

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**70**

JULIO  
DICIEMBRE  
1997

## I. DOCTRINA

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 REDACCIÓN:

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

### CONSEJO DE REDACCIÓN:

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. José-Leandro Martínez-Cardos Ruiz, Capitán Auditor, Letrado del Consejo de Estado. Antonio Millán-Garrido, Comandante Auditor. Catedrático de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, General Consejero Togado, Antonio Mozo Seoane, General Auditor. Manuel Pérez González, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad Complutense de Madrid. Juan Antonio Pérez Parente, Teniente Coronel auditor, Fernando Fignatelli Meca, Coronel Auditor. José Manuel Martín Carmona, Teniente Coronel Auditor. Estanislao Cantero Núñez, Teniente Coronel Auditor.

### SECRETARIO:

Alfredo Baena Cazenave,  
Coronel Auditor

### SECRETARIOS ADJUNTOS:

Pedro Escribano Testaut, Capitán Auditor y Manuel Colás Gómez de Barreda, Capitán Auditor.

### REDACCIÓN:

Escuela Militar de Estudios Jurídicos. C/ Princesa, 32 - 28008 Madrid.  
Teléfs.: (91) 559 21 59 - 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). Fax: (91) 320 44 38  
Precio de este número: 1.000 Ptas.  
Suscripción anual: 1.600 ptas. (2 números).

Se ruega dirigir la correspondencia de colaboradores e intercambio a la redacción.  
Rogamos nos comuniquen los cambios o errores en su Dirección.

# REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

**70**

JULIO  
DICIEMBRE  
1997

**I. DOCTRINA**

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 solo v. en 1987. — D.L. M. 523-1958. — ISSN 0034-9399

### Catalogación correspondiente al N. 70 (1997)

REVISTA española de derecho militar : 70, julio-diciembre 1997 / [Escuela Militar de Estudios Jurídicos]. — Madrid : Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, 1997. — 2 v. ; 24 cm. — Es el t. 1 : Doctrina. — NIPO 076-97-001-5. — 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 - 97 - 001 - 5  
ISSN: 0034-9399  
Depósito Legal. M. 523-1958

Fotocomposición e Impresión:  
TARAVILLA



## INDICE GENERAL DEL NUMERO 70 JULIO-DICIEMBRE 1997

### I. DOCTRINA

#### 1. ESTUDIOS

- 1.1. ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando: *La celebración de actos religiosos en ceremonias solemnes militares: Libertad religiosa y aconfesionalidad estatal* ..... 13
- 1.2. ZAMORA CABOT, Francisco Javier: *Las contramedidas en el sector del transporte marítimo* ..... 45
- 1.3. POZO VILCHES, Juan: *El recurso contra la adjudicación de un contrato de la Administración* ... 67

#### 2. NOTAS

- 2.1. ALIA PLANA, José Miguel: *Las Operaciones de Paz* ..... 85
- 2.2. GARCÍA LABAJO, Juan Manuel: *La prohibición del uso de la fuerza. La intervención y la injerencia humanitaria* ..... 145
- 2.3. LÓPEZ ORTEGA, Juan José: *Infiltración policial y provocación del delito* ..... 163
- 2.4. MILLÁN GARRIDO, Antonio: *Textos complementarios de la Ley penal militar alemana* ..... 175
- 2.5. NAVAS CÓRDOBA, Juan Antonio: *La Jurisdicción Militar: ¿Jurisdicción ordinaria o especial?* ..... 195
- 2.6. ROVIRA DEL CANTO, Enrique: *Cuestiones concursales de los delitos de cobardía, deslealtad y contra el decoro militar con figuras del Código Penal de 1995* ..... 239



## II. TEXTOS

### 1. LEGISLACIÓN

- *Ley Orgánica 4/1997, de 4 de julio, sobre regulación del uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos* ..... 267
- *Ley 6/1997, de 14 de abril, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado* ..... 267
- *Real Decreto 1424/1997, de 15 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento General de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del Cuerpo de la Guardia Civil* ..... 267
- *Real Decreto 1249/1997, de 24 de julio, sobre organización del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional* ..... 267
- *Real Decreto 1250/1997, de 24 de julio, de constitución de la estructura del Mando Operativo de las Fuerzas Armadas* ..... 267

### 2. JURISPRUDENCIA

- 2.1. *Constitucional*. Por Antonio Mozo Seoane ..... 271
- 2.2. *Contencioso-Administrativa*. Por Emilio Fernández-Piñeyro Hernández ..... 295
- 2.2. *Doctrina Legal del Consejo de Estado*. Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz ..... 333

## III. BIBLIOGRAFÍA

### 1. RECENSIÓN DE LIBROS

- 1.1. ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y derecho procesal (Introducción)*. Editorial Edersa. Madrid, 1997; 583 págs. Por José-Leandro Martínez Cardós Ruiz ..... 341

1.2.	GISBERT POMATA, Marta: <i>Tratado de apelación civil (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios)</i> . Editorial Edersa. Madrid, 1996, 1.156 págs. Por Manuel Hernández-Tejero García .....	345
1.3.	GUASP, Jaime: <i>Estudios Jurídicos</i> . Edición al cuidado de Pedro Aragoncses. Madrid, 1996. Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz .....	348
1.4.	MARCHAL ESCALONA, A. N.: <i>El Atestado. Inicio del proceso penal</i> . Madrid, 1997. Por Rafael Matamoros Martínez .....	353
1.5.	NEVADO MORENO, Pedro T.: <i>La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional</i> . Editorial Marcial Pons. Madrid, 1997. Por Antonio Mozo Seoane .....	356
1.6.	SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: <i>La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (Coordenadas y peculiaridades de su régimen jurídico)</i> . Universidad de Murcia, 1996; 518 págs. Por Lorenzo Marroig Pol .....	358

## 2. RECENSIÓN DE REVISTAS

2.1.	<i>Información bibliográfica</i> . Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz .....	373
------	--	-----

## IV. INFORMACIÓN

1.1.	<i>XIV Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra en Atenas</i> .....	377
1.2.	<i>III Conferencia Internacional de Derecho Militar en Budapest</i> .....	381

# **I. DOCTRINA**

# **1. ESTUDIOS**

# LA CELEBRACIÓN DE ACTOS RELIGIOSOS EN CEREMONIAS SOLEMNES MILITARES: LIBERTAD RELIGIOSA Y ACONFESIONALIDAD ESTATAL

Por Fernando José Alcantarilla Hidalgo  
*Capitán Auditor*

## 1. EL DERECHO A LA LIBERTAD RELIGIOSA DESDE UNA PERSPECTIVA JURÍDICA Y ECLESIAÍSTICA: SU CONFIGURACIÓN EN LAS FUERZAS ARMADAS

Desde que Sócrates fuese procesado en 415 a.C. bajo la acusación de no creer en los dioses oficiales, el concepto de libertad religiosa se ha venido reclamando históricamente desde unas perspectivas religiosas, jurídicas y sociológicas, hasta que se ha configurado de una forma más o menos polémica al hilo de las relaciones de vinculación existentes entre los Estados y las Iglesias.

Así, Spinoza defendió ardientemente la libertad de pensamiento en su *Tratado Teológico Político* (1670). Entendía el filósofo esta libertad como una condición esencial de la vida política, en la consideración de que el fin último del Estado es solo el de posibilitar el desarrollo de las capacidades físicas y mentales del hombre, sin que, por tanto, se pueda admitir forma alguna de coacción atentatoria a la dignidad racional del hombre.

Locke defendió también la libertad religiosa en su famosa *Carta sobre la Tolerancia* (1680). En ella manifiesta que la tolerancia es «la característica principal de la verdadera Iglesia». Al ser el amor y la caridad incompatibles con la persecución, la tortura y la destrucción por motivos religiosos, la conducta tolerante es la más próxima al Evangelio y a la misma razón. Por ello, los castigos impuestos por el poder humano para conseguir el convencimiento intelectual o religioso de las personas son improcedentes. Sólo la «luz y la evidencia» pueden llegar a operar un cambio en la opinión de los hombres. En consecuencia,

Locke afirma que ni las personas individuales, ni las Iglesias, ni tan siquiera los Estados, poseen un justo título para invadir los derechos civiles y las propiedades mundanas de los demás bajo el pretexto de la religión (1).

España se ha venido situando, desde tiempo inmemorial hasta época reciente, en una órbita de confesionalidad absoluta respecto a la religión católica. La centenaria vinculación con el catolicismo ha tenido su reflejo en la sociedad (2), en el Estado y, de manera especial, en la institución militar española. Por ello no ha sido infrecuente que la íntima imbricación de actos militares y religiosos llegase a dificultar su distinción (3). En cualquier caso, esta situación ha supuesto, indudablemente, una auténtica limitación, rayana con la negación, del derecho a la liber-

---

(1) CALVO CORBELLA, J. C., *Acerca de la carta sobre la tolerancia del Sr. John Locke*, en XII Jornadas de Estudio sobre *Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas*, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, 1992, pp. 369 a 377.

