX (1943), p.402.

- : «La jurisdicción de guerra y su evolución», t. IX (1943), pp.532 y 622
«Fundamentación jurídica del fuero de guerra», t. X (1943), p.65.
- CALDERÓN SERRANO, R.: «Penitenciaría militar española», t. VI (1940), p.63.
- : «La legislación de Justicia militar española durante la última Guerra Civil», t. VI (1940), p.168.
- : «La jurisdicción militar y su competencia», t. VII (1941), p.3.
- : «Bases de reorganización de la Justicia militar», t. VII (1941), pp.64 y 95.
- : «La jurisdicción de guerra como órgano del Poder Judicial», t. VII (1941), p.169.
- : «Reglas complementarias de competencia», t. VII (1941), p.229.
- : «Fuero de Guerra. Los sistemas orgánico, administrativo y judicial en las legislaciones históricas y vigentes», t. VII (1941), p.327; t. VIII (1942), pp.28 y 335.
- : «Cuestionario de Derecho Militar (Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de México)», t. VIII (1942), p.74.
- : «La Justicia Militar francesa», t. VIII (1942), pp.116 y 227; t. IX (1943), p.115.
- : «Organización de la Justicia militar francesa en tiempo de guerra», t. VIII (1942), p.403.
- : «Principios de substantividad penal militar», t. IX (1943), p.8.
- : «La Justicia militar chilena», t. IX (1943), p.215.
- : «Asociación Panamericana de Derecho Militar», t. X (1944), p.378.
- : «Primera Conferencia Interamericana de Derecho Militar», t. XI (1945), p.71.
- : «Enseñanza de Derecho Militar», t. XI (1945), p.265.
- : «Los Tribunales militares argentinos. Su organización», t. XII (1946), pp.41 y 81.
- : «Colegio de Abogados Militares», t. XII (1946), p.260.
- : «Seguro de vida militar», t. XIII (1947), p.263.
- : «El artículo 13 constitucional en sus fuentes originales», t. XIV (1948), p.452; t. XV (1949), pp.37, 120, 216, 280 y 344.
- : «Estudio sobre Derecho militar brasileño», t. XIV (1948), p.6, 87, 194, 356 y 458; t. XV (1949), pp.53, 124, 227, 288 y 360; t. XVI (1950), pp.37, 110 y 195.
- : «Crímenes de Guerra», obra publicada, como anexos, en los tomos XV (1949), XVI (1950) y XVII (1951-1953). «Obras interesantes para la labor de un Seminario de Derecho militar», t. XVI (1950), p.157.
- : «Derecho penal militar. Parte especial (Delitos y penas)», obra comenzada a publicar, como anexos, en el tomo XVII (1951-1953).
- CALDERÓN SERRANO, R., y VÉJAR VÁZQUEZ, O.: «Temas seleccionados para el Seminario de Derecho militar en el curso escolar universitario correspondiente el año 1947», t. XIII (1947), p.441.

- CALVO TREVIÑO, L.: «El cumplimiento del deber», t. XI (1945), p.127.
- CAMERAS SANTIAGO, J. M.: «La condena condicional militar», t. IX (1943), pp.412, 540 y 631.
- CASASÚS, J. J. E.: «La pena de muerte en la legislación de guerra», t. I (1935), núm. 8, p.4.
- CASTILLO ACUÑA, E.: «La evolución y concepto del Estado y el fenómeno de la guerra», t. VII (1941), p.345.
- : «El art. 29 de la Constitución», t. IX (1943), pp.133 y 257.
- CHAMARRO CARDENAL, P. J.: «Naturaleza jurídica del Ejército», t. XIII (1947), p.423; y t. XVI (1950), p.371.
- CHARLES DE LA FUENTE, V. M.: «La vida militar», t. XVI (1950), p.329.
- : «Los valores morales del militar básicos en la existencia de un ejército», t. XIX (1955), p.275.
- : «El militar ante su ley penal», t. XIX (1955), p.354.
- : «Las infracciones penales militares», t. XIX (1955), p.463.
- CORONADO BARAJAS, R.: «Singularidad del art. 17 de la Ley de Disciplina, frente a la Constitución», t. XVII (1951-1953), p.25.
- CORONADO DÍAZ, J.: «Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en delitos del orden militar», t. I (1935), núm. 6, p.1.
- : «La condena condicional en nuestro Código de Justicia Militar», t. I (1935), núm. 7, p.10, y t. IV (1938), núms. 4-12, p.31.
- : «Naturaleza jurídica del contrato firmado por los Cadetes que ingresan a Establecimientos de Educación Militar», t. IV (1938), núms. 4-12, p.27.
- : «¿El Código penal militar debe dividirse, para su aplicación, en tiempo de paz y en tiempo de guerra?», t. V (1939), núms. 6-7, p.33.
- : «Los Cadetes y la desertión», t. VI (1940), núms. 1-3, p.43.
- : «Apuntes de Derecho penal militar», obra publicada en los tomos VI (1940), pp.51, 99 y 151; VII (1941), pp.30, 52, 163 y 234; VIII (1942), pp.329, 392 y 503; IX (1943), p.47 y 499; X (1944), pp.137 y 226; y XI (1945), pp.53, 75 y 226.
- : «Breves apuntes de leyes y reglamentos militares», t. XI (1945), pp.91, 172, 282 y 329; t. XIII (1947), pp.12 y 102.
- : «Apuntes de leyes militares», t. XII (1946), pp.27 y 121.
- : «El aspecto constitucional de la tesis sobre el pago de haberes a procesados y sentenciados militares», t. XII (1946), p.335.
- : «Deben desaparecer las prisiones militares», t. XII (1946), p.349.
- CUÉLLAR GONZÁLEZ, P.: «La integración de los Consejos de Guerra y sus resoluciones como Tribunales de Derecho», t. X (1944), p.462.
- : «Los miembros de las defensas rurales y su situación dentro del Código de Justicia Militar», t. XIV (1948), p.383.
- : «Limitación del artículo 13 constitucional en caso de guerra», t. XV (1949), p.165.

- : «Es necesario establecer qué Tribunal Militar es el competente para conocer de los delitos cometidos por militares en el extranjero», t. XV (1949), p.237.
- : «El término de ciento veinte días a que se contrae el artículo 520 del Código de Justicia Militar», t. XV (1949), p.303.
- : «La integración de los Consejos de Guerra», t. XV (1949), p.367.
- : «Los delitos de abuso de autoridad, insubordinación y desobediencia sólo se cometen en actos de servicio», t. XVI (1950), p.133.
- : «Supletoriedad del Código de Justicia Militar», t. XVI (1950), p.208.
- : «Fuentes del Derecho penal común y militar», t. XVI (1950), p.474.
- DÁVALOS AVILÉS, M. A.: «Estudio sobre Derecho militar ecuatoriano. La garantía del habeas corpus y su exclusión para el fuero castrense», t. XV (1949), p.276.
- DE ALBA LÓPEZ, C. P.: «Necesidad del fuero de guerra», t. VII (1941), p.340; t. VIII (1942), p.37.
 - : «Criminología militar», t. VIII (1942), p.131.
 - : «Criminología especial militar. Delitos contra la seguridad interior de la Nación», t. VIII (1942), p.241.
 - : «Criminología especial militar», t. IX (1943), p.145.
 - : «Anteproyecto de los Códigos de Procedimientos penales y penal militar», t. XI (1945), pp.87 y 221.
- DE LA JARA, L.: «El nuevo Código de Justicia Militar del Perú», t. XVI (1950), p.317.
- DE LARA HERNÁNDEZ, M.: «El art. 129 del Código de Justicia Militar en relación con los desertores francos», t. VII (1941), p.237.
- DEL RÍO ACEVES, R.: «Estudios de penitenciaría común y militar», t. XVIII (1954), pp.55, 133, 197 y 273; t. XIX (1955), p.87.
- DELGADO ABEYTA, H.: «La Justicia Militar: necesidad de su existencia. Probable origen del artículo 13 Constitucional», t. IX (1943), p.61.
- DÍAZ ROMERO, A.: «Elementos de la obediencia excluyente de responsabilidad criminal», t. XVIII (1954), p.46.
 - : «La obediencia debida en la legislación penal común y militar vigentes», t. XVIII (1954), p.115.
- EDITORIAL: «Integración del Cuerpo Jurídico Militar», t. VIII (1942), p.3.
 - : «Homenaje a la Justicia Militar», t. VIII (1942), p.213.
 - : «Justicia Militar», t. X (1944), p.455.
 - : «La independencia del Ministerio Público Militar en el ejercicio de sus funciones», t. XI (1945), p.3.
 - : «El décimo quinto aniversario de nuestro Boletín Jurídico Militar», t. XV (1949), p.3.
 - : «A los veinte años de vida. Boletín Jurídico Militar, de la Secretaría de la Defensa (1935-1955)», t. XIX (1955), p.3.

- ESCAMILLA ANDUEZA, A. R.: «En quién radica la jurisdicción militar», t. XIV (1948), p.44.
- ESPEJEL FLORES, J.: «La jurisdicción militar: en quién radica. Interpretación de los artículos 13 y 89 constitucionales», t. XIV (1948), p.367; t. XV (1949), pp.72 y 153.
- : «La jurisdicción militar: potestades militares», t. XVII (1951-1953), p.309.
- : «La jurisdicción militar a través de la historia», t. XVII (1951-1953), p.388.
- : «Sistemas orgánicos de la jurisdicción militar», t. XVIII (1954), p.35.
- «Bibliografía jurídico militar», t. XVIII (1954), p.77.
- : «Competencia de la jurisdicción militar», t. XVIII (1954), p.100.
- : «Antecedentes e interpretación del artículo 13 constitucional», t. XVIII (1954), p.180.
- GALINDO HERNÁNDEZ, F.: «Situación legal del Ejército cuando se rompe el orden constitucional», t. VII (1941), p.239.
- GALINDO MORALES, F.: «Derecho, disciplina y Ejército. Fundamentación filosófica, jurídica y sociológica de toda disciplina», t. XVI (1950), p.452.
- : «Consideraciones sobre la disciplina, en general», t. XVII (1951-1953), p.3.
- : «Derecho, disciplina y Ejército», t. XIX (1955), p.27.
- : «La disciplina militar como norma particular», t. XIX (1955), p.102.
- «Los Ejércitos nacionales», t. XIX (1955), p.195.
- : «La disciplina y el desenvolvimiento histórico de las milicias», t. XIX (1955), p.311.
- GARCÍA CERVANTES, F.: «La pena de muerte», t. XVII (1951-1953), p.52.
- : «La justificación de la pena de muerte en la legislación penal militar», t. XVII (1951-1953), p.360.
- : «El problema de la reimplantación de la pena de muerte en la legislación mexicana», t. XVIII (1954), p.3.
- GARCÍA FIGUEROA, S.: «El juicio de amparo ante las leyes de emergencia», t. XVII (1951-1953), p.326.
- : «La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, cuando en él se reclaman violaciones a las garantías individuales», t. XVII (1951-1953), p.399.
- : «La suspensión de garantías individuales», t. XVII (1951-1953), p.459.
- GARCÍA GONZÁLEZ, M.: «El "casuismo" en la Ley penal de guerra y el delito de abandono de arresto», t. IX (1943), p.59.
- : «La sustitución de pena por amonestación en el fuero de guerra», t. XII (1946), p.72.
- GARCÍA VERA, E.: «Generalidades del Derecho militar», t. XIX (1955), p.140.
- : «Aplicación de la condena condicional en la Justicia castrense», t. XIX (1955), pp.371 y 443.

- GARCÍADIEGO FONCERRADA, M.: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar: sus diferencias. Concepto jurídico de la falta en la jurisdicción castrense», t. XIII (1947), p.428.
- GÓMEZ PEZUELA, A.: «Razones filosóficas y empíricas de la existencia del fuero marcial», t. XIV (1948), p.116.
- GONZÁLEZ PACHECO, H.: «La Ley marcial», t. XIV (1948), p.25.
—: «La pena en el fuero de guerra», t. XIX (1955), pp.40, 111, 200 y 315.
- GONZÁLEZ PEÑA, S.: «Ética profesional y deberes generales en el Ejército», t. V (1939), núms. 6-7, p.45.
- GURROLA GARCÍA, J.: «La legítima defensa y sus singularidades de aplicación en el Código de Justicia Militar», t. XVII (1951-1953), pp.366 y 444; t. XVIII (1954), pp.10, 83 y 187.
- HERNÁNDEZ DEL VALLE, H.: «El bando militar como fuente de Derecho», t. XV (1949), p.209.
- HERNÁNDEZ PINEDA, F.: «Temas de Derecho procesal militar. Consideraciones acerca de las pruebas», t. XV (1949), p.76.
—: «La prueba confesional», t. XV (1949), pp.161, 219, 294 y 364; t. XVI (1950), p.115, p.204.
—: «Los medios de prueba en el Derecho criminal militar», t. XVI (1950), p.47.
—: «Diferencias entre las pruebas de orden civil, penal y militar», t. XVI (1950), p.286.
—: «Valor jurídico de los diversos medios de prueba», t. XVI (1950), p.353.
- HINOJOSA RODRÍGUEZ, S.: «Los Consejos de Guerra son Tribunales de Derecho», t. XI (1945), p.321.
- HURTADO DE MENDOZA, L.: «Reformas al Código de Justicia Militar. Los casos de los artículos 317 y otros», t. VIII (1942), p.42.
- JIMÉNEZ CASTRO, A.: «El Ejército y las infracciones penales militares», t. IX (1943), p.369.
—: «Origen y evolución histórica del Derecho penal militar», t. IX (1943), p.522.
- JIMÉNEZ DE ASUA, L.: «Ejército y Derecho penal», t. I (1935), núm. 6, p.8.
- LEYVA VELÁZQUEZ, G.: «Revisión de la legislación militar», t. XIV (1948), p.83.
- LICÉAGA RIONDA, G.: «Comentario a una ejecutoria del Honorable Supremo Tribunal Militar», t. XI (1945), p.83.
- LLAMOSAS H., R.: «Derecho penal militar y Derecho disciplinario», t. XVIII (1954), p.258.
- LOMELÍ GARDUÑO, A.: «Breves notas sobre el Código de Justicia Militar y algunas cuestiones conexas a su aplicación», t. V (1939), núms. 10-12, p.41.
—: «Contrato de enganche en el Ejército», t. V (1939), núms. 10-12, p.45.
- LÓPEZ PINEDA Y FLORES, O.: «Substantividad de la jurisdicción de guerra», t. XII (1946), p.277.

- LUQUE DORING, V. A.: «La Justicia castrense y la participación en ella de civiles en delitos del orden militar», t. XIX (1955), pp.62 y 161.
—: «La Justicia castrense», t. XIX (1955), pp.255 y 345.
- MACIEL BANDALA, M.: «Consideraciones sobre el artículo 60 del Código de Justicia Militar», t. XI (1945), p.210.
- MEJÍA CHAPARRO, R.: «El delito y su especie. El delito militar», t. IX (1943), p.244.
—: «La disciplina y el valor militar», t. IX (1943), p.587.
- MIJANGOS CARRANZA, A.: «Tribunales militares», t. XIII (1947), p.433.
- MINVIELLE PORTE PETIT, J.: «Consideraciones acerca del delincuente, del delito y de la pena en el Derecho penal militar», t. XIV (1948), p.221.
- MONDRAGÓN, R. R.: «El servicio militar nacional», t. IX (1943), pp.120, 223, 350, 509 y 590; t. X (1944), pp.7, 121 y 217.
—: «La obligación del servicio militar y la libertad del hombre», t. XIII (1947), p.325.
—: «El servicio militar obligatorio», t. XIV (1948), pp.165 y 243.
- MORALES LUIS, H.: «Libertad caucional en el fuero de guerra», t. XVII (1951-1953), p.235.
—: «Las potestades militares», t. XVII (1951-1953), p.293.
—: «La acción penal y su ejercicio en el Derecho procesal castrense», t. XVII (1951-1953), p.425.
—: «La libertad caucional o provisional», t. XVIII (1954), p.19.
- OLIVA AMBELL, R.: «Circunstancias eximentes de responsabilidad criminal y excusas absolutorias criminales», t. XIV (1948), p.34.
—: «Circunstancias atenuantes de responsabilidad criminal militar», t. XIV (1948), p.113.
—: «Circunstancias agravantes de responsabilidad criminal militar», t. XV (1949), p.56.
- ORTIZ MELÉNDEZ, S.: «La suspensión de garantías individuales y las atribuciones del Ejército», t. IX (1943), pp.126, 250, 384, 514 y 595; t. X (1944), p.23, 130 y 223.
- PACHECO MORENO, M.: «Las prisiones militares», t. XVII (1951-1953), p.219.
—: «La sociedad y el Ejército», t. XVII (1951-1953), p.349.
- PADILLA PADILLA, L.: «Autonomía del Derecho penal militar. Teoría de la diferenciación de sus fuentes, principios normativos y fines, de los del Derecho penal común», t. XIV (1948), p.201.
—: «Justificación de la importancia y autonomía del Derecho penal militar, desde el punto de vista histórico», t. XV (1949), p.445.
—: «La naturaleza filosófica del Ejército, como apoyo a la autonomía del fuero militar», t. XVI (1950), p.175.
—: «Características fundamentales del Derecho militar y argumentos en pro y en contra respecto a su autonomía», t. XVI (1950), p.276.

- : «Valoración de algunos principios normativos en el Derecho penal militar», t. XVI (1950), p.390.
- : «Consideraciones sobre el delito y la pena común y militar», t. XVI (1950), p.476.
- : «Finalidad del Derecho penal militar y del Derecho penal común», t. XVII (1951-1953), p.44.
- PARDO ASPE, E.: «Concepto del Derecho penal militar», t. IX (1943), p.347.
- PAVÍA Y SUÑOL, J.: «Principios del Derecho Internacional Público que norman la conducta de los Estados y Ejércitos beligerantes», t. VIII (1942), pp.122, 341 y 410.
- PEÑA MONTERO, V.: «La obediencia debida. Excluyente de la responsabilidad criminal, común y militar», t. IX (1943), pp.406, y 611; t. X (1943), p.53.
- PEREDO Y SAAVEDRA, V.: «Los elementos constitutivos del delito militar de desobediencia», t. VIII (1942), p.509.
- PÉREZ ECHEVARRIA, O.: «Algunas observaciones sobre Derecho militar», t. XIII (1947), pp.183 y 259.
- : «Algunas características del delito militar», t. XIII (1947), p.333.
- : «Observaciones sobre Derecho penal militar», t. XIV (1948), p.208.
- PIZARROSO CUENCA, A.: «Obras de Derecho militar del Licenciado Ricardo Calderón Serrano», t. XVI (1950), p.76.
- PORTILLO HAGELSTEIN, L.: «Substantividad penal militar», t. XII (1946), p.272.
- POU RIBAS, N.: «Fundamentos del fuero de guerra», t. I (1935), núm. 7, p.1.
- POUSO GARCÍA, E. A.: «Consideraciones acerca del delincuente, del delito y de la pena militar», t. XIV (1948), p.104.
- RAMÍREZ BARAJA, F. M.: «La jerarquía militar se mantendrá incólume en cualquier sitio», t. IV (1938), núm. 1, p.1.
- : «El reintegro de medios haberes de procesado debe ser rápido», t. IV (1938), p.1.
- REBOLLEDO, A.: «Competencia de los Tribunales militares», t. XIV (1948), pp.49 y 119.
- : «Breves notas de los Tribunales Militares en nuestra historia», t. XIX (1955), pp.53 y 152.
- : «Jurisdicción, competencia y fuero», t. XIX (1955), pp.235 y 377.
- : «Nuestro sistema de competencia judicial militar», t. XIX (1955), p.510.
- REBOLLO MORENO, E.: «El Fuero de Guerra», t. XIX (1955), p.413.
- : «El Derecho positivo constitucional y el contingente humano del Ejército», t. XIX (1955), p.491.
- RICO SCHROEDER, J.: «Un comentario sobre el fuero de guerra», t. VII (1941), p.166.
- RODRÍGUEZ FIERRO, H.: «Importancia histórica y filosófica del Derecho militar», t. XIX (1955), pp.295, 394 y 504.
- ROJO LLUCH, V.: «El ejército como institución social», t. XIV (1948), pp.323 y 403; t. XV (1949), p.8.

- RUIZ FUNES, M.: «El delito de disparo de arma de fuego», t. VIII (1942), p.106.
- SCHROEDER CORDERO, F. A.: «Derecho penal común y Derecho penal militar», t. XVIII (1954), p.262; t. XIX (1955), p.73.
- SILVA ESPINO, J. V.: «El duelo, ¿es delito especial?», t. VII (1941), p.335; t. VIII (1942), pp.32, 138 y 247.
- SOTELO REGIL, L. F.: «El Congreso y el Ejército de los Estados Unidos de América», t. VI (1940), p.111.
- : «Ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar», t. VIII (1942), p.127.
- : «Generalidades respecto a la Justicia militar del Ejército de los Estados Unidos», t. XIII (1947), pp.3, 83, 168 y 410; t. XIV (1948), pp.11, 96 y 177.
- VALDÉS VALDÉS, A.: «Jurisdicción y competencia de las Autoridades judiciales militares», t. X (1944), p.31.
- VARGAS MACHUCA, R., SOUZA REBOLLEDO, D., y BUCIO CIPRÉS, E.: «Sugestiones para un nuevo sistema penitenciario», t. XVII (1951-1953), p.352.
- VARGAS SANDOVAL, A.: «Sobre el problema de las condecoraciones de perseverancia», t. II (1936), núm. 2, p.3, y núm. 3, p.1.
- VEGA OLVERA, G.: «Substantividad de la jurisdicción en el Derecho procesal castrense», t. XII (1946), p.331.
- VÉJAR VÁZQUEZ, O.: «El duelo en nuestro Código», t. I, núm. 1 (1935), p.1.
- : «El contrato de enganche», t. I (1935), núm. 2, p.8, y núm. 3, p.8.
- : «Un fallo de la Honorable Suprema Corte de Justicia», t. I (1935), núm. 3, p.1, y núm. 4, p.1.
- : «Un curso de Derecho militar», t. II (1936), núm. 1, p.3.
- VÉLEZ BRETÓN, E.: «Concepto doctrinal e histórico del Ejército», t. XVI (1950), p.265.
- : «Breve estudio histórico de la integración de los Ejércitos», t. XVI (1950), p.347.
- : «Evolución del Ejército en México», t. XVI (1950), p.434.
- : «Justificación legal de la existencia del Ejército», t. XVII (1951-1953), p.6.
- : «Formas de integración de las filas del Ejército», t. XVII (1951-1953), p.89.
- : «Consideraciones sobre el servicio militar nacional», t. XVII (1951-1953), p.155.
- ZAPATA VELA, J.: «Unidad de hechos y pluralidad de tesis», t. VII (1941), p.24.

COMENTARIO DE URGENCIA A LOS DELITOS CONTRA EL DEBER DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO MILITAR EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Francisco Blay Villasante
General Consejeroogado

Con permiso de los especialistas en la materia, mis admirados J.L. Rodríguez Villasante, Calderón Susín y Millán-Garrido, me atrevo a una breve exégesis de apremio de la normativa que regirá a partir del 25 de Mayo de 1996 referida a los retrasos en la incorporación a filas y a los incumplimientos del servicio militar obligatorio, siquiera sea para que les sirva de acicate y pongan manos a la obra en la puesta al día de su espléndido libro sobre "*Los delitos de prestación del servicio militar*" (*), adaptándolo a la nueva regulación de los mismos. Tal es la profundización en los fenómenos de las insumisiones, desertión y ausencia arbitraria en la referida publicación, que sería imperdonable dejar inacabada la tarea. A ellos dedico, pues, esta humilde exégesis de la Sección 2ª, del Capítulo III, del Título XXIII del Libro II del nuevo Código Penal —muchos de cuyos comentarios y consideraciones tienen como inspiración y fuente su libro, así como el lúcido prólogo de José Jiménez Villarejo—, a la espera de su magistral lección.

El art. 604 del nuevo Código Penal refunde los artículos 135 bis h) y bis i). Al margen la menor severidad en la punición, las diferencias en la conducta típica son importantes y existen relevantes innovaciones que merecen destacarse:

Retraso en la incorporación a filas, que es la primera modalidad del precepto:

El cambio de la locución "citado reglamentariamente" por "citado legalmente", apenas tiene importancia, pues en el precepto del 135 bis h)

(*) JM Bosch Editor, Barcelona, 1.995.

se hacía referencia al Reglamento de Reclutamiento y el art. 604 se fundamenta en la Ley del Servicio Militar, a la que aquél desarrolla, por lo que la nueva expresión es más correcta desde una perspectiva de técnica legislativa.

Por lo demás, se suprime la referencia de falta de incorporación para el cumplimiento de “otras obligaciones militares”, que era, y es, un término equivoco, porque no expresa a qué concretas obligaciones se refiere el legislador. Como quien no se ha incorporado a filas no parece tener todavía obligaciones militares, Millán Garrido estimó que el legislador se estaba refiriendo a reincorporaciones, o a “movilización” desde la situación de reserva. En el art. 604 se ha vuelto a la *primigenia redacción del Código Penal Militar*, donde se omitía esa expresión, Y por ende, se ha despenalizado esa concreta conducta. Solo, pues, cometen el delito de falta de incorporación del art. 604, los citados legalmente para el cumplimiento del servicio militar que se retrasen, eso sí, sin renunciar la propia prestación, pues si la finalidad real fuera la de rehusar cumplir el servicio militar, su conducta se subsumiría en la segunda modalidad del precepto. Se trata, por otra parte, y esto es innovador, de un retraso injustificado superior a un mes, lapso que no se da en el hoy vigente Código Penal. El sujeto activo es un ciudadano concreto declarado “*uti milis*”, no cualquier ciudadano genérico. El tiempo y el lugar de la incorporación vienen determinados en el llamamiento y es a partir de ese día concreto cuando comienza el cómputo del mes, a diferencia de lo previsto en el art. 135 bis h), en el que, fijada la fecha, la no incorporación ese día implica la consumación instantánea del delito.

Más trascendencia aún tiene la modificación de la dicción “sin causa legal” del 135 bis h), por “sin causa justificada”. También aquí se asume la redacción precedente del Código castrense, que hablaba en el suprimido art. 124 de “sin justa causa”. Tanto esta expresión como la del 604 son más omnicomprendivas, flexibles y abiertas que la del art. 135 bis h), posibilitando causas de valoración equitativas más amplias. La “causa legal”, que es un elemento negativo del tipo, significa una restricción, toda vez que los justos motivos para no incorporarse harán entrar en juego los arts. 8º y 9º del Código, como eximentes o atenuantes, pero son irrelevantes en el ámbito de la tipicidad. “Causa legal” no es la que impide la incorporación, sino la que determina la inexistencia de la obligación de incorporarse, y por ello, solo pueden ser causas legales la exención del servicio militar y la objeción de conciencia reconocida. Con la nueva redacción del tipo delictivo en el futuro Código, será atípico el

retraso en la incorporación por causa justificada, por impedimentos físicos o morales.

Lo que ya no resulta tan lógico es la pena imponible, exactamente la misma que para el que se niegue a cumplir el servicio militar sin causa legal.

Hoy, la penalidad del. 135 bis h) es menos grave que la del 135 bis i), y a más el primero no lleva aparejada la pena de inhabilitación.

En el nuevo Código Penal se equiparan las penas para ambos delitos, tanto privativas de libertad como de pérdida de derechos. Poca es la diferencia, en comparación con la actual regulación, en cuanto al tope mínimo y significativa, por posibilitar la suspensión, en el tope máximo (dos años, en vez de dos años y cuatro meses), pero a cambio se castiga con una nueva y grave pena de inhabilitación absoluta, que no es ni siquiera por el tiempo de la condena, sino de diez a catorce años, en tiempos de paz, inhabilitación que, además, incluye unos efectos muy severos.

No me parece correcta la equivalencia de penas entre los ilícitos de retraso en la incorporación a filas y las negativas a cumplir el servicio militar. El fundamento habrá que buscarlo en la mayor flexibilidad en las alegaciones de causas justificadas en los retrasos, que implicará sobreseimientos, pero, sobre todo, porque —como señala Calderón Susín— aún siendo tal falta de incorporación diferente a la negativa a cumplir el servicio militar, en la práctica se estaba detectando una confusión de ambos delitos cuando el insumiso decide adoptar, como táctica, la de no incorporarse al llamamiento sin decir nada, lo que da lugar a que, lograda su comparecencia, cuando éste desvela su condición de insumiso, solo se le puede condenar, por exigencias del principio acusatorio, por el delito por el que se inició el procedimiento (el del art. 135 bis h) de penalidad más leve, pero con la secuela de seguir estando obligado al cumplimiento del servicio militar, comenzándose así la dinámica de las condenas en espiral. La equivalencia punitiva en el nuevo Código de ambas modalidades, y el hecho de que el cumplimiento efectivo de las condenas en los dos delitos comporte la exención del servicio militar, erradicará esta problemática.

SEGUNDA MODALIDAD DELICTIVA DEL ART. 604

Del examen comparativo de su contenido con el 135 bis i) , es de subrayar, asimismo, que se suprime la locución “otras obligaciones mili-

tares”, por lo que de acaecer este incumplimiento (en las reincorporaciones o movilizaciones) será atípica, ilícito administrativo.

Ya no contiene la expresión “causa justificada” de la primera modalidad delictiva, sino que mantiene la de “causa legal”, lo que nos indica que en esta conducta persiste la restricción, solamente son válidas para la atipicidad las causas legales —objeción de conciencia reconocida o exención declarada del servicio militar— lo cual es congruente, pues no hay nada, salvo esas tasadas causas, que hoy por hoy justifique la negativa al cumplimiento de un servicio militar obligatorio.

Por lo demás, se sigue insistiendo en que solo comete este delito el ciudadano que aún no se ha incorporado a las Fuerzas Armadas, pues si fuese ya militar su conducta se incardinaría en el párrafo 3º del art. 102 del Código Penal Militar.

El precepto concreta que rehusar este incumplimiento equivale a manifestar de modo explícito en el expediente de incorporación, su negativa a cumplir el servicio militar, ello con la finalidad de evitar conductas ambiguas (negarse a cortarse el pelo, o vestir el uniforme, etc...) que acarrearán antaño dudas, haciendo controvertida la tipicidad. Solo, pues, cometerá este delito quien exprese en el expediente de modo indubitado, al llegar a su Unidad, que rehusa ser militar.

En el nuevo Código Penal la pena con que está sancionado este delito es mucho menos severa. Sufre una minoración importante el tope inferior, que es de seis meses, y no de dos años, cuatro meses y un día, y se reduce también sensiblemente el tope máximo, que es de dos años de prisión y no de seis, en tiempos de paz. Como consecuencia, esa menor duración de la pena privativa de libertad posibilitará la suspensión de la ejecución de la condena, toda vez que el art. 80 facultará a los Tribunales a dejarla en suspenso cuando se trate de penas inferiores a dos años. En teoría, pues, debieran ser muchas las remisiones condicionales de las penas de prisión impuestas en el futuro a los “insumisos”, pero quizá la práctica nos reserva sorpresas, por tener que conjugarse dicha remisión con la exención del servicio militar resultante del cumplimiento efectivo de las penas, como luego veremos.

También cabrán otras posibilidades, mediante la sustitución de las penas de prisión por arrestos de fin de semana o multas. Si mis cálculos no son erróneos, suponiendo que los Jueces apliquen el límite inferior de la pena en los dos delitos del art. 604, o sea, seis meses de prisión, el reo cumplirá 48 arrestos de fin de semana, o una multa, dada la precaria situación económica de los jóvenes, de 72.000 Pts., si la cuota se fija en 200

Pts./día. Y en ambos supuestos delictivos, por haber cumplido así la condena, se les eximirá del servicio militar.

Es decir, que con 72.000 Pts. se librarán del servicio militar, aunque seguirán soportando la pena de inhabilitación por lo menos diez años.

Esto demuestra que en este precepto para muchos, no para todos, lo verdaderamente importante y gravoso es la pena privativa de derechos, no la de libertad.

Lo innegable es que con esta suavización punitiva del art. 604, respecto de la pena de prisión, ya no perjudicamos, como se nos achacaba, el proceso de integración europea, con desigualdades penológicas, y nos alineamos, menos en la duración de la inhabilitación, con el grupo de países (Austria, Francia, Holanda, Portugal, Suecia y Suiza) con templanza en la punición de estas conductas.

Un breve comentario respecto al plazo de la pena de inhabilitación, que se denomina en el nuevo Código pena privativa de derechos, y que ya no es por el tiempo de la condena, sino de diez a catorce años. Según el art. 40 del mismo su duración —mayor que la del Código actual— es la de seis a veinte años y produce la privación definitiva de todos los honores, empleos y cargos públicos que tenga el penado y, además, la incapacidad para obtener los mismos o cualesquiera otros honores, cargos e empleos públicos, y la de ser elegido para cargo público. Saliendo al paso de la problemática que suscitó la inhabilitación absoluta “por el tiempo de la condena” del 135 bis i), el legislador del Código de 1.995 se refiere en el tipo delictivo del 604, en relación con el art. 40, a todos los puestos de participación en la función pública en cualquiera de sus manifestaciones, incluso los electivos, precisando en el segundo párrafo que “la inhabilitación incluirá la incapacidad para desempeñar cualquier empleo o cargo al servicio de las Administraciones, entidades o empresas públicas o de sus Organismos autónomos y para obtener subvenciones, becas o ayudas públicas de cualquier tipo”, lo que equivale en la práctica a perpetua extinción de la relación de empleo público —Rodríguez Villasante citando a Córdoba Roda—, a lo que se ha venido en denominar la “muerte civil”.

Será, en consecuencia, esta inhabilitación absoluta una pena disuasoria para muchos jóvenes, (para otros: campesinos, braceros, operarios, marginados, etc quizás inocua). Pero las cañas se pueden volver lanzas y a tenor de los precedentes no es aventurado vaticinar que seguirá sirviendo de acicate para quienes, por imperativos morales o políticos, estiman más asumible para sus fines la inmolación victimista que resquicios

equitativos legales, que debilitarían el éxito conseguido hasta ahora, en una batalla que tienen ganada, hoy por hoy.

Un último fleco problemático: el último párrafo del art. 604. Cumplida la condena (evidentemente se refiere el legislador a la privativa de libertad, pues la de derechos rebasaría el plazo viable para incorporarse a los Ejércitos), el penado quedará exento del cumplimiento del servicio militar, salvo el supuesto de movilización por causa de conflicto armado.

Frente al pretendido efecto de prevención general insito en el art. 135 bis i), que se exterioriza en el Código Penal actual en el límite inferior de la pena, haciendo inviable la remisión condicional, el nuevo Código, al posibilitarla siempre en lo sucesivo, plantea, cohonestando esa posibilidad con el último párrafo del artículo 604, el interrogante de cómo hacer compatible tal remisión con la exención del servicio militar dimanante de su cumplimiento, en las dos modalidades delictivas. Toma cuerpo así la dicotomía remisión condicional-exención del servicio militar.

Los tratadistas, en la exégesis del actual 135 bis i), ya abordaron el problema, estimando que la exención no veda la viabilidad de conceder la condena condicional, cuando, al concurrir hoy eximentes incompletas o atenuantes, la pena impuesta fuese menor de un año.

Admitido esto, que, sin necesidad de concurrencia de circunstancias modificativas, es incuestionable en el nuevo Código, la problemática se reabre de nuevo.

No hay que olvidar que esta exención, en la normativa actual y en la futura inminente, lo que intenta es evitar las denominadas condenas en cadena o espiral de quienes con reiteración y contumacia se retrasan o rehusan cumplir el servicio militar sin haber obtenido la condición de objetores de conciencia. Se trata, por consiguiente, de una eficaz medida de seguridad para prevenir situaciones conflictivas posteriores, recayendo, una y otra vez, en el mismo delito.

Para Millán Garrido y Rodríguez Villasante, requiere la exención el *efectivo cumplimiento de la pena*, lo cual veta aplicarla en los supuestos de remisión condicional o indultos. No les falta lógica, pues de lo contrario podría producirse un fácil fraude de Ley: lo más práctico para eximirse del servicio militar sería incurrir en el delito del art. 135 bis i), y mañana en el delito del art. 604, y si la condena fuera objeto de remisión condicional, por sistemática y rutinaria aplicación de los artículos respectivos que así lo previenen discrecionalmente, ya no habría obligación de cumplir obligación militar alguna. Otros ciudadanos, mientras tanto, per-

manecerían nueve meses en filas o trece meses cumpliendo la prestación social sustitutoria, sin haber cometido delito alguno. Sería injusto y un quebranto del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de nuestra Carta Magna. (1)

En lo que respecta a la retroactividad de la ley más beneficiosa, a la entrada en vigor del nuevo Código, sospecho que no habrá problemas en el delito de incumplimiento de la prestación social sustitutoria —donde ya no existe pena privativa de libertad—, ni en el del incumplimiento del servicio militar, en el que la nueva penalidad es más benigna. Las Sentencias recaídas se revisarán a favor del reo. No acontece lo mismo con el delito de falta de incorporación, del art. 135 bis h), pues las penas que por tal tipo delictivo se hayan impuesto, estarán, generalmente, dentro de las imponibles del nuevo Código, y además, en éste, hay inhabilitación absoluta, inexistente en su precedente, por lo que siendo más grave la penalidad, no será factible la revisión de tales Sentencias. Pero como en el art. 135 bis h), cumplida la pena, no se produce la exención del servicio militar, seguirá subsistiendo la problemática de las penas en cadena o espiral.