(2) Las consecuencias sociológicas, que no pueden ser el objeto de este trabajo, pueden ser evaluadas tanto de forma positiva como negativa. En este último sentido parece pronunciarse Llamazares Fernández al señalar que «hace cinco siglos que nuestro país ha militado en la intolerancia, consecuencia de la configuración del propio Estado como confesional, con una confesionalidad doctrinal excluyente. Era impensable, casi como una contradicción, que hubiera un español que no fuera católico: el no católico, sencillamente no era español, se le excluía de la comunidad nacional y se le perseguía. Los cortos paréntesis de vigencia de las Constituciones de 1869 y 1931 o el barrunto de la nonnata Constitución de 1973, apenas si significaran nada: el grito sofocado e impotente de la España laica» (LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Libertad religiosa y de culto*, en las XII Jornadas de Estudio sobre *Los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas*, Vol. I, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Ministerio de Justicia, Madrid, 1992, pp., 343-344). Y también BLANQUER, al afirmar que el artículo 2 del Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, del Reglamento de Honores Militares, «nos devuelve a los tiempos de la Cruzada Nacional, reviviendo la inescindible e irreverente unión entre la espada y el crucifijo» (BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado, la Constitución y el servicio militar*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1996, p. 389). Indudablemente, desde los patrones sociológicos y jurídicos actuales, estas afirmaciones son adecuadas, pero un fenómeno tan complejo como es la relación entre el Estado y la Iglesia debe enfocarse desasionadamente, y con el verdadero espíritu crítico que proporciona una visión historicista de los hechos.

(3) Así, Martí Sánchez afirma que la etapa que se inicia en la Guerra de 1936 y que se prolonga hasta la Constitución de 1978, «viene marcada por la *confesionalidad* del Estado con repercusiones directas en el ejercicio de la asistencia religiosa. La institución militar asume el ideal religioso como objetivo educativo del servicio militar, y los actos religiosos impregnan la vida castrense confundándose con los específicamente militares» (MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *Aspectos comunes y específicos de la asistencia religiosa en las Fuerzas Armadas*, Revista Española de Derecho Militar, nº 67, Ministerio de Defensa y Escuela Militar de Estudios Jurídicos, enero-junio, 1996, p. 141).



tad religiosa tal y como este se concibe en la actualidad en nuestro Estado social y democrático de Derecho (4).

El Concilio Vaticano II (Roma 1962-1965) vino a modificar esta situación, al reconocer la libertad religiosa como doctrina oficial de la Iglesia Católica.

En la Declaración «*Dignitatis humanae*», sobre libertad religiosa, promulgada el 7 de diciembre de 1965 (5), se reconoció que las personas tienen una conciencia cada día mayor sobre su propia dignidad, lo cual hace que aumente el número de quienes exigen que el hombre, en su actuación, goce y use de su propio criterio y de una libertad responsable, no movido por coacción, sino guiado por la conciencia del deber. La libertad religiosa que los hombres exigen para el cumplimiento de su obligación de rendir culto a Dios se refiere, en definitiva, a la inmunidad de coacción en la sociedad civil. El Concilio Vaticano declaró en este sentido que, efectivamente, toda persona tiene el derecho, fundado en su propia dignidad, a la libertad religiosa, consistente ésta en la inmunidad de coacción, tanto por parte de personas particulares como de grupos sociales y de cualquier potestad humana. Ello implica que en materia religiosa no se puede obligar a nadie a obrar contra su conciencia, ni se le puede impedir que actúe conforme a ella en

---

(4) En este contexto, la libertad de creencia se refiere, según Serrano Alberca, a las convicciones que los individuos tienen sobre la posición del hombre en el mundo y su relación con los poderes supremos, y entraña la prohibición de que el Estado influya sobre la formación y existencia de aquellas convicciones (SERRANO ALBERCA, J. M., *Comentarios a la Constitución*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1985, p. 287). Pérez Serrano y Pérez Llantada consideran la libertad religiosa como aquel derecho público subjetivo individual reconocido, regulado y protegido por el Estado, en virtud del cual todo ciudadano tiene la facultad de exigir frente a los demás hombres y comunidades y frente al propio Estado, inmunidad de coacción para actuar privada y públicamente, solo o junto con otros, según su conciencia en todo lo que afecta a la materia religiosa (PÉREZ SERRANO, *Tratado de Derecho Político*, Madrid, 1976; PÉREZ LLANTADA, J., *La libertad religiosa en España y el Vaticano II*, I.E.P., Madrid). Vicente Cantín entiende que la libertad religiosa comprende la libertad de tener o no tener religión, de tener esta religión o la otra, de ejercer o practicar la religión o de no ejercerla o practicarla, y luego, de permanecer en la misma religión o de abandonarla, cambiando la religión o suprimiéndola de su vida (VICENTE CANTÍN, L., *Naturaleza, contenido y extensión del derecho de libertad religiosa*, Cuadernos Cívitas, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1990, p. 18). Su esencia reside, en definitiva, en la posibilidad legal para el sujeto de acomodar su conducta religiosa y su forma general de vida a los dictados de sus propias convicciones, sin que pueda ser coaccionado a hacer nada contrario a estas.

(5) Documentos del Vaticano II, Biblioteca de Autores Cristianos, Editorial Católica, S.A., Madrid, 1973.

privado y en público, solo o asociado con otros, dentro de los límites debidos.

El acto de fe es voluntario por su propia naturaleza. Esta es la afirmación capital en la que se basa el discurso conciliar. Los hombres han de gozar de libertad psicológica al mismo tiempo que de inmunidad de coacción externa en el ejercicio de la religión, ya que ésta, por su propia índole, consiste ante todo en actos internos, voluntarios y libres por medio de los que el hombre se ordena directamente con Dios. Actos de este género no pueden ser mandados ni prohibidos por un poder meramente humano. Se injuria, pues, a la persona y al mismo orden que Dios ha establecido para el hombre si se niega a éste el libre ejercicio de la religión en la sociedad, siempre que se respete, eso sí, el justo orden público. El poder civil, cuyo fin propio es cuidar del bien común temporal, debe reconocer ciertamente la vida religiosa de los ciudadanos y favorecerla, pero excedería sus límites si pretendiera dirigir o impedir los actos religiosos. De aquí que no sea lícito al poder público el imponer a los ciudadanos, por la violencia, el temor u otros medios, la profesión o el rechazo de cualquier religión.

El Concilio, en su afán de proteger y consolidar este fundamental principio, afirmó que, perteneciendo esencialmente a la obligación de todo poder civil proteger y promover los derechos inviolables del hombre, el derecho a la libertad religiosa debía ser reconocido en el ordenamiento jurídico de la sociedad, de forma que se convirtiese en un derecho civil.

El poder público del Estado debe, pues, asumir eficazmente la protección de la libertad religiosa de todos los ciudadanos por medio de justas leyes y otros medios adecuados, creando, asimismo, las condiciones propicias para el fomento de la vida religiosa a fin de que los ciudadanos puedan realmente ejercer los derechos de la religión y cumplir los deberes de la misma. Ahora bien, si en atención a las peculiares circunstancias de los pueblos se otorga a una comunidad religiosa determinada un especial reconocimiento civil en el ordenamiento jurídico de la sociedad, el Concilio afirmó la necesidad de que al mismo tiempo se reconociese y respetase a todos los ciudadanos y comunidades religiosas el derecho a la libertad en materia religiosa. El poder civil debe evitar, en definitiva, que la igualdad jurídica de los ciudadanos sea lesionada por motivos religiosos.

Como consecuencia de los cambios introducidos por el Concilio, y siguiendo, en cierta medida, la indicación de consagrar jurídicamente

los nuevos principios, la Ley Orgánica 44/1967, de 28 de junio, de libertad religiosa, vino a redefinir la situación anterior (6).

En nuestro ordenamiento jurídico actual, la Constitución Española de 1978, inspirándose en el modelo alemán (7), reconoció este derecho en su artículo 16, situándolo de esta manera, tras el elemental derecho a la vida, dentro de la categoría de los derechos fundamentales y libertades públicas. Tras garantizar en su apartado primero la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades, sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, en su apartado segundo prescribe que nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. Como consecuencia natural y casi obligada de esta configuración, y para servir, asimismo, de garantía, en su apartado tercero afirma el referido precepto que ninguna confesión tendrá carácter estatal. Ello no obstante, los poderes públicos deberán tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, vino a desarrollar el contenido básico de la libertad religiosa (8) siguiendo las indicaciones efectua-

---

(6) En el ámbito de las Fuerzas Armadas se dispuso que no se impondría la asistencia religiosa a los actos de culto a quienes hiciesen constar su acatolicidad al ingresar en aquellas, salvo que se tratase de actos de servicio. Las Normas para la aplicación de la Ley 44/1967, de libertad religiosa, de 1973, clasificaron los actos religiosos en:

- 1.º Servicios de armas (jura de Bandera, toque de Oración).
- 2.º Servicios de carácter militar (festividades de Santos Patronos).
- 3.º Actos específicamente religiosos (Eucaristía).