Como corolario de todo lo expuesto, como sería utópica la reforma del nuevo Código Penal cuando aún no ha empezado a regir, y dado que no son, para algunos, satisfactorias las privaciones de libertad con las que en el mismo están conminadas las conductas que estamos examinando, y para casi todos las exageradas penas privativas de derechos, desde la óptica exclusiva de estos comentarios, sin apoyo en ideologías o conveniencias espurias o económicas, ajenas a la penología, la solución ideal a toda la problemática expuesta es, sencillamente, la supresión del deber del servicio militar obligatorio, que encuentra sólido fundamento, según Millán Garrido, en razones tanto pragmáticas como operativas castrenses. Tiene razón Millán Garrido al afirmar que hoy el potencial bélico de un Estado se basa en sofisticados medios de acción de avanzada tecnología, por lo que resulta más conveniente quizás un Ejército reducido, especializado y con elevada capacitación, opinión que comparte con el Almirante Liberal Lucini. Ciertamente, como también asevera Rodríguez Villasante, que no es posible la Defensa Nacional sin unas Fuerzas Armadas adecuadas, pero tampoco sin un clima social sano de acuerdo con la unanimidad nacional

(1) ¿Aplicará el Juzgador de oficio la remisión condicional u oirá al reo para que opte? ¿Comunicará a la Autoridad Militar las suspensiones de condena para que el suspenso pueda ser llamado al cumplimiento del servicio militar de nuevo?

sobre los destinos de la Nación. Ese clima social y esa cohesión hoy no existen.

Con un Ejército profesional, —ya lo dijo con irónica plasticidad Calderón Susín— muerto el perro se acabó la rabia. Fin de la objeción y de la insumisión.

Permítaseme, para terminar, una última consideración metajurídica: el legislador no puede ir contra la realidad social. Siendo, como lo es, imperativo proteger los altos intereses del Estado, estimo, con Jimenez Villarejo, que no es, sin embargo, conveniente cobijar intereses de política de Defensa Nacional optativos y no necesarios, bajo el paraguas del Derecho Penal.

Se dirá que, mientras subsista la conscripción, la penalidad del nuevo Código es necesaria para la disuasión de la insumisión y, además, que no todos los objetores e insumisos son auténticos y obran por convicción, que los hay advenedizos. No lo sé. Lo que sí sé es que alguna razón oculta se esconde tras el hecho de que la desobediencia civil en España casi duplique la de los países más democráticos y progresistas europeos donde rige el servicio militar obligatorio.

Ello nos ha de obligar a reflexionar, para encontrar, con imaginación, soluciones. Junto a una cruzada de rearme moral, que despierte la conciencia de Defensa Nacional, como demandan algunos, una solución, transitoria, hasta que el Ejército se profesionalice, pudiera consistir en un leve acortamiento del servicio militar, haciéndolo, a la vez, más útil, más atrayente y más fecundo, mejorando la calidad de vida de los reclutas e introduciendo algún incentivo para quienes lo cumplan. Y en cuanto a la prestación social sustitutoria, que su duración no rebase los nueve meses, puestos para todos los objetores y su cumplimiento dentro de plazo.

Simultáneamente, ahondar en las causas de la desobediencia civil con pautas distintas a las de antaño, pues la juventud actual, con todos sus defectos y con todas sus virtudes, es distinta a la del pasado, y es esa juventud, y no otra, la que, minoritariamente, no se olvide, rehusa la prestación sustitutoria y el servicio militar, quebrantando la norma —los insumisos—. Pero la gran mayoría de esos jóvenes, hay que subrayarlo, lo que hacen, sencillamente, es, como apunta Jiménez Villarejo, ejercitar un derecho: el derecho constitucional a la objeción de conciencia.

Tampoco podemos echarles en cara —sigue meditando Jiménez Villarejo— el aparente eclipse, en ellos, de ciertos valores, como el de la solidaridad, porque nos sorprenden, a veces, con la renovada vigencia de esos mismos valores, aunque con distinta forma o en otra dirección, como

acaece cuando esos insumisos y esos objetores, voluntariamente, marchan a Bosnia-Herzegovina, en labores humanitarias.

Como ya dije en otra ocasión, en las manos de los jóvenes está el futuro de España. Descifrar ese futuro, descifrándoles a ellos, es nuestra labor.

¿HACIA UNA MAYOR COMERCIALIZACIÓN DEL INVIFAS?

José Luis Fernández Fernández
Teniente Coronel Auditor

Fruto de la refundición de los antiguos Patronatos de Casas Militares, por Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, se creó el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas como un Organismo autónomo de carácter comercial a los efectos previstos en el art. 4.1.b) de la Ley General Presupuestaria, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Como ya teníamos ocasión de escribir en el año 1991, la calificación del Organismo como de carácter comercial no significaba que su actuación se desarrollara, preferentemente, en el ámbito del Derecho Privado, sino que tal calificación lo era exclusivamente a los efectos de la Ley General Presupuestaria, que concede a éstos Organismos un régimen presupuestario dotado de determinadas peculiaridades, entre las que se pueden destacar la exigencia de un presupuesto de explotación y capital o la sustitución de la intervención previa por el sistema de auditorías periódicas (art. 100 de la Ley General Presupuestaria). Pero excepción hecha de estas especialidades presupuestarias y de alguna actividad marginal del Instituto claramente sometida al Derecho Privado (arrendamientos de locales comerciales), la inmensa mayoría de la actividad de aquél se halla sometida a las normas del Derecho Administrativo.

En efecto, el art. 2.2. de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia sujetarán su actividad a la Ley "cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación". Resulta claro, por consiguiente, que tanto cuando el INVIFAS aplica su norma de creación (que no dispone otra cosa), como cuando aplica la normativa administrativa general, ha de sujetar su actuación, desde un punto de vista procedimental, a la Ley

30/92, de 26 de noviembre. En el orden sustantivo, de otra parte, la generalidad de las leyes administrativas básicas disponen su propia aplicación a los Organismos autónomos, y por ende, al INVIFAS. Baste destacar, a este respecto, el art. 1 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, que determina que deberán ajustar su actividad contractual a ella "los Organismos autónomos en todo caso".

La cuestión, desde el punto de vista del Derecho Positivo, resulta, pues, clara. La pregunta que debemos hacernos, sin embargo, es otra: parafraseando el tenor literal del art. 2.2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, ¿toda la actividad que despliega el INVIFAS debe ejercitarse mediante la técnica de la utilización de las potestades administrativas?

Como declaró la tan conocida Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 1992, ya la propia Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964 excluía implícitamente de su ámbito de aplicación el de las viviendas militares, al hacerlo respecto de las viviendas y locales que los porteros, guardas, asalariados, empleados y funcionarios tuvieran asignados por razón del cargo que desempeñen o del servicio que presten. Hoy, ya con toda claridad, el art. 5 de la Ley de Arrendamientos Urbanos excluye de su ámbito de aplicación "el uso de las viviendas militares, cualquiera que fuese su calificación y régimen, que se regirán por lo dispuesto en su legislación específica". Volvamos sobre la idea inicial: es la razón del servicio lo que justificaba la exclusión de la Ley de Arrendamientos Urbanos y lo que aún hoy sigue justificando el uso de su "imperium" por la Administración Pública. Es ésta de la razón del servicio una idea especialmente latente en el Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre; en su propia Exposición de Motivos declara que "la política de personal del Departamento debe tener, entre otros objetivos, el de cubrir las necesidades de vivienda del personal militar en servicio activo derivadas de su movilidad geográfica y atendiendo a razones de operatividad de los Ejércitos". Es evidente que estas razones de interés público legitiman el uso por la Administración de potestades administrativas, adjudicando las viviendas y, en su caso, promoviendo su desalojo. Podrán mantenerse o revisarse sus normas reguladoras, pero no deben, a nuestro juicio, cambiar su naturaleza de Derecho Público.

Pero no toda la normativa contenida en el Real Decreto 1751/90 se refiere a la adjudicación y desalojo de las viviendas militares de apoyo logístico, sino que, por ejemplo, en sus arts. 30 y siguientes, regula el Decreto las obligaciones de mantenimiento. Pues bien, constante la relación de uso de la vivienda, podemos observar un proceso que podríamos

denominar de “huida hacia el Derecho Privado” que, incluso, nos atreveríamos a calificar de natural. Son numerosos los ejemplos:

a) En relación con las obligaciones de mantenimiento.— En alguna ocasión, al amparo de lo dispuesto en el art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984, y con motivo de ciertos desperfectos en la vivienda, han comparecido los usuarios ante las Juntas Arbitrales de Consumo de las Comunidades Autónomas. Desde el punto de vista del Derecho Positivo, la postura de la Administración era clara: negar el sometimiento a la Junta con invocación del art. 39 de la Ley General Presupuestaria, que prohíbe a “la Administración” transigir judicial o extrajudicialmente y someterse a arbitraje. No debe quedarse; sin embargo, el jurista en este análisis superficial, y a ello tienden las presentes líneas.

b) En relación con los servicios repercutibles.— Los contratos suscritos al amparo de la anterior normativa sobre los Patronatos de Casas Militares solían contener una cláusula por virtud de la cual “el suministro de calefacción correrá a cargo del adjudicatario, comprometiéndose, en todo en cuanto a ello concierne, a someterse a los acuerdos de la mayoría de los vecinos de la misma casa, y, o, del Patronato de Casas Militares”. Creado el INVIFAS, habida cuenta, de una parte, de que los art. 30 y siguientes del Real Decreto no contenían ninguna disposición en orden al servicio de calefacción, y de otra, del tradicional principio del “pago por servicio hecho”, recogido en el art. 43.2 de la Ley General Presupuestaria (que impedía a la Administración adelantar fondos), dejó aquél de prestar el servicio, lo que avocó a los usuarios a constituirse en Asociaciones que permitieran su gestión. Los problemas que genera éste sistema, son, sin embargo, innumerables: puesto que la adhesión a las Asociaciones es voluntaria, éstas no pueden imponer coactivamente sus acuerdos. Similar problemática se plantea respecto de los servicios repercutibles al usuario; si bien en la última Orden de canones el INVIFAS ha incluido una disposición por virtud de la cual “tendrán la consideración de canon de uso las cantidades que el Instituto satisfaga por la prestación de servicios que fueren repercutibles en el usuario”, sólo la jurisprudencia vendrá a determinar si el impago de dichas cantidades puede considerarse como la causa de desalojo prevista en el art. 32.1.f) del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre.

c) En relación con las pólizas de seguros.— Frecuentemente ocurre que los usuarios de viviendas militares suscriben con Entidades Privadas pólizas de seguros que cubren el riesgo de los desperfectos en las propias

viviendas, de tal manera que, ocurrido el siniestro, en lugar de al INVIFAS, los interesados dan parte a su compañía, que repara el daño y ulteriormente, mediante el ejercicio de acciones civiles, repercute el gasto al Instituto. La Administración ha venido manteniendo que la relación de uso de las viviendas militares es una relación de Derecho Público y, por tanto, no enjuiciable por la Jurisdicción Civil, pero mucho nos tememos que la tendencia sea irrefrenable.

Hemos citado, de entre los muchos que pueden plantearse, algunos ejemplos de la inadecuación de las normas del Derecho Público para dar cumplida respuesta a los problemas que plantean las complejas relaciones de uso de las viviendas militares. Si estamos de acuerdo en que cierto sector de la actividad del INVIFAS debe desenvolverse en un ámbito jurídico más ágil y vivo, sólo se trata de deslindar los aspectos en que tal actividad debe desplegarse despojada del “imperium” propio de la Administración Pública y escoger el modelo de Ente que pueda satisfacer tal demanda.

Pensemos por un momento en el modelo de Sociedad Estatal: el art. 6.1.b) de la Ley General Presupuestaria califica como tales a las “Entidades de Derecho Público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado”. Pero a pesar de esta declaración general, es pacíficamente admitido por la doctrina que no existe un régimen jurídico unitario ni una ley general aplicable a todas las figuras que componen este tipo de Entes públicos, por lo que hay que estar a su efectivo régimen jurídico y, muy especialmente a sus normas de creación. Pues bien, no vemos inconveniente en que por la norma del rango legal adecuado se privara al INVIFAS de su carácter de Administración Pública cuando actúe en el marco de la relación sinalagmática que la cesión de uso de las viviendas militares comporta, dejando, como ya hemos apuntado anteriormente, el ejercicio del “ius imperium” para aquellos casos en que así lo demandaran razones de interés público y dando absoluta prevalencia, en los demás casos, a los correspondientes contratos. Sin ánimo exhaustivo, nos atrevemos a apuntar algunos perfiles de la indicada línea divisoria:

a) El art. 32 del Real Decreto 1751/90, de 20 de diciembre, enumera junto a las causas de desalojo que podríamos denominar de Derecho Público (cambio de situación, pérdida de la condición de militar de carrera...), otras cuya constatación exige claramente de un procedimiento contradictorio en que la Administración no sea juez y parte (impago del canon, causar deterioros en el inmueble, no destinar la vivienda a domici-

lio habitual y permanente...). Pues bien, tales causas, convenientemente recogidas en los contratos, encontrarían su conducto natural en el procedimiento de desahucio contemplado en los arts. 1561 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y con apoyatura sustantiva en el art. 1569 del Código Civil.

b) Las recíprocas obligaciones de mantenimiento, así como todos los aspectos relativos a los servicios repercutibles, oportunamente adecuados a las circunstancias de cada inmueble, deberían hacerse descansar en los correspondientes contratos, sacando esta materia de la dinámica del procedimiento administrativo que tantas dificultades de gestión comporta al Instituto y no resuelve eficazmente los problemas de los usuarios. En la misma línea podrían estudiarse fórmulas de arbitraje teniendo en cuenta el valioso precedente contenido en el ya citado art. 31 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

c) El art. 1.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas determina que deberán ajustar su actividad contractual a la Ley las Entidades de derecho público, aún distintas de los Organismos autónomos, siempre que hayan sido creadas para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil. Pues bien, salvo mejor criterio, no vemos gran inconveniente en que se determine normativamente que la actividad del INVIFAS en el marco de las relaciones de mantenimiento de las viviendas militares se reputa mercantil, con lo que su actividad contractual estaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que tantos problemas de gestión comporta a la hora de atender las reparaciones urgentes que el Instituto se ve obligado a acometer.

Y ya como consideración final, resulta oportuno indicar que antes de la terminación de la pasada Legislatura, el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley General Presupuestaria que preveía una figura de Entes Públicos distinta a la de los Organismos autónomos, y las Sociedades Estatales, y que se regirían por sus normas de creación. De persistirse en la modificación de la Ley General Presupuestaria de 1988 sería, a nuestro juicio, el momento de analizar el marco jurídico en el que debe desenvolverse su actividad el Instituto para la Vivienda de las Fuerzas Armadas.

LA DEFENSA EN LA UNIDAD DE EUROPA MAASTRICHT

Por Luis Tejada González

SUMARIO

I.—PLANTEAMIENTO DEL TEMA. II.—LA IDEA DE WINSTON CHURCHILL Y LA EXPERIENCIA DE LA SEGUNDA GUERRA MUNDIAL. III.—LOS TRATADOS POSTERIORES A LA GUERRA: A) EL TRATADO DE BRUSELAS. B) EL PLAN MARSHALL: SU ORIGEN MILITAR Y DEFENSIVO. IV.—EL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE -LA OTAN. ACONTECIMIENTOS DE SINGULAR IMPORTANCIA PARA LA UNIDAD DE EUROPA -LA CECA Y EL TRATADO DE ROMA. -FUNCIONES POLÍTICAS Y MILITARES. V.—LA CUMBRE EUROPEA DE DICIEMBRE DE 1991. -EL TRATADO DE MAASTRICHT. -LA POLÍTICA EXTERIOR Y DE SEGURIDAD COMÚN: LA DEFENSA. -CONCLUSIONES.

1. Los acontecimientos internacionales de los últimos años, de tan profundas consecuencias en el mundo occidental, han planteado diversos problemas que afectan a la Unidad de Europa de forma directa y sustancial. Es cierto, como afirma Emilio Colombo, que el proceso de integración europea alcanzó después de la cumbre de Maastricht una fase decisiva, para la unidad de los Estados miembros, fase que culminó la evolución iniciada con la firma del Tratado de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) al que siguieron los Tratados de Roma, de la Comunidad Económica Europea (CEE) y de la Energía Atómica (EURATOM). Y es cierto también que el contenido económico de tales Tratados ha tenido profunda repercusión en la formación de Europa, y que ha sido, además, la cuestión fundamental debatida, objeto de amplios estudios y de una abundante literatura sociológica y jurídica. Pero no se ha puesto el énfasis necesario en este discurso en destacar el carácter originario de la Unidad de Europa, que fué predominantemente defensivo. Y como consecuencia de ello sigue planteándose el problema de si son suficientes las actuales Instituciones de defensa para estructurar y dar cohesión a la

Unidad Europea. Este es el objeto de nuestro estudio y a él vamos a dedicar nuestras reflexiones, ya que es difícil sostener, a nuestro juicio, que una integración económica, aún considerándola ineludible, sea suficiente para la constitución de la entidad supranacional que se pretende. Y si bien el Tratado suscrito el 7 de febrero de 1992, en la ciudad holandesa de Maastricht, establece una política exterior y de seguridad común, de amplio alcance, que abarca todas las cuestiones relativas de la Unidad Europea, conviene subrayar la importancia que la idea de defensa ha tenido desde su origen, en el intento de formar una comunidad supranacional, tal como vienen anunciándolo las naciones occidentales de Europa. Y así lo pone de manifiesto un breve examen histórico del tema planteado.

2. Después de la segunda guerra mundial algunos políticos que habían desempeñado puestos de grave responsabilidad política y militar, insistieron en la formación de una Europa unida. Entre ellos el más destacado fué Wiston Churchill que ya antes había lanzado la idea. En una alocución radiada por la BBC, en marzo de 1934, Churchill había expuesto la conveniencia de que se unieran los países de Europa Occidental y formaran una “Liga verdaderamente efectiva, con Fuerzas armadas, nacionales e internacionales, —o de las dos clases— dispuestas a imponer sus decisiones y a prevenir la agresión armada”.

Las palabras del político británico cayeron en el desierto y nadie las tomó en serio, en una Europa que a duras penas se debatía entre la depresión económica y sus acaloradas disputas nacionalistas.

Pero no era un discurso gratuito. Estaba inspirado en una intencionalidad defensiva ante la actitud de Alemania. En 1932 Churchill quedó deslumbrado, en Munich, por el entusiasmo que observó hacia el movimiento nacional socialista. En el verano de este mismo año Alemania proclamó su derecho al rearme, que le había negado el Tratado de Versalles. Y pocos meses después, en enero de 1933, Hitler en una ascensión meteórica se convirtió en el Canciller del Reich Alemán. De forma inexplicable las potencias occidentales con un criterio pacifista se debilitaron entonces. En marzo de 1934, Ramsay Mac Donald propuso un proyecto de desarme según el cual Francia debía reducir su Ejército, como un paso para la igualdad del poderío bélico entre las naciones. Churchill, en Inglaterra, reaccionó desde la oposición: “en momentos como éste —dijo— cuando observamos en Alemania, con sorpresa y desesperación, un espíritu de guerra, pedir a los franceses que disminuyan su Ejército, mientras sus vecinos doblan el suyo, es una proposición que debe ser tomada muy en

cuenta por el gobierno francés como algo totalmente irracional". Pero los franceses, si bien no aceptaron el proyecto de Mac Donald, redujeron el armamento y la artillería pesada. Churchill no cesó en su actitud. Previno constantemente el peligro que se cernía. Advirtió a las potencias de Occidente para que mantuvieran en estado de alerta sus instituciones diplomáticas y defensivas. Con su agudísimo sentido de las operaciones militares adivinó que la guerra se desarrollaría fundamentalmente en el aire. En julio de 1934 previno, en la Cámara de los Comunes, que Alemania había violado el Tratado y había creado una fuerza aérea militar casi tan importante como la inglesa, hecho que confirmó Hitler en marzo de 1935.

Las ideas del político inglés expuestas en los ambientes públicos y en los más familiares y privados no gustaban. Nadie veía la necesidad de que Europa se uniera frente a la agresión que Churchill vislumbraba con meridiana claridad. Era tan reiterativo que de ésta época es la anécdota tan repetida. En su casa de campo, Lady Astor, amiga de la familia, aburrída por las insistentes protestas de Churchill le dijo: —Si yo fuera su esposa le pondría veneno en el café—. A lo que el político replicó: —Y si yo fuera su marido me lo tomaría inmediatamente—.

Desgraciadamente Churchill tenía razón, el día 1º de septiembre de 1939, un viernes fatal, los tanques alemanes invadieron Polonia y comenzó la Segunda Guerra Mundial. El mismo día, Churchill, el político cuyas palabras y advertencias habían sido recibidas, incluso en Inglaterra, y por supuesto en toda Europa, entre sonrisas y bostezos, fue llamado y a las seis de la tarde se le asignó Primer Lord del Almirantazgo. Volvió a su antiguo puesto de trabajo, el que había desempeñado durante la primera guerra mundial. Allí estaba el mapa en el que había proyectado los movimientos de sus barcos en 1915. Y allí permaneció hasta que el día 6 de mayo de 1940, unos meses después, cuando también a las seis de la tarde fué llamado por el Rey para que formara gabinete y en definitiva para que se hiciera cargo de la dirección de la contienda. El momento era bravísimo, un mes más tarde los Ejércitos alemanes entraban en París y comenzaba la batalla de Inglaterra con Francia fuera de la escena bélica. Churchill desplegó toda su energía y sus geniales concepciones estratégicas. El viejo oficial de caballería, que había frustrado su carrera militar en aras de su vocación política, además de Primer Ministro se constituía en verdadero Jefe de los Ejércitos ingleses que tenían que enfrentarse a los alemanes, victoriosos entonces en los teatros de operaciones del continente.

3. La batalla de Inglaterra fue una experiencia demasiado importante para Churchill. Y sin duda le ratificó en su idea de que para una eficaz defensa era preciso una Europa unida, en la que se integraran las naciones libres y democráticas.

Esta idea, compartida por los políticos y militares que habían intervenido en las operaciones bélicas, cristalizó en tres importantes acontecimientos: 1º) El Tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1947; 2º) El Plan Marshall, aprobado por Ley de 3 de abril de 1948; y 3º) El Tratado del Atlántico Norte firmado el 4 de abril de 1949.

A) El Tratado de Bruselas tenía como objeto fundamental promover un sistema de defensa común para hacer frente a una agresión exterior. Y respondió a un movimiento europeísta que ya habían puesto de manifiesto, De Gaulle en septiembre de 1945, propugnando en Bruselas la Unidad de Europa y Churchill, al año siguiente, en su célebre discurso de Zurich cuando, después de pedir la reconciliación de Francia y Alemania, abogó por la formación de unos Estados Unidos en Europa y de una ciudadanía común. Unos meses más tarde, en enero de 1947, Bevin afirmó en la Cámara de los Comunes la decisión de Gran Bretaña de integrarse en la Unión Europea y en sus palabras puso de relieve su propósito defensivo, al equiparar “el derecho de unir a los habitantes de Europa occidental como Rusia había unido a los de la Europa Oriental”. Nació así el Tratado de Bruselas como un acuerdo multilateral para la seguridad de los pueblos europeos. Una consecuencia primordial del mismo era un Plan de coordinación militar defensivo, bajo un mando unificado, en un común Estado Mayor, que residía en Fonteneblau. De esta organización para la Defensa de la Unión Occidental, que después se integraría en la OTAN, se nombró Presidente al Mariscal Montgomery.

B) El General George Marshall, que había desempeñado importantes puestos en el Estado Mayor y que conocía perfectamente la importancia de la logística en la guerra, —importancia que había podido comprobar de forma directa y personal—, en una conferencia pronunciada en la Universidad de Harvard, cuando desempeñaba la Secretaría de Estado, formuló un programa para la recuperación europea, el 5 de junio de 1947. En la formulación de este programa latía también como idea fundamental la defensa de Europa frente a movimientos expansionistas que pudieran, en el futuro, dar lugar a un nuevo y terrible conflicto bélico.

Ello era previsible. La actitud de la URSS no dejaba margen a otra alternativa.

a) Así, durante la guerra la expansión territorial soviética se inició con la anexión de Estonia, Letonia y Lituania, con parte de Finlandia, de

Rumanía y de Polonia, con el Nordeste de Alemania y con la Checoslovaquia oriental. Una superficie aproximada de quinientos mil kilómetros cuadrados con una población de veintitrés millones fueron anexionadas en esta época.

Posteriormente, desde el mes de junio de 1945, seis semanas después de la capitulación de Alemania, y coincidiendo con la firma de la Carta de las Naciones Unidas se podían constatar los siguientes hechos:

Frente a la desmovilización de los Ejércitos occidentales, Rusia mantenía en pleno funcionamiento su industria militar y a finales de 1946 todavía permanecían movilizados seis millones de soldados.

Había cesado toda la cooperación entre el Este y las naciones de Occidente. Por ello algunos políticos advirtieron ya de las intenciones de Stalin que, a su juicio, proyectaba anexionar una gran parte de los países de Europa Oriental, cuando los alemanes hubieran sido totalmente derrotados. La Conferencia del Yalta, en febrero de 1945, no aplacó estos temores. Y si bien se lograron positivos resultados y se discutieron las bases para la creación de las Naciones Unidas, se potenció al dictador ruso, al entregarle el control sobre una gran parte de Manchuria y del Norte de China. Churchill, durante esta época, cuando las fuerzas de Europa realizaban las últimas maniobras, sugirió ya al General Marshall que Praga fuera ocupada por Fuerzas Occidentales y no por Fuerzas rusas y no lo consiguió. La misma idea tenía respecto a Berlín que en un rápido golpe, dado por los Ejércitos de Occidente, podría ser ocupado a finales de 1944. Eisenhower prefirió avanzar por un amplio frente. En el mes de abril de 1945 murió Roosevelt y se suicidó Hitler. Alemania se rindió el 8 de mayo de este mismo año y dos meses después se celebró la Conferencia de Postdam a la que asistieron Churchill, Truman y Stalin y en la que se puso ya de manifiesto una creciente desconfianza en el político inglés.

b) En los primeros meses de 1946 se produjo un hecho de indudable relevancia y carente de toda solemnidad. En el Colegio de Westminster, Fulton, Missouri, ante cuarenta mil personas que habían acudido a oírle, en un ambiente académico, Churchill pronunció un excelente discurso. Después de insistir en que debía continuar la alianza entre Gran Bretaña y Estados Unidos manifestó que se cernía una nueva amenaza sobre Europa a la civilización occidental: “Una sombra, dijo, ha descendido sobre el escenario que hasta hace tan poco tiempo ha sido iluminado por la victoria aliada. Nadie sobre lo que pretende hacer la Rusia Soviética y su organización internacional comunista en un futuro inmediato o cuales son los límites, si existen, para su expansión. Desde Stettin en el Báltico, hasta

Trieste en el Atlántico, un telón de acero ha descendido a través del Continente. Tras ese telón yacen todas las Capitales de los antiguos Estados de la Europa Central y Oriental. Varsovia, Berlín, Praga, Viena, Budapest, Belgrado y Sofía, famosas ciudades y la población de Budapest, Belgrado y Sofía, famosas ciudades y la población de sus alrededores están dentro de los que podríamos llamar la esfera soviética, sujetas de una forma u otra, no sólo a la influencia comunista sino a altas y en muchos casos crecientes medidas de control, que se realizan desde Moscú". Después de referirse a algunas excepciones, como Atenas, que todavía podían decidir su futuro, Churchill concluyó: "no existe pues una verdadera democracia ni es ésta la Europa libre por la que luchamos. Y tampoco contiene las bases de una paz permanente. A excepción de la Comunidad Británica y de los Estados Unidos, en donde el comunismo está en su infancia, los partidos comunistas y las quintas columnas constituyen hoy un desafío y un peligro creciente para la civilización occidental".

El discurso fué muy discutido. Algunos Senadores demócratas lo calificaron como ofensivo. Stalin dijo, en una emisión de radio, que era un acto peligroso, calculado para sembrar las semillas de la discordia entre los Gobiernos aliados y desajustar la cooperación.

Pero tenía un espectador excepcional, el presidente Truman, que había viajado, desde Washington, más de mil millas, para presentar al orador. Y a quién Churchill convenció plenamente. Los términos claros y contundentes de la oración constituían el primer y más agudo análisis de la nueva situación mundial. En Hungría, Bulgaria, Rumanía y Polonia los pequeños partidos agrarios habían sido disueltos o estaban en trance de hacerlo. Los partidos comunistas, que los habían derrocado, gobernaban en solitario en las capitales de estos Estados. Y esta tensión existía muy agudizada en Turquía, Grecia y Checoslovaquia.

Seramente amenazadas las democracias de Europa reconocieron la necesidad de buscar los medios de garantizar su libertad y seguridad.

c) El emperoamiento de las relaciones entre la Unión Soviética y las potencias occidentales alcanzó proporciones de crisis en los primeros meses de 1947. En febrero de este mismo año el Gobierno de los EEUU fué advertido, por el de Londres, de que Gran Bretaña carecía de capacidad y medios para ayudar a Grecia y Turquía, privadas de apoyo económico y militar, para oponerse a las presiones de la URSS.

Así nació la doctrina Truman. El 12 de marzo de 1947, el presidente en un famoso discurso, pronunciado ante el Congreso, enunció la conoci-

da posteriormente como “doctrina Truman” que venía a expresar las tesis que ya había iniciado cuando era Senador en 1943, sobre los peligros del aislamiento, y que desde su toma de posesión en 1945, deseaba poner en práctica. Si los EEUU volvían la espalda al resto del mundo se creaban las condiciones idóneas para una nueva guerra. Ninguna potencia hostil a Norteamérica y a las instituciones democrática debía dominar Europa: “Debe ser política de los EEUU —afirmó ante el Congreso— el apoyo a los pueblos libres que están resistiendo intentos de subyugación de parte de minorías armadas o a través de presiones exteriores”. Así obtuvo del Congreso una ayuda inmediata de cuatrocientos millones de dólares para Grecia y Turquía, como precedente inmediato a lo que luego sería el Plan Marshall.

El Plan Marshall tuvo su origen, pues, en una finalidad militar y defensiva. Así se descubre en los actos que le precedieron y en los posteriores al mismo, factores todos ellos decisivos para su interpretación. En las declaraciones del General se patentiza ya la honda preocupación del autor ante las tensiones existentes entre el Este y el Oeste. Y esta misma preocupación late en la doctrina Truman.

Después de numerosas gestiones el Presidente americano firmó la Ley de Ayuda al Extranjero el 3 de abril de 1948, para la aplicación del Plan que en su declaración preliminar expresa su objeto: “la situación actual de Europa, dice el preámbulo de la Ley, pone en peligro el establecimiento y conservación de una paz durable y el bienestar y el interés nacional de los EEUU”. Por ello considera que el restablecimiento en los países europeos de los principios de libertad individual, de instituciones libres y de una verdadera independencia, reposa en gran parte sobre la implantación de condiciones económicas fuertes, de relaciones estables en el orden internacional, sustentadas también por una economía sólida, hacia la que deben en todo caso caminar los Estados europeos, independientemente de toda ayuda exterior que se preste con carácter excepcional.

4. La organización del Tratado del Atlántico Norte.

En abril de 1948, el Secretario de Estado, General Marshall inició una serie de conversaciones con diversos senadores americanos, entre ellos el Sr. Vandenberg, la idea de un sistema único de defensa mutua, que reemplazase al Tratado de Bruselas, expuesta por Louis St. Laurent en la Cámara de los Comunes canadiense y apoyada en Londres por Ernest Bevin, determinó al senador Vandenberg a presentar una resolución al Senado de los Estados Unidos que fué el precedente inmediato del Tratado

del Atlántico Norte, suscrito en Washington el 4 de abril de 1949. Los doce Estados, miembros fundadores, entre los que se encontraban los signatarios del Tratado de Bruselas juntamente con Canadá y Estados Unidos, declararon en el texto del documento su determinación de *salvaguardar la libertad de sus pueblos, su herencia común y su civilización*, apoyados en los principios de la democracia, en las libertades individuales y en el imperio del Derecho, para todo lo cual estaban resueltos a unir sus esfuerzos para una defensa colectiva y la conservación de la paz y de la seguridad común.

Sería prolijo enumerar los acontecimientos internacionales ocurridos durante la vigencia del Tratado.

Pero sí interesa subrayar que el Tratado ha tenido una influencia decisiva en la Unidad de Europa. Y que los múltiples acontecimientos ocurridos durante su vigencia merecen singular atención los siguientes:

A) En primer lugar hay que destacar los que pueden considerarse como consecuencia del poder disuasorio que, debido a su carácter defensivo, ostentó la OTAN desde el primer momento.

El escudo militar, que por sí misma constituía la OTAN, creó un ambiente de seguridad y de paz, que permitió realizar ambiciosos programas de integración económica. En la primera fase de su existencia, que abarca hasta 1956, nace el proyecto de integración económica de los Sectores del Carbón y del Acero. El 9 de mayo de 1950, el Ministro francés de Asuntos Exteriores, Robert Schuman, formuló una proposición en este sentido, a la que respondieron afirmativamente Alemania, Italia y los tres miembros del Benelux. El 19 de marzo de 1951 se firmó el correspondiente Tratado en París. La CECA constituyó así el primer estadio hacia la Unidad de Europa, mediante una integración económica sectorial, aunque con alcance supranacional.

Pero más que las realizaciones de la CECA, lo que tuvo importancia en su creación y funcionamiento, —ha dicho el Profesor Tamames— fué su influencia en la ulterior evolución de los procesos de relaciones económicas en el Viejo Continente. En efecto: actuó con un pragmatismo inusitado sobre las mentalidades de políticos, hombres de negocios, funcionarios y sindicalistas, como había profetizado Monet, que empezaron a constatar las ventajas de la unidad y a pensar en un enfoque global de la *integración económica*. Los acontecimientos sociales presionaban en favor de soluciones rápidas. La Guerra de Corea, iniciada en junio de 1950, el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa y sobre todo del proyectado Ejército Europeo —nacido según la propuesta de René Plevén,

y desechado en 1954 por la Asamblea Nacional Francesa—, y los acontecimientos de Hungría, repercutieron como aldabonazos, en la puerta de la Unidad de los países del Occidente de Europa. Y “así —añade Tamames— en los años cincuenta comenzó a pensarse que el Tratado, creando un mercado común europeo, habría de preparar sólidamente las bases para llegar algún día a un dispositivo militar europeo plenamente unificado. Lo militar —concluye— actuó pues, como elemento catalizador en el complejo proceso integratorio, acelerándolo”.

De tal forma se llegó a la firma del Tratado de Roma, en marzo de 1957, cuyo propósito primordial era crear una nueva Unidad, una nueva y poderosa nación en el Occidente de Europa, como destacaron con rara unanimidad los políticos y economistas que se ocuparon del tema, a la que sirviera de base el Mercado Común.

Consecuencia también de la fortaleza militar de la OTAN fué, en esta primera fase, la disminución de las tensiones entre el Este y el Oeste. Un mes después de la firma del Tratado cesó el bloqueo de Berlín y los Ministros de Asuntos Exteriores de Francia, Inglaterra, Estados Unidos y la Unión Soviética iniciaron una serie de conversaciones que dieron lugar a diversos acuerdos en relación con Alemania y con Berlín, en particular, sobre sus comunicaciones y relaciones comerciales con otros países, acuerdos que también crearon un ambiente favorable a las relaciones con Austria. Con la retirada, en octubre de 1949, del apoyo dado por la Unión Soviética a la insurrección comunista en Grecia quedó restablecida la paz en este país.

La firma del Tratado contribuyó al mantenimiento eficaz de las relaciones diplomáticas entre los miembros de la OTAN y los demás Estados, reforzando las instituciones libres y democráticas y estimulando la colaboración —e incluso la adhesión— de algunos países. Así el Consejo de la OTAN, en septiembre de 1951, propuso oficialmente a los gobiernos miembros que se invitaran a Grecia y a Turquía a ingresar en la Alianza. Y en octubre de 1954, en sus reuniones de París, los miembros del Consejo dieron un paso definitivo para la unificación de Europa. Los EEUU, Francia y el Reino Unido daban por terminado el régimen de ocupación en la República Federal de Alemania, a la que reconocían como Estado soberano y era simultáneamente invitada a adherirse a la OTAN, aportando un Ejército profesional, que se integraría en las fuerzas de la Alianza. El ingreso de la República Federal de Alemania en el Tratado del Atlántico Norte fué efectivo el 5 de mayo de 1955. Días después se firmó el Tratado de paz con Austria que ponía fin al régimen de ocupación del país por las potencias vencedoras de la guerra.

B) La segunda fase en la vida de la Alianza comenzó en 1956, con la adopción por parte del Consejo del Informe sobre la Cooperación no militar en la OTAN, conocido por el Informe de los Tres Sabios. En el mes de mayo de 1956, el Consejo de la OTAN llegó a la conclusión de que los avances hacia un plan defensivo, en Europa, solo podían consolidarse mediante la extensión de sus actividades a campos no militares, reforzando así las Instituciones libres y eliminando conflictos en los intercambios económicos. Era esta la mejor forma de favorecer la estabilidad y el bienestar, preconizados en el art. 2º del Tratado. Fue entonces cuando encargaron un informe a la Comisión de tres Ministros de Asuntos Exteriores, los de Italia (Martino), Noruega (Lange) y Canadá (Pearson), que se conoció en adelante como el Informe de los Tres Sabios.

Este informe contiene consideraciones muy importantes para la política y estrategia a seguir. Pero las que redundaron en beneficio de la Unidad de los Estados Europeos, miembros de la Alianza, fueron precisamente las que ponían su acento en el ámbito defensivo. Y entre ellas:

a) Las que sugirieron la nueva práctica o método de la “consulta política” entre los Estados miembros, consulta que se extendía a todos los aspectos que se consideraran importantes y afectaran a las relaciones entre el Este y el Oeste.

b) Las relativas a la intensificación de los esfuerzos dedicados a la reunificación alemana, mediante el sistema de elecciones libres, ya que su prolongada división y la anómala situación de Berlín, constituían una permanente incertidumbre para la paz mundial, como se puso de relieve en la sesión de Bonn, de mayo de 1957.

c) Y por último, todas aquellas que tendían a reforzar la capacidad defensiva de la Alianza ante la actitud observada en el Este, después de la muerte de Stalin. La Unión Soviética parecía animada con una nueva idea, la de retar a Occidente en otras partes del mundo. Se insistió en que era preciso dotar a la Alianza de material nuclear y balístico moderno, acorde con las nuevas tecnologías. En tal sentido los Jefes de gobierno de los Estados miembros estrecharon su colaboración e intensificaron un sistema de amplias informaciones y frecuentes consultas. En las reuniones de París de diciembre de 1957, se adoptaron las medidas necesarias para una cooperación más estrecha en los campos científico y técnico. Incluso se creó un Comité en el que estarían representados expertos cualificados de los distintos países de la OTAN. Todo ello sin olvidar el desarrollo de las instituciones y estructuras económicas.

A estas conclusiones se llegó después de la reunión que celebraron Eisenhower y MacMillan, en Washinton, en el mes de octubre de 1957.

C) La tercera fase de la Alianza se vincula a la aprobación, en diciembre de 1967, del llamado Informe Harmel. Este informe fué el resultado de un amplio análisis que, sobre los distintos acontecimientos internacionales, se hizo en 1964, con objeto de definir las tareas que la OTAN tenía ante sí. Los gobiernos coincidieron en las conclusiones de este documento, que ponía un especial énfasis en la persistente relevancia de una doble función, política y militar, y en asignar a la OTAN un objetivo definido cual era promover unas relaciones internacionales fuertes y estables, a fin de conseguir un orden pacífico en Europa. Subrayó el informe la importancia estratégica de algunas zonas para la defensa, tales como el Mediterráneo, en la que los acontecimientos de Oriente Medio producían una indudable inestabilidad. Pero contenía sobre todo, sugerencias y propuestas para reducciones equilibradas de fuerza y armamento que afectaban al Este y al Oeste. Los acontecimientos más relevantes ocurridos entre 1967 y 1989 están todavía frescos en la memoria. Pero hay que hacer una especial alusión a las negociaciones entabladas, sobre limitación de armamento estratégico, entre Estados Unidos y la URSS, que se iniciaron en noviembre de 1969 y que continuaron en Helsinki, en Viena y en Roma, contribuyendo a la distensión en Europa. De esta época es la apertura de relaciones más distendidas con el Este, como las que sostuvo Alemania a partir de diciembre de 1969, en el contexto de la Ostpolitik, que dieron lugar a la firma en Moscú del Tratado del 12 de agosto de 1970. Las conversaciones sobre Berlín, cuya grave situación constituía un factor de importancia decisiva para todas las potencias y miembros de la OTAN. También son de esta época las declaraciones de Roma sobre reducciones mutuas y equilibradas de fuerza y los primeros acuerdos sobre limitación de armamentos nucleares iniciados durante las visitas del Presidente Nixon a Moscú. Todo ello cristalizó en unas relaciones atlánticas de una gran distensión, a partir del Acta de Helsinki, que dieron lugar a un verdadero statu quo pacífico entre el Este y el Oeste.

Más tarde los acontecimientos de Polonia sembraron de preocupaciones a los países de Europa, ante una posible intervención militar soviética. El proceso de distensión no podría perdurar si se violaba una vez más el derecho primordial de cualquier Estado a la integridad territorial y a la independencia. Polonia tenía que decidir su propio futuro. El 31 de agosto de 1980 el gobierno polaco autorizó y reconoció, de forma oficial, la institución del Sindicato Independiente Solidaridad. Estos nuevos hechos,

sin precedentes, despertaron la esperanza y el optimismo en todo el mundo libre. A ellos siguieron nuevas iniciativas de desarme, de indudable interés para la Alianza, que se acentuaron durante los años ochenta, con la actitud de la nueva Administración americana, que reafirmó sus compromisos derivados de la Alianza Atlántica.

Dejando aparte otros sucesos de indudable transcendencia en las relaciones del Este y el Oeste, es preciso destacar como muy positiva la llegada al poder de un nuevo líder de la URSS: el 11 de marzo de 1985 se produjo la muerte del Secretario General —Chernenco—. Le sucedió Gorbachov que fue nombrado Presidente en noviembre de 1988 y que dió un nuevo giro a las relaciones entre la URSS y las naciones libres de Occidente. Tales acontecimientos fueron decisivos para el progreso de la Unidad de Europa, que fue objeto de nuevos impulsos a partir de 1988, con la ascensión de Gorbachov a la Presidencia del Soviet Supremo de la URSS que dió un nuevo giro a las relaciones con los pueblos libres de Occidente. La Perestroika implicó una serie de medidas políticas que significaron el desmantelamiento de la economía estatalizada, un progresivo desarme y una liberación y gradual democratización de la vida política que determinaron el fin de la Guerra fría, y la quiebra del comunismo. La política exterior fue la más sensible al cambio. Las repúblicas del Este pasaron a formar parte de la Comunidad Internacional.

5. La caída del muro de Berlín imprimió una velocidad de vértigo a una serie de acontecimientos políticos y sociales que reflejaban viejas aspiraciones en distintos pueblos del este de Europa. El Doctor Willem Van Eekelen en un artículo incluido en la Revista de la OTAN, “La Agenda de la UEO tras Maastricht”, ponía de manifiesto como, a finales de 1991, el periódico Buffalo News publicaba un significativo dibujo humorístico, consistente en un par de mapas. El primero mostraba Europa antes de las revoluciones 1989-1991, con una Europa Occidental tremendamente fragmentada que hacía frente a un Pacto de Varsovia compacto. El segundo mapa, que representaba Europa, después de las revoluciones, indicaba justo lo contrario: una Europa Occidental y Central unida frente a las múltiples repúblicas y naciones sucesoras de la extinta Unión Soviética y la Federación Yugoslava. Este grado de unidad —decía el ilustrado expositor—, puede muy bien hacerse realidad si el camino europeo hacia una Unión, con una política exterior y de seguridad comunes, cobra rápidamente fuerza, al calor de las decisiones adoptadas por la Cumbre europea celebrada en Maastricht, en el mes de diciembre de 1991, cumbre

que ha abierto nuevas perspectivas y alternativas de acción para el proceso de construcción de Europa.

Esta opinión cobra un singular relieve si se observa que el Tratado de Maastricht, pese a mostrarse excesivamente cauteloso, significa un avance, en materia de defensa, respecto a los Tratados anteriores, relativos a las Comunidades Europeas.

Porque si bien es cierto que el Acta Única Europea, cuyo artículo 30 era el exponente de una decisión de política común, en materia de seguridad, reactivó la Unión Europea Occidental y subrayó la prioridad que debía darse a los temas relativos a la defensa, también lo es que hasta el Tratado de Maastricht no surgió la idea de una auténtica defensa común, para todos los Estados miembros, aunque el Tratado se limitara más a una declaración de técnicas o métodos de actuación que a la constitución real de instituciones armadas. En el sistema del derecho originario —observa el Profesor Sánchez Rodríguez— el Tratado de la Unión Europea se refiere por primera vez a la defensa. Y no como un *fait accompli*, sino como un proyecto de futuro de toda la PESC, en orden a definir “una política de defensa común, que pudiera conducir, en su momento, a una defensa común” (artículo J-4º-1). Como es bien sabido —añade— no existe en este punto unanimidad entre las posiciones nacionales y constitucionales de los Estados miembros, como tampoco se producen tensiones insuperables. Entre las varias opciones posibles, el Tratado de 1992 opta por la más verosímil, consistente en que la Unión “pida a la Unión Europea Occidental, que forma parte integrante del desarrollo de la Unión Europea, que elabore y ponga en práctica las decisiones y acciones de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la defensa”. Se aborda así —observa— un viejo problema de fondo que no siempre fué objeto de debates públicos y abiertos: la contradicción existente entre la integración política, económica y monetaria de la Unión Europea y el vacío de un proceso paralelo en el ámbito militar y defensivo. A continuación el profesor Sánchez Rodríguez se pregunta si es concebible un fuerte protagonismo de la Unión Europea, en la esfera de las relaciones internacionales, sin la existencia de un *Ejército europeo*, o al menos de un sistema de Defensa común. La lógica del proceso unionista —contesta— reclamaba para los países partidarios de acentuar las tendencias centrípetas la existencia de un sistema común militar y defensivo. La aplicación práctica de la Resolución 678, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, en relación a Iraq, puso de manifiesto las dificultades de protagonismo del sistema comunitario ante la inexistencia de un ins-

trumento militar común. Y lo mismo pudiera afirmarse ante la cuestión de Yugoslavia.

Esta conclusión parece evidente. Y viene avalada por un argumento histórico y político, invocado ya por los constitucionalistas clásicos.

Al estudiar la acción del poder del Estado —que se superpone a la multiplicidad de los poderes nacionales —observa “Hauriou”— como “para satisfacer necesidades, tanto de defensa militar como de paz interior, vigorosamente sentidas por el grupo nacional, surgió un nuevo poder, militar por esencia, que fué generalmente un poder real. El rey, fundador del Estado, dirigía las guerras y administraba la Justicia; es decir aseguraba la paz en el exterior y en el interior y la aseguró mejor de lo que estaba en la situación de debilidad y de divisiones intestinas de los Sociedades nacionales. Este poder de origen militar —añade Hauriou— que se superponía a los antiguos poderes nacionales era puramente político, lo cual quiere decir que no pretendía mezclarse directamente en la producción económica, ni trataba de acaparar los medios de producción, ni de servirse de instrumentos de presión económica”. Pero tenía sin duda un valor decisivo y conformador para la formación de entidades supranacionales, que hoy debemos proyectar sobre la Comunidad europea. Porque al surgir de un compromiso entre el poder económico y el poder político y al estructurarse sobre normas inspiradas en principios de Justicia y por tanto de naturaleza coactiva permitió que se sobrepusiera y elevara por encima de las demás tendencias y tensiones, características esencial del poder en todo Organismo supranacional.

Las Fuerzas Armadas aparecen así como un instrumento, decisivo en la Unión de los Estados y como un elemento defensivo concreto, soporte de un poder interestatal y conformador. Todo lo cual no constituye ningún obstáculo para configurar las necesarias interrelaciones entre las distintas instituciones defensivas.

A esta conclusión parece conducir la interpretación del Tratado de Maastricht en el que se descubren ciertos principios, entre ellos y como muy destacados los siguientes:

a) El de convergencia, principio básico que define el artículo J-1: “La Unión y sus Estados miembros —dice— definirán y realizarán una política exterior y de seguridad común, que se regirá por las disposiciones del presente título y abarcará todos los ámbitos de la política exterior y de seguridad”. El amplio alcance del mandato lo ratifica el párrafo 4.º del mismo precepto al disponer que “los Estados miembros apoyarán activamente y sin reservas la política exterior y de seguridad de la Unión, con

espíritu de lealtad y solidaridad mutua y se abstendrán de toda acción contraria a los intereses de la Unión o que pueda perjudicar a su eficacia como fuerza cohesionada en las relaciones internacionales”.

b) El de interdependencia. La defensa común, a tenor del Tratado, exige instituciones interrelacionadas. Y así dice que la Unión “pide a la Unión Europea Occidental (UEO) que forma parte integrante del desarrollo de la Unión Europea, que elabore y ponga en práctica “las decisiones” de la Unión que tengan repercusiones en el ámbito de la Defensa. El Consejo de acuerdo con las Instituciones de la UEO adoptará las modalidades prácticas necesarias”. Declaración que se complementa así: “Con arreglo al presente artículo la política de la Unión no afectará al carácter específico de la Política de Defensa y Seguridad de determinados Estados miembros, y respetará las obligaciones derivadas para determinados Estados miembros del Tratado del Atlántico Norte y será compatible con la Política común de seguridad y de defensa establecida en dicho marco”.

c) Y el de cohesión, consecuencia de objetivos comunes, algunos reflejados en las leyes Constitutivas de los Ejércitos y de las Instituciones armadas. Así son objetivos de la política exterior y de seguridad común los siguientes: 1) La defensa de la independencia de la Unión 2) el mantenimiento de la paz 3) el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros, en todas su formas.

A ellos hay que añadir otros tan importantes como la defensa de los valores comunes, el fortalecimiento de la seguridad internacional, el desarrollo y la consolidación de la democracia y del Estado de Derecho, así como el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

De todo lo expuesto pudiéramos enunciar, sin ánimo exhaustivo, las siguientes consideraciones:

1.º La necesidad de construir un marco de instituciones interconectadas, que definan una nueva arquitectura de seguridad europea, —arquitectura que después de Maastricht se fundamenta en la OTAN, como eje central del sistema, en la Unión Europea Occidental (UEO) y en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE) —no es incompatible sino por el contrario armoniza plenamente con unas Instituciones de Defensa, y entre ellas como muy caracterizada una Institución Armada de los Estados miembros de la Unión Europea.

2.º En este sentido es muy significativa la reunión cumbre franco alemana celebrada en La Pochelle, en mayo de 1992, en la que el Presidente

Mitterrand y el Canciller Kohl revelaron su intención de establecer una fuerza franco alemana que pudiera constituir el núcleo de un futuro ejército europeo. Se estimó que este cuerpo de ejército podía encontrarse en estado operativo para octubre de 1995. Algunos países de la Unión Europea han mostrado un decidido propósito por esta iniciativa, entre ellos Bélgica, Luxemburgo y España. El papel de posible actuación que se ha descrito para este Ejército se enmarca en la contribución para la defensa común de los Estados miembros de la Comunidad, así como en misiones de pacificación y mantenimiento de la paz y en operaciones de tipo humanitario.

A nosotros nos parece que además impulsaría también la progresiva integración económica en ciertos sectores, de indudable trascendencia tales como la construcción y fabricación de buques, aeronaves militares, armamento, materiales y efectos necesarios para la eficacia y operatividad de las Fuerzas Armadas, con los avances tecnológicos que ello exige.

3.º La profundización en las Instituciones de Defensa y Seguridad superaría la contradicción hoy existente entre la integración política, económica y monetaria de la Unión Europea y el vacío de un proceso paralelo en el ámbito militar y defensivo, que es preciso atender, si se aspira a una auténtica integración entre los pueblos de Europa, tal como se proclama en el *Tratado de Maastricht*. En este sentido aunque necesaria no es suficiente una economía compartida, un mercado común. Una entidad como la Unión Europea implica un proceso de integraciones constantes, de superación y quiebras de antagonismos. La existencia de una Institución defensiva común, por la función pacificadora y esencial que está llamada a realizar constituye un elemento decisivo para perfilar e impulsar una estructura supranacional.

II. TEXTOS

1. LEGISLACION

JEFATURA DE ESTADO

LEY ORGANICA 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

(Del BOE núm. 15, de 17-1-1996)

**MINISTERIO DE JUSTICIA
E INTERIOR**

REAL DECRETO 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario.

(Del BOE núm. 112, de 8-5-1996)

**MINISTERIO PARA
LAS ADMINISTRACIONES
PUBLICAS**

REAL DECRETO 265/1996, de 16 de febrero, por el que se modifi-

ca el Real Decreto 1/1987, de 1 de enero, de estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa.

(Del BOE núm. 52, de 29-2-1996)

REAL DECRETO 839/1996, de 10 de mayo, por el que se establece la estructura orgánica básica de los diferentes departamentos ministeriales.

(Del BOE núm. 115, de 11-5-1996)

**MINISTERIO DE
DEFENSA**

ORDEN MINISTERIAL 84/1996, de 21 de mayo, de Delegación de competencias en materia de convenios, contratos, administración de créditos y gastos.

(Del BOE núm. 124, de 22-5-1996)

2. JURISPRUDENCIA

**SELECCIÓN DE JURISPRUDENCIA PENAL
Y PROCESAL MILITAR
(Sala 5.ª de lo Militar del Tribunal Supremo)***

Alfonso Barrada Ferreirós
Comandante Auditor

Sentencia de 1 de febrero de 1996.

Materia: Delito de insulto a superior. Concepto de superior. Participación de "extraneus" no subordinado (un Cabo participa en el maltrato de obra de un Soldado a otro Cabo).

Cooperación necesaria: elementos.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

Un Cabo presta ayuda para que un Soldado propine una violenta paliza a otro Cabo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Para que pueda entenderse que un militar es superior de otro, al efecto de ser considerado sujeto pasivo del delito de insulto a superior, es sufi-

* La presente selección de jurisprudencia de la Sala Quinta del Tribunal Supremo -que corresponde al primer semestre de 1996- se encuentra lógicamente limitada por el espacio disponible en el presente número de la REDM. En cada sentencia seleccionada, los antecedentes de hecho -que han sido reducidos al mínimo- representan un extracto de los de la original, limitado en muchas ocasiones a las cuestiones de derecho que luego van a recogerse; por su parte, los fundamentos de derecho seleccionados son transcripción literal de los de cada sentencia, con ciertas omisiones [...] o adiciones [texto entre corchetes] para facilitar su comprensión. No se recoge la numeración de los diversos fundamentos de derecho de cada sentencia, si bien, generalmente, cada párrafo transcrito corresponde a un fundamento distinto; por ello y por tratarse de una selección de jurisprudencia, la numeración de los fundamentos de derecho de cada sentencia no se corresponde con los diferentes párrafos que ahora aparecen reproducidos.

ciente que concorra uno de estos presupuestos: que el primero tenga empleo jerárquicamente más elevado, o que por el cargo o función que desempeñe ejerza autoridad, mando o jurisdicción sobre el segundo. No es preciso, pues, que el militar de mayor empleo ejerza autoridad o mando, en la ocasión que se considere, para que deba ser tenido por superior si es víctima de alguno de los delitos contra la disciplina tipificados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título V del Libro II del CPM. A lo que debe añadirse [...] que la condición de superior, una vez establecida por alguna de la dos vías señaladas en el art. 12 CPM, no puede ser desvirtuada por la intención ni actuación particulares de los militares que se encuentran en una objetiva relación jerárquica de mando y subordinación, de suerte que una eventual relación de compañerismo entre quienes están situados en distintos grados o puestos de la relación jerárquica no autoriza, en modo alguno, a olvidar que es el orden jerárquico castrense el que define, en todo momento como puntualiza el art. 12 RROOFAS, la situación relativa entre militares en cuanto concierne a mando, obediencia y responsabilidad.

En el tercer motivo de casación se denuncia la aplicación supuestamente indebida del art. 14.3º CP [1973] en cuya virtud se ha imputado, en la sentencia recurrida, al procesado [Cabo] G.C., a título de cooperador necesario, el delito de insulto a superior que ha sido objeto de enjuiciamiento. No discute la parte recurrente, como pareció anunciar la escueta fundamentación del motivo segundo, la posibilidad legal de considerar penalmente responsable de un delito de insulto a superior aun militar que, como el Cabo G.C., no tenía la condición de superior del agredido, sin duda porque conoce y no cuestiona la doctrina mantenida por esta Sala desde su sentencia de 23 de marzo de 1993, en absoluta sintonía con la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda de este Tribunal, en materia de participación del “extraneus” en un delito especial, doctrina que, de todos modos, aprovechamos esta ocasión para reiterar y confirmar.

Sí discute y niega, en cambio, [el recurrente en casación] la corrección de subsumir la actuación del procesado [Cabo] G.C. en el tipo de autoría previsto en el art. 14.3º CP [1973] porque, desde la perspectiva parcial del recurrente, dicha actuación no tuvo eficacia para la realización del maltrato de obra de que fue víctima el Cabo M.O. [...] A la vista de los hechos así resumidos -todos los cuales figuran en un relato que ahora es inexcusable respetar- no puede llagarse a otra conclusión que no sea la de considerar el procesado G.C. responsable, en concepto de cooperador necesario, del delito de insulto a superior, en su modalidad de maltrato de

obra, materialmente perpetrado por el procesado M.A., pues, contra lo que piensa la parte recurrente, en la conducta del G.C. concurren todos y cada uno de los elementos objetivos y subjetivos necesarios para que pueda hablarse de cooperación necesaria. En primer lugar, porque la participación de G.C. estuvo claramente inspirada, según todos los indicios, por un acuerdo previo con el autor directo de los hechos. En segundo lugar, porque la actitud psíquica o moral del procesado G.C., inequívocamente reflejada en sus palabras, bien puede ser designada con la categoría de "animus auctoris". Y finalmente porque el conjunto de su intervención en los hechos, constituido por actos anteriores y simultáneos a la agresión, siendo evidentemente auxiliar, lo que en cualquier caso descartaría que no se le considerase criminalmente responsable del delito, no fue meramente útil sino decisiva para su consumación, concretamente insustituible y por consiguiente imprescindible.

NOTA: Sobre participación de "extraneus" en delito de insulto a superior, ver también la detallada doctrina contenida en la sentencia de la Sala Quinta de 16 de febrero de 1996, Ponente Sr. Mayor Bordes.

Sentencia de 19 de febrero de 1996.

Materia: Eximente de embriaguez. **Requisitos:** plena y fortuita.

Ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Ante la falta de pronunciamiento expreso de esta Sala, hasta la fecha, acerca de los requisitos que deba reunir la embriaguez para valorar los efectos jurídico-penales de la misma, nos apoyamos -como en otros muchos supuestos- en el precedente jurisprudencial de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Tradicionalmente, ha venido señalando dicha doctrina, cuáles sean las características y gradación de la embriaguez, para reconocerle el valor y eficacia de eximente de trastorno mental transitorio a la embriaguez plena y fortuita, hasta la mera calificación de simple atenuante segunda del art. 9 del Código Penal común [1973], cuando produce una perturbación normal de las facultades intelectivas y volitivas si no es habitual ni buscada de propósito para delinquir (véanse SSTs, Sala 2ª, de 16 de febrero de 1990, 16 de marzo de 1992 y 23 de febrero de 1995, así co-

mo Auto de 22 de febrero de 1995, entre las resoluciones más recientes). Para reconocer -conforme a la reiterada doctrina jurisprudencial citada- a la embriaguez, el ser causa de la eximente primera del art. 8 del Código Penal ordinario, de trastorno mental transitorio, es indispensable que la misma sea plena y fortuita, en el sentido de privar o anular totalmente las facultades intelectivas y volitivas del sujeto que la padece, y tener su origen en acto no voluntario o ajeno a su voluntad. De no ser ambas las características concurrentes de la embriaguez, la eximente completa mencionada, quedaría degradada a la incompleta, del art. 9, núm. 1, en relación al art. 8.1, ambos del mismo Código Penal común (véase STS de 25 de enero de 1995), o la atenuante 2ª del art. 9 de igual Código (véase STS de 23 de febrero de 1995).

[...] Tema distinto al examinado [el de si la embriaguez fue plena] es el de la fortuitud de la embriaguez, que la sentencia [recurrida] predica de dicha intoxicación etílica [...], pero sin recoger dato o prueba alguno que respalde su afirmación. No consta, efectivamente, que el acusado padeciera anteriormente de alcoholismo, ni que fuera consumidor habitual de dicha sustancia, y menos aún aparece que la consumición de bebidas alcohólicas estuviera encaminada o predeterminada a la realización posterior de acto delictivo alguno; pero con ello no resulta acreditado que la ingestión de dichas bebidas fuera consecuencia de un acto ajeno a su voluntad, sino todo lo contrario: inicialmente, el acto de beber en el acusado es *totalmente voluntario*, y su continuación, abusando del consumo de bebidas de alto grado alcohólico, es cuando menos, un acto culposo o imprudente, que no excluye tampoco la voluntad del mismo. Por lo tanto, entender que la embriaguez del acusado fue fortuita, en el sentido de no ser voluntaria, no es aceptable, por no constar así en la Causa; si por fortuita quiere decirse que fue circunstancial en su inicio e imprevista en su resultado final la ingestión de bebidas alcohólicas por el acusado, no hay nada que oponer, pero una cosa es el ámbito de producción circunstancial de un hecho y cuestión distinta es el mayor o menor grado de voluntariedad en la producción del acto y de su resultado, que es claramente apreciable en el acusado, al emanar de su voluntad la decisión de consumir dichas bebidas y excederse en su cuantía y calidad alcohólica.

El corolario de todo lo expuesto no puede ser otro que [...] entender la Sala que no concurre el carácter fortuito de la embriaguez, aunque la misma sea plena y de efectos casi totales en el momento de suceder los hechos, razón suficiente para declarar que no es de apreciar la eximente completa de trastorno mental transitorio con causa en aquella embria-

guez, lo que obliga a casar la sentencia [...] La estimación, por el contrario, de una embriaguez plena, con efectos de anulación o pérdida de las facultades intelectivas y volitivas, conduce a la Sala a la apreciación de la eximente incompleta del art. 9 núm. 1, en relación con el art. 8.1, ambos del Código Penal común, mejor que la atenuante 2ª del art. 9 de igual Código, dada la intensidad de la embriaguez y no constancia de habitualidad ni su producción con propósito de delinquir, faltando únicamente el requisito de la fortuidad. La producción de un resultado, cuando menos indisciplinado, debió ser tenido en cuenta por el circunstancial consumidor de una cantidad tan exagerada de bebidas alcohólicas, si bien la grave perturbación sufrida desborda el ámbito normal de aplicación de la atenuante citada, y así habrá de señalarse en la segunda sentencia a dictar.

Sentencia de 28 de febrero de 1996.

Materia: Personación del perjudicado como acusación particular.

Ponente: D. Arturo Gimeno Amiguet.

ANTECEDENTES DE HECHO

Se denuncia en el recurso de casación nulidad de actuaciones por haber admitido el Tribunal de instancia la personación como acusador particular de un soldado, Caballero Legionario, dado su carácter militar y la existencia de relación jerárquica de subordinación entre él y el Cabo 1º procesado y condenado por un delito de abuso de autoridad.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Los artículos 108.2 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y 127 de la Ley Procesal Militar, impiden que el perjudicado por un delito pueda ejercer ante la Jurisdicción Militar, la acusación particular o la acción civil, cuando tanto él como el inculpado sean militares, si entre ellos existe relación jerárquica de subordinación, en aras a evitar, entre miembros de las Fuerzas Armadas, un enfrentamiento jurisdiccional que pueda menoscabar valores esenciales de la Institución Militar, como son los de la disciplina y jerarquía, según ya tuvo

ocasión de señalar esta Sala en Auto de 2 de enero de 1989. Esta es la razón, como ha dicho el Tribunal Constitucional, de que sea constitucionalmente válida, tal restricción al derecho fundamental de la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 de la Constitución Española), en su modalidad de acceso al proceso, más por ser una excepción al ejercicio de un derecho fundamental, ha de interpretarse restrictivamente, de modo que solo la existencia real de la subordinación jerárquica, sea la causa impositiva de la personación como acusación particular y por tanto si cuando se ejercita ese derecho a personarse ha desaparecido la preexistente subordinación, como en el caso presente, por dejar de ser militar el perjudicado, el impedimento no tiene razón de ser y la personación es posible, a cuya conclusión nos lleva igualmente una interpretación racional de los preceptos legales antes mencionados que emplean en tiempo presente como ya argumentaba el Tribunal Militar Territorial Segundo, en su Auto de 3 de noviembre de 1993, los verbos ser y existir (“sean” y “existe”). Es decir, que ha de atenderse al momento mismo de la personación en autos, para dilucidar si inculpado y ofendido son o no militares y si entre ellos existe o no relación jerárquica de subordinación. En el caso de autos cuando la representación del ofendido S.R. solicitó personarse en concepto de acusador, este ya no era militar y podía por tanto legalmente actuar en tal concepto.

Sentencia de 14 de marzo de 1996.

Materia: Legítima defensa; riña mutuamente aceptada. Atenuante de provocación previa del superior del art. 22 CPM: elementos.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Como es sobradamente sabido, el primer requisito que debe concurrir para que pueda ser apreciada [...] la eximente [de legítima defensa], sea como completa sea como incompleta, es la agresión ilegítima contra el sujeto que pretenda haberse encontrado, cuando cometió el hecho delictivo que se le imputa, en “situación de defensa”. Y como es igualmente conocido, una antigua, constante y pacífica doctrina jurisprudencial tan notoria que bien puede prescindirse aquí de la fácil cita de sentencias en que dicha doctrina ha quedado plasmada viene enseñando que no existe agresión ilegítima cuando se produce una riña entre dos sujetos mutuamente aceptada, toda

vez que, en tal caso, la ilicitud de ambos acometimientos impide que ninguno de los contrincantes pueda ampararse jurídicamente en el ataque del contrario e invocar el derecho de autodefensa que nace, para el ciudadano momentáneamente inerme, de la unilateral e ilegítima agresión de otro.

La misma respuesta [...] es forzoso que reciba el cuarto motivo en que la infracción legal atribuida a la Sentencia impugnada es la inaplicación [...] de la atenuante específica prevista en el art. 22.2º CPM, aquélla de la que puede beneficiarse el militar cuando ha “precedido por parte del superior inmediata provocación o cualquiera otra actuación injusta que naturalmente haya producido en el sujeto un estado pasional o emocional intenso”. Como fácilmente se deduce en los términos en que la atenuante está expresada, es preciso para su apreciación: a) que el sujeto tenga disminuida su capacidad cognoscitiva o volitiva como consecuencia de una alteración afectiva de carácter pasional o emocional; b) que la alteración haya sido provocada por la actuación injusta de un superior; c) que la provocación o actuación injusta del superior sea de gravedad suficiente para desencadenar normalmente un disturbio o desequilibrio afectivo como el que se ha producido en el caso que se denuncia; y d) que la provocación o actuación injusta haya precedido “inmediatamente” a la reacción delictiva del inferior para el que se pretende una aminoración de la responsabilidad criminal. Estamos, pues, ante una atenuación de la responsabilidad cuyo fundamento es la disminución de la imputabilidad que causa en el inferior la alteración psíquica que le origina, momentáneamente, una provocación o actuación injusta del superior que ejerce desmedida y abusivamente la autoridad que le está atribuida; ante una atenuación, por consiguiente, que jamás podrá ser apreciada cuando la persona supuestamente provocada haya actuado con serenidad y frialdad de ánimo.

Sentencia de 22 de marzo de 1996.

Materia: Individualización de la pena, art. 35 CPM

Ponente: D. José Francisco Querol Lombardero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

En la exposición de los factores determinantes de la graduación de la pena, el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia contiene, en efecto, una expresión tan excesivamente genérica que carece del detalle necesari-

rio para concretar en este caso cuáles son los datos específicos subjetivos y objetivos que determinan la grave transcendencia del hecho y su relación con el servicio y la disciplina. Es cierto que del detallado relato de hechos probados se desprendan inequívocamente estos factores, pero, como dice el Ministerio Fiscal, hubiera sido deseable que el órgano sentenciador detallara qué circunstancias fácticas ha tomado efectivamente en consideración, en relación con los factores reseñados en el artículo 35 del Código Penal Militar. Porque este precepto no sólo pretende que el Tribunal sentenciador pondere tales factores para lograr que, aún dentro de la discrecionalidad, la pena, en su extensión e individualización, sea la adecuada, la que prudentemente corresponda a las circunstancias objetivas y subjetivas que concurren, sino que exige también que se efectúe en la sentencia el pertinente razonamiento, por lo que no es suficiente cumplir tan sólo formalmente este trámite con una expresión genérica que prácticamente se limite a reproducir el texto del referido artículo 35 de la Ley Penal Militar.

La Sala, en este momento procesal de resolver el recurso de casación, ante la alegación del recurrente de la insuficiencia omisiva en la propia sentencia, por falta de fundamentación, debe, pues, analizar los datos y circunstancias que, a pesar de no detallados para fundamentar la individualización de la pena, ha tenido sin embargo en cuenta, a la vista de los hechos concretos que en la sentencia se relatan y declaran probados [a continuación, la sentencia de casación repasa los diversos datos que le permiten individualizar la pena].

Sentencia de 24 de abril de 1996.

Materia: El arresto por falta grave del art. 15 LDM no dispensa de “toda” actividad en la Unidad (a propósito de un delito de desobediencia).

Ponente: D. José Luis Bermúdez de la Fuente.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El motivo [...] denuncia una aplicación indebida del artículo 102 del Código Penal Militar por la sentencia recurrida, al entender, sustancialmente, que estando arrestados los procesados en cumplimiento de una sanción por falta grave, estaban dispensados de toda actividad, conforme al

artículo 15 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y además no se les podía ordenar la prestación de servicios de cocina, a menos que voluntariamente lo aceptasen y dentro de los límites de su voluntad, de la cual dependía el dejar de prestarlos [...] Pues bien, respecto a la alegación de no permitir el artículo 15 de la Ley de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas la realización de actividades a los arrestados por falta grave, no es admisible en la forma absoluta con que la sostiene la parte recurrente, pues siendo cierto que dicho precepto excluye al militar sancionado por falta grave de toda participación en las actividades de la Unidad, ello ha de entenderse en todo caso referido a las actividades propiamente militares, pues por ello precisamente menciona la Unidad, que es concepto típicamente castrense, dando con ello a entender que el sancionado queda totalmente desconectado de las funciones que como militar pudiera efectuar en el estamento militar en que estuviera destinado mientras cumple su sanción, y ello por evidentes razones de ejemplaridad, mantenimiento de la disciplina y buen orden de la organización militar. Pero que no realice actividades de índole estrictamente castrense, como serían prácticas, guardias, vigilancias, etc., no quiere decir que por estar arrestados se encuentren relevados de todo servicio, como pretende dar a entender la parte recurrente, pues no avala esta tesis la normativa que rige los establecimientos penitenciarios militares, tanto el Reglamento vigente al tiempo de suceder los hechos, que es el de 29 de diciembre de 1978, como el actualmente vigente de 20 de noviembre de 1992, normas ambas que conciben los citados establecimientos como lugares no solamente de custodia y retención de presos, detenidos o arrestados, sino principalmente de reeducación de los allí ingresados para lograr, mediante su instrucción y el trabajo, su pronta reincorporación a las Fuerzas Armadas, amén de la labor de ayuda y asistencia a los internos (artículo 1 de cada Reglamento mencionado). La realización de actividades, dentro del centro penitenciario militar está claramente prevista en sus normas, y así los artículos 35, 36 y 37 del Reglamento de 1978 citado, autorizan la asignación a los internos de destinos en diversas actividades, y entre ellas las de cocina [...] Partiendo, pues, de la legalidad general de asignación de destinos y trabajos de cocina, como otros servicios comunes, a los internos en establecimientos penitenciarios militares, en nuestro caso se da una situación análoga a la de dichos Centros, pues mientras se crean y distribuyen los mismos, se autorizó por el Mando Militar el cumplimiento de arrestos por falta grave, cometidos por Caballeros Legionarios, en dependencias del propio Tercio de Ceuta, según Orden de la Comandancia General de Ceuta de 3 de julio de

1987, a la que dio cumplimiento el día 6 de julio siguiente el Jefe del Tercio Duque de Alba 2º de la Legión, señalando como servicios a realizar tanto los de limpieza general y trabajos durante el horario programado, como los de apoyo a los servicios de mantenimiento, entre los que hay que comprender los de cocina.

Sentencia de 30 de abril de 1996.

Materia: Insulto a superior: injurias en su presencia y con publicidad.

Ponente: D. Javier Aparicio Gallego.