La asistencia era obligatoria en los dos primeros supuestos, y voluntaria, previa constatación de la acatolicidad, en el tercer supuesto.

(7) Al elaborar la Constitución española de 1978, en lo referente a la libertad religiosa, se tomo como modelo la Constitución alemana de 1949, articulándose el sistema de no confesionalidad del Estado como expresión del principio de igualdad consagrado en los artículos 9.2 y 14 (CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas en el Derecho comparado, en Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid, Febrero, 1984, p. 565).

(8) La Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, señaló en su artículo 2 que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a:

a) Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas.

das por la Iglesia Católica en el Concilio Vaticano II. El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad religiosa y de culto tendrá como únicos límites la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública protegida por la ley en el ámbito de una sociedad democrática.

La interpretación de estas normas, por imperativo del artículo 10.2 de la propia Constitución, deberá hacerse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (9). El Tribunal europeo de Derechos Humanos ha venido aplicando con carácter subsidiario el artículo 9 del Convenio europeo de Derechos Humana-

---

b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligados a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales.

c) Recibir e impartir enseñanza e información religiosa de toda índole, ya sea oralmente, por escrito o por cualquier otro procedimiento; elegir para sí, y para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.

d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente Ley Orgánica.

Asimismo comprende el derecho de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas a establecer lugares de culto o de reunión con fines religiosos, a designar y formar sus ministros, a divulgar y propagar su propio credo, y a mantener relaciones con sus propias organizaciones o con otras confesiones religiosas, sea en territorio nacional o en el extranjero.

(9) El artículo 18 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, en París; el artículo 9.1. de la Convención Europea para la protección de los Derechos del Hombre y Libertades Fundamentales, firmada en Roma el 4 de noviembre de 1950; y el artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, vinieron en su día a reconocer a toda persona el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. El contenido de este derecho, según los referidos preceptos, incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestarla individual o colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia de los ritos, de manera que nadie podrá ser objeto de medidas coercitivas que puedan menoscabar su libertad de tener o de adoptar la religión o las creencias de su elección. Tan solo la libertad de manifestar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a aquellas limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos, o los derechos y libertades fundamentales de los demás.

nos (referente a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión) respecto a otros posibles derechos involucrados en la demanda concreta, en consideración a la enorme diversidad de reclamaciones que tal libertad puede originar (10).

Nuestro Tribunal Constitucional, en su reciente sentencia 177/1996, de 11 de noviembre, ha dejado sentado al respecto (11) que el derecho de libertad religiosa está constituido por dos dimensiones. De un lado la interna, constituida por un claustro íntimo de creencias y configurada como un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Y de otro la externa de *agere licere*, que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros sin sufrir por ello sanción o demérito, ni padecer la compulsión o la injerencia de los poderes públicos. Dentro de esta última se pueden distinguir, a su vez, dos vertientes, una positiva y otra negativa. La vertiente positiva implica la libertad para realizar actos de culto en consonancia con la fe escogida y sin injerencia del Estado o de otras personas. La vertiente negativa, por el contrario, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de naturaleza religiosa, de manera que se pueda negar a ello (12).

¿Cómo se ha producido el reconocimiento de este derecho en el seno de nuestras Fuerzas Armadas? La Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en el espíritu de servir a la «dignidad del hombre y en el respeto de sus derechos inviolables», dispuso en su artículo 17 que «todo militar tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, que incluye su manifestación individual o colectiva, tanto en público como en privado, sin otras limitaciones que las legalmente impuestas por razones de disciplina o seguridad». El artículo 185 del mismo texto legal, desarrollando el principio de igualdad que se deriva de esta libertad, preceptúa que

---

(10) MARTÍNEZ TORRÓN, J., *La libertad religiosa en los últimos años de la jurisprudencia europea*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. IX, 1993, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense, Madrid, p. 61.

(11) Reiterando la doctrina sentada en sus anteriores sentencias 19/1985, 120/1990, 137/1990 y 63/1994.

(12) En este mismo sentido se pronunció Locke, para quien la libertad religiosa comprende dos aspectos. En primer lugar la adoración externa, de manera que el magistrado carece de poder de imposición legal del uso de ritos y ceremonias en ninguna Iglesia, así como para prohibir los que cualquiera practique, y, en segundo lugar, la libertad de pensamiento religioso (CALVO CORBELLA, J. C., *Op. cit.* pp. 374 y 375).

«en las Fuerzas Armadas ninguno de sus miembros será objeto de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o cualquier otra condición personal o social».

Posteriormente, los tres Ejércitos incorporaron a sus respectivos códigos deontológicos este principio. Así, el Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra, preceptúa en su artículo 234 que «los Mandos del Ejército respetarán y protegerán el derecho a la libertad religiosa de sus subordinados, en los términos previstos por la Constitución y por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa. Cuando coexistan fieles de distintas iglesias, confesiones o comunidades religiosas, cuidarán de la armonía en sus relaciones». Y en su artículo 235 dispone que aquellos Mandos «facilitarán el cumplimiento de los deberes religiosos, proporcionando, sin perturbar el régimen de vida de las Unidades, Centros u Organismos, el tiempo necesario para la asistencia a los actos de culto y procurarán proporcionar, en el propio ámbito militar, lugares y medios adecuados para el desarrollo de las actividades religiosas». En términos similares se pronunciaron el artículo 290 del Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire, y el artículo 433 del Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Marina de Guerra.

## 2. LA ACONFESIONALIDAD DEL ESTADO COMO EXPRESIÓN DE LA LIBERTAD RELIGIOSA: SUS LIMITES

Como hemos visto, tras la entrada en vigor de la Constitución de 1978, en nuestro país se ha adoptado el modelo de Estado aconfesional (13). Este principio, consagrado en el artículo 16.3 del referido texto, impide que los valores o intereses religiosos se erijan en parámetros para medir la legitimidad o justicia de las normas y actos de los poderes públicos, vedando, además, cualquier tipo de confusión entre funciones religiosas y funciones estatales, por lo que los ciudadanos, en el ejercicio de su libertad religiosa, tienen el derecho a actuar en este campo con plena inmunidad de actuación del Estado, cuya neutralidad en materia religiosa se convierte de este modo en presupuesto para la convivencia pacífica entre las distintas convicciones religiosas existentes en una sociedad plural y democrática.

---

(13) Sentencia del Tribunal Constitucional 1/1981, de 26 de enero.

Consciente del cambio producido, la Iglesia Católica española (14) se hizo eco de los nuevos postulados al afirmar que el Estado o los poderes públicos «no pueden tratar de imponer, en el conjunto de la sociedad, determinados modelos de conducta que implican una forma definida de entender al hombre y su destino. No pertenece al Estado ni tampoco a los partidos políticos, tratar de implantar en la sociedad una determinada concepción del hombre y de la moral por medios que supongan, de hecho, una presión indebida sobre los ciudadanos contraria a sus convicciones morales y religiosas. Todo dirigismo cultural vulnera el bien común de la sociedad y socava las bases de un Estado de derecho».

Así pues, el Estado aconfesional se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto de actos o de actitudes de signo religioso. Lo religioso y las actividades religiosas no son objetivos ni fines estatales, ni pueden serlo (15). Como consecuencia de esta situación, los dos principios básicos que en nuestro sistema político determinan la actitud del Estado hacia los fenómenos religiosos y el conjunto de relaciones entre el Estado y las iglesias y confesiones son el de libertad religiosa y el de igualdad (16).

La libertad religiosa se entiende como un derecho subjetivo de carácter fundamental que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo para actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales (17).

---

(14) *La conciencia cristiana ante la actual situación de nuestra sociedad*, Obispos españoles, Folletos MC 520/521, Ediciones Palabra, 1990, Madrid, pp. 85-86.

(15) CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas en la Ley reguladora del régimen del Personal Militar Profesional*, en el Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. VI, 1990 Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 75.

(16) Sentencia 24/1982, de 13 de mayo, del Tribunal Constitucional.

(17) Según Contreras el principio de libertad religiosa implica una definición del Estado español frente al fenómeno religioso, de forma que «en sentido negativo supone —en primer lugar— una determinada actitud ante el hecho religioso, que se debe traducir en un incompetencia por parte de éste en materia religiosa, esto es, en una actitud imparcial respecto de las confesiones, estándole vedado hacer juicios de valor, positivos o negativos, sobre las confesiones en cuanto tales. En segundo lugar, y como lógica derivación de la anterior, supone la absoluta incompatibilidad con una declaración de confesionalidad del tipo que fuere» (CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas en la Ley reguladora del régimen del Personal Militar Profesional*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. VI, 1990, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 72-73).



Del principio de igualdad, proclamado en los artículos 9 y 14 de nuestra Constitución, y reiterado en la Ley Orgánica 7/1980, se deduce que no es posible establecer ningún tipo de discriminación o de trato jurídico diverso de los ciudadanos en función de sus ideologías o creencias y que debe existir un igual disfrute de la libertad religiosa por todos los ciudadanos.

De esta manera, el derecho a la igualdad ante la ley impone al legislador y a quienes la aplican la obligación de dispensar un trato a los que se encuentren en situaciones jurídicas equiparables (18). Ahora bien, hay que matizar que no toda desigualdad de trato legislativo en la regulación de una materia entraña una vulneración del derecho fundamental a la igualdad ante la ley, sino solo aquella que introduzca una diferencia de trato entre situaciones que pueden considerarse sustancialmente iguales y que no posea una justificación objetiva, razonable y proporcionada entre el resultado producido y la finalidad pretendida por el legislador (19). De manera que, a *contrario sensu*, la desigualdad de trato puede estar legitimada si obedece a una causa justificada y razonable, esencialmente apreciada desde la perspectiva del hecho o situación de las personas afectadas. Sin embargo, la religión figura expresamente entre las causas de discriminación proscritas por el artículo 14 de nuestra Constitución, por lo que, en principio, parece que las actitudes religiosas de los sujetos de derechos no pueden justificar, en ningún caso, diferencias de trato jurídico.

Sin embargo, la religión, como afirma Goti, no es, ni mucho menos, algo ajeno al Estado (20). Antes bien, los poderes públicos están plenamente implicados con la religión, toda vez que nuestra propia cultura está impregnada de conceptos y condicionamientos relacionados con la visión trascendente de la propia existencia. Por este motivo, a pesar de asumir nuestro Estado un carácter aconfesional, los poderes públicos deberán tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española para mantener las consiguientes relaciones de cooperación con la Igle-

---

(18) Sentencia 63/1994, de 28 de febrero, del Tribunal Constitucional.

(19) Sentencia 340/1993, de 16 de noviembre, del Tribunal Constitucional.

(20) Según este autor, el interés del Estado por la religión se produce por varios motivos: por tratarse de un elemento cultural enraizado en las formas de pensar y en las manifestaciones artísticas; en consideración a las formas éticas de la sociedad; y en base a su carácter de expresión vital de las personas (GOTI ORDEÑANA, J., *El Estado democrático y el fenómeno religioso*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. IX, 1993, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 237 y 245).

sia Católica y las demás confesiones, en la creencia de que la neutralidad y aconfesionalidad estatal no significan, necesariamente, una desvinculación total y absoluta del fenómeno religioso (21). Incluso se ha llegado a afirmar que la neutralidad estatal en materia religiosa no en un principio reconocido expresamente en nuestra Constitución, ni necesariamente implícito en un sistema cooperacionista como el nuestro (22). ¿Pero, a qué se ha de entender referido, en este caso, el término *neutralidad*? Indudablemente solo al ámbito de actuación sobrante para el Estado tras admitir este que no debe asumir como función pública «propia» el desarrollo y cumplimiento de una función específicamente religiosa, ni imponer creencia ni práctica alguna a los ciudadanos.

Las relaciones de cooperación reconocidas en el artículo 16.3 de nuestra Constitución se justifican así en lo que Sánchez Agesta (23) ha venido a denominar como principios de *separación amistosa y de igualdad proporcional*. La solución del constituyente a la cuestión de la libertad religiosa ha sido un régimen de separación amistosa que supone unas relaciones de cooperación con la Iglesia católica y las demás confesiones. En aplicación de este principio todas las personas pueden practicar su religión y exponer sus opiniones de forma libre y pacífica. El Estado se configura como una organización o una agencia de la sociedad que permite y favorece las creencias del pueblo que organiza. Pero no es el Estado quien profesa la religión, sino los hombres que se organizan dentro del mismo. Por este motivo, los poderes públicos, en la medida que

---

(21) Fernández Segado considera que la Constitución española no proclama un principio de «laicidad militante» del Estado, sino el principio de neutralidad confesional del mismo, compatible con la plena cooperación de este con la Iglesia Católica y con las restantes confesiones religiosas (FERNÁNDEZ SEGADO, F., *El sistema Constitucional español*, Editorial Dykinson, S.L., Madrid, 1992, p.300). En este mismo sentido, Scheuner afirma que la neutralidad y la falta de vinculación y compromiso ideológico de la República Federal Alemana al respecto a las diferentes confesiones no tiene porque significar que el Estado deba renunciar a toda vinculación o protección de la religión (SCHEUNER, V., *Las Iglesias y la Ley Fundamental de Bonn*, en *Constitución y relaciones Iglesia-Estado en la actualidad*, Universidad Pontificia de Salamanca, 1978, pp. 33 y siguientes). La Corte constitucional italiana, en su sentencia de 12 de abril de 1989, vino igualmente a afirmar que la laicidad del Estado no implica la indiferencia de este ante las religiones, sino la «garantía del Estado para la salvaguardia de la libertad religiosa, en régimen de pluralismo confesional y cultural».

(22) MORÁN, G. M., *Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas*, Revista Española de Derecho Militar, n.º 58, Ministerio de Defensa y Escuela Militar de Estudios Jurídicos, p. 118.

(23) SÁNCHEZ AGESTA, L., *Sistema Político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1981, pp. 96, 132-140.

sea preciso, deben reconocer el hecho de que ciertas personas profesan una fe religiosa y, consecuentemente, deben también prestar las condiciones negativas (no impedir) y positivas (ayudar) para la efectiva consecución de una libertad de cultos.

El principio de igualdad proporcional (24) supone que la cooperación del Estado con las distintas confesiones debe ser articulada según la importancia cuantitativa de los ciudadanos que las profesen, de manera que se trata solo de tener en cuenta la constatación numérica de un hecho sociológico a la hora de graduar la referida cooperación. Este parece ser el espíritu que ha inspirado al artículo 7 de la Ley 7/1980, al disponer que el Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las iglesias, confesiones y comunidades religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado «notorio arraigo» en España (25).

De esta forma, en la concepción del Estado social, el derecho fundamental a la libertad religiosa considera el fenómeno religioso como un valor social a proteger, de suerte que el Estado se transforma en un intermediario que facilita la asistencia (26) y cooperación. Lo determinan-

---

(24) Formulado por Sánchez Agesta, y también, posteriormente, por otros autores como GIRALDEZ DEIRO, A., *Consideraciones sobre la reforma del régimen jurídico de la asistencia religiosa las Fuerzas Armadas*, I.C., 1982, p. 179, o por MOLANO, E., *La asistencia religiosa en el Derecho Eclesiástico del Estado Español*, en *Persona y Derecho*, n.º 11, pp. 238 y siguientes.

(25) En torno al concepto de «notorio arraigo», Leguina afirma acertadamente se trata de un concepto jurídico indeterminado cuya determinación dependerá solo de datos empíricos. Puede ser entendido desde una perspectiva temporal o histórica, pero también desde un punto de vista sociológico. Desde esta última perspectiva será bastante un número significativo de fieles que permita crear en la sociedad española la idea de que constituye una Iglesia o confesión religiosa diferenciada. El número de fieles puede ser pequeño o incluso insignificante desde un punto de vista sociológico general, pero debe ser tal que «su existencia y su identidad diferenciada puedan ser conocidas por el ciudadano medio de nuestra sociedad, y para que ese mismo ciudadano medio pueda sin dificultades tomar contacto con la entidad religiosa o tener, en su caso, acceso a sus templos o lugares de culto o reunión. De no ser así, el grupo podría eventualmente haber echado raíces en España, puede tener un arraigo en nuestro país, pero carecería, sin duda, de notoriedad» (LEGUINA VILLA, J., *Dos cuestiones en torno a la libertad religiosa: control administrativo y concepto de notorio arraigo*, *Revista Española de Derecho Administrativo*, 44, octubre-diciembre, 1984, pp. 683 a 692).

(26) López Alarcón considera que la «atención a los intereses religiosos de los ciudadanos entra en las funciones asistenciales del Estado moderno» (LÓPEZ ALARCÓN, M., *Actitud del Estado ante el factor social religioso*, *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, Vol.V, 1989, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, P. 66).

te es, sin embargo, que el Estado no presta directamente la asistencia, sino que son las confesiones religiosas las que tienen encomendada esta tarea. Algunos autores, sin embargo, dando un paso más, han llegado a afirmar que el Estado social, al encargarse de la tutela de unos valores como los religiosos, arraigados en la sociedad, llega a asumir la asistencia religiosa a sus ciudadanos como un servicio público consistente, no en crearlo u organizarlo directa o indirectamente, sino en facilitar la prestación de tal asistencia de las confesiones legitimadas (27). Ahora bien, esta concepción de servicio público parece excesiva y quiebra al enfrentarse con los principios constitucionales de igualdad y libertad religiosa. Por este motivo la asistencia ha de entenderse y ser configurada solo como una ayuda que el Estado ofrece para satisfacer las necesidades e intereses religiosos de los ciudadanos (28).