ANTECEDENTES DE HECHO

La sentencia de instancia recurrida por el Fiscal absuelve por el delito de art. 101 CPM habiendo dado por probados unos insultos de palabra dirigidos por un soldado a un Cabo a través del interfono existente entre la garita y el Cuerpo de Guardia, en el que se encontraban varias personas que los oyen.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...] la pretensión recurrente se centra en la consideración de que, dada la forma en que se produjeron las injurias, ha de considerarse que tuvieron lugar en presencia del superior ofendido, haciendo para ello diferentes razonamientos de los que hemos de destacar el de que es necesario interpretar las normas jurídicas en atención a la realidad del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo a su espíritu y finalidad, por lo que, a juicio de la parte recurrente, parece poco comprensible que el legislador no dude en castigar las injurias o coacciones recogidas en un escrito remitido directamente al superior ofendido por una vía totalmente privada [injurias por escrito] y que, en cambio, deje impunes las emitidas verbalmente a través de los medios técnicos actualmente generalizados, como pueden ser el teléfono, la cinta magnetofónica, el interfono o el video; a través de este razonamiento, y estimando que la presencia debe ser equiparada a la percepción de la ofensa, considera que en estos casos se da una comunicación directa entre agente y víctima similar, cuando menos, a

la que se produce cuando la presencia es física y concurrente. No compare esta Sala el parecer del Ministerio Fiscal, dado que la primera de las tres circunstancias de ejecución que recoge el tipo penal del artículo 101 del Código Penal Militar, se refiere expresamente a que el hecho tenga lugar en presencia del superior al que se dirigen las injurias, y hemos de recordar que en el precepto vigente ha desaparecido la mención que se hacía en los artículos 325 y 326 del hoy derogado Código de Justicia Militar, y que fueron sus antecedentes, en los que, además de aludirse a las ofensas de palabra en presencia del superior y por escrito a él dirigido, se admitía la posibilidad de que se llevaran a cabo “en otra forma equivalente”, lo que permitía ampliar el hoy estricto alcance del tipo, reducido a los supuestos de relación física directa entre ofendido y ofensor, alcance que hemos de dar a la exigencia típica de que el hecho tenga lugar en presencia del ofendido, o, con carácter alternativo, que la acción se produzca por escrito o con publicidad [...]

Por publicidad ha de entenderse el conjunto de medios que se emplean para divulgar la noticia de las cosas o los hechos, y, en indagación de su conceptualización jurídica, tanto el recurrente como la sentencia impugnada, se remiten al artículo 463 del Código Penal, a tenor de cuyo segundo párrafo, las injurias y calumnias emitidas ante un concurso de personas o por discursos o gritos en reuniones pública, o por radiodifusión, o en circunstancias o por medios análogos, se equiparan a las hechas por escrito y con publicidad, conjunción que el artículo 101 del Código Penal Militar no requiere, al plantear la forma de ejecución con carácter alternativo. El texto del segundo párrafo del artículo 463 del Código Penal viene a acoger en su expresión los diferentes medios que se emplean para divulgar el contenido del escrito o manifestación, calumniosa o injuriosa y, en definitiva, la exigencia de interpretación que el recurso nos plantea se ciñe a si la utilización del interfono que comunica una garita de vigilancia con el Cuerpo de Guardia, en el que se encuentra el personal que ha de prestar el referido servicio en una Unidad militar, para verter expresiones injuriosas, puede o no reputarse como utilización de un medio de publicidad. La consideración abstracta de tal uso, a juicio de esta Sala, ha de merecer una respuesta afirmativa, y ello por dos razones: porque el interfono es un medio técnico de transmisión del sonido de un lugar a otro, de forma tal que sea oído en el de recepción por todos los que en él se encuentran, y, en segundo lugar, porque en el Cuerpo de Guardia de una Unidad se encuentran presentes los miembros de la Guardia que no están de puesto. Es decir, que el interfono de un Cuerpo de Guardia puede y debe ser oído

por todo el personal que hallándose en él no se encuentre prestando servicio en un puesto de guardia determinado, pudiendo añadirse la consideración de que la finalidad que se persigue con el uso de tal medio, en lugar del más discreto constituido por el teléfono, es precisamente la publicidad de lo que se transmite, para que, en caso de necesidad, se pueda acudir a prestar la ayuda al punto desde el que se reclame, con la mayor celeridad posible y en garantía de la seguridad del establecimiento militar.

Continuando este razonamiento hemos de significar que no bastaría la utilización del medio de publicidad, si la difusión de la noticia o el hecho no tuviera lugar, para tener por consumado el delito. Es preciso que la divulgación se lleve a efecto, y en este aspecto concreto, la doctrina de la Sala Segunda en relación con la emisión de calumnias e injurias ante un conjunto o pluralidad de personas a fin de que se consideren ejecutadas con publicidad, al estimar que tal circunstancia de ejecución concurre al asistir dos o más personas Sentencias de 12 de mayo de 1987 y 10 de abril de 1990, es perfectamente aplicable al caso de autos, en el que la expresión injuriosa que el procesado, a través del interfono del Cuerpo de Guardia, dirigió al Cabo Comandante en respuesta a la llamada de atención que éste le hacía para que depusiera su actitud insistente, fue oída claramente por el Cabo de reemplazo G.F., siendo la misma frase también apercibida, aunque lo fuera con menos nitidez, por el Soldado S.C. Ante tal narración de hechos probados hemos de apreciar que la expresión injuriosa dirigida por el Soldado F.B. al Cabo Comandante de la Guardia A.F., al haberlo sido mediante el interfono del Cuerpo de Guardia y oída por el Cabo de reemplazo G.F. y el Soldado S.C., es constitutiva de un delito consumado de insulto a superior en su modalidad de injurias con publicidad, del artículo 101 del Código Penal Militar.

Sentencia de 8 de mayo de 1996.

Materia: Abandono de puesto de centinela, art. 146.3º CPM: concepto.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Existe abandono del puesto de centinela cuando éste lo deja, esto es, cuando se aparta físicamente de él, de tal modo y en tales términos que su situación no le permite ya ejercer la función de vigilancia y defensa que

tiene encomendada. Esto es exactamente lo que hizo el recurrente en la ocasión de autos, teniendo que permanecer en el exterior de la garita, de la que podía desplazarse hasta unos veinte metros, para vigilar una parte de la valla que rodea el Campamento, impedir el acceso al mismo por los lados este y norte y apoyar al puesto de control que se encontraba frente a su garita unos cincuenta metros al sur, se introdujo en la residencia de Oficiales y se situó detrás de la puerta, desde cuya ubicación de la que no salió hasta ser sorprendido por el Sargento Comandante de la Guardia no podía ejercer la vigilancia de la zona que tenía encomendada. Con dicho comportamiento no sólo incumplió el recurrente del deber genérico art. 63 RROOFAS de dedicar “todo su cuidado a la vigilancia de su puesto, sin hacer nada que le distraiga de tan importante obligación”, sino el más específico de permanecer “en su puesto mientras no sea relevado” que impone el art. 381 RROOET. No es posible, a la vista de cuanto queda expuesto, sostener que se ha aplicado indebidamente e infringido el art. 146.3° CPM.

Sentencia de 22 de mayo de 1996.

Materia: Prisión preventiva sin petición de parte acusadora.

Admisibilidad del recurso de casación. Principio acusatorio.

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

El Ministerio Fiscal interpone recurso de casación contra un Auto de un Tribunal Militar Territorial en el que, habiéndose constituido el Tribunal para celebrar el juicio oral y no habiendo comparecido el acusado que se encontraba en situación de libertad provisional, acordó el Tribunal su prisión preventiva para cuando se presentase o fuese habido; la prisión preventiva se acordó al amparo del art. 301 LPM sin audiencia previa ni petición de parte acusadora.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Antes de comenzar el análisis de los motivos articulados en el recurso, considera la Sala conveniente, de modo paralelo a como se ha produ-

cido el Ministerio Fiscal en su escrito de impugnación, expresar las razones por las que el recurso ha sido admitido a trámite. Pocas dudas pueden plantear el doble hecho de que ni el Auto recurrido puede ser considerado definitivo ni existe precepto legal que autorice de modo expreso interponer contra el mismo recurso de casación, de suerte, que no estando comprendido dicho Auto en el art. 848 LECrim., puede ser considerado inadmisibile, de acuerdo con el art. 884.2º de la misma Ley. La Sala ha ponderado, no obstante, las excepcionales circunstancias que concurren en la resolución impugnada para permitir de forma igualmente excepcional, el acceso del recurso a este momento, procesalmente cenital, de la Sentencia. Es evidente que el acuerdo de prisión provisional del imputado, que se adoptó en el Auto confirmado por el que se impugna al desestimar el recurso de súplica interpuesto contra el anterior, puede ser revocado en cualquier momento del proceso, de acuerdo con el art. 230 LPM, por lo que en modo alguno puede considerarse definitivo. Pero no lo es menos que el Tribunal de instancia no se ha limitado en la resolución recurrida a confirmar la prisión provisional previamente decretada, sino que aunque este pronunciamiento no aparezca expresamente en la parte dispositiva ha resuelto también, exponiendo su criterio en este sentido en los términos más amplios, que no es aplicable al ámbito de la jurisdicción militar la nueva normativa reguladora de la prisión provisional introducida en los arts. 504 bis 2 y 539 LECrim. por las Leyes Orgánicas 5 y 8 de 1995, de 22 de mayo y 16 de noviembre respectivamente [del Tribunal del Jurado]. Esta faceta del Auto recurrido, como pone de relieve el Ministerio Público, incide de lleno en el derecho fundamental de libertad toda vez que, como dispone el art. 17.1 CE “nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Habiéndose establecido en los nuevos artículos de la LECrim. a que hemos hecho referencia preceptos relativos a la forma como puede ser provisionalmente privada de libertad una persona sometida a un proceso penal, la cuestión resuelta en el Auto recurrido y planteada en el recurso, que versa sobre la aplicabilidad denegada por el Tribunal de instancia de aquellos preceptos al proceso penal militar, tiene una indudable transcendencia en la esfera de la libertad personal del justiciable sujeto a la jurisdicción militar. Siendo ello así, la eventual inadmisión del recurso hubiese dejado intocado, en esta sede, un problema de interpretación legal que afecta a un derecho fundamental. Como luego veremos, la fundamentación del Auto impugnado y los términos del recurso no nos permitirán dilucidar el problema en toda su pro-

fundidad y extensión, pero nos darán ocasión para avanzar algunas líneas de orientación no del todo superfluas en tanto el legislador no proporciona su definitiva solución. Si no lo hiciésemos, quedaría sin respuesta por nuestra parte una cuestión disputada surgida en el núcleo esencial de nuestro ordenamiento jurídico, lo que no parece congruente, una vez que la respuesta se demanda de esta Sala, con la función uniformizadora y nomofiláctica que le está encomendada a través del recurso de casación. No puede esta Sala ser sensible a la existencia de una situación de inseguridad jurídica como la que se derivaría de aquella falta de respuesta siendo su misión principal, precisamente, proporcionar seguridad jurídica mediante la interpretación del ordenamiento, ni puede tampoco echar en olvido que, en el orden de la jurisdicción militar, es ella misma el más alto nivel en que los derechos fundamentales deben recibir la que el art. 41.1 LOTC denomina “tutela general” de los derechos fundamentales. Todo ello nos ha aconsejado, en este caso, hacer una interpretación flexible y generosa del art. 848 LECrim., al amparo del art. 123.1 CE y 5.4 LOPI, y admitir a trámite el presente recurso.

El primer motivo formalizado en el recurso denuncia, al amparo del art. 325 LPM en relación con el art. 849.1º LECrim., la vulneración del art. 17.1 CE. que, según el Ministerio Fiscal, se ha producido en el Auto recurrido al no haber sido revocada en el mismo la prisión del encartado que fue previamente decretada sin observar los requisitos que al efecto se establecen en el art. 539 LECrim., (en el breve extracto del motivo se cita el 504 bis 2, pero es evidente que en el mismo ha sido invocado en cuanto que a él remite el art. 539). Los arts. 504 bis 2 y 539 LECrim. parece al Ministerio Fiscal que deben ser aplicados cuando en un proceso penal militar deba ser acordada la prisión preventiva del encartado, toda vez que dichos preceptos regulan hoy la forma en que una persona puede ser privada de libertad y no existen, a su juicio, motivos justificados para establecer diferencias entre las normas que regulan la privación provisional de libertad según que el delito imputado a la persona objeto de la medida cautelar sea de naturaleza común o militar. Ante dicho planteamiento, esta Sala considera que, antes de dar una concreta respuesta a este motivo de casación, debe hacer las siguientes puntualizaciones: A) La primera disposición adicional de la LPM no sería, por sí sola, suficiente para que la nueva normativa reguladora de la prisión provisional fuese aplicable en el proceso penal militar toda vez que, como se dice en el Auto recurrido, dicha materia se encuentra regulada en la LPM por lo que no puede hablarse de laguna en la misma y el sentido de su regulación se opone a las

normas recientemente incorporadas a la LECrim. B) Sí puede ser, por el contrario, una razón suficiente para postular la aplicación de las mencionadas normas en el ámbito procesal militar, a la luz de la remisión genérica que encontramos en el art. 153 LPM, el hecho de que con las mismas se refuerzan las garantías que rodean la libertad personal del justiciable, que en principio no tienen por qué ser menores en el proceso penal militar que en el ordinario, salvo en lo que pueda afectar a la singularidad del ámbito castrense y muy especialmente a las exigencias de la disciplina. C) Existen normas en la LPM que guardan un claro paralelismo con otras de la LECrim., de la que se han “tomado” como genéricamente se reconoce en el preámbulo de la primera, en cuyos casos no sería descaminado sostener la tesis de la fuerza expansiva de unos preceptos que, habiendo nacido fuera del ordenamiento procesal castrense, tienen su más clara significación en el reforzamiento de la defensa de un derecho fundamental del justiciable (conviene aquí salir al paso de la equivocada apreciación del Tribunal de instancia que, sobre deslizar en el primer fundamento jurídico de su resolución un desafortunado comentario sobre el perfil institucional del Ministerio Fiscal, parece reducir el significado de la reciente reforma en materia de prisión provisional a la “potenciación” de dicho Ministerio). Ejemplos del paralelismo a que nos referimos los encontramos leyendo y comparando los arts. 216 y 217 LPM por una parte y los arts. 503 y 504, párrafo primero, LECrim. por otra, así como realizando la misma operación con los arts. 230 y 232 LPM y el antiguo art. 539 LECrim. por lo que es perfectamente legítimo plantear la aplicabilidad en el ámbito jurisdiccional castrense del art. 504 bis 2 y del art. 539 LECrim., en su nueva redacción, cuando se trate de acordar la prisión o libertad provisional en el curso de las diligencias sumariales. D) Otras normas de la LPM, en cambio, no tienen su correlativa en la LECrim., de lo que cabe deducir que el legislador ha querido establecer una peculiaridad cuya razón o fundamento no sería lícito reputar inexistente o baladí, peculiaridad que impide se considere a dichas normas afectadas por cambios legislativos acaecidos en otro conjunto de preceptos. Una singularidad de esta naturaleza es la que se presenta el último inciso del párrafo cuarto del art. 301 LPM en el que, tras autorizarse al Tribunal a celebrar la vista del juicio oral cuando alguno de los acusados no declarados en rebeldía dejare de comparecer, se añade: “en este caso se ordenará la busca y captura de los no comparecidos, que permanecerán en prisión hasta la celebración de la nueva vista, a menos que la incomparecencia se debiera a causa justificada a juicio del Tribunal”. No existe, por cierto, una norma

paralela a la transcrita ni en el último párrafo del art. 746 ni en el 793.1, ambos de la LECrim., que son los lugares en que el ordenamiento procesal común prevé las eventuales consecuencias de la falta de comparecencia de un acusado legalmente citado a las sesiones del juicio oral, aunque cabría encontrar una cierta sintonía entre el art. 301 LPM y los arts. 835 y ss. LECrim. que, por cierto, no han sufrido modificación en la reciente reforma. Habiéndose justificado por el Tribunal de instancia la prisión provisional del inculpado, tanto en el Auto recurrido como en el anterior que el mismo confirmó, con la invocación del art. 301 LPM y con la del art. 233 del que el primero es, en cierto modo, concreción y no siendo aquél de los que, por su paralelismo con los arts. 503, 504 y el antiguo 539 LECrim., pueden ser considerados afectados por el art. 504 bis 2 y la nueva redacción del 539, debe llegarse a la conclusión de que mediante la aplicación del art. 301 LPM no se ha vulnerado en la resolución recurrida el art. 17.1 CE, lo que no puede menos de conducir al rechazo del primer motivo del recurso.

No ha de ser distinta la suerte que corra el segundo motivo. Tanto en éste como en el primero ha llevado a cabo el Ministerio Fiscal un profundo y sugerente análisis del tema que ha suscitado en la impugnación y ha expuesto con brillantez innegable una tesis que esta Sala, como es fácil deducir de nuestro fundamento anterior, no deja hasta cierto punto de compartir. Pero así como no hemos podido acoger el reproche de que el Auto recurrido se ha vulnerado el art. 171 CE por no haber aplicado los arts. 504 bis 2 y 539 LECrim. en la adopción del acuerdo de prisión provisional del inculpado, tampoco podemos aceptar la pretensión de que semejante inaplicación haya supuesto una infracción del art. 24.2 CE “en lo relativo al principio acusatorio consagrado en dicho precepto”. El principio acusatorio no es una norma susceptible de ser vulnerada en su letra o en su espíritu sino, justamente, un principio informador de un conjunto normativo; el que regula la forma de proceso penal que se denomina por ello proceso acusatorio. El conjunto de garantías que se proclaman en el art. 24.2 CE con el alcance más general que cabe imaginar “todos tienen derecho”, configura, en el orden penal ante todo aunque dichas garantías se proyecten también en los otros órdenes jurisdiccionales, el llamado proceso justo o proceso debido que coincide sustancialmente con el proceso penal en que se realizan los postulados básicos del principio acusatorio. Baste leer, sin embargo, el mencionado art. 24.2 CE para comprobar que entre las garantías en el mismo consagradas no se encuentra la de que la prisión pueda ser decretada sino a instancia de una parte acusadora ni

la de que a dicho acuerdo tenga que preceder necesariamente un trámite procesal contradictorio. Sin duda puede aceptarse que establecerlo así es una opción legislativa que se sitúa en la misma línea de los que hemos llamados postulados básicos del principio acusatorio y contribuye, como ya hemos dicho, a reforzar las garantías de la libertad de quien está sometido a un proceso penal pero aún no está no condenado. No establecerlo, sin embargo, sería excesivo que lo equiparásemos a una vulneración del principio acusatorio, pues no estaría autorizada tal equiparación ni por la formulación que del mismo encontramos en la norma constitucional que el Ministerio Fiscal invoca y señala como infringida por el Auto recurrido, ni por las enumeraciones de derechos derivados del principio acusatorio que se han hecho en los tratados y acuerdos internacionales suscritos y ratificados por España, que han de servir, por expresa disposición del art. 10.2 CE, para interpretar las normas constitucionales relativas a derechos fundamentales y libertades. Y es lógico que sea así porque, en rigor, el principio acusatorio desenvuelve sus efectos fundamentalmente en el plano de la relación entre acusación y condena y en el del debate contradictorio y en condiciones de igualdad que debe preceder a la segunda, no en el plano, cronológicamente anterior, de la adopción de determinadas medidas cautelares sobre la persona del acusado, aunque extender a este momento las exigencias de instancia de parte y contradicción esté, por descontado, en lo que podemos considerar la orientación general del principio acusatorio. Llegados a este punto, es fácil caer en la cuenta de que la cuestión planteada en este motivo del recurso no es, en último análisis, la de una pretendida infracción del principio acusatorio sino la cuestión de la supuesta obligatoriedad de proyectar sobre todas las normas que regulan la prisión preventiva en la LPM incluido, al parecer, el art. 301 aplicado en el Auto recurrido los nuevos arts. 504 bis 2 y 539 LECrim. Y como es éste un problema ya resuelto en el examen del motivo primero del recurso, basta con que nos remitamos a los razonamientos expuestos en el fundamento jurídico anterior, razonamientos que resultan reforzados, contemplada la impugnación que se formula en este segundo motivo, con la consideración ya expuesta, de que la extensión del principio acusatorio al momento de la prisión provisional, siendo de todo punto legítima, no viene impuesta por lo que es esencial a dicho principio, lo que puede ser un argumento sobreañadido para no tener por derogado o reformado un precepto de la LPM que, como ya pusimos de relieve, no guarda exacta correspondencia con los de la LECrim. en que se ha concretado aquella extensión del principio acusatorio.

Sentencia de 28 de mayo de 1996.

Materia: Abandono de destino, art. 119; bien jurídico protegido.

Ponente: D. Javier Aparicio Gallego.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...] se invoca infracción de Ley por aplicación indebida del art. 119 del Código Penal Militar, y al razonar sobre la pretensión impugnatoria se dice que siendo el bien jurídico protegido por el precepto sustantivo citado la permanente disponibilidad de los medios y recursos de las Fuerzas Armadas para el cumplimiento de sus misiones, malamente puede estar disponible para prestar servicio quien es declarado incapaz para el servicio de las armas por la propia Administración al apreciarle un trastorno psíquico incluido en el vigente cuadro de exclusiones del servicio militar, por lo que la parte recurrente considera que el procesado y condenado no podría cometer el delito tipificado en el artículo 119 del Código Penal Militar, puesto que, al ser considerado no apto para el servicio militar, de ninguna manera puede estar disponible para prestar un servicio para el que se le declara carente de la aptitud correspondiente.

No puede compartir tal criterio la Sala, toda vez que el bien jurídico protegido no queda restringido a la disponibilidad para prestar servicio con las armas, disponibilidad que, según el criterio del recurrente desaparecería al carecerse de la capacidad para poder prestarlo. En el Capítulo III del Título VI del Código Penal Militar, en cuya Sección I está incardinado el artículo 119, se tutela mediante la correspondiente respuesta penal el cumplimiento de las obligaciones de estar presente y de prestar servicio. El abandono de la unidad, el destino o la residencia, si bien implica como consecuencia de la ausencia la imposibilidad de prestar el servicio que al militar profesional pudiera corresponderle, también supone el incumplimiento de un deber esencial militar, cual es el de su presencia en su unidad, destino o lugar de residencia, razón por la cual en la descripción típica del art. 119 no se hace alusión alguna a la consecuencia remota del incumplimiento de los servicios que la falta de presencia pudiera producir, limitándose al establecer los elementos objetivos del tipo al hecho simple de la ausencia por tiempo de más de tres días, bien sea por marcharse del lugar en el que se debía permanecer, o bien por no acudir al mismo transcurrido el mismo plazo de tiempo desde el momento en el que debiera haberse efectuado la incorporación, siempre que dicha falta

de presencia no resulte justificada, como se desprende de la utilización del adverbio “injustificadamente” que matiza el incumplimiento de este concreto deber del militar, ya sea profesional, en cuyo caso la ausencia se sanciona en el art. 119, ya sea militar de reemplazo, en el que el tipo se recoge en el artículo 119 bis, ambos del Código Penal Militar y según la redacción que les fue dada por la Disposición Adicional 8ª de la Ley Orgánica 13/91, de 20 de diciembre.

Por otro lado, y aún para el caso de que el bien jurídico protegido consistiera en la disponibilidad para prestar el servicio, esa disponibilidad como actitud personal se mantiene con independencia de la capacidad individual de cada militar para prestarlo, sin que pueda desaparecer en los casos de exclusión para el servicio militar hasta que dicha exclusión sea oficialmente notificada y produzca las consecuencias administrativas correspondientes, dado que, como ya ha afirmado esta Sala es la que, en tanto no se haya resuelto el compromiso asumido por el militar de empleo, éste mantiene íntegras todas las obligaciones que de presencia y disponibilidad para el servicio de dicha relación administrativa se deducen, parecer que hemos mantenido en las sentencias de 23 de junio de 1992, 22 de febrero de 1993, 22 de octubre de 1994 y 26 de octubre de 1995, toda vez que los efectos de la rescisión del compromiso anteriormente contraído carecen de eficacia retroactiva, produciéndose únicamente a partir de la fecha en que haya tenido lugar.

Sentencia de 6 de junio de 1996.

Materia: Pase a retiro por actividades políticas; condición de militar.

Ponente: D. José Francisco Querol Lombardero.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Alega el recurrente, sustancialmente y en cuanto afecta el problema competencial, que cuando se reprodujeron en la revista “Interviú” sus manifestaciones (semana del 20 al 26 de noviembre de 1985) carecía de la condición de militar, por cuanto con fecha 11 de noviembre de 1985 había solicitado el pase a la situación de retirado para dedicarse a actividades políticas. Cita el procesado, en apoyo de esta tesis lo dispuesto en el Real Decreto de 8 de marzo (obviamente, se refiere al Real Decreto Ley), desarrollado en el Real Decreto 706/1977, de 1 de abril, en cuyos

artículos 5 y 9-4, respectivamente, se decía “presentada la solicitud se entenderá concedido el pase a la nueva situación...”.

[...] para determinar si el delito imputado al procesado es o no de naturaleza militar (insulto a superior) habrá de estarse a la condición que ostentaba aquél en el momento de la comisión de los hechos (publicación de sus manifestaciones en la revista “Interviú”) y no al inicio del proceso o momentos posteriores.

Es por ello por lo que nos hemos de ceñir a la interpretación y al cauce que debe darse a las normas que cita el recurrente sobre los efectos de su petición o solicitud de pase a la situación de retirado para dedicarse a actividades políticas. Preceptos que, por cierto, no se citan con absoluta literalidad (omitiéndose el texto del artículo 5 del Real Decreto Ley 10/1977 del que la sentencia de esta Sala de 12 de enero de 1990 resalta: “el precepto citado es sumamente claro: solicitar y obtener el pase a la situación de retirado, no bastando simplemente con solicitarlo); así como, olvidándose, citar el artículo 9.4 del Real Decreto 706/1977, de modo completo, puesto que tal precepto no alude tan solo a que presentada la solicitud se entenderá concedido el pase a la nueva situación, sino que expresamente añade: “al efecto de poder ejercer las actividades, cargos o inclusión en candidaturas de carácter político y sindical, sin incurrir en responsabilidad”. Elude, pues, la referencia al efecto único al que se refiere al “entender concedido el pase a la nueva situación”, que es el derecho a participar libremente en los asuntos políticos, a través de una actividad política, efecto éste que también analiza la expresada sentencia, que estima no debe confundirse la legitimidad de un derecho a participar libremente en los asuntos públicos, a través de una actividad política derecho reconocido constitucionalmente en el artículo 23, en relación con el 6 y 9.2, todos de la Constitución, que este Tribunal también le reconoce, en observancia de dicha norma suprema, con la forma de ejercicio de tal derecho fundamental, que ha de ajustarse a la normativa establecida, y sin descuidar mientras se ejercita, el cumplimiento de los deberes propios, ni vulnerar las reglas de disciplina y lealtad, que, como integrante de las Fuerzas Armadas, y mientras permanezca en ellas, está obligado a observar.

El motivo que contemplamos se centra, pues, en la dudosa interpretación que ofrece la situación de “retirado” para quien, como militar, solicita esa situación para dedicarse a actividades políticas, o, lo que es igual, la interpretación que haya de efectuarse de los preceptos anteriormente citados. En la sentencia de esta Sala de 6 de abril de 1992 se exponía al efecto:

“El Tema ya fue abordado por esta Sala en su sentencia de 12 de enero de 1990, como tenida en cuenta su doctrina en la posterior sentencia de 5 de noviembre de 1991, también de esta misma Sala de lo Militar, y a ambas resoluciones hemos de remitirnos para evitar repeticiones, pero eso sí, afirmando su conclusión de que, durante la situación transitoria existente entre la presentación de una instancia solicitando el pase a la situación de retirado que un militar efectúe para dedicarse a actividades políticas o sindicales y la obtención o no de dicha situación, mediante la correspondiente autorización administrativa, el único efecto es el de poder compatibilizar temporalmente las actividades políticas o sindicales con las propias de la profesión militar, sin incurrir por ello en causa de prohibición, generadora de responsabilidad penal o disciplinaria, y sin que ello dispense del cumplimiento de las obligaciones que como militar tiene en el desempeño de las funciones que legalmente le están encomendadas”.

Sentencia de 24 de junio de 1996.

Materia: Delito contra la hacienda militar, art. 191 CPM. Delito continuado y principio acusatorio. Dilaciones indebidas; remedios: rebaja de la pena (el indulto, excepcionalmente).

Ponente: D. José Jiménez Villarejo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

[...] denuncia el recurrente la que estima ser una vulneración del art. 24.1 CE [...] por haber sido condenado por un delito continuado contra la Hacienda en el ámbito militar, siendo así que el Ministerio Fiscal, única parte acusadora, le imputaba un delito de esa naturaleza pero sin continuidad, lo que se dice en este motivo constituye una infracción del principio acusatorio y, en última instancia, del derecho a defenderse. El principio acusatorio es, en efecto, el que inspira el proceso penal con todas las garantías reconocido como derecho fundamental en el art. 24.2 CE, así como en el art. 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el art. 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en el art. 14.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Entre las garantías que asegura la vigencia del mencionado principio ocupa un lugar preeminente el derecho que tiene toda persona sometida a una causa penal a ser informada, oportuna y

suficientemente de la acusación formulada contra ella, derecho que tiene una evidente e indestructible relación con el de defensa y que, en el plazo de la necesaria vinculación de la condena con los términos de la acusación, se proyecta en unas cuantas exigencias que ha desarrollado y consolidado una más que conocida doctrina jurisprudencial. Según dichas exigencias, nadie puede ser condenado sino por hecho de que ha sido acusado y nadie puede ser condenado por delito más grave o distinto del que hubiera sido objeto de acusación, debiendo ser matizado esto último en el sentido de que no ha de considerarse delito distinto el que fuese homogéneo al imputado por tener uno y otro el mismo presupuesto fáctico, ya que en tal caso el cambio en la calificación jurídica no habría significado indefensión para el acusado. Ninguno de los postulados que han quedado esquemáticamente expuestos ha sido desconocido o infringido en la Sentencia sometida a nuestra censura. Se ha condenado en ella al recurrente por el mismo hecho de que fue acusado por el Ministerio Fiscal, subsumiéndolo en el mismo tipo delictivo que aquél aplicó, e imponiéndole una pena menor que la solicitada. Es cierto que en la Sentencia fue definido como continuado el delito objeto de condena, caracterización que no aparecía en las conclusiones definitivas de la acusación, pero se trata de una disparidad de alcance meramente técnico que en modo alguno pudo impedir ni dificultar que se articulase en debida forma la defensa del acusado. A éste le fue imputado un hecho múltiple, es decir, un hecho comprensivo de muchas acciones, constitutivo de un solo delito y fue condenado por la misma pluralidad de acciones abarcadas también por un solo delito que se apreció bajo la forma de continuado. El delito continuado es una figura jurídica que permite eludir el exceso punitivo que comporta el concurso real de delitos, aunque no sea ésta la única razón de ser de su elaboración doctrinal y recepción legislativa, si bien puede implicar una agravación de la pena en relación con la que corresponda al delito constituido por una sola acción. Si como se ha hecho en la Sentencia recurrida la apreciación de la continuidad delictiva no ha servido para elevar la pena en ninguno de los términos autorizados por el art. 69 bis CP, tal calificación carece en absoluto de transcendencia y de la modificación que la misma implica frente a la tesis de la acusación no es susceptible de generar indefensión, ni supone quebranto alguno del principio acusatorio. El segundo motivo, en consecuencia, debe ser rechazado.

[...] se reprocha a la Sentencia de instancia haber infringido, mediante su aplicación, el art. 191 CPM [...] Dicho tipo [...] alcanza realidad por el mero hecho de que un militar, "prevaleándose de su condición", es decir,

utilizando, aprovechando o amparándose en la misma, “se procurase intereses”, lo que quiere decir tanto como hacer alguna diligencia para conseguir un provecho o ganancia, “en cualquier clase de contrato u operación que afecte a la Administración Militar”. No es necesario, para que el delito quede consumado, que el autor consiga el provecho perseguido ni que la Administración resulte económicamente perjudicada, a semejanza de lo que ocurre con el delito previsto en el art. 401 del anterior CP cuya línea de interpretación es sustancialmente aplicable al análisis del art. 191 CPM. Es este, pues, un delito de mera actividad o como lo ha considerado un sector de la doctrina, un delito de “peligro presunto”, con cuyo castigo ante todo se trata de proteger, aunque su ubicación en el Título dedicado a los delitos contra la Hacienda en el ámbito militar pudiera hacer pensar otra cosa, el correcto e imparcial funcionamiento de la Administración militar, su buena imagen ante los ciudadanos y la probidad de los militares que la sirven.

Denúnciase [...] una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas que tendría que ser reparada en esta sede, en opinión del recurrente, mediante la proposición de un indulto, aunque esta pretensión no aparezca reproducida en el suplico del escrito de interposición. Esta Sala no puede desconocer que desde el mes de marzo de 1990, en que se incoaron las diligencias previas luego transformadas en sumario, hasta el 20 de noviembre de 1995, en que se dictó la Sentencia recurrida, transcurrió un período de tiempo superior al que razonablemente hubiese sido necesario para la tramitación y resolución de un proceso de las características del que ha dado lugar a este recurso. [...] Ahora bien, la infracción del citado derecho, que consagran, junto al art. 24.2 CE, los arts. 6.1 CEDH y 9.3 PIDC y P, no tiene que conducir forzosamente a la exoneración de la responsabilidad penal por la vía del indulto. Aunque éste puede ser un procedimiento idóneos que ésta Sala no ha dudado en utilizar en algún caso, no tanto para reparar la vulneración del derecho fundamental como para prescindir de una respuesta punitiva que, por el transcurso del tiempo, ya no se estima necesaria ni útil, se trata de una salida claramente excepcional por dos razones fundamentales: que mediante ella se desemboca en una decisión tan trascendente como la de extinción total o parcial de la responsabilidad criminal, y que recurrir a la misma implica abrir un momentáneo paréntesis en la lógica interna del sistema de división de poderes. Esta Sala estima preferible que en la generalidad de los casos sean los propios Tribunales los que compensen racionalmente el perjuicio que comporta una prolongación del proceso más allá de lo razonable, mediante una prudente aminoración de la pena en el momento de su individualización. Esta

posibilidad existe con una singular amplitud en el ámbito de la jurisdicción militar, a causa del más ancho arbitrio que a los tribunales castrenses se reconoce en el vigente CPM, de acuerdo con lo que ha sido una pauta tradicionalmente sostenida en esta rama del ordenamiento jurídico. Y no cree la Sala hacer un juicio aventurado si piensa que ha sido precisamente esta especificidad del Derecho penal militar la que ha servido al Tribunal de instancia para, ponderando con otras circunstancias la excesiva duración del proceso aunque no se haya referido a ella, suavizar la pena establecida en la ley al delito apreciado e imponerla en una extensión próxima a su límite mínimo. Quiere esto decir que, aún admitiéndose que no ha sido debidamente respetado, a lo largo del proceso desarrollado en la instancia, el derecho del recurrente a un proceso sin dilaciones indebidas, ha de considerarse compensado, en este caso, dicha infracción constitucional con la levedad de la pena impuesta, lo que nos lleva a la desestimación de este primer motivo del recurso y, con él, del recurso en toda su globalidad.

Sentencia de 24 de junio de 1996.

Materia: Maltrato de obra a fuerza armada por componente de la fuerza; no es delito del art. 85 CPM. Delitos conexos. Inhibición por el delito de lesiones.

Ponente: D. Fernando Pérez Esteban.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

El motivo ha de ser estimado porque, efectivamente, ha sido infringido el art. 85 tercer párrafo del CPM aplicado por el Tribunal de instancia, en cuanto no se dan, a juicio de la Sala, los elementos que conforman el delito de maltrato de obra a fuerza armada que en él se tipifica, habida cuenta de la forma y circunstancias en que se llevó a cabo la agresión que dio origen a la condena por el Tribunal de instancia.

En efecto, esta agresión se produjo por un artillero compañero del agredido que formaba parte de la guardia saliente y, por tanto, integraba también la formación en que dicha guardia saliente se dirigía a la Batería.

La agresión se produjo, pues, en el seno de la propia fuerza. pero esa misma forma de producirse resulta difícilmente conciliable con el bien jurídico que se protege en la norma. Este es la seguridad y el ordenado desenvolvimiento de las funciones militares que competen a cualquier

fuerza armada, para garantizar el seguro y eficaz cumplimiento de sus delicadas por razón de la peligrosidad de las armas que porta misiones, potenciando al máximo, mediante la conminación de penas a los transgresores, el respeto que todos deben guardar a dichas fuerzas.

Lo que se previene en la norma es, por tanto, cualquier ataque externo, desde fuera, a ellas. pero no puede entenderse que proteja los desórdenes internos, cuando, desde luego, como en el presente caso, se concretan a una riña con agresión personal entre compañeros.

Y si contemplamos la cuestión desde el punto de vista del dolo necesario para la apreciación del delito por el que fue condenado el recurrente, hemos de decir que aunque este dolo se deriva naturalmente del hecho del maltrato intencionado unido al conocimiento de la condición del agredido, cualquiera que fuese el móvil que llevó al agente a realizar la agresión, no puede estimarse que concurra siempre que de los hechos probados aparezca que existen motivaciones, causas o resentimientos personales que, de por sí, excluyan esa intención de lesionar, mediante el maltrato, aquel seguro y eficaz cumplimiento de las misiones encomendadas que se protege en la norma y que conlleva la exigencia del aludido respeto por todos a la fuerza armada. Y, como acabamos de decir, la sentencia impugnada recoge como probadas esas causas o resentimientos los hemos señalado más arriba que circunscriben la agresión a su verdadera dimensión de riña y ataque de un artillero a su compañero, con los resultados lesivos que se produjeron.

E, incluso, en relación a la antijuridicidad, la situación de riña o disputa en que se encontraban los implicados, compañeros de formación, excluye también, en cierta manera tal elemento del delito, porque, precisamente por ella, se colocaron ambos también la víctima ya que la agresión fue precedida de una mutua discusión dentro de esa formación fuera del ejercicio legítimo de sus funciones, en cuanto con su conducta traspasaron los límites de la legalidad, lo que es incompatible con el reproche penal que el tipo del maltrato a fuerza armada conlleva.

Conforme a lo dispuesto en el art. 902 de la LECrim., debemos dictar separadamente la sentencia que proceda con arreglo a derecho. Y esta segunda sentencia ha de dictarse, obvio es decirlo, dentro de los límites de la competencia que corresponde a la jurisdicción militar. El recurrente en sus conclusiones definitivas en el acto de la vista, y alternativamente a la petición de absolución que había formulado en sus provisionales, calificó los hechos como constitutivos de un delito de lesiones y solicitó para su patrocinado la pena de seis meses y un día de prisión. El Fiscal, por su parte, mantuvo su acusación por el delito militar que fue apreciado en la

sentencia. Nosotros no podemos ahora recoger la calificación de los hechos que formula la defensa porque carecemos de jurisdicción para condenar por un delito común, salvo en el supuesto del último inciso del número primero del art. 12 de la Ley de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, Orgánica 4/1987, de 15 de julio, que aquí no se da.

Y no es aplicable, ni aún por analogía, la doctrina que se mantiene en los casos en que, habiéndose producido la tramitación de un procedimiento militar por dos delitos conexos, uno militar y otro común, siendo principal el militar, sea absuelto el procesado, en la sentencia, de este último. Entonces la Sala de instancia debe efectivamente fallar sobre el delito común que, como conexo, se investigó en la causa y que, por tanto, fue objeto de acusación y debate, porque la regla del art. 14 de la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar de que, cuando se deje de conocer el delito principal militar, se dejara de conocer de los conexos que no sean de la competencia castrense, se refiere solo a los supuestos de sobreseimiento y no es, desde luego, trasladable al momento de dictarse sentencia, en el que ya no hay términos hábiles para la inhibición. Pero en el supuesto que contemplamos, aunque efectivamente estamos en el momento de dictar en casación segunda sentencia definitiva, es lo cierto que sobre el delito común de lesiones, que, ciertamente, no tiene carácter de conexo, no ha habido verdadera acusación, ni, como tal, ha sido investigado en el procedimiento, ni ha sido objeto de debate, sino solo como resultado lesivo integrante del de maltrato de obra a fuerza armada que sostuvo la acusación y por el que fue condenado. Y en cuanto a los eventuales efectos de cosa juzgada de nuestra sentencia absolutoria, en relación a dicha posible apreciación del delito de lesiones, debe en todo caso estimar o no su conocimiento, por lo que tal consideración no es obstáculo para la remisión a ella de los testimonios a que, seguidamente, vamos a aludir.

En consecuencia con todo lo dicho, nuestra segunda sentencia habrá de limitarse a absolver al recurrente del delito de maltrato de obra a fuerza armada por el que fue condenado en la instancia, y en nuestro fallo revocatorio ordenaremos la remisión de testimonios de todo lo actuado al órgano judicial ordinario competente, a los efectos que se estimen oportunos sobre el delito de lesiones que pueden constituir los hechos de autos.

JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández
Comandante Auditor.
Doctor en Derecho.

INDICE TEMATICO

I.—ENSEÑANZA.— Ingreso en los centros docentes militares de formación.— La regulación reglamentaria del pasado en modo alguno puede erigirse en pauta obligada de la regulación reglamentaria ulterior, so pena de privar a la Administración de la libertad de elegir las opciones reglamentarias que tenga por convenientes. Lo contrario sería la petrificación de la normativa reglamentaria, que no se puede confundir con la seguridad jurídica.— Tan solo los derechos adquiridos pueden, en su caso, ser tenidos en cuenta como límite a la hora de la modificación de las normas; mas en el régimen estatutario de las relaciones funcionariales es hoy criterio jurisprudencial totalmente consolidado el de que no existen derechos adquiridos del funcionario al mantenimiento de su régimen vigente en cada momento, sino que su estatus funcional (fuera del derecho a la función y a la retribución) será el que en cada momento se derive de su norma rectora, quedando ésta bajo la disponibilidad del legislador o del titular de la potestad reglamentaria (según el contenido afectado) a la que no puede oponerse como límite ni el interés del funcionario ni la normativa precedente.— No vulnera el principio de igualdad la no inclusión del título de licenciado en Ciencias Físicas entre los que habilitan para el ingreso en los Centros de Formación Militar para Ingenieros de los Ejércitos.

II.—DERECHOS PASIVOS DE LOS MUTILADOS.— El pase a la situación de retiro del personal acogido a la Ley 5/1976 pertenece a las facultades que el art. 103.3 de la Constitución atribuye al legislador y no puede entenderse lesivo del art. 23.2 de la Constitución.— No es acepta-

ble la pretensión de identificar a todos los componentes del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria con los que son víctimas del terrorismo.— Los miembros del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, al tratarse de funcionarios militares, se hallan comprendidos en el ámbito de las Clases Pasivas del Estado, por lo que no cabe la aplicación a los mismos de normativa relativa a prestaciones de la Seguridad Social.— Conformidad a Derecho del R.D. 210/1992, 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.

III.—JURISDICCION MILITAR.— Denegación de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 37, 27 y 47 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/89, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.— *Inexistencia, en el presente caso, de juicio de relevancia para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.*

IV.—RETRIBUCIONES.— Las condiciones particulares de determinados puestos de trabajo pueden retribuirse mediante complementos específicos singulares distintos del complemento específico por empleos. Es conforme a la legalidad el régimen retributivo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 4º del Decreto 359/89, de 7 de abril, en cuanto prevén que los complementos de destino y específico asignados a los Subtenientes sean superiores que los asignados a los Tenientes.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

V.—TRIENIOS.— A. *CALCULO DE SU VALOR.*— cómputo del tiempo de servicios desde el ingreso correspondientes al Servicio Militar obligatorio.— Existencia de tratamiento diferenciado en cuanto a los trienios para el personal de las Fuerzas Armadas respecto del personal civil.— El cálculo de los trienios ha de realizarse conforme al valor que tuvieran en el momento en que fueron perfeccionados y no con el valor que corresponda al empleo o graduación que se tiene en el momento en que se percibe.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

B. *COMPUTO.*— No puede confundirse el período de prácticas realizado después del ingreso en la Administración Pública con los estudios llevados a cabo en las Academias Militares antes de llegar a tener la condición de militar profesional. Los alumnos de las referidas Academias no pueden ser considerados como funcionarios en prácticas, pues la permanencia en aquéllas está orientada a conseguir la formación necesaria

para poder obtener la condición de funcionario militar. Por tanto, no es computable para el devengo de trienios el período de formación, concurrente con la prestación del servicio militar, en la Academia General Básica de Suboficiales.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

I. ENSEÑANZA

Ingreso en los centros docentes militares de formación.— La regulación reglamentaria del pasado en modo alguno puede erigirse en pauta obligada de la regulación reglamentaria ulterior, so pena de privar a la Administración de la libertad de elegir las opciones reglamentarias que tenga por convenientes. Lo contrario sería la petrificación de la normativa reglamentaria, que no se puede confundir con la seguridad jurídica.— Tan solo los derechos adquiridos pueden, en su caso, ser tenidos en cuenta como límite a la hora de la modificación de las normas; mas en el régimen estatutario de las relaciones funcionariales es hoy criterio jurisprudencial totalmente consolidado el de que no existen derechos adquiridos del funcionario al mantenimiento de su régimen vigente en cada momento, sino que su estatus funcional (fuera del derecho a la función y a la retribución) será el que en cada momento se derive de su norma rectora, quedando ésta bajo la disponibilidad del legislador o del titular de la potestad reglamentaria (según el contenido afectado) a la que no puede oponerse como límite ni el interés del funcionario ni la normativa precedente.— No vulnera el principio de igualdad la no inclusión del título de licenciado en Ciencias Físicas entre los que habilitan para el ingreso en los Centros de Formación Militar para Ingenieros de los Ejércitos.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 7.ª)

Sentencia de 26 de febrero de 1996.

Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Conde Martín de Hijas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— El Colegio Oficial de Físicos de España impugna el art. 15.1.d) del R.D. 562/1990, por el que se aprueba el Reglamento General de Ingreso en los Centros docentes militares de formación y de acceso a la condición de militar de empleo.

En una apretada síntesis de los motivos de impugnación, a los únicos efectos en este momento de definir globalmente el sentido del recurso, y en función de él de trazar el orden de nuestro estudio, se cifran aquellos en un triple orden de alegados vicios, de diferente significación: a) la pretendida vulneración de derechos adquiridos, a partir del dato de que en precedentes regulaciones reglamentarias los licenciados en físicas tenían acceso al ingreso en los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, posibilidad que el Real Decreto impugnado les cierra; b) la vulneración del principio de igualdad, al estar dotados los Físicos de los mismos conocimientos básicos, en función de los que a los Ingenieros y arquitectos civiles se les abre el acceso a los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos; c) la vulneración del art. 130.4 de la Ley de Procedimiento Administrativo, en relación con el art. 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales, refrendado por el art. 105.a) C.E., al haberse omitido la audiencia del Colegio recurrente en la elaboración del Real Decreto.

El carácter formal del tercero de los pretendidos vicios reclama que en su estudio se invierta el orden de proposición por el recurrente, pues es claro que la regularidad de la elaboración del Real Decreto debe ser elemento prioritario, solo a partir del cual puede, en su caso, entrarse a enjuiciar la validez de su contenido.

SEGUNDO.—Dando por sentado, (con la más moderna jurisprudencia de esta Sala, apartándose de jurisprudencia anterior, como acabamos de recordar en reciente sentencia de 11 de enero pasado recurso de casación 1036/91—), el carácter necesario de la audiencia regulada en el art. 130.4 de la L.P.A., esa misma jurisprudencia ha matizado tal exigencia, centrándola en exclusiva en relación con las entidades que, como dice el propio precepto, ‘por ley ostentan la representación o defensa de intereses de carácter general o corporativo’, habiéndose llegado así a diferenciar entre entidades de afiliación obligatoria y las que responden a un principio de libre asociación, para excluir que la exigencia del precepto legal referido pueda relacionarse con las últimas (sentencias, entre otras, de 21 de noviembre de 1990, de la Sala Especial del art. 61 de la L.O.P.J., de 5 de febrero de 1992, Sala 3ª, Sección 2a, de 6 de julio de 1992, de la Sala Especial del art. 61, de 27 de marzo de 1993, de la Sección 6ª, de 16 de junio de 1993, de la Sección 3, de 2 de noviembre de 1993, de la Sección 2ª, de 5 de abril de 1994, de la Sección 4ª, de 25 de mayo de 1995, de esta Sección 7ª, y la antes referida de 11 de enero de 1996).

En el caso actual nos encontramos con el hecho de que el Colegio recurrente, creado por L. 34/1976, no integra con carácter obligatorio a to-

dos los físicos, sino, como dice el art. 10 de dicha Ley, solo a los que “de- seen colegiarse en el mismo”, con lo que, al no ser una entidad de afiliación obligatoria, sino solo derivada de un principio de libre asociación, sería problemático el reconocimiento de la facultad de representación institucional a la que la citada jurisprudencia liga la necesidad de la audiencia corporativa en la elaboración de disposiciones generales.

Mas, aun obviando esa caracterización subjetiva, y aun aceptando que se le pueda reconocer al colegio recurrente, en relación con la profesión de físicos, la representación institucional que se arroga y desde la que reclama la necesidad de su audiencia en la elaboración de la norma que impugna, para lo que invoca el art. 2.2 de la Ley de Colegios Profesionales (L. 2/1974, modificada por la L. 74/1978), la cuestión se centra en determinar la objetividad del Real Decreto, así como si su contenido se relaciona con el de las materias a las que se refiere el art. 2.2 citado. Tales materias son las “que se refieren a las condiciones generales de las funciones profesionales, entre las que figurarán el ámbito, los títulos oficiales requeridos, el régimen de incompatibilidades con otras profesiones y el de honorarios cuando se rijan por tarifas o aranceles.

El precepto impugnado en este proceso no tiene relación con una regulación de las “condiciones generales de las funciones profesionales de los físicos, que sería, en su caso, el marco de encuadramiento posible de la audiencia en el art. 2.2 citado, pues regula los títulos de acceso a una profesión distinta, cual la de Ingeniero de los Ejércitos, por lo que no puede encontrarse en el precepto aludido la base normativa imprescindible sobre la que asentar la exigencia del informe, cuya omisión se denuncia por el Colegio recurrente.

Su interés en que se incluya la titulación de licenciado o doctor en Ciencias Físicas entre las que permitan el acceso a las pruebas de ingreso en los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos no es de por sí bastante, para justificar que el Colegio de Físicos debiera ser oído en la elaboración del Real Decreto que impugna, y el no haberlo sido no vicia la regularidad formal de éste.

Se debe así desestimar el motivo impugnatorio analizado.

TERCERO.— Los otros dos motivos, de los sintetizados al principio, tienen ya que ver con el contenido material del Real Decreto, y desembocan en la pretensión, formulada en el suplico de la demanda, de que “se declare no ser conforme a Derecho el art. 15.1.d, del R.D. citado, dando nueva redacción al mismo en la que se incluya a los Licenciados en

Ciencias Físicas, como título suficiente para tomar parte en las convocatorias de ingreso en el Cuerpo de Ingenieros del Ejército”.

Se trata de pretensión en cierto sentido análoga a la que desestimamos en sentencia de esta misma Sección de 1 5 de julio de 1994 (Recurso 2832/1992), dictada en recurso interpuesto contra el R.D. 1258/1991, en concreto contra su Disposición Adicional, en el que el motivo de impugnación, basado, como ahora, en la alegada vulneración del principio de igualdad, se cifraba, como aquí, en la no inclusión, como títulos habilitantes para el ingreso en los Centros docentes militares, de los de licenciado en Ciencias Químicas y en Ciencias Físicas.

Decíamos entonces, y por exigencias de unidad de doctrina hemos de reiterarlo ahora, que «en ningún caso sería admisible la pretensión de que la Jurisdicción condene a la Administración a dar un contenido determinado a la disposición ... recurrida, como se pretende en el suplico de demanda, sino que tan solo cabría, en su caso, la declaración de nulidad pretendida, si, en efecto, la disposición impugnada colisionase con normas *de rango superior del ordenamiento jurídico*, lo que nos obliga a restringir nuestro posible fallo en exclusiva a esa alegada nulidad.

En cuanto a ésta, [continúa la cita y la reiteración aquí de su doctrina] debe señalarse que propiamente no se cuestiona ningún contenido de la norma recurrida, sino solo la inexistencia de un contenido que los recurrentes [el colegio recurrente aquí] echan en falta; ésto es, no se recurre el R.D. por lo que dice, sino por lo que no dice, de modo que el contenido ausente, para que la omisión del mismo pueda erigirse en vicio de nulidad de la norma impugnada, debe encontrarse previamente en una norma de rango suficiente desde la que se vincule a la Administración a incluirlo en el R.D., siendo así ésta la obligada perspectiva de análisis».

CUARTO.— Afrontando ya en concreto el enjuiciamiento de los dos motivos impugnatorios relacionados con el contenido del Real Decreto, el primero de ellos, referido a la posible vulneración de derechos adquiridos, parte de la situación anterior al Real Decreto, en la que, según la normativa a la sazón vigente, el título de licenciado en Ciencias Físicas se incluía entre los que permitían participar en las pruebas selectivas de acceso directo a los Cuerpos de Ingenieros militares, y se concreta la lesión de los derechos adquiridos en los de (F.D. VI) «los integrantes de las Escalas de Complemento de Ingenieros y de la Armada (licenciados en Ciencias Físicas) que, a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, no podrán tomar parte en las convocatorias para promoción interna e ingreso en el

Cuerpo Superior de Ingenieros de los Ejércitos, al no poseer alguno de los títulos que cita el art. 15».

No es aceptable la alegada violación de derechos adquiridos. En primer lugar, el dato de que en anteriores regulaciones reglamentarias se permitiese a los licenciados en Ciencias Físicas el acceso a los Cuerpos de Ingenieros militares, más allá de su simple constatación, no es factor determinante para que el nuevo Reglamento deba atenerse a idéntico criterio. Como ya dijimos ante alegación similar en la sentencia de precedente cita, «la regulación reglamentaria del pasado en modo alguno puede erigirse en pauta obligada de la regulación reglamentaria ulterior, so pena de privar a la Administración de la libertad de elegir las opciones reglamentarias que tenga por conveniente. Lo contrario sería la petrificación de la normativa reglamentaria, que no se puede confundir con la seguridad jurídica».

Y en segundo lugar, el hecho de que los integrantes de las Escalas de Complemento de Ingenieros en el pasado, con arreglo a la normativa a la sazón vigente, pudieran tomar parte en las convocatorias de promoción interna para el ingreso en el Cuerpo de Ingenieros de los Ejércitos, no constituye en sentido propio ningún derecho adquirido, sino una simple expectativa en el marco de aquella legislación, expectativa ligada a la permanencia de esa legislación; pero que en modo alguno puede convertirse en límite legal para el cambio de tal normativa.

Es sabido que el funcionario público se encuentra en una situación estatutaria, definida por las normas en cada momento vigentes, que puede cambiar al compás del cambio de éstas, sin que pueda oponer a ese cambio las expectativas surgidas en el marco de la legislación precedente.

Volviendo a la sentencia de reiterada cita, debemos repetir aquí que «cualquier reforma normativa incide en un mundo de expectativas norma precedente, que por el hecho de la reforma ese es un efecto inevitable de la dinámica del cambio de normas. Tan solo los derechos adquiridos pueden, en su caso, ser tenidos en cuenta como límite a la hora de la modificación de las normas; mas en el régimen estatutario de las relaciones funcionariales es hoy criterio jurisprudencial totalmente consolidado el de que no existen derechos adquiridos del funcionario al mantenimiento de su régimen vigente en cada momento, sino que su estatus funcional (fuera del derecho a la función y a la retribución) será el que en cada momento se derive de su norma rectora, quedando ésta bajo la disponibilidad del legislador o del titular de la potestad reglamentaria (según el contenido afectado), a la que no puede oponerse como límite ni el interés del

funcionario ni la normativa precedente. Por ello el que durante años vi-
nieran considerándose los títulos de Licenciado en Ciencias Químicas y
Físicas como idóneos para ingresar en el Cuerpo de Ingenieros de la
Armada [de los Ejércitos en este caso], carece de transcendencia jurídica
en orden a fijar cuáles deben ser en la normativa ulterior los títulos idóneos
para ese mismo fin».

Ha de rechazarse así la alegada vulneración de derechos adquiridos.

QUINTO.— El tercero de los motivos de impugnación es el alusivo a
la alegada vulneración del principio de igualdad, al estar dotados los
Físicos, en tesis de su Colegio, de los mismos conocimientos básicos, en
función de los que a los ingenieros y arquitectos civiles se les abre el ac-
ceso a los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, por lo que debe ser
considerada ilegal aquella norma que excluye a aquellos por el hecho de
no tener su título la denominación de Ingeniero. La tesis de la parte es la
de que se discrimina a unos titulados superiores con una formación cientí-
fica común, con respecto a otros, que sí pueden tomar parte en las convo-
catorias de ingreso.

Lo primero a observar respecto a ese planteamiento es que el recu-
rrente parte de la idea de exclusión de los Físicos de un determinado
elenco de títulos, lo que ya de por sí implica una cierta distorsión del
significado de la norma impugnada, distorsión consistente en que se es-
tablece como dato, a efectos de la aplicación del principio de igualdad,
lo que en rigor es cuestión: la de si es obligada la equiparación del título
de licenciado en Ciencias Físicas al objeto pretendido. El precepto re-
glamentario no excluye título alguno, cuando enuncia los títulos habili-
tantes.

La no inclusión no equivale lógicamente a la exclusión, en la que se
parte de una inclusión previa.

Desde la perspectiva del principio de igualdad no basta con el dato
del tratamiento diferencial, aquí discutible, sino que es necesario estable-
cer la razón del tratamiento igual reclamado, lo que impone la necesidad
de establecer previamente la igualdad entre los diferentes supuestos de la
realidad para los que se reclama un tratamiento igual en la norma.

En el caso actual la parte ha buscado el elemento de igualdad en un
pretendido núcleo común de conocimientos a las carreras civiles de inge-
niería y arquitectura y el de la licenciatura en ciencias físicas, que, en su
criterio, vendría avalado por el dato histórico de la existencia de licencia-
dos en ciencias químicas y físicas entre los distintos Cuerpos de
Ingenieros.

No estimamos que la selección del criterio de equiparación sea aceptable.

Es cierto que entre las diferentes carreras civiles de ingeniería y arquitectura puede existir el elemento común que la parte propone; pero no lo es menos que el significado de las ciencias físicas y matemáticas en las carreras de ingeniería es el de una base para la aplicación técnica de las mismas, siendo la vertiente de ciencia aplicada y no de ciencia base un perfil diferencial claramente constatable a la hora de comparar las carreras de ingeniería y la de Ciencias Físicas.

Ello sentado, no parece objetable de principio que la hora de seleccionar entre los títulos civiles los habilitantes para el acceso a los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, la Administración limite la selección a solo los diversos títulos de Ingeniería y Arquitectura, y no por una simple similitud nominal, sino en su parigual condición de títulos expresivos de un conocimiento superior desde la vertiente aplicativa de unas determinadas ciencias de base.

No consideramos así criterio arbitrario de selección el que puede re-conducirse sin violencia a la distinción profesional de ciencia base—profesional de ciencia aplicada.

No parece tampoco arbitrario el apartamiento de un precedente histórico en esa selección, pues el que en el pasado, para la recluta de los profesionales de la Ingeniería militar, se diese entrada a los licenciados en ciencias físicas, y ahora no, puede tener una explicación sociológica clara, partiendo de la base de la mayor o menor disponibilidad de los ingenieros civiles a acceder a la función militar, a su vez relacionada con la mayor o menor disponibilidad de puestos de trabajo de esos ingenieros en su función civil genuina.

Sobre la base de una situación de suficientes oportunidades de empleo de los Ingenieros y Arquitectos en sus carreras civiles de origen, decrece el interés para acceder a las funciones de Ingenieros militares, lo que explica que para la recluta de éstos pueda ampliarse el círculo de títulos civiles habilitantes, extendiéndolo a los títulos de científicos de ciencias base.

Mas si las oportunidades de empleo en las propias carreras civiles de ingenieros y arquitectos decrecen, puede entenderse que exista una mayor disponibilidad de sus titulares a ocuparse en las tareas de la Ingeniería militar, que tendría así una base suficiente de extracción entre aquellos solos profesionales, sin necesidad por tanto de acudir a los títulos de científicos de base.

Entendemos por tanto que el criterio selectivo seguido en el art. 15.1.d) del R.D. 562/1990 es de por sí razonable, se apoya en una base objetiva y no implica ninguna discriminación respecto a los licenciados en Ciencias Físicas.

Por otra parte no existe en la Ley 17/1989 base alguna sobre la cual, al referirse a los cometidos de los diferentes Cuerpos de Ingenieros o a los títulos para el ingreso en ellos, pueda entenderse establecido el criterio de igualación de titulaciones que el recurrente propone.

El art. 44.2 de dicha Ley dispone que «para el ingreso en los centros docentes de formación de las Escalas de los Cuerpos de Intendencia y de Ingenieros de los Ejércitos y de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas y de determinadas especialidades fundamentales de los Cuerpos de Especialistas de los Ejércitos que exigirán los títulos del sistema educativo general que reglamentariamente se determinen, teniendo en cuenta las equivalencias señaladas en el art. 33 de esta Ley y los cometidos del Cuerpo y Escala a los que tendrán acceso».

Se parte, pues, de una remisión desde la Ley al Reglamento para la determinación de los títulos, en la que a este solo se le fijan dos límites: a) las equivalencias señaladas en el art. 33 de esta Ley; y b) los cometidos del Cuerpo o Escala a que tendrán acceso.

Tales límites obligan a detener nuestra atención en los preceptos legales correspondientes, para ver si en ellos puede encontrarse asidero a la asimilación de títulos de que parte el recurrente, y que por no haber sido atendida en el Reglamento impugnado, en tesis del recurrente, lo vicia de ilegalidad.

El art. 33.2 de la Ley 17/1989, aludido en el 44.2 dispone que «Cuando el sistema educativo general proporcione las titulaciones requeridas para el acceso a las Escalas militares, la estructura docente del Ministerio de Defensa complementará la formación técnica acreditada con el título exigido para el ingreso con la específica necesaria para el ejercicio de los cometidos del Cuerpo y Escala correspondientes e impartirá la formación militar necesaria».

El precepto prevé el complemento de formación específica respecto de la acreditada por el título civil; pero no puede encontrarse en él ningún elemento válido que nos ayude a identificar cuál pueda ser la titulación requerida para el acceso a las Escalas militares, para, en función de él, poder decidir el problema que nos ocupa, de si una determinada titulación civil (la de licenciado en Ciencias Físicas en este caso) debe incluirse o no entre las seleccionadas.

El segundo de los factores limitativos del Real Decreto, es el alusivo a los cometidos del Cuerpo o escala a que tendrán acceso los llamados a los de Ingenieros de los Ejércitos. Esos cometidos se describen en los arts. 16, 21 y 25 de la Ley 17/89, respectivamente alusivos a Cuerpo de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra, al Cuerpo de Ingenieros de la Armada, y al Cuerpo de Ingenieros del Ejército del Aire. En fórmula común, aunque circunscrita respectivamente a cada uno de los tres ejércitos, esos cometidos se describen como los de «asesoramiento, aplicación, estudio e investigación en materias técnicas propias de sus especialidades».

La idea de “materias técnicas propias de sus especialidades”, no permite transcender esas especialidades que conforman cada profesión, para referirlas a las ciencias de base cursadas en la carrera, para de ese modo relacionar los cometidos profesionales así definidos, con los de los profesionales, no ingenieros de los Ejércitos, que lo sean de aquellas ciencias de base.

Los términos “sus especialidades”, alude claramente a las de la profesión de ingenieros de los Ejércitos, y si bien a la postre la definición de cometidos puede adolecer en un cierto grado de tautología, no por ello puede distorsionarse el sentido, para incluir en esas “sus especialidades” lo que no son tales, sino, en su caso, cometidos de científicos de ciencias de base, y no de profesionales de ciencias aplicadas.

No encontramos, pues, tampoco en estos preceptos elemento admisible, en función del cual pueda entenderse razonablemente que la L. 17/89 contuviera una exigencia implícita de equiparación de los títulos de licenciados en Ciencias Físicas con la de las distintas ingeniería y arquitectura civiles, a los efectos del ingreso a los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos, y cuya equiparación vincule al Reglamento, y establezca la base de una tacha de ilegalidad de éste, si introduce distinciones donde la ley no distingue.

Hemos de concluir en suma que ni la titulación de licenciado en Ciencias Físicas es de por sí equiparable a las de las distintas Ingenierías y Arquitectura Civiles, ni en la Ley 17/89 existe esa equiparación, faltando así el elemento en función del cual pudiera aceptarse la tacha de ilegalidad que propone la parte recurre

Se impone por tanto el rechazo de este tercer y último motivo de impugnación del Real Decreto, y por ende la destimación del recurso.

SEXTO.— No se aprecian motivos que justifiquen una especial imposición de costas.

II. DERECHOS PASIVOS DE LOS MUTILADOS

El pase a la situación de retiro del personal acogido a la Ley 5/1976 pertenece a las facultades que el art. 103.3 de la Constitución atribuye al legislador y no puede entenderse lesivo del art. 23.2 de la Constitución.— No es aceptable la pretensión de identificar a todos los componentes del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria con los que son víctimas del terrorismo.— Los miembros del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, al tratarse de funcionarios militares, se hallan comprendidos en el ámbito de las Clases Pasivas del Estado, por lo que no cabe la aplicación a los mismos de normativa relativa a prestaciones de la Seguridad Social.— Conformidad a Derecho del R.D. 210/1992, 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.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 7.ª)

Sentencia de 29 de marzo de 1996.

Ponente: Excmo. Sr. D. Gustavo Lescure Martín.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Debe señalarse, en primer lugar, que la entidad actora ha subsanado el defecto que le fue puesto de manifiesto mediante providencia de 25 de octubre de 1995, toda vez que ha acreditado que la Asamblea General Ordinaria, órgano soberano de la Asociación, a la que corresponde, entre otros, la competencia sobre aquellos asuntos que por su importancia deban ser tratados por la Asamblea General, fue informada por el Presidente de la Asociación, en sesión celebrada el 25 de abril de 1992, sobre la posible interposición de recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 210/1992, siendo todas las intervenciones de los asistentes de apoyo a la interposición del recurso. No existe, pues, obstáculo para entrar a conocer del mismo.

SEGUNDO.— La Asociación Cultural de inválidos Militares de España recurre el Real Decreto 210/1992, 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.

Dicho Real Decreto encuentra cobertura en las siguientes disposiciones legales:

De un lado, la *Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*, que después de establecer en sus apartados 1 y 3, respectivamente, que a la entrada en vigor de la Ley (1 de enero de 1990, según su Disposición Final Décima) queda declarado a extinguir el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y que al año de dicha entrada en vigor todos sus miembros pasarán a retirado, con excepción de los Oficiales Generales que pasarán a la situación de segunda reserva, dispone en el apartado 4 que “Reglamentariamente se determinarán, teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas y dentro de los créditos presupuestarios, los derechos pasivos del personal proveniente del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria de tal forma que su cuantía sea, al menos, igual a las retribuciones anuales que vinieran percibiendo en su situación anterior y manteniendo el régimen de compatibilidad regulado en el art. 10 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo”, añadiendo en el apartado 5 que “Lo previsto en los anteriores apartados de esta disposición será igualmente de aplicación al personal perteneciente al Cuerpo de Inválidos militares no integrado en el Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y al personal perteneciente a la Sección de Inútiles para el Servicio.”.

De otro lado, la *Disposición Transitoria sexta de la ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991*, que prorroga hasta el 1 de enero de 1992 el plazo previsto en el apartado 3 de la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, para el pase a retirado del personal acogido a la Ley 5/1976, de 11 de marzo, de Mutilados de Guerra por la Patria, y establece, en su 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 de 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.”.

TERCERO.— La entidad actora contrae exclusivamente su impugnación, y así lo expresa en el suplico de la demanda, a las regias segunda y tercera del apartado 3 del art. 60 del Real Decreto 210/1992, solicitando se declare su nulidad de pleno derecho.

En el art. 60 regula el Real Decreto impugnado los que denomina “Derechos pasivos garantizados”, estableciendo en su apartado 3, entre otras, las regias impugnadas que son del siguiente tenor literal”

“Segunda.— El importe del señalamiento inicial de la pensión de retiro reconocida, siempre que no sea originada a consecuencia de acto terrorista, estará afectado por las normas que establecen y regulan el límite máximo de percepción establecido para las pensiones públicas. En consecuencia, antes de proceder a su abono, dicha pensión se reducirá, en su caso, en la cuantía necesaria para que no supere el indicado límite, ya se perciba sola o en concurrencia con otras pensiones públicas.”.

“Tercera.— Si la cuantía de la pensión que resulte abonable conforme a la regla precedente fuera inferior en cómputo anual al importe de las retribuciones, que figuran en el señalamiento inicial, se abonará un complemento por la diferencia, distribuido en catorce pagas al año. Este complemento no tendrá carácter consolidable, siendo absorbible por cualquier incremento que puedan experimentar las pensiones públicas que perciba el interesado, así como por los nuevos reconocimientos de pensiones a que pudieran tener derecho.”.

CUARTO.— Alega la Asociación actora la inconstitucionalidad de la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, de 19 de julio, en cuanto establece el pase a retirado del personal a que se refiere, por entender que vulnera los arts. 9.3, 23.2 y 33.3 de la Constitución, al no respetarse los derechos adquiridos de dicho personal, ya que “se les priva del modo más absoluto de la continuidad en el desempeño de sus funciones propias de su carrera militar, puesto que de inmediato han de pasar a la situación de retirado, o segunda reserva los oficiales generales, cesando, por tanto, en las respectivas funciones que venían desempeñando” y los menores de 65 años pertenecientes al Cuerpo de Mutilados “han visto cercenados los ascensos que les hubieran podido corresponder y los cambios de grupo que se hubieran generado de haber estado hasta los 65 años en activo. Cambios de grupo que llevarían consigo una mayor cuantía en el señalamiento de pensiones”, habiéndose ello producido sin causa justificada, pues “lo que se desprende del contenido de la Ley 17/89 es una intención clara de hacer desaparecer el Cuerpo de Mutilados sin respetar los derechos que tenían adquiridos”, y conculcándose el principio de seguridad jurídica, ya que “se ha llevado a cabo la liquidación de un Cuerpo con total inobservancia de las reglas que permiten esperar el respeto a la seguridad jurídica por parte de la Administración.”.

Esta argumentación no podría justificar el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que implícitamente persigue la demandante, pues, en primer lugar, el pase a la situación de retiro del personal acogido a la Ley 5/1976, por disposición expresa de la Ley, fundada en las características que concurren en dicho personal, pertenece a las facultades que el art. 103.3 de la Constitución atribuye al legislador y no puede entenderse lesiva del art. 23.2 de la Carta Magna. Tampoco cabe hablar de expropiación de derechos ni, por consiguiente, de vulneración del art. 33.3 del Texto Constitucional, pues la posibilidad de ocupar en algunos casos destinos militares, permanecer en situación de actividad hasta los 65 años de edad u obtener determinados ascensos, no constituyen derechos ciertos y actuales, sino meras expectativas; como señala el Abogado del Estado, los únicos derechos a proteger son los que expresamente tiene en cuenta la norma legal cuestionada, esto es, el respeto al montante anual de las retribuciones que venían percibiendo en la situación anterior, el mantenimiento del régimen especial de compatibilidad previsto en el art. 10 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo, y los beneficios y prerrogativas de carácter honorífico anteriormente reconocidos por dicha Ley. Por último, no existe infracción del principio de seguridad jurídica, puesto que, tanto en la Ley 17/1989 como en el Real Decreto impugnado, se han observado escrupulosamente las garantías procedimentales exigidas para la elaboración de las disposiciones generales según su respectivo rango, siendo este último desarrollo de la citada Disposición Final sexta. 4 y 5, de la Ley referida, que lo exceptúa de la reserva de Ley establecida en la materia por el art. 5 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Clases Pasivas del Estado.

QUINTO.— Sostiene la recurrente que el Real Decreto impugnado ha desbordado el ámbito habilitante establecido en la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, pues del mandato legal se deducía que el legislador ha tratado de respetar todos los derechos económicos de los Mutilados por la Patria, a lo que no se ha atendido la norma reglamentaria al otorgar un trato diferente a las víctimas del terrorismo respecto a los que no lo han sido, quedando exentas las primeras del límite de cuantía máxima de percepción de pensión establecido en las diferentes Leyes de Presupuestos Generales del Estado, mientras que los segundos no resultan beneficiados por tal exención, a pesar de que los Mutilados no se hallan incluidos en el ámbito personal de aplicación del Real Decreto Legislativo 670/1987, según se desprende de su Preámbulo, pues “si se hubiera visto afectado el Cuerpo de Mutilados por el Real Decreto

670/1987, su consideración en el mismo hubiera sido idéntica a las que tuvieron las víctimas del terrorismo”.

La alegación no puede ser aceptada, pues la propia Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, en su apartado 4, establece que los derechos pasivos de los Mutilados de Guerra por la Patria se reglamentarán “teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas”, y es dicha legislación, y no el Real Decreto impugnado, la que previene la diferencia de regulación legal entre las pensiones derivadas de acciones terroristas y las que no lo son, disponiendo al respecto el art. 50.2 del Real Decreto Legislativo 670/1987, que constituye la normativa a aplicar, que “Las pensiones extraordinarias originadas en acto de terrorismo no estarán sujetas a las normas limitativas a que se refiere el número 3 del precedente art. 27”, excepción que ya figuraba en el art. 31.5 de la Ley 21/1986, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1987 y que viene siendo reproducida en las sucesivas Leyes de Presupuestos. Y no es obstáculo a ello el hecho de que el Cuerpo de Mutilados no figurase en principio incluido en el ámbito de aplicación del citado Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, pues si bien en el momento de su entrada en vigor los miembros de dicho Cuerpo permanecían todavía en situación asimilada a la de actividad, por lo que no podían estar sometidos a las previsiones de dicho Texto Refundido de Clases Pasivas, una vez que pasaron a la situación de retiro en virtud de la citada Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, les es de aplicación el mencionado Real Decreto Legislativo, como establece el art. 3 del Real Decreto 210/1992, precepto este que no es objeto de impugnación.

Por lo demás, no es aceptable la pretensión de identificar a todos los componentes del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria con los que son víctimas del terrorismo, pues, como acertadamente señala el Abogado del Estado, no son equiparables las acciones de guerra o los actos de servicio, en los que se han producido la mayoría de las lesiones determinantes del ingreso en el Cuerpo, a los atentados terroristas, siendo por ello tan sólo a las pensiones de quienes hayan sido víctimas de acciones terroristas a las que ha de aplicarse la especial protección prevista en la legislación de Clases Pasivas, sin que ello suponga vulneración del principio de igualdad consagrado en el art. 14 de la Constitución.