En este sentido, Llamazares afirma que la laicidad del Estado por una parte garantiza la incompetencia del mismo en asuntos religiosos, pero, por otra, exige su necesaria cooperación con las confesiones religiosas en la medida en que lo exijan las peculiares exigencias de estas. La cooperación no puede entenderse como una actuación conjunta del Estado y las Iglesias en actividades de carácter religioso, ni tampoco como una puesta a disposición de la Iglesias de medios públicos destinados a esas actividades. Esta cooperación ha de ser meramente instrumental en orden a hacer real y efectiva la libertad religiosa individual (29).

---

(27) MORÁN, G. M., *Evolución, análisis y consideraciones jurídicas sobre la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, de una tradición multisecular a su regulación vigente*, Revista Española de Derecho Militar, n.º 58, Ministerio de Defensa y Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 1991, pp. 111 y 136.

(28) Respecto a la consideración de la asistencia religiosa como servicio público, Calvo llega a la conclusión de que es más ajustado con la naturaleza del hecho socio-religioso que el Estado opere solo con las técnicas de policía y fomento, puesto que su función en esta materia no consiste en ordenar, sino en garantizar un determinado servicio o actividad a los ciudadanos. Por ello, cuando se trate de actividades incluidas en el concepto de servicio público, la asistencia religiosa estatal debe operar no como un específico servicio público él mismo, sino posibilitando la intervención administrativa del Estado entre los responsables y los grupos religiosos interesados (CALVO, J., *La asistencia religiosa como servicio público: la colaboración del Estado*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 149).

(29) LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Op. cit.* p. 345. Ver también, del mismo autor, *El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos alcance y límites*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. V, 1989, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 72.

Ahora bien, como acertadamente apunta Ruano (30), los deberes constitucionales de cooperación con las confesiones religiosas y de promoción de las condiciones para que la libertad y la igualdad sean reales y efectivas, que prevén los artículos 16.3 y 9.2 de nuestra Carta Magna, vinculan no solo al Estado sino a todos los poderes públicos. Consecuentemente, las Fuerzas Armadas están legitimadas para desarrollar estas labores de cooperación y promoción.

En las Fuerzas Armadas concurren, además, unas especiales circunstancias que aconsejan la existencia de la asistencia religiosa a sus miembros. El militar de reemplazo se ve obligado a realizar una prestación de carácter personal que en sí misma implica una restricción en su libertad de residencia y de circulación. Esta limitación conlleva, evidentemente, una dificultad para el sujeto a la hora de cumplir con sus deberes religiosos (31). Por ello, y por ser el Estado causante de esta situación, debe ser quien, en aplicación del principio de subsidiariedad, repare y compense estas negativas consecuencias. En el supuesto del militar profesional, y como consecuencia también de las mismas dificultades, entrará en juego un sistema de reciprocidad, en virtud del cual el profesional de las Fuerzas Armadas presta unos servicios, a cambio de los cuales recibe unas contraprestaciones, entre las que se incluye la asistencia religiosa (32).

---

También, en idéntico sentido, MARZOA, A., *No confesionalidad e indeferentismo en materia religiosa (dos términos no implicados)*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. V, 1989, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 106.

(30) RUANO ESPINA, L., *Los Acuerdos o Convenios de Cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca y Centro Superior de Investigaciones Científicas, enero-junio, 1996, p. 187.

(31) Así, OLMOS y VENTO consideran que «otra manifestación del derecho individual de libertad religiosa es la prestación asistencial al creyente que se halla en los llamados *ambientes especiales* (ejército, hospitales...) en los que se ve dificultada su posibilidad de acudir libremente a lugares y actos de culto» (OLMOS ORTEGA, M. E. y VENTO TORRES, M., *La libertad religiosa tras un decenio de Constitución*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, enero-junio, 1989, pp. 235 a 253).

(32) MARTÍ SÁNCHEZ, afirma en apoyo a estos principios que «sin la colaboración estatal que allana los obstáculos que impidan o dificulten el ejercicio de la libertad religiosa (artículo 9.2 de la Constitución), algunos ciudadanos no podrían verla satisfecha. Lo que es más cierto teniendo en cuenta el régimen disciplinario característico de estos establecimientos públicos de especial sujeción...Para el caso concreto de las Fuerzas Armadas la asistencia se justifica, o bien como una contraprestación (recipro-

Estas son, pues, las razones en las que se justifica la asistencia religiosa católica en las Fuerzas Armadas a cargo de un cuerpo eclesiástico específico, así como la existencia del Acuerdo con la Santa Sede sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y para la realización del servicio militar por sacerdotes y seminaristas católicos (33). El hecho de que en la práctica tal asistencia solo esté plenamente desarrollada por la Iglesia católica, es consecuencia simple, única e ineludible de nuestra propia historia (34).

Los posibles modelos de asistencia religiosa en los centros públicos militares son:

---

cidad) a su servicio —si son profesionales—, o, de estar cumpliendo el servicio militar, en concepto de compensación (retribución) por haber merariado su libertad religiosa anterior» (MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *Op. cit.* p. 139). En este sentido ver también IBÁN, I. C., *Asistencia religiosa y fuerzas armadas*, en la publicación *Libertades Públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, 1984, pp. 527-528.

(33) Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede, firmado el 3 de enero de 1979, sobre asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas y servicio militar de clérigos y religiosos. SERRANO ALBERCA (*Comentarios a la Constitución*, Editorial Cívitas, S.A., Madrid, 1985, p. 294) considera que el espíritu que anima este Acuerdo está basado en los principios de libertad religiosa individual e institucional, aconfesionalidad del Estado y cooperación con la Iglesia Católica, que son los mismos que inspiran el artículo 16 de nuestra Constitución. MORÁN (*Op. cit.* p. 114), por su parte, afirma que el Acuerdo, como consecuencia de la influencia del Concilio Vaticano II, está inspirado más en la característica de la pastoralidad y la asistencia espiritual a los fieles, que en consideraciones de tipo militar. RUANO (*Los Acuerdos o Convenios de Cooperación entre los distintos poderes públicos y las confesiones religiosas*, Revista Española de Derecho Canónico, Universidad Pontificia de Salamanca y Centro Superior de Investigaciones Científicas, enero-junio, 1996, p. 187), afirma que ninguno de los Acuerdos o Convenios de cooperación con confesiones religiosas firmados tienen naturaleza de Convenio normativo, sino que se trata de simples Convenios de gestión y presentan un mismo marco jurídico: la Constitución española de 1978, los Acuerdos firmados entre el Estado español y la Santa Sede, y los Estatutos de Autonomía.

(34) No ha de darse, por tanto, pábulo a sugerencias como las de Ibán, el cual ha llegado a preguntarse que «si nos encontramos con dos fenómenos como el militar y el religioso (Católico), con una innegable vocación de primacía, que han visto, en España, hoy, como el poder político ha ido ocupando cada día mayor espacio, ¿resulta descabellado imaginar un acuerdo de aquellos para lograr una disminución de la influencia de este?» (IBÁN, I. C. *Op. cit.* p. 515). Este autor se refiere a la posibilidad real de utilizar algunos resquicios del derecho especial militar para lograr que no se apliquen en ese ámbito soluciones jurídicas existentes en el ordenamiento general. La posibilidad de pensar en «acuerdos» de este tipo, además de sugerir cierto desconocimiento del ámbito militar, responde a unos planteamientos retrógados, desconectados de la realidad actual, acordes más bien con cierto espíritu de «caza de brujas».

a) Integración orgánica, si es el propio Estado quien presta la asistencia, en cuyo caso habrá de determinarse si se trata de un servicio público prestado por funcionarios públicos, o de otra relación jurídica, como la contractual.

b) Libertad de acceso, en el caso de que sea la Iglesia quien preste la asistencia en el establecimiento militar, en consideración a las dificultades o imposibilidad del asistido para recibirla.

c) Libertad de salida del establecimiento del personal que desee recibir la asistencia religiosa.

Según Contreras, el principio constitucional de laicidad quiebra con el empleo e la técnica de integración orgánica en favor de la Iglesia católica, por lo que afirma la conveniencia de adoptar, en su lugar, la técnica de libertad de acceso (35). En igual sentido se pronuncia Llamazares Fernández, quien matiza que el grado de incompatibilidad disminuye según la relación sea contractual, administrativa o laboral (36). Nuestro ordenamiento jurídico ha optado aparentemente por un régimen mixto (37).

La Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del régimen del personal militar profesional, en su disposición final séptima estableció que «el Gobierno garantizará la asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas en los términos previstos en el ordenamiento». A tal fin previó la creación del Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas (creado por Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre) con arreglo a unos criterios en ella misma preestablecidos. La asistencia religioso-pastoral a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas se seguirá ejerciendo por medio del Vicariato Castrense en los términos del Acuerdo de 3 de enero de 1979, entre el Estado español y la Santa Sede. Sin embargo, los Cuerpos Eclesiásticos de los tres Ejércitos se declaran a extinguir en esta Ley, concediéndose a sus componentes la posibilidad de optar entre integrarse en el Servicio de Asistencia Religiosa con ca-

---

(35) CONTRERAS MAZARIO, J. M., *La asistencia religiosa a los miembros católicos de las Fuerzas Armadas en la Ley reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional*, en el Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. VI, 1990, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 82.

(36) LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *El principio de cooperación del Estado con las confesiones religiosas: fundamentos, alcance y límites*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. V, 1989, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, p. 77.

(37) BLANQUER, D., *Ciudadano y soldado. La Constitución y el servicio militar*, Editorial Cívitas, Madrid, 1996, p. 383.



rácter permanente o de continuar en los Cuerpos de procedencia con los mismos derechos y obligaciones.

El Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas está abierto a las diversas confesiones, de manera que la asistencia religiosa católica se encomienda actualmente a sacerdotes católicos vinculados por una relación de servicios, permanente o no, con el Ministerio de Defensa, sin carácter de funcionarios ni de militares. El artículo 3 del Real Decreto 1145/1990 establece al respecto que los miembros del referido Servicio no tendrán la condición de militar, aunque el artículo 10 del mismo texto les otorga, para el desempeño de sus funciones, la consideración de Oficiales u Oficiales Superiores. Según Santiago Prieto (38), la consideración es una simple concesión, una autorización limitada a determinados efectos honoríficos, económicos, de alojamiento o de entrada en recintos militares. Este personal tiene una doble dependencia: de la Iglesia en el cumplimiento de su función de asistencia religiosa, y del Estado a efectos retributivos, en consideración a la especial dificultad objetiva que se pretende salvar para que el ejercicio del derecho de libertad religiosa en las Fuerzas Armadas sea real y efectivo. En este mismo sentido, Martí Sánchez entiende que el capellán católico está asimilado al personal militar, pero no se encuentra en una relación de servicios funcional (civil ni militar), ni laboral. El Real Decreto 1145/1990 realmente confecciona un modelo atípico según el cual el personal religioso permanente se asimila a la condición de funcionario, integrándose como personal civil al servicio de la Administración Militar, mientras que el no permanente está en una condición de contratado (39).

Son muchas las razones que se han argumentado en orden a desaconsejar la integración orgánica de los ministros de culto en la estructura de las Fuerzas Armadas. Así, Calvo (40) afirma que en las estructuras propias y exclusivas del Estado es necesario que no exista integración orgánica de los servicios religiosos, sino que la conexión de este tipo de servicios debe hacerse mediante un simple y bien garantizado sistema que facilite, sin integrar, la prestación de la actividad religiosa. En este mismo sentido se ha cuestionado incluso la necesidad de que

---

(38) SANTIAGO PRIETO, *El servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, textos y comentario*, en Revista Española de Derecho Canónico, n.º 48, 1991, p. 681.

(39) MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *Op. cit.*, p. 160.

(40) CALVO, J., *La asistencia religiosa como servicio público: la colaboración del Estado*, Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol. IV, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, 1988, p. 149.

las obligaciones religiosas sean cumplidas en los acuartelamientos, ya que hay ciertas dudas sobre si la labor religiosa del ministro se ve alterada o no a causa de su graduación militar.

Sin embargo, tampoco han faltado quienes defienden la integración en la creencia de que es el mejor modo de insertarse en el realidad militar y de subvenir a las necesidades económicas de los capellanes, pero sin que esté justificado valerse de la graduación a otros efectos. En esta línea Embrid (41) afirma que «en un sistema que permite y fomenta las libertades públicas, los órganos administrativos de cualquier rango están obligados en su esfera de competencias a mostrar una actividad *positiva* hacia su desarrollo, traducible muchas veces en la simple abstención frente a su ejercicio o, por el contrario, en el suministro de elementos personales y materiales para su correcto desenvolvimiento». Blanquer (42) considera igualmente que el artículo 16.3 de nuestra Constitución justifica suficientemente la existencia de funcionarios elegidos por razón de su credo y con la misión de ejercer el ministerio de la fe, tal y como sucede en otros países como Italia, Gran Bretaña, Estados Unidos, Bélgica, Canadá, Holanda y Suiza. Ahora bien, como se pregunta Ibán (43) ¿no supone una discriminación el que los creyentes perciban una asistencia con cargo a los fondos públicos, mientras que aquellos que no lo son no reciben ninguna ventaja correlativa?

Esta objeción se subsanaría con una efectiva asistencia religiosa a los miembros de las Fuerzas Armadas que profesen una religión no católica con la que el Estado haya suscrito un acuerdo de cooperación en términos similares a la católica; con permisos de acceso o de salida para las que no tengan suscrito acuerdo; y, para aquellos que no profesasen religión alguna, se podría articular algún tipo de asistencia de carácter ético, moral o, simplemente, cultural.

Por otra parte, la Iglesia Católica tiene, por imperativo dogmático, una innegable vocación apostólica que se traduce en la obligación de sus miembros de desarrollar una cierta labor de captación espiritual respecto a las personas no integradas en su creencia. Esta característica, que es asumida con normalidad en la sociedad civil, presenta, según ciertos autores (44), unas potencialidades de conflicto en el seno de las Fuerzas

---

(41) EMBRID IRUJO, A., *Libertad religiosa y policía municipal*, Revista Española de Derecho Administrativo, n.º 24, Editorial Cívitas, S.A., enero-marzo, 1980, p. 140.

(42) BLANQUER, D., *Op. cit.* p. 386.

(43) IBÁN, I. C., *Op. cit.*, p. 528.

(44) IBÁN, I. C., *Op. Cit.*, p. 532.

Armadas, sobre todo en el caso de que el ministro católico tenga un grado militar superior al del sujeto pasivo de la actividad proselitista. Un análisis detallado nos llevará a la conclusión de que realmente no puede afirmarse que el proselitismo sea más contrario a la libertad religiosa si se desarrolla en el seno de las Fuerzas Armadas, de lo que podría resultar si se realizase en cualquier otro ámbito social no militar. El grado militar superior de quien desarrolle la actividad pastoral no puede determinar compulsión alguna sobre el ánimo de ningún sujeto por dos motivos. En primer lugar por la propia naturaleza del apostolado católico que impide cualquier tipo de violencia en su realización (45), y que solo persigue el convencimiento libre, espontáneo y convencido de las personas. Y, en segundo lugar, por la configuración de la jerarquía y la disciplina militar, que impide un uso arbitrario de las mismas para estos fines.

Para evitar indeseadas críticas, además de tener presentes las anteriores consideraciones, quizás convendría tener en cuenta el concepto y alcance de la disciplina militar. Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, tras afirmar en su artículo 11 que la disciplina tiene su expresión colectiva en el acatamiento a la Constitución, a la que la Institución Militar está subordinada, concretan, en su artículo 32, sus límites. En concreto se dispone que «cuando las órdenes entrañen la ejecución de actos que manifiestamente sean contrarios a las leyes y usos de la guerra o constituyan delito, en particular contra la Constitución, ningún militar estará obligado a obedecerlas y, en todo caso, asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión». Así pues, el acatamiento a las órdenes no puede amparar ni servir de justificación, en ningún caso, al incumplimiento de los derechos fundamentales y libertades públicas constitucionalmente reconocidas, como la libertad religiosa. La discipli-

---

(45) El Tribunal europeo de Derechos Humanos, en su sentencia de 25 de mayo de 1993, sobre el caso *Kokkinakis*, abordó el tema de la difusión de la religión por medio del proselitismo. Entendió el Tribunal que el testimonio religioso por medio de palabras y acciones se encuentra vinculado a la existencia misma de las convicciones religiosas, de manera que forma parte del derecho a manifestar la propia religión, incluyendo el derecho a tratar de persuadir a otros, ya que, de lo contrario, la libertad de cambiar de religión podría quedar en letra muerta. De esta manera, una prohibición en la legislación nacional (griega) del proselitismo no podría aplicarse al verdadero testimonio religioso, sino solo al denominado «proselitismo abusivo». Este se produce de diversas formas: mediante el ofrecimiento de ventajas materiales o sociales para los nuevos adeptos, con la presión abusiva sobre personas en situación de ansiedad o necesidad, o mediante el empleo de la violencia o técnicas de «lavado de cerebro».

na militar no puede, por tanto, ser esgrimida como causa de las transgresiones que de este o de cualquier otro derecho, se produzcan en el seno de las Fuerzas Armadas. Serán las normas o las actitudes de las personas los que transgredan, sin poder imputarse tal responsabilidad al concepto y alcance de la disciplina (46).