SEXTO.— Alega también la recurrente que en el Real Decreto impugnado “no se ha tenido en cuenta el sistema de indemnización que para los menores de 65 años se contempla en la Disposición Transitoria quinta de la Ley 50/84, de 30 de diciembre”.

Tampoco puede tener éxito esta alegación, pues la indemnización que se reclama no sólo es ajena al contenido de las dos concretas disposiciones del Real Decreto 210/1992 que se impugnan, sino también al objeto de dicho texto reglamentario, limitado a la regulación de los derechos pasivos del personal afectado por la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, toda vez que aquella indemnización no forma parte de tales derechos pasivos, sino que se trata de una percepción concedida por el legislador por una sólo vez en consideración a la reducción de la edad de jubilación y "en concepto de ayuda a la adaptación de las economías individuales a la nueva situación."

A mayor abundamiento la Disposición Transitoria quinta de la Ley 50/1984 no es aplicable a los Mutilados de Guerra por la Patria que han pasado a la situación de retiro el 1 de enero de 1992, esto es, después del plazo de cinco años a que se refiere la misma y además no a causa de la anticipación de la edad de jubilación establecida por la Ley 30/1984, de 2 de agosto, sino en virtud de lo dispuesto para la Ley 17/1989. Y sí lo que se pretende es que se siga el criterio que inspiró aquella disposición transitoria, tendría que haberlo dispuesto así el legislador, lo que no ha hecho, por lo que la omisión denunciada no puede erigirse en vicio de nulidad del Real Decreto impugnado al no existir una norma de rango suficiente que vincule a la Administración a incluir en la disposición reglamentaria la ayuda económica pretendida.

SÉPTIMO.— Se aduce en la demanda que en el Real Decreto 210/1992 no han sido equiparados los mutilados absolutos a los incapacitados de gran invalidez a los efectos de concesión de los beneficios previstos en los Reales Decretos 6/1993 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y 7/1993 del Ministerio para las Administraciones Públicas, lo que la recurrente considera discriminatorio, destacando que los mutilados absolutos del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria y del Cuerpo de Inválidos Militares necesitan la asistencia de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida.

Tampoco esta alegación guarda relación con el contenido y finalidad de las dos disposiciones reglamentarias que se impugnan, que no tratan de fijar las pensiones procedentes, sino que se orientan a establecer la cuantía mínima de los "derechos pasivos garantizados".

Por otra parte, no cabe calificar de discriminatorio al Real Decreto 210/1992, cuando el término de comparación que se utiliza para ello es de fecha posterior —RR.DD. 6/1993 y 7/1993—, pues según tiene declarado el Tribunal Constitucional, la desigualdad "sólo puede pretenderse en re-

lación con decisiones o criterios sentados con anterioridad, pero no con los que puedan producirse en el futuro" (S.S.T.C. 188/87 y 242/92). A mayor abundamiento, como señala el Abogado del Estado, los miembros del Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, al tratarse de funcionarios militares, se hallan comprendidos en el ámbito de las Clases Pasivas del Estado, por lo que no cabe la aplicación a los mismos de normativa relativa a las prestaciones de la Seguridad Social, a las que se refiere el Real Decreto 6/1993, de 8 de enero, ni a las pensiones de la Mutualidad Nacional de Previsión de la Administración Local, sobre las que versa el Real Decreto 7/1993, de 8 de enero, no existiendo en la legislación de Clases Pasivas otros grados de invalidez que la incapacidad permanente o inutilidad, ya sea contraída en acto de servicio o sin relación con el mismo y generadora, por tanto, de pensión extraordinaria u ordinaria, razones por las que, al haber sido los miembros de los Cuerpos de Mutilados y de Inválidos Militares expresamente declarados retirados por incapacidad permanente o inutilidad para el servicio producidas en acto de servicio o como consecuencia del mismo —art. 4º Real Decreto 210/92—, concediéndoseles, en consecuencia, pensión extraordinaria, no ha lugar a la pretendida equiparación con los afectados de gran invalidez según las normas de la Seguridad Social.

OCTAVO.— Tampoco puede prosperar la impugnación de la regia tercera del apartado 3 del art. 6º del Real Decreto impugnado, por declarar absorbible sin restricciones el complemento personal transitorio que establece, pues en el demanda no se señala ningún precepto que imponga, como se pretende, la absorción únicamente en el 50 por 100 del incremento que experimente la pensión.

NOVENO.— Denuncia la recurrente que en el Real Decreto 210/1992 "no se contempla la exención del I.R.P.F. de las pensiones públicas de un determinado número de Caballeros Mutilados que perciben de otros Organismos y que son concurrentes para la minoración de las pensiones iniciales señaladas por el Ministerio de Defensa."

La alegación está fuera de lugar, pues, como ya se ha dicho, el Real Decreto impugnado tiene como objeto exclusivo, conforme al mandato contenido en la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, la regulación de los derechos pasivos militares generados por el retiro del personal afectado por dicha Disposición Final, por lo que no puede extenderse a disciplinar pensiones reconocidas por otros Organismos ajenos al Ministerio de Defensa, ni mucho menos a regular el tratamiento tributario de ninguna clase de pensiones.

DÉCIMO.— Igual rechazó merece la vulneración del principio de reserva de Ley que la recurrente considera haberse producido como consecuencia de lo anteriormente alegado, ya que “el Real Decreto 210/1992 no puede ampararse en lo establecido en la Disposición Final sexta de la Ley 17/89, de 19 de julio, puesto que no se ha ajustado a los límites establecidos por ella”, pues contrariamente a lo que se afirma en la demanda, el Real Decreto se ajusta exactamente al marco habilitante de la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, ya que, una vez declarados en situación de retiro los componentes de los Cuerpos de Mutilados de Guerra por la Patria y de Inválidos Militares, así como los de la Sección de Inútiles para el Servicio, ha regulado las pensiones que deben reconocérselos “teniendo en cuenta la legislación de clases pasivas” (Título I del Real Decreto Legislativo 670/1987, según previene su art. 3.1.a)), ha adoptado las previsiones necesarias para que la cuantía de las pensiones no sea inferior “a las retribuciones anuales que vinieran percibiendo en su situación anterior”, y ha mantenido “el régimen de compatibilidad regulado en el art. 10 de la Ley 5/1976, de 11 de marzo”, exigencias todas ellas impuestas en el mandato legal.

UNDÉCIMO.— Tampoco existe infracción del principio de reserva de Ley por afectar el Real Decreto impugnado al régimen estatutario de los funcionarios públicos, según alega la recurrente, pues el cambio de estatatus” no se ha producido como consecuencia de la regulación reglamentaria recurrida, sino en virtud de lo establecido en la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989 y en la Disposición Transitoria sexta de la Ley 31/1990, limitándose el Real Decreto cuestionado a regular los derechos pasivos del personal afectado por dichas Disposiciones con arreglo a lo previsto en las mismas, sin que pueda ponerse en duda el rango normativo de tal regulación reglamentaria, pues, como señala el dictamen del Consejo de Estado, la Disposición Final sexta. 4 de la Ley 17/1989 introduce una excepción a la reserva de Ley establecida en la materia por el art. 5 del Real Decreto Legislativo 670/1987.

DUODÉCIMO.— Se alega también en la demanda que “en el Real Decreto no se contempla el mantenimiento de las diferentes pensiones de mutilación” que, según el grado de mutilación, eran reconocidas a los componentes del Benemérito Cuerpo, lo que, a juicio de la demandante, “provoca una grave discriminación entre las personas absolutamente incapacitadas para la vida ordinaria y aquéllas ue pese a sus limitaciones necesitan de menor protección”.

Tampoco merece favorable acogida esta alegación, pues la “pensión de mutilación”, a que la demandante se refiere, era uno de los conceptos que

integraban los emolumentos que percibían los Mutilados en su anterior situación, asimilada, como ya se ha dicho, a la de actividad. Tales emolumentos, correspondientes a dicha situación no pasiva, se hallaban integrados, fundamentalmente, por las retribuciones básicas y complementarias correspondientes al empleo y, en su caso, al destino, y por una pensión de mutilación, no de Clases Pasivas, de carácter indemnizatorio de las lesiones o limitaciones sufridas por el interesado. Por consiguiente, estos dos conceptos retributivos, correspondientes a la remuneración de los Mutilados en situación asimilada a la de actividad, deben ser sustituidos por la pensión de Clases Pasivas originada por el pase a la situación de retiro, pero la anterior “pensión de mutilación” no resulta inopcrante a los efectos pasivos que se pretenden, pues es tenida en cuenta para determinar la cuantía de las retribuciones percibidas por el interesado en el mes de diciembre de 1990, en cómputo anual, como derecho pasivo mínimo garantizado a reconocer, sin que, como ha quedado expuesto con anterioridad, pueda atribuirse al Real Decreto impugnado el límite de percepción impuesto a las pensiones no originadas a consecuencia de actos de terrorismo.

DECIMOTERCERO.— No puede prosperar la pretendida discriminación de las Clases de Tropa del Cuerpo de Mutilados acogidos a la Ley 5/1976, respecto a los excombatientes mutilados de la zona republicana acogidos a la Ley 35/1980, cuyos haberes, según la Asociación actora, “han sido muy superiores a los que el Real Decreto concede a los Mutilados de Guerra por la Patria, sin que exista ninguna razón objetiva y razonable para que tal discriminación prevalezca.”

Nuevamente hay que señalar que las reglas segunda y tercera del art. 6º.3 del Real Decreto 210/1992, que son el objeto exclusivo de este proceso, no tratan de fijar la cuantía de las pensiones que correspondan a los miembros del Cuerpo de Mutilados, sino que sus previsiones hacen relación a la determinación de los derechos pasivos mínimos garantizados.

En cualquier caso, para que se pudiera apreciar la discriminación alegada sería necesario que la comparación se estableciera entre situaciones idénticas, esto es, entre excombatientes de la Guerra Civil, de una y otra zona, cuyas mutilaciones tengan su origen en dicha Guerra. Pues bien, planteada así la cuestión, la discriminación no existe, pues la Ley 35/1980, de 26 de junio, sobre pensiones a los mutilados excombatientes de la zona republicana en la Guerra Civil, establece en su Disposición Adicional 4ª que los mutilados y los inutilizados por lesiones originadas en la Guerra Civil, 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 exista”, compensación que al formar parte, en su caso, de la retribución percibida en diciembre de 1990, habrá sido tenida en cuenta en la fijación de los derechos pasivos garantizados.

DECIMOCUARTO.— Por último, alega la recurrente que la prórroga que establece la Disposición Transitoria sexta de la Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991, no es ajustada a Derecho toda vez que mediante tal disposición se conculcan los derechos que durante el periodo de un año han adquirido todos los componentes del Cuerpo de Mutilados, ya que durante el año 1991 han abonado la cuota correspondiente a los derechos pasivos y se les han efectuado las retenciones oportunas respecto al I.R.P.F., por lo que “el punto de partida para la fijación de los haberes pasivos necesariamente tiene que ser el momento en el que realmente se produce el cambio de situación y no el que se ha aplicado.”.

La prórroga del plazo a que se refiere la recurrente, como la misma reconoce, no es imputable al Real Decreto impugnado, sino a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991, pero con independencia de ello y como señala el Abogado del Estado, la previsión de la Disposición Transitoria sexta de la Ley 31/1990 no ha afectado a la totalidad de los conceptos a tener en cuenta para la determinación de las cuantías de las pensiones de retiro, puesto que para sus señalamientos se han tenido en cuenta los haberes reguladores vigentes y el tiempo de servicio perfeccionado (para la aplicación del oportuno porcentaje regulador) en el momento en que efectivamente se produce el pase a la situación de retiro, esto es, el 1 de enero de 1992. La diferencia de un año a que alude la demanda, ha jugado sólo para la determinación del concepto de los derechos pasivos mínimos garantizados, que se han concretado en las retribuciones correspondientes al mes de diciembre de 1990 expresadas en cómputo anual, y no en las percibidas durante el año 1991. Y ello en coherencia con lo establecido en la Disposición Final sexta de la Ley 17/1989, que en su apartado 4 concretó los derechos pasivos garantizados al personal afectado por la misma, en “las retribuciones anuales que vinieran percibiendo en su situación anterior”, situación que finalizaba el 1 de enero de 1991, conforme a lo previsto en la propia disposición legal, por lo que ha de concluirse que el Real Decreto 210/1992 se ajusta también en este punto a la normativa legal que desarrolla.

DECIMOQUINTO.— Por lo expuesto, procede la desestimación del presente recurso contencioso-administrativo, sin que se aprecien méritos para una especial declaración sobre las costas.

III. JURISDICCION MILITAR

Denegación de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 37, 27 y 47 de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y de la Disposición Adicional Tercera de la Ley 17/89, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.— Inexistencia, en el presente caso, de juicio de relevancia para el planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad.

Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo)

Sentencia de 11 de abril de 1996.

Ponente: Ilmo. Sr. D. Octavio Juan Herrero Pina.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— El presente recurso, interpuesto por D. X X X, tiene por objeto la resolución del Titular del Ministerio de Defensa de 2 de marzo de 1993, que desestimó el recurso de alzada formulado frente a las resoluciones del Secretario de Estado de la Administración Militar 431/10437/92, de 23 de julio, 431/10556/92, de 27 de julio y 471/10690/92, de 27 de julio, por las que, respectivamente, se estableció el orden de clasificación definitivo por selección al grado de Teniente Coronel Auditor durante el ciclo de evaluación de 1992-93, asignando los puestos 1 y 2 a D. Y Y Y y D. Z Z Z se ascendió al empleo de Teniente Coronel Auditor a los expresados Oficiales Superiores; y, se ascendió al mismo empleo a otros Oficiales Superiores entre los que se encontraba el recurrente.

SEGUNDO.— El recurrente, solicita en la demanda que se anulen las resoluciones impugnadas y los actos previos que determinaron su adopción y, previamente, se plantee cuestión de inconstitucionalidad en relación con los arts. 37, 27 y 47 de la L.O. 4/87, de 15 de julio y D.A. 3ª de la Ley 17/89, de 19 de julio.

En defensa de sus pretensiones comienza por sentar claramente, que lo que se pretende impugnar no es el ascenso de tales compañeros ni su clasificación y ulterior promoción, sino el hecho de que sea la cúpula política administrativa del Ministerio de Defensa la competente para, unilateralmente, evaluar, clasificar y, en suma, ascender a los titulares de los diferentes órganos jurisdiccionales militares.

Para ello, cuestiona la composición de la Junta Superior del Cuerpo Jurídico Militar, a la vista del Real Decreto 832/91, por la abrumadora participación de titulares de órganos no jurisdiccionales de la Administración Militar, y en la misma medida la Junta de Evaluación de Carácter Permanente (art.8) y Juntas Eventuales (art.9), considerando que ello es difícilmente compatible con los principios de independencia e inamovilidad propios de la función judicial consagrados en el art. 8 de la Ley Orgánica 4/87, de 15 de julio, de la Jurisdicción Militar, en relación con los arts. 117 y 24-2 de la Constitución.

Entiende que por ello el art. 8 del R.D. 832/91 infringe la L.O. 4/87 y vulnera el art. 9-3 de la Constitución, art. 1-2 del Código Civil y art. 51 de la Ley 30/92.

Estima que tales órganos tendrían que ser controlados por el sector del Poder Judicial constituido por los órganos jurisdiccionales militares para evitar que los titulares de los mismos vean como su actividad y carrera quedan bajo la dependencia y control de la Administración.

Considera también ilógico que se incluya a titulares de órganos jurisdiccionales en los órganos de evaluación como la Junta de Evaluación de Carácter Eventual.

Invoca el art. 136 de la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, en cuanto a las facultades de la Comisión de Calificación del Consejo General del Poder Judicial.

Señala reiteradamente la interrelación entre la organización militar, la obtención de los distintos empleos y el desempeño de los puestos correspondientes a los órganos jurisdiccionales, entendiéndose que las facultades de la cúpula político—administrativa del Ministerio y su ejercicio comprometen los principios constitucionales de independencia, inamovilidad e imparcialidad que resultan propios de toda función jurisdiccional y que los arts. 37, 27 y 47 de la L.O. 4/87 y la D.A.3ª de la Ley 17/89, como manifestaciones de tales facultades, contravienen los referidos principios constitucionales, con infracción del art. 8 de la L.O. 4/87 y del art. 117 de la Constitución.

Frente a ello, la representación de la Administración mantiene la legalidad de los actos impugnados remitiéndose a la amplia resolución desestimatoria del recurso de alzada y, señalando la singularidad de la jurisdicción militar y la doble condición de militares y personal de naturaleza judicial de quienes desempeñan tal jurisdicción.

TERCERO.— Del contenido de la demanda, que sintéticamente se ha recogido antes, se deduce, que el recurrente con ocasión de determinadas

resoluciones del Secretario de Estado de la Administración Militar sobre evaluaciones, clasificaciones y ascensos, sin pretender la alteración de las mismas en cuanto a tales evaluaciones, clasificaciones y ascensos, viene a cuestionar la constitucionalidad de la organización de la jurisdicción militar en cuanto a dichas materias, proyectando tal posición sobre los concretos preceptos antes citados de la L.O. 4/87 y la Ley 17/89, sin que en ningún momento cuestione la legalidad de tales resoluciones desde el punto de vista de las previsiones legales y reglamentarias a que se sujetaron ya que, incluso cuando se refiere a la infracción del art. 8 de la Ley 4/87, se funda únicamente en que dicho precepto refleja lo previsto en el art. 117 de la Constitución.

Así planteado el recurso se pone de manifiesto, que las pretensiones del recurrente pasan por la decisión sobre la constitucionalidad de los preceptos legales cuestionados, decisión que sólo corresponde al Tribunal Constitucional limitándose los Jueces y Tribunales a plantear, en su caso, la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad al amparo del art. 163 de la Carta Magna.

Ahora bien, para que el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad resulte procedente no basta con efectuar un juicio negativo de constitucionalidad del precepto de que se trate, que es lo que hace la parte recurrente, sino que, además, es preciso efectuar un juicio de justificación o relevancia de tal planteamiento, es decir, un juicio en el que se ponga de manifiesto que la ley cuestionada resulta determinante para la decisión del proceso, o lo que es lo mismo, para decidir sobre las pretensiones que en relación con los derechos afectados por el contenido del acto impugnado se ejercitan en la demanda.

Pues bien, en el presente caso se observa, que el recurrente desde el primer momento e insistiendo en ello manifiesta, que el presente recurso que ahora se promueve no va dirigido en modo alguno contra el ascenso de aquellos dignísimos y prestigiosos compañeros y ni siquiera contra su clasificación y ulterior promoción por selección a un grado militar superior, sino que el objeto... no es otro que denunciar y auspiciar la corrección del hecho de que sea el Ministerio de Defensa ... a quien corresponda unilateralmente evaluar, clasificar y, en suma, ascender a los titulares de los diferentes órganos jurisdiccionales militares". Ello deja fuera de toda duda que no se ejercita pretensión alguna en relación con el contenido propio de las resoluciones impugnadas, no se pretende la anulación del ascenso de otros compañeros con preferencia —a pesar de que en algunos pasajes se hace referencia a la preterición de otros militares e incluso a

que fue su condición de asesores del Ministerio la que facilitó su ascenso— ni una mejor clasificación, ni un ascenso prioritario o con distintos efectos de tal manera, que si bien se solicita la anulación de las resoluciones impugnadas no se cuestiona el contenido de las mismas que, de acuerdo con tal planteamiento, debería mantenerse.

En esta situación es claro, que la constitucionalidad o no de los preceptos legales citados por la parte no resulta relevante para la resolución del litigio pues, como quiera que no ejercita pretensión alguna en relación con el contenido de las resoluciones impugnadas e incluso, por el contrario, señala que no pretende impugnar el ascenso de sus compañeros ni el suyo propio, tales resoluciones no podrían ser anuladas, en ningún caso, so pena de ir en perjuicio del propio recurrente y fuera de las pretensiones que delimitan el contenido del proceso, lo que proscriben los principios de la *reformatio in peius* y congruencia, así como los preceptos en que estos se apoyan.

Y es que el propio recurrente, en la expresión antes transcrita, pone de manifiesto que la impugnación de las resoluciones de la Secretaria de Estado solo sirven de pretexto para denunciar y auspiciar la corrección de lo que entiende un sistema inadecuado e inconstitucional de evaluación, clasificación y ascensos de los miembros de los órganos jurisdiccionales militares, planteamiento que no cabe ni a efectos contencioso administrativo ni constitucionales pues, así como el que con ocasión de un acto de aplicación de una disposición de carácter general no puede plantear un juicio de legalidad de la misma si no ejercita una pretensión sobre los derechos afectados por el acto de aplicación que justifica un pronunciamiento sobre su legalidad, quien en un proceso plantea la inconstitucionalidad de la norma con valor de Ley aplicable debe ejercitar derechos concretos que dependan de tal juicio de constitucionalidad.

La falta de tal presupuesto o juicio de relevancia en el presente caso, lleva sin más a la desestimación del recurso ya que en el mismo sólo se cuestiona la asignación legal de tales facultades desde el punto de vista constitucional, pero es que, además, de las alegaciones de la parte tampoco resulta el juicio negativo de constitucionalidad en relación con los preceptos específicamente señalados pues, para ello es preciso apreciar la existencia de una contradicción o desconocimiento de concretas previsiones constitucionales y lo que hace la parte es llevar a cabo una valoración subjetiva de la composición de determinados órganos de selección, clasificación y ascensos y las facultades que se les otorgan concluyendo que, de acuerdo con su valoración, ello viene a conculcar los principios de in-

dependencia, inamovilidad e imparcialidad judiciales, sin embargo, junto a las imprecisas valoraciones de la composición de tales órganos, que incluso llegan a situaciones contradictorias como afirmar el excesivo predominio de miembros de la Administración no judicial para después considerar improcedente, por ser ajeno a su función, la participación de titulares de órganos jurisdiccionales, no señala precepto constitucional alguno que impida que tales competencias se ejerzan por órganos de naturaleza administrativa no judicial y composición mixta o que deban ejercerse por otros órganos constitucionales, y tampoco tiene en cuenta que la propia naturaleza de la jurisdicción militar, su organización y el carácter militar de sus miembros precisa de un régimen especial que, sin desconocer los principios invocados por la parte, adecúe su aplicación a las condiciones específicas concurrentes en coordinación con la carrera militar de los interesados, por lo que, en definitiva, lo que plantea es una opción legislativa distinta que sólo corresponde adoptar en su caso al Legislador, no pudiéndose indetificar la inconstitucionalidad de una norma, que exige la frontal oposición a una previsión constitucional de manera que incluso ha de mantenerse la ley cuando permita una interpretación conforme con la Constitución, con la existencia de otras opciones legislativas y la diferente valoración de que cada una pueda ser susceptible.

Aún cabe añadir, que los arts. 27, 37 y 47 de la L.O.4/87, se refieren a las facultades de nombramiento para determinados cargos jurisdiccionales otorgadas al Ministro de Justicia y al de Defensa, con la intervención en el primer caso del Consejo General del Poder Judicial y de las correspondientes Salas de Gobierno en los otros dos, por lo que difícilmente puede sostenerse el planteamiento del recurrente y, la disposición adicional tercera de la Ley 17189 se limita a prever la constitución de las Juntas Superiores de los Cuerpos Comunes para ejercer las competencias—*len materia de personal*” que dicha Ley asigna a los Consejos Superiores de los Ejércitos, lo que pone de manifiesto su naturaleza y funciones, que no son otras que las de dichos Consejos, por lo que tal previsión no puede considerarse en sí misma contraria a los principios invocados por el recurrente.

CUARTO. — Por todo ello y dado que, descartada la cuestión de inconstitucionalidad, la parte no hace valer otros argumentos y, como se ha dicho, ni siquiera plantea pretensión alguna en relación con los derechos afectados por las resoluciones impugnadas, procede desestimar el recurso y confirmar dichos actos, sin que haya lugar a hacer una empresa condena en costas al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes.

IV. RETRIBUCIONES

Las condiciones particulares de determinados puestos de trabajo pueden retribuirse mediante complementos específicos singulares distintos del complemento específico por empleos.— Es conforme a la legalidad el régimen retributivo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 4º del Decreto 359189, de 7 de abril, en cuanto prevén que los complementos de destino y específico asignados a los Subtenientes sean superiores que los asignados a los Tenientes.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 1.ª)

Sentencia de 28 de junio de 1996.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanue.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— El Abogado del Estado interpone este recurso de casación en interés de la Ley contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Baleares, del 20 de Noviembre de 1993, recurso nº 229193, que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por D. X X X Teniente de Infantería de Marina en situación de reserva, anuló la resolución del Director General de Personal del Ministerio de Marina, de 1 de Diciembre de 1992, confirmada en reposición por silencio administrativo, que denegó la solicitud del entonces actor, de que a partir del 1 de Enero de 1989, le fuera abonada por complemento de destino y específico una suma igual a la asignada a los Subtenientes, y rectificadas los trienios para que se le calculasen en la cuantía que corresponde al grado que efectivamente ostenta; declarándose en la sentencia del Tribunal Superior el derecho del Sr. Amengual a las reclamaciones que planteaba.

SEGUNDO.— En recurso de casación en interés de la Ley que ahora se resuelve, se centra en el primero de los pronunciamientos de la sentencia, referido a las retribuciones complementarias, no porque la Abogacía del Estado considere que el otro pronunciamiento, relativo a los trienios sea conforme a Derecho, sino porque tiene constancia que la doctrina que a él concierne, ha sido objeto de otro recurso de casación en interés de la Ley con ocasión de una sentencia, en ese punto similar, de

otro Tribunal Superior, y que ello hace innecesario el pronunciamiento de nueva sentencia bajo este tipo de recursos de casación, sobre cuestión, según dice pendiente de solución, y que consta a esta Sala ya ha sido decidida en estas fechas, en el sentido propugnado por la Abogacía del Estado.

TERCERO.— Apareciendo cumplidos los presupuestos procesales que abonan la viabilidad de la vía casacional elegida por la representación estatal, queda por ver si la doctrina sentada por la sentencia impugnada puede ser considerada errónea y gravemente dañosa para el interés general que representa el ahora recurrente, en los aspectos a que se ciñe esta casación. La doctrina que se cuestiona descansa en la consideración de que el sistema retributivo de las fuerzas armadas, si se había de dar cumplimiento al mandato de la Disposición Final Segunda de la Ley 37/1988, de 28 de Diciembre, de Presupuestos del Estado para 1989, de adecuarlo al sistema al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado incluidos en la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, ajustándolo a las peculiaridades de la Cerrera Militar, estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas y singularidad de sus cometidos, debía responder a las características del empleo militar, lo que imposibilita que como se determina en el D. 359/1989, que la Administración aplicó al entonces recurrente en los actos administrativos inicialmente recurridos, los empleados jerárquicamente superiores a veces puedan verse preteridos en la fijación del complemento de destino respecto de los empleados subordinados, e igualmente imposibilita que un empleo inferior tenga un complemento específico de mayor cuantía que el empleo superior, y ello por la argumentada mayor responsabilidad y dificultad técnica de éste. Tales consideraciones llevan —al Tribunal Superior de Baleares a la declaración de que los Tenientes deben cobrar por complemento de destino y específico una cantidad al menos igual que la de los Subtenientes.

CUARTO.— La doctrina en cuestión implica la inaplicación o el desconocimiento del nuevo sistema retributivo para las Fuerzas Armadas establecido en el citado D. 359/1989, de 7 de Abril, singularmente en sus arts. 3º y 4º, y de los Anexos correspondientes de los que resulta que el nivel de complemento de destino de los Tenientes es 20 y el de los Subtenientes 22 y que el complemento específico de los Tenientes es de 21.662 ptas. mensuales y el de los Subtenientes de 43.251 ptas. Tal desconocimiento y la doctrina subsiguiente debe estimarse errónea, pues el conjunto normativo que se establece en ese Decreto 359/1989 respecto de las retribuciones militares, que la senten-

cia impugnada inaplica por considerarlo contra legem, al entender que distorsiona el sistema jerarquizado de las Fuerzas Armadas, ha sido objeto de un reiterado examen de legalidad por este Tribunal Supremo, que ha concluido declarando su conformidad con el ordenamiento jurídico, así entre otras muchas cabe citar las sentencias de 26 de Abril, 9 de Mayo, 11, 14, 16, 17 y 20 de Junio de 1991, 27 de Enero y 28 de Septiembre de 1992, 25 de Junio de 1993, con los fundamentos que es el caso pasar a reproducir: «La primera manifestación de la adaptación —a la Disposición Final 2ª de la Ley 37/1988—, aparece ya en el art. 3º del real Decreto 359/1989, a propósito de la fijación del sueldo, que aunque se encuentra al margen del debate es útil resaltar por la Escala a que pertenece el recurrente. En el art. 25 de la Ley 30/1984 los grupos de clasificación de los Cuerpos, Escalas, Clases y Categorías de los funcionarios civiles vienen determinados por las titulaciones académicas exigidas para su ingreso, mientras que en el art. 3º, número 2, de la disposición reglamentaria antes citada, la equivalencia se establece por grupos de empleos militares. Es cierto que, a tenor del art. 1º de la Ley 97/1966, de 28 de Diciembre, la enseñanza superior militar tiene el carácter de enseñanza superior de igual rango que las enseñanzas universitarias y técnica superior, lo que puede explicar que el Grupo de clasificación A comprenda los empleos de Teniente/Alférez de Navío, pero nótese que la inclusión de este Grupo se hace sin distinguir, entre Tenientes y Alféreces de Navío procedentes de la enseñanza superior y quienes han accedido a estos empleos procedentes de la Escala, de Suboficiales. Esto que puede estar justificado, con independencia de la titulación exigida a unos y otros, por la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, no significa que el Gobierno esté vinculado a seguir rígidamente este criterio para la determinación de los restantes conceptos retributivos, pues, por mandato del legislador, no es el único parámetro que debía tomar en cuenta.

El art. 4º números 2 y 3, del Real Decreto 359/1989. modulantambién el complemento de destino y el complemento específico, definidos en el art. 23, número 3, párrafos a) y b) respectivamente, de la Ley 30/1984.

En la homologación de estos conceptos retributivos no deja de estar presente la organización jerarquizada de las Fuerzas Armadas, ya que, en principio, tanto la asimilación con los niveles de la fundación pública, para la fijación del complemento de destino, como las cuantías que se detallan en el Anexo 1 para el complemento específico, vienen determinadas por el empleo militar, elemento básico de dicha estructura. Ahora bien,

que al efectuar esta homologación, la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas se flexibilice en función de las peculiaridades de la carrera militar, una de las cuales es la exigencia de Escalas diferenciadas de Oficiales y Suboficiales, y de la singularidad de los cometidos que tienen asignados las Fuerzas Armadas, es mera consecuencia del mandato dirigido al Gobierno por la disposición final segunda de la Ley 37/1988.

Que el militar de carrera debe tener un deseo constante de promoción a los empleos superiores, como reza en el art. 214 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas. Ley 85/1978, de 28 de Diciembre no presupone que el Gobierno se encuentre atado de manos para poder atribuir un nivel de complemento de destino y un complemento específico superior al empleo de Subteniente respecto al de Teniente, cuando la autorización conferida por el legislador le permite efectuarlo.

Es bien significativo lo que se dice en el folio 3 de la Memoria Justificativa del proyecto: "El sistema satisface con la determinación de las retribuciones básicas por grupos de empleos militares y con la aplicación de los complementos de destino y específico, las aspiraciones de progresión dentro de la propia Escala y facilita la regulación de carrera mediante la promoción interna entre Escalas. Se evita de esa forma el trasvase automático entre las mismas con el único objetivo de mejorar retribuciones sin atender a las necesidades funcionales de las Fuerzas Armadas", propósito que responde a un modelo de carrera militar que ya estaba presente en la normativa anterior —disposición transitoria 1ª de la Ley 20/1984, de 15 de Junio, sobre régimen retributivo del personal militar y asimilado— y que no excede del marco definido por la disposición final segunda de la Ley 37/1988, en el que sin desconocer la promoción interna se ofrece a los Suboficiales un estímulo económico para alcanzar y permanecer, en su caso, en los empleos superiores de sus respectivas Escalas, atendándose al propio tiempo a las necesidades funcionales de los ejércitos, modelo de carrera que posteriormente ha venido a ratificar la Ley 17/1989, de 19 de Julio, sobre Régimen del Personal Militar Profesional, al crear —en su art. 10.2— un nuevo empleo, el de Suboficial Mayor, que junto con el de Subteniente, constituyen la categoría de Suboficiales superiores.

De otro lado, y por lo que respecta al complemento de destino, el señalamiento del nivel 20 al empleo de Teniente y del nivel 22 al de Subteniente guarda coherencia con los intervalos de niveles establecidos en el art. 25 del Reglamento General de Provisión de Puestos de Trabajo y Promoción Profesional de los Funcionarios de la

Administración del Estado, aprobado por Real decreto 2617/1985, de 9 de Diciembre —hoy derogado por el Real Decreto 28/1990, de 15 de Enero, por el que se aprueba el nuevo. Reglamento— para los Grupos A y B respectivamente. En la demanda se arguye que esta diferente asignación de niveles podría darse para un puesto de trabajo concreto, admitiéndose que un Subteniente pueda tener un complemento de destino superior al de un Teniente, pero cuando así se argumenta, para rechazar la posibilidad que “todos” los Subtenientes tengan un complemento de destino superior al de los Tenientes, no se tiene en cuenta, además de lo que ha dicho antes, que la determinación del complemento de destino en el art. 40.2 del Real Decreto 359/1989 se percibe en función del empleo militar, no del nivel del puesto de trabajo que se desempeñe. Las condiciones particulares de determinados puestos de trabajo se retribuyen —art. 4º.3, párrafo segundo, del citado Reglamento— mediante complementos específicos singulares, distintos del complemento específico por empleos, que es otra de las modulaciones introducidas por el Real Decreto 359/1989, respecto al régimen establecido en el art. 23 de la Ley 30/1984 para los funcionarios civiles de la Administración del Estado, dualidad de complementos específicos que aunque propiamente no es objeto de debate tampoco parece que desborde la autorización conferida al Gobierno por la Ley de Presupuestos para 1989”».

QUINTO.— La rotundidad de los argumentos de este Alto Tribunal, llevan a la conclusión de que la resolución del Tribunal Superior de Justicia de Baleares y los argumentos que la sustentan, es manifiestamente errónea. Debiendo añadirse que supone un grave perjuicio para el interés general que representa la Abogacía del Estado, por cuanto que de consolidarse esa doctrina, obligaría a la Administración del Estado a satisfacer importantes cantidades por diferencias retributivas.

SEXTO.— En consideración a lo expuesto resulta procedente acceder al recurso de casación en interés de la Ley interpuesto por la Abogacía del Estado, fijando como doctrina legal «que es conforme a la legalidad el régimen retributivo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 4º del Decreto 359/1989, de 7 de Abril, en cuanto prevén que los complementos de destino y específico asignados a los Subtenientes sean superiores que los asignados a los Tenientes».

SÉPTIMO.— Dada la peculiar estructura de este recurso de casación en interés de la Ley, no procede que se haga un especial pronunciamiento sobre las costas procesales de este recurso.

V. TRIENIOS

A. CALCULO DE SU VALOR

Cómputo del tiempo de servicios desde el ingreso correspondientes al Servicio Militar obligatorio.— Existencia de tratamiento diferenciado en cuanto a los trienios para el personal de las Fuerzas Armadas respecto del personal civil.— El cálculo de los trienios ha de realizarse conforme al valor que tuvieran en el momento en que fueron perfeccionados y no con el valor que corresponda al empleo o graduación que se tiene en el momento en que se percibe.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 1.ª)

Sentencia de 14 de junio de 1996.

Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cacer Lalanne.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— La Abogacía del Estado interpone este recurso de casación en interés de Ley, al amparo del art. 102,b) de la Ley de esta Jurisdicción, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Canarias, del 25 de Marzo de 1993, recurso nº 550/1991, dictada conociendo la impugnación promovida por D. X X X, Brigada Especialista del Cuerpo de Suboficiales de la Armada, contra la resolución del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Defensa, de 5 de Marzo de 1991, que denegó la petición formulada por el Sr. X X X de que le fuera reconocido todo el tiempo de servicios al Estado desde su ingreso en la Armada sin deducción a los correspondientes al servicio militar obligatorio, a efectos de trienios, y que la determinación de los devengados se haga en la cantidad que corresponde al empleo o graduación que efectivamente ostenta, con independencia de la que tenían cuando se perfeccionó cada uno de tales trienios. La sentencia ahora impugnada, estimó en parte el recurso denegando la primera pretensión relativa al cómputo del tiempo de servicios desde el ingreso correspondientes al servicio militar obligatorio, pero estimó la segunda pretensión reconociendo el derecho a que todos los trienios devengados fueran retribuidos con el nivel 6, que corresponde al ni-

vel que ostentaba el Sr. Monterde al tiempo de la reclamación; todo ello con efectos desde el 1º de Enero de 1989. Doctrina que la Abogacía del Estado considera errónea y gravemente dañosa para el interés general que representa, por lo que pretende que, sin alterar la situación jurídica individual creada por la sentencia, se fije para el futuro la doctrina legal que propugna en el escrito de promoción de este recurso.

SEGUNDO.— Aparecen respetados los presupuestos procesales exigidos para la viabilidad de este recurso, pues nada puede objetarse al respecto de los plazos legales ni a la legitimación de la Abogacía del Estado a quien obviamente corresponde la representación y defensa de los intereses generales de la Administración Estatal a quien afecta la doctrina que se reputa errónea, y fue parte en la instancia de que deriva la sentencia que se recurre. Concurriendo también el requisito presupuesto de que la doctrina sentada en la sentencia de que se discrepa, sea susceptible de producir efectos materiales o jurídicos, en perjuicio grave del interés general que representa dicha Abogacía Estatal, como lo demuestra el hecho de las elevadas cantidades que la Administración Estatal tendría que abonar, no solo a los funcionarios militares, sino también a los civiles, por las diferencias que correspondieran entre lo que se pagó por cada uno de los trienios perfeccionados según el grupo en que se consolidaron y lo que habría que satisfacer conforme a lo que corresponde al grupo que en cada momento ostentan, todo ello desde 1 de Enero de 1989, si se siguiera la tesis de la sentencia recurrida. Siendo claro que la sentencia impugnada no era susceptible de casación ordinaria, al haber caído en un asunto de personal en que no estaba en juego la extinción de la relación de servicio de quien ya fuera funcionario, y dado que no cabía entender que existía una impugnación indirecta de disposiciones generales, pues las normas reglamentarias que cita el actor en la demanda —singularmente el D. 359/1989, sobre retribuciones militares— aparecen invocadas en favor de la tesis que aquel entonces suscitaba, sin poner en duda su validez.

TERCERO.— Debe entrarse, pues, a decidir si la sentencia recurrida, había, o, no, establecido una doctrina errónea, en los aspectos denunciados por la Abogacía del Estado, problema que ha de obtener una respuesta afirmativa, pues la sentencia que se examina llega a una conclusión equivocada al interpretar las normas sobre régimen retributivo de los militares establecidas en las Leyes 37/88 de 28 de Diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989 y 4/1990, de 29 de Junio, de Presupuestos para 1990, al sostener que según las mismas, y a partir de 1 de Enero de 1989, ya no existe un tratamiento diferenciado en cuanto a

los trienios para el personal de las Fuerzas Armadas respecto del personal civil, añadiendo que para éstos, precepto alguno dispone que la cuantía de los trienios deba mantenerse inamovible cuando se pasa de un grupo a otro superior de los cinco previstos para los funcionarios. Lo que le lleva a concluir de que a partir de esa fecha, los miembros de las Fuerzas Armadas deben percibir los trienios en la cuantía que corresponde al empleo o graduación que efectivamente ostentan, con independencia de la que tenían durante el tiempo que corrían mientras perfeccionaban cada uno de esos trienios. El error deriva de que hasta la Ley de 23 de Diciembre de 1987, de Presupuestos para 1988, las diferentes leyes de presupuestos, cumpliendo el mandato del art. 24.2 de la Ley 30/1984, de 2 de Agosto, incluían un precepto en el que la valoración de los trienios a que se refiere el art. 23,2,b) de dicha Ley 30/1984, se efectuaba de acuerdo con la normativa aplicable con anterioridad a la misma —Ley 26 Diciembre 1978 y D. 1461/1982 de 25 de Junio—, mientras que la Ley 37/1988, de Presupuestos para 1989 y las posteriores presupuestarios no incorporaron un precepto semejante, pues señalan las cuantías de los trienios a percibir en 1989 y sgs. omitiendo cualquier referencia al empleo o graduación ostentado por el solicitante en el momento de la perfección de cada trienio. De ello deduce el Tribunal Superior de Canarias que a partir de la Ley 37/1988, se deroga tácitamente el sistema de fijación de los trienios de la Ley 70/78 y D. 1461/1982, que sujetaban el cómputo de los trienios y su valoración en los casos de que el funcionario hubiera pertenecido a más de un Cuerpo o Escala, al nivel de proporcionalidad de cada Cuerpo o Escala, durante todo el periodo respectivo. Pero con esa Interpretación se desconoce el exacto alcance de la Ley de Presupuestos en los extremos estudiados, que no trataban de establecer un nuevo régimen jurídico para la perfección y valoración de los trienios, sino meramente, en cumplimiento del art. 24.2 de la Ley 30/1984, fijar la cuantía de las retribuciones básicas, y entre ellas de los trienios, pero dejando subsistente el régimen específico de los mismos, que para los militares se fijaba en el momento de los hechos, por el D. 359/1989, art. 3º, que reproducía el también 30 de la Ley de 15 de Junio de 1984, y para los funcionarios civiles se establecía en el art. 23,2,b) de la Ley 30/1984, que en nada modificaban el sistema de cómputo de la Ley 70/1978 y D. 1461/1982, para el caso de cambio de Cuerpo o Escala.

CUARTO.— En definitiva la sentencia impugnada incurre en manifiesto error cuando desconoce que, según la normativa de aplicación tanto para los funcionarios civiles como militares, el cálculo de los trienios ha

de realizarse conforme al valor que tuvieran en el momento en que fueron perfeccionados, y no, como se declara en la resolución recurrida, con el valor que corresponde al empleo o graduación que se tiene en el momento en que se perciben.

QUINTO.— Dada la peculiar estructura procesal de este recurso de casación en interés de la Ley, no procede un especial pronunciamiento sobre las costas procesales.

B. COMPUTO

No puede confundirse el período de prácticas realizado después del ingreso en la Administración Pública con los estudios llevados a cabo en las Academias Militares antes de llegar a tener la condición de militar profesional. Los alumnos de las referidas Academias no pueden ser considerados como funcionarios en prácticas, pues la permanencia en aquéllas está orientada a conseguir la formación necesaria para poder obtener la condición de funcionario militar. Por tanto, no es computable para el devengo de trienios el período de formación, concurrente con la prestación del servicio militar, en la Academia General Básica de Suboficiales.— Doctrina legal fijada por recuso de casación en interés de Ley.

Tribunal Supremo (Sala 3ª Sección 1.ª)

Sentencia de 13 de mayo de 1996.

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan García-Ramos Iturralde.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.— Para la resolución de las cuestiones planteadas en el presente recurso interesa indicar que en la Sentencia impugnada se estimó como probado que el recurrente se integró en las Fuerzas Armadas como soldado voluntario de Infantería el 15 de julio de 1974, con anterioridad a ser reclutado para prestar el servicio militar obligatorio, y por tal razón fué excluido del contingente anual correspondiente a su reemplazo, realizando, mientras prestaba sus servicios como soldado la oposición de ingreso a la Academia General Básica de Suboficiales con arreglo a la Ley 13/1974, de 30 de marzo, oposición que superó, siendo nombrado Caballero Alumno de la misma por Orden Circular publicada en el Diario

Oficial del Ejército número 236 del año 1974, obteniendo sucesivamente, tras superar los planes de estudio previstos, los empleos de Cabo 1º, Sargento Eventual en prácticas y Sargento Efectivo, con antigüedad de 15 de julio de 1977, hasta llegar a Teniente.

SEGUNDO.— El indicado recurrente de la primera instancia. interesó de la Administración Militar el reconocimiento a efectos de trienios (con abono de las diferencias económicas correspondientes durante los cinco últimos años), de la totalidad del tiempo servido en las Fuerzas Armadas, con fundamento en la Ley 70/1978, de 26 de diciembre (art. 1.1), aduciendo que no era ajustado a derecho que se le restara el tiempo de duración del servicio militar obligatorio (dos años), ya que se había integrado en el Ejército voluntariamente con anterioridad a ser reclutado para prestar dicho servicio y, por lo tanto, no había prestado aquél como tal, sino como un período de formación o prácticas en el que realizó las funciones propias del empleo militar que en cada momento desempeñaba. La Administración se opuso a la pretensión del recurrente afirmando que no cabe incluir en el ámbito de la Ley 70/1978 los servicios que merecen la calificación de prestación personal obligatoria, entre los que tópicamente se encuentra el servicio militar según especifica el Real Decreto 1461/1982, de 25 de junio, dictado en desarrollo de la precitada ley; conclusión que estaba apoyada por, el art. 32.3 del Real Decreto Legislativo 670/187, de 3 de abril, y a la que no se oponían ni el Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, sobre las retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, ni el Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre.

TERCERO.— La Sentencia recurrida, como ya quedó indicado en los antecedentes de hecho, estimó parcialmente el recurso contencioso-administrativo de que se trata declarando el derecho del actor a que le sea reconocido, a los efectos del perfeccionamiento de trienios, todo el tiempo en que prestó servicio para las Fuerzas Armadas desde su ingreso en la Academia General Básica de Suboficiales el 17 de octubre de 1974, con abono de las diferencias económicas procedentes durante los últimos cinco años contados desde que el interesado formuló su primera petición el 5 de febrero de 1992. Por la Abogacía del Estado se interesa que, sin perjuicio de mantener la situación jurídica particular derivada de la Sentencia impugnada, se declare que la doctrina contenida en la misma es gravemente dañosa para el interés general y además errónea y que, en consecuencia, se fije como doctrina legal la de que no debe computarse el tiempo permanecido prestando el servicio militar obligatorio como tiempo computable a efectos de reconocimiento de trienios.

CUARTO.— Se dice en el escrito de formalización del recurso de casación de que se trata que el carácter gravemente dañoso para el interés general de la Sentencia recurrida deriva del hecho de que, según informaciones del Ministerio de Defensa, existen multitud de recursos sobre la misma materia que han sido planteados por distintos militares, por lo que la doctrina establecida en la Sentencia, de aplicarse con generalidad, ocasionaría un gravísimo daño para el interés general al obligar a abonar con el carácter de tiempo computable a efectos de trienios el empleado por todos los militares durante la prestación del servicio militar obligatorio. En cuanto al carácter erróneo la Sentencia se pone de manifiesto en el referido escrito la circunstancia de que son muchas, y procedentes de muy diversos Tribunales de Justicia, las Sentencias que se han dictado en contra de la tesis mantenida por la que ahora es objeto de impugnación. También se alega que los argumentos que se contienen en la Sentencia recurrida demuestran su falta de base jurídica y la equivocación en que ha incurrido el juzgador. Dado que, tal como se alega, la aplicación, con carácter de generalidad, de la doctrina sentada por la Sentencia impugnada ocasionaría un daño importante para el interés general, procede analizar la cuestión de si puede considerarse como errónea la expresada doctrina.

QUINTO.— Como ya se indicó, la Sentencia impugnada reconoce, a efectos del perfeccionamiento de trienios, el tiempo que permaneció el recurrente en la Academia General Básica de Suboficiales, “...Y ello porque a partir dicho ingreso y teniendo en cuenta que superó los cursos realizados en dicha Academia, el tiempo desempeñado en la *misma* como Caballero Aspirante hay que entenderlo como un período de formación o prácticas realizado después de haber ingresado. en la Administración Pública, a efectos de lo dispuesto en el art. 1.1 de la Ley 70178 y art. 1.1 del R.D. 146/11982, de 25 de junio...”. También se dice en la Sentencia a la que nos referimos que “...Superados los cursos, el período de tiempo transcurrido desde el ingreso en la Academia no puede ser considerado como una prestación personal obligatoria, sino, como antes decíamos, como un período de prácticas, similar al que realizan todos los funcionarios después de su ingreso en las Administraciones Públicas; período de prácticas al que accedió de forma voluntaria, ya que podía haber optado por no realizarlo y continuar el servicio militar como soldado...”. Asimismo se razona en la Sentencia recurrida diciendo que “...Hay que tener en cuenta que la Ley 70/78, trata más. de incluir todo tipo de servicios que de excluir alguno y que el R.D. 146/182, dictado en su desarrollo, en cuando excluye las prestaciones personales obligatorias, tiene aplicación respecto a los

funcionarios que han prestado el servicio militar obligatorio con anterioridad a ingresar en la función pública, pero no respecto de los militares profesionales que después de ingresar en la Academia no prestan dicho servicio como tal, sino un período de prácticas o de formación voluntario”.

SEXTO.— Asimismo se argumenta en la Sentencia recurrida diciendo que “...A la misma conclusión llegamos si tenemos, en cuenta que la Ley de Medidas para la Reforma de la Función Pública 30/1984, de 2 de agosto, en el art. 29.2. K dispone que pasarán a la situación de servicios especiales los funcionarios públicos cuando cumplan el servicio militar o prestación sustitutoria equivalente, añadiendo en su penúltimo párrafo, que a los funcionarios en situación de servicios especiales se les computará el tiempo en que permanezcan en tal situación a efectos de trienios. De tal precepto se desprende que de no seguirse el mismo criterio con el recurrente, se le daría un trato discriminatorio, contrario al art. 14 de la C.E., respecto a los funcionarios civiles del Estado, ya que no obstante haber ingresado en la Administración por oposición, (en la Academia General Básica de Suboficiales como Caballero Aspirante), con posterioridad a la fecha en que ello se produjo se le descuenta cierto período de tiempo a efectos de trienios por entender que durante el mismo estaba prestando el servicio militar obligatorio.

SÉPTIMO.— En relación con los razonamientos que se han indicado en los fundamentos precedentes hay que decir, como pone de relieve la Abogacía del Estado, que no puede confundirse el período de prácticas realizado después del ingreso en la Administración Pública con los estudios llevados a cabo en las Academias Militares antes de llegar a tener la condición de militar profesional. Los alumnos de las referidas Academias no pueden, como se ha dicho, ser considerados como funcionarios en prácticas pues la permanencia en aquéllas está orientada a conseguir la formación necesaria para poder obtener la condición de discriminación respecto a los funcionarios civiles por el hecho de que éstos en el tiempo de permanencia en el servicio militar pasan a la situación de servicios especiales, conforme a lo dispuesto en el art. 29.2 k) de la Ley 30/84, no puede entenderse que existe tal discriminación ya que no hay que confundir la situación de quienes prestan el servicio militar después de haber adquirido al condición de funcionario público, a los que se aplica el referido art. 29 de la Ley 30/84, con la, de los antes referidos alumnos de las Academias Militares que compatibilizan, cuando aún no han adquirido la condición de funcionarios militares, la prestación del servicio militar con su formación castrense.

OCTAVO.— Finalmente, preciso es señalar que conforme a lo dispuesto en el art. 3º. 3, último párrafo, del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, sobre retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, el tiempo de servicios en éstas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computa para devengo de trienios. idéntico precepto se contiene en el art. 3.3, último párrafo, del Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, relativo asimismo a devengos militares. Procede, pues, por lo expuesto en éste y en los anteriores fundamentos dictar un fallo estimatorio del recurso de casación en interés de la ley de que se trata declarando la doctrina legal que se interesa si bien referida al supuesto enjuiciado en la Sentencia recurrida, sin que, en razón a la estructura del referido recurso de casación, proceda hacer pronunciamiento alguno sobre costas.

III. BIBLIOGRAFIA

1. RECENSIÓN DE LIBROS

FEDERICO F. DE BUJAN.: *Contribución al estudio de la tutela testamentaria plural en derecho romano*. Madrid, Dykinson, 1995.

Como en el propio título de la obra se pone de manifiesto por parte del autor, el Profesor Federico Fernández de Buján, Catedrático de Derecho Romano, y miembro del Cuerpo Jurídico Militar en situación de excedencia, publicado por la Editorial Dykinson ha salido a la luz el libro titulado "Contribución al Estudio de la Tutela Testamentaria Plural en Derecho Romano". El título del trabajo del Profesor Fernández de Buján parece excesivamente modesto, puesto que en las páginas del texto se realiza un verdadero y profundo análisis desde la perspectiva de los textos, de toda la institución de la tutela.

Es tema frecuente de discusión entre los Romanistas, la cuestión de la preeminencia cronológica entre la tutela testamentaria y la tutela legítima en el Derecho Romano, circunstancia que aparece tratada por el autor, quien manifiesta que tradicionalmente se ha supuesto por la doctrina la prelación de la tutela legítima sobre la testamentaria, de acuerdo con la prioridad que siempre tuvo la sucesión "*ab intestato*", y debido a la íntima relación que existía desde los orígenes del Derecho Romano entre los conceptos de tutela y sucesión.

Como punto de partida de la obra y en cuanto al origen de la tutela testamentaria, pone de manifiesto Fernández de Buján, que la Ley de las XII Tablas no contenía en sus preceptos referencia alguna a la tutela, si bien se puede admitir, a decir del autor, que en tomo a esa misma época el *paterfamilias* tendría la facultad de nombrar tutor en su testamento, pudiendo este nombramiento recaer en una persona distinta al instituido heredero.

Capítulo especialmente interesante de la obra comentada es el referido a la cuestión de la pluralidad de tutores confirmados, la opinión de Fernández de Buján acerca de dicha circunstancia, es decir la consideración del tutor confirmado como componente de la tutela magistradual (oficial), o, por el contrario, como parte de la tutela testamentaria es evidentemente muy acertada, debido a que la causa primera originaria y auténtica en virtud de la cual es confirmado el tutor, no es otra que la vo-

luntad testamentaria del que lo nombró, el hecho de la confirmación del tutor debe incluirse pues dentro del ámbito de la tutela testamentaria y no dentro de la esfera de la tutela oficial, puesto que como afirma Fernández de Buján, en dicho caso se estaría equiparando la *confirmatio* con la *datio*.

Referencia obligada de este breve comentario son los muchos y variados textos en los que Fernández de Buján apoya sus afirmaciones, está casuística es sin lugar a dudas la mejor metodología, ya que mediante el recurso de búsqueda directa en las fuentes del Derecho Romano, lo que no podría ser de otro modo en quien se ha formado bajo el fecundo Magisterio del Profesor García Garrido, se puede andar en las propias conclusiones. Como apunta el Romanista, esos tesoros insondables que hablan por sí solos, los textos, nos ayudan a poner de manifiesto las ventajas de la tan utilizada tutela testamentaria plural, en la cuna del Derecho, Roma.

En cuanto al desarrollo de sus conclusiones, el objetivo del autor queda claramente conseguido. Fernández de Buján se propone encontrar una respuesta que explique el abundante número de textos recogidos en las fuentes, y referidos a una situación de tutela testamentaria plural como supuesto normal de tutela.

Las causas analizadas por las que la pluralidad de tutores es tan frecuente, en el campo del Derecho Romano, aparecen expuestas por Fernández de Buján de manera concisa e inteligente, y siempre apoyadas en los abundantes textos que se señalan, cuando no con expresa cita de los mismos a pie de página, lo que a buen seguro descubrirá al lector viejas fuentes formativas a menudo cegadas por la inexorable avalancha normativa de estos tiempos modernos.

Por último hay que realzar la sencillez del lenguaje y claridad de ideas con las que el autor desarrolla el asunto tratado. Su estilo, muchas veces esquemático, aclara la comprensión del tema. La estructura del libro está perfectamente conseguida, los tres primeros capítulos que aclaran los *motivos y la finalidad del estudio*, los dos siguientes que nos inician brevemente en el estudio de la tutela en el Derecho Romano, los capítulos séptimo, octavo y noveno que se centran en los supuestos de tutela testamentaria plural, y, por último, una conclusión, capítulo que conviene destacar nuevamente por su claridad de exposición y su inteligente sistematización.

La lectura de este volumen acerca de un aspecto concreto y desconocido del Derecho Romano despierta en el lector una suma curiosidad,

cuando no admiración, por el mundo jurídico de tan adelantado pueblo, que supo ver mucho más allá de su tiempo, y, en consecuencia, un ingente agradecimiento por la gran tarea que desempeñaron y de la que hoy día nos sentimos herederos.

Florencio V. Segura Piñero
Capitán Auditor

FERNANDEZ RODERA, JOSÉ ALBERTO.: *Formularios de procedimiento penal abreviado (Juzgados de Instrucción y de lo Penal)*. 2.^a ed. Madrid, La Ley-Actualidad Editorial, 1996. 715 págs.

El autor de este libro, miembro en excedencia del Cuerpo Jurídico y Magistrado con amplia experiencia en asuntos penales, es ya conocido por sus aportaciones a los estudios que, sobre la configuración jurídica de las Fuerzas Armadas y aspectos concretos de la jurisdicción militar, se han publicado desde los primeros años ochenta. En esta ocasión, nos ofrece una radiografía práctica, no exenta de valiosos comentarios doctrinales, del procedimiento abreviado, cauce procesal prevalente en la jurisdicción penal ordinaria.

La obra consta de tres grandes apartados (tramitación en el Juzgado de Instrucción; tramitación en el Juzgado de lo Penal, desde la recepción de los autos hasta la firmeza de la sentencia; y tramitación en el Juzgado de lo Penal, ejecutorias), de tres anexos (un supuesto real, la doctrina constitucional sobre el procedimiento penal abreviado y la Ley de Enjuiciamiento Criminal) e incluye un disquete con los formularios que se proponen.

No siendo el primer libro sobre el procedimiento penal abreviado, la obra de Fernández Roderá constituye, no obstante, una aproximación pionera a las resoluciones de mayor frecuencia o calado en los Juzgados de Instrucción y de lo Penal, con un tratamiento pragmático y sumamente útil para el profesional del Derecho, al que no sólo se ofrece el modelo de aquellos, sino que también se le guía, gracias a unos comentarios breves pero enjundiosos, por los entresijos jurisprudenciales, doctrinales y prácticos que detrás de cada auto o providencia pueden espigarse.

Sí, en palabras del autor, parece que el mito de Sísifo encuentra históricamente parangón en la actividad legisladora (sumario, sumario de urgencia, diligencias preparatorias, procedimiento monitorio y oral, procedimiento abreviado, procedimiento abreviado rápido, procedimiento de la Ley del Tribunal del Jurado,...) cuando se trata de elaborar unas normas que favorezcan la prontitud en la tramitación y resolución de los procedimientos penales, también es cierto que el procedimiento estudiado, naci-

do de la Ley Orgánica 7/1988, ha creado, con todas sus deficiencias y lagunas, un marco legal razonable para la mayoría de los procesos penales, al que obras como la comentada aportan claridad y despejan incluso algunas de las dudas que puedan asaltar al profesional jurídico.

Aunque puede pensarse que el procedimiento descrito se encuentra algo alejado del marco adjetivo de la jurisdicción militar, no debe olvidarse que alguno de los principales problemas que a ésta se le plantean (v. gr.: la siempre necesaria celeridad en la tramitación de los procesos o la escasa entidad de las penas que mayoritariamente se imponen) aconsejan incrementar y perfeccionar el campo de aplicación de las diligencias preparatorias (el proceso penal abreviado en el ámbito militar), dando acogida con ello a un modelo procesal -siempre perfectible- que ha acreditado suma utilidad para dar respuesta a problemas semejantes. Es desde esta consideración, desde la que la obra de Fernández Rodera sobre el procedimiento penal abreviado aportará su utilidad a nuestro ámbito jurisdiccional.

Prueba de la utilidad general de la obra es que dos años después de aparecer la primera edición, en el otoño de 1996 ve la luz una segunda en la que se han hecho las adaptaciones e innovaciones necesarias tras reformas legislativas tan importantes como la Ley del Tribunal del Jurado y, sobre todo, el nuevo Código Penal de 1995. Igualmente, en esta segunda edición se han incorporado nuevos formularios con escritos de las diferentes partes que intervienen en el procedimiento abreviado, ampliando así la utilidad de la obra. Por último, se acompaña un manual de programación para facilitar el uso del disquete en el que se encuentran reproducidos los formularios para su uso con medios informáticos.

Alfonso Barrada Ferreirós

COUSIDO GONZALEZ, P.: *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*. Bosch, Barcelona, 1995. 221 págs.

Por secreto, en su acepción amplia, se entiende el hecho sabido por un círculo limitado de personas, que no se desea llegue a ser conocido por otras. El secreto puede ser, por su soporte fáctico, documental o no documental; y, por su naturaleza, cabe distinguir, entre otros, los secretos particulares, los profesionales, los industriales o los oficiales. A estos últimos se refiere la obra de que damos noticia y de la que es autora María Pilar Cousido González, Profesora titular de Derecho de la Información en la Universidad Complutense.

Se trata, en efecto, de un análisis crítico de la legislación sobre secretos oficiales, una normativa ciertamente dispersa, compleja, poco estudiada y que, sin embargo, resulta trascendental en ámbitos y sectores muy diversos.

La norma central en la materia es la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre), y el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que la desarrolla, disposición que no ha sido expresamente derogada y que la autora considera, con criterio discutible, vigente en su integridad.

De las disposiciones complementarias, destacan las normas penales. Debe advertirse, al respecto, que, aunque el estudio contempla el antiguo Código penal (además del Código penal militar de 1985), las referencias al texto proyectado (hoy vigente, tras su promulgación por Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre), han mantenido la actualidad de la obra.

Otra normativa a tener en cuenta en materia de secretos oficiales es la dimanante de textos supranacionales, entre los que destaca el Protocolo anexo al Acuerdo hispano-italiano de protección de información clasificada, firmado en Roma el 16 de junio de 1986.

Pues bien, con base en el anterior soporte normativo y a través del comentario a los textos básicos, la profesora Cousido González aborda el concepto de los secretos oficiales, el significado de la expresión y los diferentes mecanismos clasificatorios, los elementos que integran la institución y los modos de protección, en su sentido más amplio, «para ver, en

el contexto del análisis del art. 8º de la Ley, en qué medida son compatibles el derecho a la información y los secretos oficiales cuyo interés estriba en que se trata de dos figuras con rango constitucional: el derecho a la información está contemplado en el art. 20 del texto fundamental español y los secretos oficiales, no expresamente, en el art. 105.b».

El análisis, como en todo comentario, es básicamente exegético. El particularismo metodológico más destacado es que la exégesis viene referida simultáneamente a los preceptos de la Ley y del Decreto, aunque, como la propia autora reconoce, la correlación se pierde después de los primeros preceptos. En cualquier caso, la exposición resulta clara y el acceso cómodo. A ello coadyuva la propia composición tipográfica y que cada precepto vaya precedido de su número, indicándose su pertenencia a la Ley o al Decreto.

El estudio, aun cuando es, en general, expositivo, destaca las imperfecciones, carencias e, incluso, contradicciones del vigente sistema normativo. Particularmente, se refiere la autora a la incoherencia de la propia denominación y en la tipología de los secretos.

Frente a la clasificación de la vigente normativa española, la OTAN maneja otra diferente, como puede advertirse en el «Acuerdo para la salvaguarda mutua del secreto de invenciones relativas a la defensa respecto de las cuales se hayan presentado solicitudes de patente», publicado el 10 de septiembre de 1987 en el *Boletín Oficial del Estado*.

En la práctica, como pone de manifiesto la profesora Cousido González, la situación se traduce en que las autoridades nacionales manejan la terminología OTAN pero numerosos documentos conservan la denominación de la Ley de Secretos Oficiales.

A esta circunstancia se añade ahora la propuesta de Reglamento sobre medidas de seguridad aplicables a las informaciones clasificadas que son elaboradas o intercambiadas en el marco de las actividades de la CEE y de la CEEA. El texto, de 1992, con sus tres categorías (secretísimo, secreto y confidencial) viene a incrementar una confusión ciertamente injustificada.

Y, como resalta la autora, «sería lamentable que se perpetuase en España la existencia de tres clasificaciones, cuando la coherencia política y jurídica presumible en la actualidad a los miembros de la Comunidad Europea o de la OTAN harían más que explicable que se estableciera definitivamente una terminología unificada».

El análisis exegético y —al menos parcialmente— crítico de la materia, lleva a Pilar Cousido a unas propuestas *de lege ferenda*, con las que

pretende respetar la tradición española, de un lado, y afianzar la armonización —obligada— con la normativa de los entes supranacionales, especialmente la OTAN y la Unión Europea.

Al estudio sigue un anexo —especialmente oportuno— con las principales normas, acuerdos o pronunciamientos judiciales objeto de referencia directa o indirecta, o, en todo caso, útiles, en algún sentido, para interpretar la legislación sobre secretos oficiales. Dichos textos —que van precedidos de un breve comentario, cuya pretensión es «volver a situarlos en el contexto de la presente exégesis»— son el Acuerdo OTAN sobre comunicación de información técnica de defensa (1970), los acuerdos bilaterales sobre protección de información clasificada (con Estados Unidos, Francia, Noruega, Italia y Grecia), la Resolución de 15 de abril de 1993, del Juzgado Togado Militar Central número 1, proponiendo el sobreseimiento provisional y total en supuesto de filtración a la prensa de documentos clasificados, la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre acceso por el Congreso a secretos oficiales (1992), la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, la Resolución, de 6 de abril de 1989, de la Dirección General de Presupuestos, por la que se establecen los códigos que definen la estructura económica establecida por orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 13 de febrero de 1989, el Proyecto de Código penal de 1995, ya promulgado y en vigor, la Propuesta de Reglamento CE sobre medidas de seguridad aplicables a las informaciones clasificadas, que son elaboradas o intercambiadas en el marco de las actividades de la CEE y de la CEEA (1992), la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, la Proposición no de Ley formulada por el Partido Popular, el 14 de abril de 1994, sobre fondos reservados, y la Proposición de Ley, del Grupo Parlamentario Federal Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya, reguladora de la cláusula de secreto profesional de los periodistas, reconocida en el art. 20.1.d) de la Constitución Española.

Con una sucinta bibliografía concluye esta obra en la que se afronta, con indiscutible oportunidad, un tema difícil, delicado y complejo. De aquí que, al margen de sus propias carencias, el trabajo de la profesora Pilar Cousido González resulte sumamente útil y recomendable a cualquier interesado en esta materia tan polémica como trascendente.

Antonio Millán-Garrido

MOLINA BLAZQUEZ, C.: *La aplicación de la pena*. Bosch, Barcelona, 1996. 146 págs.

El nuevo Código penal, aprobado por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ha entrado sustancialmente en vigor a los seis meses de su publicación, esto es, el 25 de mayo del corriente año.

En él se afronta, ante todo, una reforma integral del sistema de penas instaurado por los Códigos de 1848 y 1870, reforma que, según reconoce la propia Exposición de Motivos, constituye la innovación más trascendente del nuevo texto.

El Código aprobado parte, como destaca la doctrina, de una sanción de prisión «que trata en lo posible de evitar [...] la contaminación y la marginalidad, sin ventaja alguna como contrapartida, que suponen las penas cortas, y la destrucción psíquica que conllevan las largas privativas de libertad». En este sentido, se han suprimido las penas privativas de libertad inferiores a seis meses continuados de permanencia en un establecimiento penitenciario; se implantan, como sustitutivos de las penas cortas, de una parte, la pena pecuniaria (que ahora sí que puede ser eficaz al adoptarse el sistema de los días-multa y, con ello, su determinación individualizada sobre la base de la situación económica del autor y, de otra, el arresto de fin de semana; la posibilidad de ampliar la condena condicional a privaciones de libertad de hasta dos e, incluso, tres años; y el establecimiento, salvo excepciones que permiten llegar a los treinta, una pena máxima de prisión de veinte años (Gimbernat, 1995).

Y, si por un lado se ha simplificado el catálogo de penas privativas de libertad, estableciendo otras que son, ciertamente, novedosas en nuestro Derecho, de otra, se modifican simultáneamente las reglas, tanto generales como especiales, de determinación de las penas y se introduce la regulación de las medidas de seguridad.

En definitiva, estamos ante un sistema radicalmente nuevo, que, sin duda, resolverá antiguos problemas, pero suscitando nuevas dificultades, que no pueden ser ignoradas por la doctrina.

Pues bien, a facilitar la comprensión del nuevo sistema y su funcionamiento tiende este libro que, como su subtítulo indica, constituye un «es-

tudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito». Su autora, María Concepción Molina Blázquez, es Profesora Propia Adjunta de Derecho Penal en la Universidad Pontificia de Comillas.

La obra se divide en tres partes, de las que la primera es teórica y las dos restantes de carácter práctico. El trabajo tiene, sin embargo, un desarrollo unitario dimanante de la propia finalidad didáctica, advertida por la autora, cuya intención es tratar de facilitar al jurista el dominio de la técnica de determinación de la pena, aunque dicha técnica haya de apoyarse en la comprensión e interpretación de las normas aplicables, lo que hace absolutamente necesaria una primera aproximación teórica a las mismas.

Esa aproximación teórica a las consecuencias jurídicas del delito integra, como decimos, la primera parte de la obra, que aparece dividida en cinco capítulos.

En el capítulo primero, la autora aborda el concepto, el fundamento, la función y los fines de la pena, sus clases y el contenido y duración, con específicas referencias a las penas privativas de libertad, a las privativas de derechos, a la pena de multa y a las accesorias.

El capítulo II trata de la determinación de la pena, tanto en su vertiente normativa como en la judicial, con tratamiento específico de la determinación en el delito de encubrimiento y en los delitos imprudentes.

En el capítulo III, la profesora Blázquez analiza las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad, tanto la suspensión de condena (su régimen general y la ampliación para enfermos terminales y drogodependientes) como la sustitución propiamente dicha y la libertad condicional.

El capítulo IV contempla las medidas de seguridad, con precisas referencias al concepto, presupuestos para su imposición, clases, concurrencia con penas, alzamiento y sustitución, y quebrantamiento.

En el capítulo V y último, la autora se ocupa de la responsabilidad civil y las consecuencias accesorias. De la responsabilidad civil, analiza su naturaleza jurídica, extensión, clases (directa, en caso de exención de responsabilidad penal, subsidiaria), transmisión, prescripción, fraccionamiento y orden de prelación para el pago. Como consecuencias accesorias, se estudian el comiso y las previstas para las personas jurídicas.

Las otras dos partes de la obra —que bien pudieran integrar una sola— constituyen un utilísimo instrumento para el conocimiento de la técnica de determinación de la pena.

Comienza la segunda parte del libro con un esquema común propuesto en la resolución de casos y un supuesto resuelto. Siguen los ejercicios

prácticos, concretamente veinticuatro referidos a las reglas generales, seis al delito de encubrimiento y tres a delitos imprudentes. La parte tercera contiene las soluciones a los ejercicios prácticos propuestos.

El trabajo de la profesora Molina Blázquez, presentado con cuidada composición y acabado diseño, comporta un estudio básico, pero muy serio y riguroso, de la aplicación de la pena en el nuevo sistema normativo español. La claridad expositiva, una impecable sistemática y la acertada orientación práctica conforman una obra que resultará de suma utilidad —y, por ello, recomendable sin reparos— no ya sólo a alumnos y a docentes, sino también, y especialmente, a cuantos profesionales pretendan conocer y comprender la técnica de determinación de la pena en el nuevo Código.

Antonio Millán-Garrido

MUÑOZ ALONSO, JOSÉ MANUEL: *El Servicio Militar*. Dijusa, Madrid, 1995. 339 págs.

El Coronel Auditor JOSÉ MANUEL MUÑOZ ALONSO, ya nos regaló con su importante obra *Derecho Administrativo Militar* gran parte del fruto de su labor docente como profesor encargado de dicha materia en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército durante no pocos años, obra que, a no dudarlo, marca un hito para tal disciplina.

La que ahora es objeto de este comentario, aunque de objetivos mas específicos, aborda una temática siempre actual y de no escaso interés no solo para el jurista, sino para el profano, dado que el servicio militar interesa y afecta directa o indirectamente a una parcela nada desdeñable de la población española.

En armonía con el interés que despierta el tema, el estudio de MUÑOZ ALONSO se enfrenta a todos los aspectos del mismo. Se inicia por una exposición de la evolución histórica general del servicio militar para luego ofrecer un estudio sintéticos de las distintas normas de reclutamiento españolas, y despues registrar los argumentos desarrollados en pro de la recluta voluntaria y forzosa asi como del sistema mixto para reiterar la observación de ALMIRANTE de que es a los verdaderos hombres de Estado a quienes incumbe elegir el mejor "procedimiento de extracción"; a los militares no nos compete mas que "emplear bien ambos elementos" (hombres y dinero).

El estudio sistemático de la legislación vigente sobre el servicio militar es —como cabe suponer— la parcela mas extensa e importante del libro, llegando a ofrecerse de forma exhaustivo y comprensible para todos y no solo para el especialista, con lo que ha de ser de gran utilidad, primero para los afectados por aquel, y también para todo el complejo burocrático interviniente en las operaciones de reclutamiento.

Completan la obra cuatro apéndices relativos respectivamente a la reseña sobre el sistema adoptado en los principales paises europeos, la objeción de conciencia y su normativa y la ley del servicio militar y el reglamento de reclutamiento.

No hay duda de que el antiguo profesor de la antedicha Escuela ha venido a enriquecer la literatura jurídico militar española con este trabajo

que en nada desmerece su obra anterior sino al contrario, ya que sin disputa, es actualmente el mas completo sobre una temática: el servicio militar, que, antes o después, interesa a la casi totalidad —por no decir la totalidad— de las familias españolas, y cuya utilidad, no solo para el especialista o los afectados por él, sino para todo los que participan en las operaciones de reclutamiento —a mi juicio— aparece incuestionable. La claridad en la exposición y lo exhaustivo de la misma, lo convierten en útil instrumento para conocer y solucionar los variados y en no pocos casos complejos problemas que el servicio militar plantea en la práctica, sin que sobren ni los estudios históricos y de derecho comparado que contiene, ni los argumentos, de tanta actualidad, sobre el sistema mas idóneo de recluta.