Lo que interesa destacar es que, en cualquier caso, como vino a señalar el Tribunal Constitucional en su sentencia 24/1982, de 13 de mayo, el hecho de que el Estado preste asistencia religiosa católica a los individuos de las Fuerzas Armadas no sólo no determina lesión constitucional, sino que ofrece, por el contrario, la posibilidad de hacer efectivo el derecho al culto de los individuos y comunidades. No padece el derecho a la libertad religiosa o de culto, toda vez que los ciudadanos miembros de las referidas Fuerzas son libres para aceptar o rechazar la prestación que se les ofrece; y hay que entender que asimismo tampoco se lesiona el derecho a la igualdad, pues por el mero hecho de la prestación en favor de los católicos no queda excluida la asistencia religiosa a los miembros de otras confesiones, en la medida y proporción adecuadas, que estos pueden reclamar fundadamente, de suerte que sólo el Estado que desoyera los requerimientos en tal sentido hechos, incidiría en la eventual violación analizada (47).

Ello no obstante, como afirma Martí (48), en aplicación del principio de unidad legislativa, sería deseable la equiparación del status ministerial de quienes presten asistencia religiosa no católica de las incluidas en los Acuerdos (49) (evangélicos, judíos e islámicos) en el interior de

---

(46) Desgraciadamente no son infrecuentes estos ataques a la disciplina militar como hipotética fuente de ilegalidad. Ver, al respecto IBÁN, I. C. (*Op. cit.* p. 550) quien llega a proponer la modificación del concepto de disciplina militar. Realmente, el hecho de que ciertas normas jurídicas puedan resultar o no atentatorias contra la libertad religiosa no implica, en sí mismo, la necesidad de reforma alguna del concepto de disciplina militar, ya que, como de ha visto, esta tiene su límite natural en el acatamiento a la Constitución y al ordenamiento jurídico. Las posibles transgresiones de esta libertad se deberán, bien a la concreta actividad infractora o a la inconstitucionalidad de la norma que la ampare, pero en ningún caso a la configuración de la disciplina militar.

(47) La sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo, al declarar la constitucionalidad de la existencia del Cuerpo Eclesiástico Militar Católico, debió especificar además si, en definitiva, era compatible o no el régimen jurídico de la asimilación orgánica del personal con la laicidad del artículo 16.3 CE.

(48) MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *Op. cit.*, p. 168.

(49) Las leyes números 24, 25 y 26, de 10 de noviembre de 1992, contienen los Acuerdos de Cooperación del Estado español con, respectivamente, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Israelitas de España y la Comisión Islámica de España.

los establecimientos militares, con el régimen de los ministros de culto católicos, mediante autorizaciones de salida o acceso de ministros, o asignando las misiones a los ministros que, cumpliendo el servicio militar, lo soliciten. Respecto a la asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas para las confesiones sin Acuerdo, no hay más posibilidad que la de aplicar la legalidad vigente: la Constitución, la Ley Orgánica 7/1980 y las Reales Ordenanzas. Según ello, el mando de cada centro deberá resolver sobre la concesión de autorización de acceso del ministro religioso o de salida del solicitante, de acuerdo con los principios inspiradores del derecho a la libertad religiosa, sin que, por tanto, se trate de una potestad discrecional del mando.

### 3. LA POLÉMICA EN TORNO A LA CELEBRACIÓN DE ACTOS RELIGIOSOS EN CEREMONIAS SOLEMNES MILITARES

El concepto de orden público se erige, como vimos en un posible límite para la libertad religiosa. Este límite está integrado, según el Concilio Vaticano II, por la honesta paz pública, la convivencia en la verdadera justicia y por la debida custodia de la moralidad pública. La Ley Orgánica 7/1980 se refiere al mismo como la seguridad, la salud y la moralidad pública protegida por la ley en el ámbito de una sociedad democrática. Según Fraga Iribarne<sup>50</sup> este concepto constitucional ha de entenderse referido a aquellas formas de vida que una sociedad determinada considera aceptables básicamente como conducta. El concepto de orden público se refiere, pues, a una conducta básica, generalizada, ampliamente difundida y consensuada en nuestra sociedad, que se articula como un principio moral y jurídico esencial para el Estado orientado en favor de la dignidad de la persona (51).

Los actos de culto llevan normalmente aparejada la necesidad de congregarse a un numeroso grupo de personas en un espacio común, lo cual tiene una especial transcendencia, desde esta perspectiva, en el ámbito castrense. A tal efecto, el artículo 180 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas establece que los militares podrán reunirse libremente para fines lícitos en lugares públicos o privados, siendo necesaria autorización expresa del jefe de la unidad, buque o dependencia

---

(50) Diario de Sesiones del Congreso, n.º 69, 18 de mayo de 1978, p. 2471.

(51) OLMOS ORTEGA, M. E. y VENTO TORRES, M., *Op. cit.*, p. 242.

para reunirse en dichos lugares. Sin embargo, los artículos 237, 292 y 435 de las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, respectivamente, de Tierra, Aire y de la Marina de Guerra, preceptúan que la autorización correspondiente para los actos de culto o de formación y para las reuniones de miembros de las iglesias, confesiones o comunidades religiosas legalmente reconocidas, que se celebren dentro de las Bases y Acuartelamientos, podrá concederse de manera general para actos que se celebren con periodicidad.

A la hora de analizar el cumplimiento de la libertad religiosa en el ámbito castrense surgen ciertas dudas derivadas del peculiar carácter y naturaleza del Instituto Militar, que obligan en concreto a preguntarse si la celebración de ceremonias militares con contenido religioso vulnera o no, y en que medida, el artículo 16 de nuestra Constitución (52).

La Orden 100/1994, de 14 de octubre (B.O.D. nº 205, de 20 octubre 1994), sobre regulación de los Actos Religiosos en Ceremonias Solemnes Militares, distingue dos tipos de actos:

1.º Ceremonias solemnes militares en las que se incluye un acto religioso. Se trata, en concreto, del Juramento o Promesa ante la Bandera, la entrega de la Bandera a una Unidad, los actos de entrega de Despachos o Títulos, los actos de Homenaje a los que dieron su vida por España, los entierros, las celebraciones de las Festividades de los Santos Patronos y otras ceremonias militares significativas.

Dentro de esta primera categoría se pueden hacer dos clasificaciones:

1.1. En atención a si la inclusión del acto religioso en la ceremonia solemne militar es obligatoria o potestativa.

1.1.1. Parece que la inclusión será obligada en los siguientes supuestos:

- Invocación que el capellán pronunciará con arreglo a la fórmula recogida en las Reales Ordenanzas de los Ejércitos (por ejemplo, en el artículo 428 de las Reales Ordenanzas de E.T.) en el acto militar, a continuación de la toma de Juramento o Promesa ante la Bandera.

- Bendición a la Bandera por el capellán tras la entrega de la misma a la Unidad.

---

(52) Blanquer se pregunta al respecto «¿puede el Estado establecer las formas que han de respetar los miembros de una confesión religiosa con ocasión de un rito litúrgico, o imponer a los soldados la asistencia obligatoria? ¿Quid de rendir honores a los símbolos de una determinada religión?» (BLANQUER, D., *Op. cit.*, p. 388).

- Oración en memoria y homenaje a cuantos, a lo largo de la historia, entregaron su vida por la Patria.

- Ceremonia religiosa que se celebrará en las Festividades de los Santos Patronos, y que será la que el capellán, de conformidad con el Jefe de Unidad, considere más adecuada.

1.1.2. Por el contrario, serán de inclusión potestativa en la ceremonia solemne militar, se entiende que por decisión del jefe de la Unidad, los siguientes actos religiosos:

- El acto religioso previo a la ceremonia militar de Juramento o Promesa ante la Bandera. Se podrá tratar de una Misa (católica), en cuyo caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 58 y 59, del Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, referentes a los Honores que se han de tributar al Santísimo Sacramento. Pero también se prevé la posibilidad de que se celebren actos religiosos de otras Iglesias, Confesiones o Comunidades Religiosas, las cuales se regularán de conformidad con lo previsto en los correspondientes Acuerdos de cooperación con el Estado.

- La oración de acción de gracias pronunciada por el capellán en los actos de entrega de Despachos o Títulos.

- La Santa Misa u otro acto católico de oración o, en su caso, un acto de culto con arreglo a la confesión religiosa que proceda, en los actos oficiales que se celebren con ocasión de entierros.

- La intervención del capellán en el acto que se celebre con ocasión de la Festividad del Santo Patrono, a fin de resaltar su significado.

- Los actos religiosos que tradicionalmente se vengan celebrando en las restantes ceremonias militares significativas.