Gonzalo Muñiz Vega

2. RECENSIÓN DE REVISTAS

INFORMACION BIBLIOGRAFICA ¹

JOSÉ-LEANDRO MARTINEZ-CARDOS RUIZ

Sumario: A) *Cuestiones administrativas*; B) *Funcionarios y Servicio Militar*; C) *Cuestiones de Derecho Internacional y Humanitario*.

A) *Cuestiones administrativas generales*

En el número 16, de 1996, de *Actualidad Administrativa*, se incluye un artículo de Hernández Olivencia sobre "Burocracia versus agilidad en la tramitación administrativa militar: una propuesta organizativa" y en el número 17 un sugerente trabajo de Roselló Vila sobre "La expropiación de los bienes de dominio público entre Administraciones".

La revista "*Ejército*", número 669, de enero 1996 recoge un sucinto artículo de Vicente Olaya sobre "La Administración en el Eurocuervo".

Por su parte, en la revista *Actualidad civil*, número 11, de 1996, se da cuenta y se incluye un breve comentario de la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1995 en la que se interpreta de manera muy flexible el requisito de la reclamación previa a la vía civil, afirmándose que no es condicionante absoluto del ejercicio de la acción.

Excediendo el ámbito estrictamente militar, pero de gran interés para toda la Administración, son las respuestas de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia e Interior publicadas en la *Revista de Documentación*, número 10, septiembre-diciembre de 1995, en la que se abordan cuestiones tales como la validez de las autoridades remitidas por la Administración, vía fax, en materia de explosivos y las consecuencias

(1) La presente sección tiene por objeto dar cuenta de los trabajos publicados en otras revistas jurídicas sobre temas militares o de interés para la Administración Militar, excluidas las atinentes a derecho penal.

de la imposibilidad de efectuar notificaciones por edictos en los Boletines Oficiales de las provincias. También excediendo dicho ámbito castrense, por su interés, merece la pena reseñar los trabajos de García de Enterría, J., “La transmisión de los derechos de cobro en la Ley de contratos de las Administraciones Públicas” en *Revista de Derecho bancario y bursátil*, número 60, Octubre-diciembre de 1995, y, por su frecuente utilización por la Administración Militar, el de Arozamena Sierra, “Algunas consideraciones sobre la institución contractual y el urbanismo: los llamados convenios urbanísticos”, en *Revista de Derecho urbanístico y Medio Ambiente*, número 146, enero-febrero de 1996.

B) Régimen disciplinario, Funcionarios y Servicio militar.

La revista “*Ejército*”, número 672, de mayo de 1996, está dedicado al régimen disciplinario militar. Incluye diversos trabajos, claros, concisos y concretos, sobre la materia, proporcionando al lector no avezado en la materia una visión general del tema.

El *Boletín de Información del CESEDEN*, número 242 (Madrid, 1995) acoge un trabajo de Pérez Viñuela, sobre “La objeción al Servicio Militar” que expone las bases jurídicas y metajurídicas de la misma.

“El desempeño de funciones y cometidos de hecho por parte de los funcionarios y su problemática jurídica” es el título de un interesante artículo, cuya autoría corresponde al Luis Miguel Arroyo Yanes, en la revista *Administración de Andalucía, Revista Andaluza de Administración Pública*, número 24, Sevilla, 1995.

En la revista *Revue du Droit Public et de la science politique en France et a l'Etranger*, número 6-1995, se incluye un estudio de Sandrine Cortembert sobre el Prefecto marítimo que analiza exhaustivamente la figura que ha servido de modelo a las Capitanías de Puerto creadas por la Ley de Puertos del Estado y Marina Mercante, tratando las dificultades de coordinación de las mismas con las autoridades militares.

En número 12 de 1996 *Actualidad Administrativa*, se incluye comentario escueto la Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 1995 recaída en un recurso de amparo en la que se reconoce legitimación al sancionado para impugnar la sentencia de la Sala de Conflictos que declaró la competencia de la Jurisdicción Militar, y no de la contencioso-administrativa, para el enjuiciamiento de una sanción disciplinaria impuesta a un Guardia Civil.

C) *Cuestiones de derecho internacional y humanitario*

El Boletín de la Sociedad americana de derecho internacional (*Asil*), correspondiente a su 89ª Asamblea General, Nueva York, 1995, publica un artículo de Blewitt sobre “The Necessity for Enforcement of International Humanitaria Law”.

En la revista *Revue Europeenne de droit public*, vol. 6, núm. 2, hiver-1994, aparecida a finales de 1995, existe un trabajo de Holdgaard Bukh de interés: “Prosecution of foreigners suspected of serious violations of human rights or humanitarian law” y, en la *Rivista trimestrale de diritto pubblico*, núm. 4 de 1995, un sugestivo artículo de Luis María Díez Picazo sobre “Il problema della discrezionalità nell’esercizio dell’azione penale”.

Por su parte, el *American Journal of International Law*, vol. 90, núm. 1, Enero de 1996, publica un artículo de José E. Alvarez, con el título “Judging the Security Council” en el que se suscita la cuestión de si sería posible que la corte mundial —el Tribunal de La Haya— enjuiciara los actos del Consejo de Seguridad en materia de intervención militar. Por su parte, el número 2 del mismo volumen 90 incluye dos artículos, uno de Leigh y otro de Meron, titulados “The Continuing Role of Custom in the Formation of International Humanitarian Law”.

El ya citado *Boletín de Información del CESEDEN*, esta vez, el número 243, acoge en sus páginas un artículo de Jaudenes Lameiro sobre “La intervención en las relaciones internacionales”. Del mismo Centro castrense, el número 79 de *Cuadernos de Estrategia*, Madrid, agosto de 1995, está dedicado al “Derecho de intervención de los conflictos”, recogiendo artículos varios sobre el tema. Y, la *Monografía del CESEDEN*, número 15, dedicado a la “Crisis de los Balcanes”, incluye un artículo del General Rodríguez-Villasante sobre “Aplicación del derecho internacional humanitario en el conflicto de Bosniz-Herzegovina”.

REVISTA DE DERECHO URBANISTICO Y MEDIO AMBIENTE,
núms. 145 y 145 bis (octubre-diciembre, 1995).

El primero de los números que comentamos de esta Revista especializada pública, entre otros, un trabajo de Joaquín M.^a PEÑARRUBIA IZA, Teniente Auditor, que bajo el título "Actuaciones sectoriales del Estado sobre el territorio por razón del artículo 149.1.4 de la Constitución" (págs. 79-106), aborda el estudio de "las colisiones que por razón de la Defensa Nacional pueden darse entre las competencias atribuidas al Estado en tal materia y las relativas a la ordenación del territorio, que corresponde a las Comunidades Autónomas y a los Entes locales", en palabras del propio autor.

En definitiva, un aspecto más de los numerosos y difíciles problemas derivados de la concurrencia de títulos competenciales atribuidos, a partir del texto constitucional de 1978, a las distintas Administraciones Públicas, con incidencia sobre el territorio. Entre esos problemas, o perspectivas, el relacionado con las competencias específicas de la organización militar "versus" otras actuaciones sectoriales es, sin duda, el menos tratado en la doctrina, que se ha ocupado amplísimamente —con toda justificación— de estas cuestiones. Siquiera sea sólo por eso, bienvenida sea la presente aportación.

En todo caso, el trabajo de Peñarrubia resume perfectamente la situación, partiendo de la Ley 8/1975, de 12 de marzo, de Zonas e instalaciones de interés para la Defensa Nacional, principal norma reguladora de la "intervención militar" sobre el territorio, cuyas actuaciones chocan a menudo con las competencias administrativas, típicamente autonómicas y municipales, de ordenación territorial y urbanística. Se citan aquí los supuestos más frecuentes de esa confrontación competencial, con referencia a los pronunciamientos jurisprudenciales a que han dado lugar, algunos recientes y de cierta notoriedad pública (caso Anchuras), que han llegado incluso a las más altas instancias jurisdiccionales.

La conclusión de ese análisis, a partir tanto de los datos doctrinales como jurisprudenciales, en relación con los eventuales conflictos entre actuaciones de los diversos órganos de la Administración militar y actuaciones

de otras organizaciones administrativas territoriales, ambas con incidencia sobre un mismo espacio físico, no es otra que la prevalencia de la intervención que haya tenido lugar antes en el tiempo: es decir, el único criterio para resolver el conflicto competencial entre el Ministerio de Defensa, con sus facultades para satisfacer las necesidades de la defensa nacional y las CC.AA. y Ayuntamientos, con sus potestados de ordenación territorial y planeamiento urbanístico, es el que el autor llama “principio de prioridad temporal”. Conforme a tal criterio, o principio, en efecto, se han venido resolviendo invariablemente todos los pleitos que en la materia han sido, desde viejos y, a veces, larguísimos contenciosos en torno a la declaración militar de “zonas de interés para la Defensa” que se haría “desconociendo” las determinaciones del planeamiento urbanístico correspondiente a la zona en cuestión, hasta la más reciente pretensión autonómica de declarar Parque Natural una zona *previamente* declarada como “de interés para la Defensa Nacional” (Real Decreto 811/1988), “caso Anchuras”, citado).

Y es que, ciertamente, no existe, desde el punto de vista legal, otro criterio, como quien escribe estas líneas cree haber puesto suficientemente de relieve en otra ocasión (Vid. REDEM nº 64, julio-diciembre. 1994, en especial, págs. 28 y ss.). Por ello resulta harto discutible la afirmación de Peñarubia en el sentido de que “conforme a las declaraciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, parece evidente que el interés de la Defensa Nacional es prevalente sobre cualesquiera otros que puedan esgrimirse por las Comunidades Autónomas o por los entes locales” (pág. 97). Así debería ser..., pero, lamentablemente, de la estricta legalidad no se deriva tal prevalencia.

Desde luego, en la legislación militar (Ley 8/75, cit.) no sólo no existe norma alguna de prevalencia, sino que tampoco se arbitran mecanismos, eficaces y suficientes, de coordinación entre la planificación de infraestructuras militares y la actuación de ordenación territorial de las Administraciones competentes. Sí existe alguno, precisamente, en la legislación urbanística, pero que se han revelado poco o nada operativas: queda, si acaso, la prerrogativa a favor de las obras “que afecten directamente a la defensa nacional” prevista en el art. 244.4 (antes 180.2) del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992. Pero la finalidad, y también los problemas, de este discutido precepto van por otro lado. Como también la posible aplicación de la “cláusula de prevalencia” del art. 149.3 de la propia Constitución.

Por lo demás, a mi juicio, no es alegable a estos efectos la doctrina aplicable a los supuestos de declaraciones municipales de “zona desnu-

clearizada” de los respectivos términos municipales, en los que no hay, como es evidente, concurrencia de competencias sino, sencillamente, una flagrante extralimitación por parte de las Autoridades municipales.

Sin perjuicio de las anteriores, y ligeras, discrepancias, el trabajo comentado me parece una más que digna contribución a un tema de indiscutible importancia en el ámbito de actuación de la Administración Militar y su régimen jurídico.

La misma publicación periódica de Editorial Montecorvo saca a la luz un número especial monográfico (el 145 bis) íntegramente dedicado a los Puertos del Estado y Marina Mercante y posterior legislación dictada en su desarrollo se contienen una serie de estudios doctrinales sobre el tema, estructurados en tres bloques: A) Urbanismo y Puertos; B) Dominio público portuario; y C) Servicios y gestión portuaria. La coordinación del número estuvo a cargo del Prof. Jiménez de Cisneros Cid.

Aunque todos los trabajos son interesantes en cuanto a los distintos aspectos del régimen jurídico portuario que abordan, nos parece que deben reseñarse aquí, de modo especial, las consideraciones que, dentro de su colaboración sobre “El dominio público portuario estatal”, hace el Prof. Angel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo y miembro del Consejo Editorial de nuestra Revista, sobre la exclusión de los puertos militares del ámbito de aplicación de la LPMM, lo que ocurre —al decir del autor— “seguramente porque su regulación por el legislador estatal deriva de un título competencial diferente: sin embargo, añade, “Es evidente que los puertos militares a que se refiere el artículo 12 de la Ley 27/92 son puertos de titularidad estatal, por lo que se podrían considerar pertenecientes al dominio público portuario estatal” (pág. 94).

También podemos referir el trabajo de Alicia Paz Antolín sobre “El régimen jurídico de la señalización marítima”, tema, como es sabido, muy vinculado, sobre todo desde el punto de vista histórico, a las competencias de la Armada.

Antonio Mozo Seoane

REVISTA VASCA DE ADMINISTRACION PUBLICA, núm. 43 (septiembre-diciembre, 1995).

Entre las colaboraciones contenidas en el presente número de la RVAP, nos parece de interés dejar constancia de las que seguidamente reseñamos, relacionadas además entre sí por razón del tema..

El Catedrático de Derecho constitucional de la Universidad de Santiago de Compostela Francisco Fernández Segado, miembro del Consejo de redacción de nuestra REDEM, nos ofrece un trabajo sobre «La dignidad de la persona en el ordenamiento constitucional español»; tras un breve planteamiento del tema como una aportación esencial del constitucionalismo de la segunda postguerra, con la subsiguiente reacción universal frente a los atropellos que la dignidad del ser humano había sufrido durante aquella dramática contienda, el comentario se centra en el art. 10.1 de la Constitución española de 1978, cuyo reconocimiento de la dignidad de la persona como «fundamento del orden político y de la paz social» es la traducción a nuestro orden jurídico-constitucional de un «valor jurídico fundamental» hoy positivado en la práctica totalidad de los textos constitucionales del mundo civilizado y en numerosos tratados y declaraciones internacionales de ámbito universal o regional.

Esa generalizada proclamación de la «dignidad intrínseca» del hombre como base de «la libertad, la justicia y la paz en el mundo» (Preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de 1948) no deja, sin embargo, de plantear problemas de interpretación y aplicación jurídicas —con independencia, claro está, de los que pueda suscitar su efectivo respeto en cada caso—. La caracterización jurídico-constitucional y la naturaleza del concepto «dignidad de la persona», así como —quizá, sobre todo— su relación con los derechos fundamentales, son cuestiones que han merecido amplio tratamiento doctrinal.

El Prof. Fernández Segado recoge todo ese bagaje, científico y jurisprudencial, tanto procedente del ámbito comparado como de nuestro propio panorama y lo aplica a su análisis del precepto del art. 10.1 CE, en una síntesis suficientemente expresiva y rigurosa de este importante y siempre actual tema.

En la misma órbita temática se inscribe el trabajo, también incluido en el presente número, titulado «Constitución y Derecho internacional de los derechos humanos», de Humberto NOGUEIRA ALCALA, abogado y Catedrático de Derecho constitucional chileno, miembro de la Corte de Apelaciones de Santiago de Chile.

El jurista chileno aborda las relaciones Derecho interno-Derecho internacional, con sus tensiones y las distintas soluciones, tanto teóricas como jurídico-positivas, proyectadas sobre el tema de los derechos humanos. Como se sabe, este viejo problema de los conflictos (esto es, la relación de primacía) entre el Derecho internacional y los ordenamientos nacionales ha sido —y sigue siendo— largamente debatido por constitucionalistas e internacionalistas, que han dado diversas respuestas, más o menos integradoras, como diversas son las soluciones que ofrecen los ordenamientos constitucionales.

Justamente, en materia de derechos fundamentales el debate ha encontrado un campo particularmente propicio para su replanteamiento, por la tendencia a la universalización de aquéllos y, en definitiva, por la especial sensibilidad hacia el respeto y garantía de los derechos humanos que es ya inseparable en nuestros días del concepto del Estado de Derecho (desde luego, «democrático y social», también llamado, con fórmula más retórica, «avanzado»).

Pues bien, la cuestión es analizada por el Dr. Nogueira a la luz del Derecho positivo y de la jurisprudencia chilenos, para extraer algunas de las consecuencias que se predicen, cada vez de manera más aceptada en el ámbito de las relaciones internacionales, del Derecho Internacional, convencional o consuetudinario, de los Derechos Humanos, tales como su naturaleza de «ius cogens»; el pleno respeto de tales derechos como obligación «erga omnes»; la exigencia de aplicar los preceptos, internos o internacionales, que brinden una mayor protección a los derechos; el respeto a los derechos fundamentales de la persona se erige en límite al ejercicio de la Soberanía; etc.

En fin, un interesante e ilustrativo panorama de una materia actualísima —como ya decíamos al glosar al anterior trabajo— y trascendental para la ordenación de la convivencia humana, que es la función primordial del Derecho.

Por último, específico interés para nuestro ámbito jurídico-militar presenta la colaboración que, como comentario jurisprudencial, firma M. Gorrotxategui Azurmendi: «Libertad de expresión versus disciplina militar. Comentario a la STC 371/1993, de 13 de diciembre» (págs. 183 Y ss.).

«Reconociendo la Constitución española la igualdad de todos los españoles, sin exclusión alguna, la libertad de expresión, sin límite por razón de persona, y la democracia como principio político estructurador básico, la cuestión es determinar el grado en el que el principio de disciplina vincula al militar, en relación con el derecho fundamental reconocido a la libertad de expresión»: con estas exactas palabras plantea el autor el núcleo del problema que aquí se estudia, de la mano de la jurisprudencia constitucional.

Como bien se destaca en el presente comentario, el TC —y la doctrina en general— ha venido considerando la libertad de expresión como un derecho fundamental merecedor de la máxima tutela y protección, virtualmente preferente ante otros derechos fundamentales por cuanto «a su dimensión individual, de derecho subjetivo, se le une otra de carácter colectivo institucional, conforme a la cual la libertad de expresión se presenta como garante de la opinión pública libre, hacedora de la democracia».

Sin embargo, existen grupos sociales o categorías de personas cuyos derechos —incluidos los fundamentales o libertades públicas aparecen notoriamente «relativizados» con base en la vieja categoría de las «relaciones especiales de sujeción», en las que, señala Gorrotxategui, «la máxima especialidad corresponde al estamento militar». De tal modo, la especificidad de funciones y consiguientes valores propios del mundo castrense «chocan directamente, elevados al extremo, con el reconocimiento de la libertad de expresión».

Pues bien, tanto en la sentencia que sirve de objeto al comentario que glosamos como en otras sobre supuestos similares, —algunas citadas en el propio trabajo— el TC, retrocede claramente de su temprana, y prácticamente invariable, concepción «extensiva y preferente» del derecho a la libertad de expresión para estimarla sometida no sólo a los límites comunes a todos los ciudadanos —pues ningún derecho es absoluto— sino también a unos límites específicos derivados de las funciones especiales o de la especial posición que ciertos grupos o personas ostentan en la organización estatal: en el caso que nos ocupa, tras la inevitable invocación de las importantes tareas que a las FAS asigna el art. 8.1 CE, «esos límites responden a los principios primordiales y los criterios esenciales de organización de la institución militar, que garanticen no sólo la necesaria disciplina jerárquica, sino también el principio de unidad interna, que excluye manifestaciones de opinión que pudieran introducir formas indeseables de debate partidista..., disensiones y contiendas dentro de las Fuerzas Armadas» (f.j. 4º).

A la vista de todo ello, para el autor “la prevalencia” de la libertad de expresión se desinfla como un globo abierto en el ámbito de los afectados por las relaciones especiales de sujeción y se convierte en «subordinación» en el ámbito afectado por las relaciones «especialísimas» de sujeción, o sea, el ámbito castrense» (pág. 192), concluyendo, tras el análisis de la STC 371/1993, que “quienes en ningún caso se libran del deber de silencio son los militares” (pág. 194).

El diagnóstico es, quizá, excesivo. Ciertamente, en casos como el comentado, el TC parece abdicar en demasía de su tradicional consideración del derecho a la libre expresión como uno de los pilares del orden democrático en tanto que elemento esencial de la formación de una opinión pública libre, manifestación del pluralismo y forma de participación política: tantos y tan importantes valores del Estado democrático merecen una muy rigurosa ponderación antes de hacerlos ceder ante ciertos límites derivados de otros principios e intereses, sin duda importantes, pero vinculados a formas específicas de organización de una parte del aparato estatal.

En ese sentido, tal vez sea oportuno denunciar aquí el, a mi juicio, desmesurado uso que el TC español ha hecho de la doctrina de las relaciones especiales de sujeción, tanto al recuperar prolijamente esta arcaica concepción, ya superada en el moderno Derecho público, como en su particular aplicación a algunos ámbitos concretos, singularmente en el terreno del Derecho disciplinario (por ejemplo, convirtiendo el principio «non bis in idem» en el imperio del «bis in idem»).

En todo caso, el problema de los límites de los derechos fundamentales o de la colisión entre algunos de éstos es cuestión en permanente debate y, por tanto, en continua evolución.

Pero esa evolución ha de ser, a su vez, suficientemente ponderada, sin bandazos que desequilibren el otro lado de la balanza, como puede haber ocurrido precisamente en la materia objeto de este comentario — libertad de expresión versus disciplina militar— con la STC 288/1994, de 27 de octubre (publicada en el núm. 66 de la REDEM, así como un comentario sobre la misma, de Jose Manuel Blanque Avilés, en el mismo número de esta Revista, (págs. 123 y siguientes), a la que implícitamente alude Gorrotategui, señalando que «el TC ha «limitado el límite» ante pretensiones desmesuradas, desatadas en esta fiesta limitativa» (nota (40), pág. 194).

Antonio Mozo Seoane

IV. INFORMACION

ACTO DE PRESENTACIÓN DEL NÚMERO 65 DE LA REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR «IN MEMORIAN» DEL EXCMO. SR. D. JAVIER SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO Y GENERAL CONSEJERO TOGADO

— El 22 de febrero de este año, a las 7 de la tarde, en el Salón de Actos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, totalmente llena, se celebró el Homenaje, organizado por esta Revista, a la memoria de Javier Sánchez del Río y Sierra, Consejero Togado y Magistrado de la Sala de lo Militar de Tribunal Supremo, fallecido el 24 de enero de 1995.

Presidió el acto el Secretario de Estado de la Administración Militar, Profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto, y ocuparon lugar preferente la viuda D.^a Margarita de Oleza y Lostau y sus hijas Patricia y Elena, a quienes acompañaba el Coronel Director y Secretario de la Revista Alfredo Baena Cazenave.

En las breves líneas de esta reseña no es posible glosar la vida y obra de este insigne jurista, que dedicó su vida, desde su ingreso en el entonces Cuerpo Jurídico del Aire, al estudio y aplicación del Derecho militar, desde sus diferentes destinos como Oficial Auditor, pasando por su relevante papel en la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, así como en la Cruz Roja, donde fué Director del Centro de Derecho Internacional Humanitario, hasta llegar a la más alta magistratura en el Tribunal Supremo. Toda una vida fecunda y enriquecedora.

La Revista Española de Derecho Militar, a la que tanto quiso y enriqueció con sus frecuentes colaboraciones, le ha dedicado un número monográfico «In memoriam» (el volumen 65, correspondiente a enero-junio de 1995), justo homenaje a quien hizo del servicio a los demás el norte de su vida, y que le fué entregado a su viuda e hijas en el homenaje que se le rindió, no por emotivo menos solemne, y al que asistieron tan gran número de compañeros y amigos del insigne jurista que realmente fué insuficiente el aforo del Salón de Actos.

El Director de la Revista, General Girgado Doce, abrió el acto, señalando la razón del Homenaje a quién en particular se debe la actual andadura de esta Revista, y seguidamente hizo la presentación de quienes ha-

blaron sobre aspectos de la personalidad del homenajeado, como Jurídico Militar, como especialista en Derecho Internacional y Aeronáutico, y como Magistrado, que fueron expuestas respectivamente por el Consejero Togado Francisco Blay Villasante, el Profesor Manuel Pérez González y el Presidente de la Sala V del Tribunal Supremo José Jiménez Villarejo, de las que a continuación ofrecemos un breve resumen. Tomó la palabra Francisco Blay Villasante que, entre otras cosas, dijo:

“Como ya expreso en el prólogo de la Revista mis pensamientos y mis sentimientos acerca de Javier y de su obra, no quiero redundar, máxime cuando la presencia de su mujer y de sus hijas hace aún menos lúcida la emoción.

Si acaso, para resaltar su calidad humana, cabría recalcar que era un hombre de talante liberal, cordial y afable, sin vanidad ni doblez. Porque Javier fue, fundamentalmente, un hombre bueno, vital y luchador, con el amor a cuestas. Un hombre ejemplar en su dimensión humana y en su vertiente pública y, también, en su indeclinable compromiso de ardiente defensa de los derechos humanos. Uno de esos hombres imprescindibles, pero tan puro e íntegro, tan sosegado, que anduvo por el mundo con una sencillez tal que solo quienes le hemos tratado y hemos asistido al desarrollo generoso de sus múltiples cometidos, en España y fuera de nuestras fronteras, somos capaces de apreciar su ejemplar trayectoria humana, científica y profesional. Vocero de la justicia, apóstol de valores como la tolerancia la paz y la libertad, supo mezclar el rigor de sus exigencias de intelectual ejerciente, con el desempeño eficaz de sus cometidos en el Ministerio de Defensa, en la Magistratura y en los Sociedades Internacionales. El respeto hacia esos valores lo exigía no solo en luminosos escritos y en conferencias, desde su puesto en la Sociedad de Derecho Internacional, como Director del Centro de D^o Internacional Humanitario de la Cruz Roja y como Presidente del Grupo Español de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y Derecho de la Guerra, sino también mediante Sentencias modélicas en su quehacer de Magistrado, donde ha dejado una huella imperecedera en la construcción de toda una doctrina jurisprudencial interpretadora de los principios democráticos. Estamos seguros de que su paso por el Tribunal Supremo no fué fugaz, ni vano ni neutral, ni para el Ejército ni para sus compañeros.

También, subrayar que mucho de lo que admiramos y queremos de él y de lo que constituye igualmente su influjo en el mundo del Derecho Mi-

litar y del Derecho Internacional Humanitario, tiene que ver con su formación de jurista militar y con su formación de humanista.

Estos dos vectores de su personalidad hicieron posible que cuando pertenecía al Cuerpo Jurídico del Aire, como luego al Cuerpo Unificado Jurídico Militar, desempeñara con mesura y brillantez los cometidos jurisdiccionales y asesores que se le encomendaron en Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria y en Madrid, sus destinos militares. Como su actividad profesional corrió siempre pareja con sus tareas docentes, fué Profesor, con García Escudero y León Herrera, del Curso para el Diploma de D^o Aeronáutico y D^o Internacional, impartiendo sus enseñanzas a varias promociones del Cuerpo Jurídico del Aire. Y antes de ser nombrado Magistrado del Tribunal Supremo, con un puñado de compañeros llenos de ilusiones progresistas, pilotó con maestría, prudencia, equilibrio y tino el tránsito de la anterior normativa, a la nueva surgida tras la profunda reforma de la Justicia Militar.

Subdirector General de Recursos en el Ministerio de Defensa, Fiscal Togado, Magistrado del Tribunal Supremo, Director de la Unidad de Enseñanza y Difusión del Centro de D^o Internacional Humanitario de la Cruz Roja, cuya Dirección también ostentó, miembro del Instituto Iberoamericano de D^o Aeronáutico, Ponente en muchos Seminarios, Profesor del Instituto Internazionale de Diritto Umanitario, y un largo etcétera, un hombre, como se ve, comprometido e incansable, que aglutinó en torno suyo respeto y admiración, que nos dejó un gran legado científico, «sabidor de derecho y juicio de claro varón», como lo define uno de los autores de los trabajos que publicamos... lo que, sin embargo, le hizo, ante todo, engrandecer en nuestro corazón, fué su amor a los hombres, su defensa de los desvalidos, de las víctimas de las guerras y de los delitos, su preocupación por los demás, haber sido escudero fiel y aguerrido de los derechos fundamentales e inviolables de las personas.

En cuanto a su vida personal, solo debo decir que siempre hizo gala de humor y vitalidad, que la tolerancia tenía en él un ferviente defensor, y que supo disfrutar de la vida.”

A continuación el Profesor Pérez González se dirigió a los presentes en estos términos:

Henos aquí, en entrañable reunión con los deudos de Javier Sánchez del Río, para evocar su esclarecida figura en el doble terreno personal y profesional. Se trata no sólo de rendirle un homenaje póstumo, sino tam-

bién, y sobre todo, de atraer aún a Javier hacia nosotros para decirle que no nos ha dejado del todo, que seguimos contando con él, que no cesan de sonar en nuestros oídos sus atinadas palabras, que su generosidad y su talante abierto y comprensivo —no reñido con la rectitud— continúan haciéndose presentes en nuestras vidas.

Henos aquí, acompañando a su esposa Margarita y a sus hijas —fuertes a pesar de su dolor—, para ofrecerles el fruto de una labor de investigación que, desde diversas perspectivas disciplinares, constituye el mejor recuerdo de quien se moviera con idéntica soltura y maestría en todos los terrenos científicos cubiertos por este puñado de estudios. Con este libro, nacido de un esfuerzo colectivo, saldamos todos — jueces, fiscales, profesores, militares, políticos, miembros del Movimiento de Cruz Roja) una deuda de gratitud contraída con el General, Magistrado y activista de la paz por el Derecho Javier Sánchez del Río. No se trata sino de devolverle lo que él ha contribuido como nadie a suscitar en nosotros: espíritu crítico, serenidad en el juicio, rigor en el análisis, conciencia ética aplicada al discurso jurídico y, sobre todo, convicción de que el Derecho es un utensilio al servicio del progreso social.

Con razón se ha insistido en este acto, y ya antes en los prólogos del libro del que hoy se hace pública presentación y entrega, en la faceta humana de Javier. No quiero ni puedo añadir nada a lo ya dicho. Pero no me resisto a recordar —y destacar— la insistencia con la que el amigo ya ausente predicaba, en público y en privado, en lección de curso y en charla recatada, la necesidad de seguir adelante en el proceso de humanización del Derecho, situándose sin duda en esa arraigada concepción personalista del orden jurídico de la que es un prístino exponente el viejo dicho *hominis causa ius constitutum est*. Javier —doy fe de ello como colaborador suyo en la difusión del Derecho humanitario aplicable a los conflictos armados desde el C.E.D.I.H. de Cruz Roja Española— no se cansaba de poner énfasis en la defensa de los derechos humanos en sus magistrales exposiciones sobre el Derecho de la guerra, poniendo a estos derechos, incluso en ámbitos temáticos inscritos en el más rancio «Derecho de la Haya», por encima de cualquier consideración, por encima incluso de la noción de necesidad militar tan extendida en los textos normativos del *ius in bello*.

Sin duda seducidos por esa apelación a la humanidad tan presente en los trabajos doctrinales de Javier Sánchez del Río, el General Francisco Blay Villasante y el Presidente de Cruz Roja Española Juan Manuel Suárez del Toro, en sus respectivos escritos de presentación del libro-home-

naje que hoy recibe Margarita de nuestras manos, han coincidido en acotar una frase clave contenida en uno de los múltiples escritos de Javier: «Quizá sea el momento de pedir a gritos la paz, oportuna e inoportuna-mente, y tratar de conseguir que todos los pueblos se unan frente a quienes “inventan” la guerra». Esa frase estaba escrita con la convicción de quien cree en la utilidad de seguir proclamando por encima de todo los valores humanos, que son valores de paz y de justicia. De ahí que, a renglón seguido de dicha frase, insistiera Javier en la necesidad de negar el pan y la sal a todo integrista, a todo racista, a todo nacionalista, a toda intransigencia, a todo intento de imponer credos o convicciones por la fuerza. Así era la persona en torno a cuya memoria nos congregamos hoy, y así nos enseñó a ser a nosotros. Que todos aprendamos la lección.”

A José Jiménez Villarejo, le correspondió la última intervención, en la que básicamente expuso:

“Cuanto prestamos servicio en la Sala 5.^a cualquiera que sea nuestra función y tuvimos ocasión de conocer, respetar y querer a Javier —que todo era la misma cosa pues conocer a Javier era respetarle y quererle— no nos hemos resignado a su pérdida. Y a más de uno nos ocurre, con frecuencia, que nos parece va a llegar en cualquier momento —con aquella ligera sonrisa que encubría, con suprema elegancia, un dolor físico acaso permanente y casi nunca confesado— y se va a sentar con nosotros a deliberar.

Esta sensación puede ser, por supuesto, fruto del cariño, de aquel cariño entrañable que Javier suscitaba irremediamente. Pero es también fruto de la necesidad. A Javier se le necesitaba en la Sala y se le sigue necesitando.

Javier aportó a la Sala 5.^a una multitud de cosas. Algunas de ellas están en las colecciones de jurisprudencia de los años en que vivió con nosotros. Otras, seguramente las más importantes, viven en nuestra memoria y mueven todavía nuestro corazón.

Javier aportó, en primer lugar, una solidísima preparación jurídica. En las materias que son competencia de la Sala y en las que no lo son. Su preparación y, sobre todo, su sensibilidad jurídica eran universales. Aportó, por supuesto, un amplísimo conocimiento del Derecho militar, y una especial sensibilidad para cuanto el mismo tiene de específico en función de las misiones constitucionales que les están asignadas a la FF.AA. No tenía, en modo alguno, una idea del Derecho militar que fuese capaz de encerrarlo en una esfera aislada y autosuficiente dentro del mundo del Derecho. Su idea del D^o penal militar era inseparable de su idea del D^o

penal y su comprensión del D^o disciplinario militar estaba indisolublemente vinculada a su concepción del D^o administrativo sancionador. Y, sobre todo, su forma de entender y de aplicar el Derecho militar, en cualquiera de sus ramas, guardaba siempre una estrecha relación, una absoluta coherencia, con lo que era en Javier un presupuesto básico de toda su actividad de jurista: una leal e incondicionada asimilación de la Constitución y de la radical innovación que la misma significa para cualquier manifestación de la realidad jurídica.

Pero Javier, como os decía, aportó también a la Sala —y ése fue su mas valioso regalo— su personalidad. Y con su personalidad, sus virtudes. Las virtudes del hombre de bien, las virtudes del buen militar, y las virtudes más cabalmente judiciales, en el sentido de que jamás deben faltar en un buen juez. Me refiero, naturalmente, a la prudencia, a la serenidad, al equilibrio, a la ponderación. Porque Javier era prudente y equilibrado, su presencia en una deliberación era garantía de sosiego y mutuo respeto. Este clima —que Javier sabía crear con su talante personal— no era, en modo alguno incompatible con la defensa siempre firme de sus puntos de vista. Y tampoco lo era, por supuesto, con la profundidad del debate. El debate es, normalmente, tanto más profundo cuanto más sereno y tanto más superficial cuanto más apasionado. Javier era, al mismo tiempo, firmeza, serenidad y profundidad.

Ser profundo es una cualidad o actitud que obliga frecuentemente a problematizar la realidad que tenemos delante. El verbo griego en que está el origen etimológico de la palabra castellana “problema” significa justamente sacar fuera lo que está escondido, es decir, remover las apariencias y convertir en cuestión disputable lo que parecía realidad indiscutida y conocida. Pues bien, porque Javier era un hombre profundo tenía la virtud de problematizar en las deliberaciones en que intervenía, cuestiones que, en una previa visión superficial parecían pacíficas y escasamente debatibles. Por eso era un Magistrado no raras veces discrepante, aflorase o no al exterior su discrepancia. Pero lo que ahora me interesa destacar es que esta actitud problematizadora no solamente revela que Javier era un hombre profundo —y en consecuencia, sabio— sino también justo.

Porque la justicia no es únicamente la virtud que consiste en dar a cada uno lo suyo, sino la virtud que nos exige y empuja a preguntarnos constantemente qué es lo que a cada uno debe darse porque es “suyo”. Una forma superficial de ser justo —la forma que la mayoría tenemos de serlo— es considerar que lo suyo de cada uno ya está establecido puesto que lo dicen la ley y la interpretación que a la ley se viene dando. Pero la

forma profunda de ser justo es preguntarse, en cada momento, si lo que está aparentemente definido como tal es lo realmente justo que caracterizaba a Javier. Por eso introducía en nuestras deliberaciones la savia renovadora de la discrepancia. Porque ahondaba en cada caso —problematizándolo— en busca de una solución no sólo aparente sino verdaderamente justa. Sus intervenciones empezaban frecuentemente con una pregunta: “pero ¿no os parece que...?”, “¿no sería conveniente que pensáramos...?”, “¿es tan claro como decís que esto sea...?”, “¿Es este el concepto de la disciplina militar que hoy debe prevalecer?”.

Estas preguntas continuaban aleteando en nuestra Sala de deliberaciones. Estas preguntas que un día formuló Javier y que nos empujaron a descubrir la palabra justa que se nos exige en cada caso. A mi, personalmente, me gusta pensar —no puedo evitar pensarlo— que una parte muy importante de la preocupación de la Sala 5ª del Tribunal Supremo por la justicia profunda y real es el regalo que nos dejó, al pasar por ella, Javier Sánchez del Río.”

El Secretario de Estado hizo entrega a la viuda e hijas de Javier sendos ejemplares del número 65 In Memoriam de la Revista, en medio de los aplausos en pie de los asistentes.

Por último cerró el acto con unas palabras, el Secretario de Estado, significando la labor desempeñada por Sánchez del Río en los distintos puestos que le fueron encomendados con rigor y sentido humano, que le hicieron acreedor a la confianza de sus superiores.

MINISTERIO DE DEFENSA
SECRETARIA GENERAL TECNICA
CENTRO DE PUBLICACIONES