1.2. En atención a si la asistencia al acto religioso incluido en la ceremonia solemne militar es obligatoria o potestativa para los sujetos integrantes de la Unidad.

1.2.1. Se señala expresamente que la asistencia será obligatoria solo en el caso de los actos religiosos celebrados con ocasión de entierros, en la consideración de que, por tratarse de actos de protocolo en los que se interviene en representación del Estado o de las Fuerzas Armadas, la asistencia a los mismos tiene la consideración de acto de servicio.

1.2.2. La asistencia será expresamente potestativa en los siguientes casos:

- El acto religioso previo a la ceremonia militar de Juramento o Promesa ante la Bandera.



- La ceremonia religiosa que se celebrará en las Festividades de los Santos Patronos.

- Los actos religiosos que tradicionalmente se vengán celebrando en las restante ceremonias militares significativas.

1.2.3. Sin embargo, no se dice nada en la Orden comentada respecto a la voluntariedad o no de asistencia a los siguientes actos religiosos:

- Invocación que el capellán pronunciará en el acto militar, a continuación de la toma de Juramento o Promesa ante la Bandera.

- Bendición a la Bandera por el capellán tras la entrega de la misma a la Unidad.

- Oración de acción de gracias pronunciada por el capellán en los actos de entrega de Despachos o Títulos.

- Oración en memoria y homenaje a cuantos, a lo largo de la historia, entregaron su vida por la Patria.

- La intervención del capellán en el acto militar que se celebre con ocasión de la Festividad del Santo Patrono, a fin de resaltar su significado.

2.º Celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense, respecto a las cuales se admite la posibilidad de que las autoridades militares designen, en representación institucional, comisiones, escoltas o piquetes adecuados al acto, para cuyo nombramiento, eso sí, se respetará el derecho a la libertad religiosa y al la voluntariedad en la asistencia de los actos. En estos casos, según preceptúa el artículo 60 del Real Decreto 834/ 1984, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Honores Militares, la fuerza designada rendirá los honores previstos en su artículo 58 y ante la presencia de imágenes sagradas adoptará la posición de firmes.

Para situar correctamente el objeto de nuestro estudio, debemos tener en cuenta que la Institución militar posee un código deontológico que impregna la actuación de sus miembros con un mayor grado de exigencia (no exclusividad) que en el resto de la sociedad actual (53). Con-

---

(53) En este sentido, Moreno González-Aller afirma que «mientras que en amplios sectores de la vida civil la permisividad representa un hábito normal de conducta con exaltación desmedida a la autonomía del yo, en la vida militar, por el contrario, el honor, el celo en el cumplimiento del deber, el sacrificio, la abnegación y otros muchos valores imperan por encima de cualquier consideración (MORENO GONZÁLEZ-ALLER, I., *La desaparición de los Tribunales de Honor Castrenses en la Ley Orgánica 12/1989, de 13 de abril, Procesal Militar*, en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 54, Ministerio de Defensa y Escuela Militar de Estudios Jurídicos, julio-diciembre, 1989, p. 228).

ceptos como el patriotismo, la disciplina, la obediencia, el honor, la lealtad, la firmeza moral, la eficacia y, sobre todo, la conservación del acervo histórico que supone la tradición militar, ligada desde sus orígenes con la forja de nuestra nacionalidad, son valores, que junto con la dignidad del hombre y el respeto de sus derechos inviolables, animan el espíritu de la Institución castrense.

Se trata de conceptos sociológicos, morales y militares susceptibles de ser categorizados, en mayor o menor medida, jurídicamente. Así, la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, proclama en su artículo 15 que estas «darán primacía a los valores morales que, enraizados en nuestra secular tradición, responden a una profunda exigencia de la que sus miembros harán norma de vida»; en su artículo 16 que «los Ejércitos de España son herederos y depositarios de una gloriosa tradición militar. El homenaje a los héroes que la forjaron es un deber de gratitud y un motivo de estímulo para la continuación de su obra»; y en su artículo 17 que «el espíritu que anima a la Institución Militar se refuerza con los símbolos transmitidos por la Historia. Los símbolos fortalecen la voluntad, exaltan los sentimientos e impulsan el sacrificio».

No han faltado, sin embargo, críticas a esta situación. Así, Martí (54), considera que las Reales Ordenanzas contienen preceptos (como los contenidos en los artículos 5, 44, 77 y 78) que parecen quedar al borde de la constitucionalidad, pues en ellos se deslizan restos de confesionalidad bajo el pretexto de primar los valores espirituales o morales enraizados en la tradición. Tal afirmación merece ser matizada. En dichos artículos se alude a la fortaleza espiritual, fortaleza moral, fuerzas morales, entereza moral, competencia, ejemplaridad, espíritu de sacrificio, afán de superación y una actitud digna en todos los actos del militar. No se debe limitar la eficacia de tales conceptos solo a un contexto espiritual, trascendente o religioso, ya que, en tal caso, no se podrían exigir como pauta de comportamiento moral a todas las personas, creyentes o no, en un Estado aconfesional como es el nuestro. Se trata única y simplemente de conceptos éticos (55) y morales, en la conside-

---

(54) MARTÍ SÁNCHEZ, J. M., *Op. cit.*, p. 146.

(55) Esta es la conclusión a la que han llegado también MORENO GONZÁLEZ-ALLER (*Op. cit.*, p. 229) y FERNÁNDEZ SEGADO (*El perfil diferencial de la escala de valores en la Institución Militar*, Revista Española de Derecho Militar, n.º 44-50, Ministerio de Defensa y Escuela Militar de Estudios Jurídicos, 1987, p. 100), que reconocen una ética propia en la Institución Militar.

ración de la ética como aquella parte de la filosofía que trata del deber, de las obligaciones del hombre y de la moral, y entendiendo por moralidad el carácter de bondad o de malicia de las acciones humanas (56). Tales conceptos, evidentemente, pueden vincularse, o no, con una determinada concepción espiritual del mundo, pero ello no es óbice para que sean idealmente exigibles y deseables en todos los hombres, sean estos creyentes o no.

En este contexto, las ceremonias solemnes militares con contenido religioso se erigen como símbolos de una determinada forma de vida que hay que interpretar con la amplitud histórica suficiente como para no calificarlas, de entrada, de contradictorias con el principio de libertad religiosa. A nadie se escapa, como afirma Morán (57), que la asistencia religiosa católica castrense en España es tan antigua como la existencia de los propios ejércitos (58), fruto ello del mutuo protagonismo que en el desarrollo histórico de nuestro país han venido desempeñando el ejército, la religión y la política. Con estas premisas no es de extrañar que en las *Fuerzas Armadas, traspasadas de parte a parte por el espíritu de la tradición*, la confesionalidad penetrase más profundamente que en otros ámbitos de la sociedad y el Estado, de manera que se tendiese a confundir y fusionar las funciones militares con las funciones religiosas.

Pero, consideraciones de imbricación histórica aparte, es característica común a toda época y a toda ordenación jurídica el hecho de que no puede haber una sociedad libre, común y abierta hacia el futuro sin un patrimonio cultural y ético, compartido y respetado. El patrimonio moral común lo reciben las sociedades de su propia historia y se enriquece sin cesar gracias a las aportaciones de sus hombres e instituciones (59). Ahora bien, si el patrimonio ético de la sociedad española tiene raíces

---

(56) Diccionario Enciclopédico Espasa 1, Espasa Calpe, S.A., Madrid, 1985, pp. 669 y 1105.

(57) MORÁN, G. M., *Op. cit.*, pp. 101-108.

(58) Los Convenios relativos al servicio religioso en los Ejércitos se remontan en nuestra historia. Así cabe citar los Breves Pontificios de Inocencio X, *Cum sicut Maiestatisuae*, de 26 de septiembre de 1645; de Clemente XIII, *Apostolicae genignitatis*, de 1764; y de Pío VI, *Cum in exercitibus*, de 1775.

(59) En este mismo sentido Navarro-Valls, hace referencia al «humus histórico al que el Estado debe su propia consistencia, es decir, «un patrimonio estable de verdades que no está sometido al consenso, sino que precede al Estado y lo hace «posible» (NAVARRO-VALLS, R., *Los Estados frente a la Iglesia*, en Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, Vol IX, 1993, Editoriales de Derecho Reunidas, Editorial de la Universidad Complutense de Madrid, pp. 34-35).

cristianas, el Estado o el Gobierno, aunque sea no confesional, no pueden ignorarlas ni tratar de cambiarlas o intentar su sustitución. La alternativa para ser demócratas no puede ser el vacío moral. Es importante recordar aquí aquel principio, proclamado por primera vez por Cristo, de la distinción entre *lo que es del César* y *lo que es de Dios* (60).

Pocas instituciones públicas hay, como las Fuerzas Armadas en su concepción actual, por las que pasen un mayor número de ciudadanos que las Fuerzas Armadas. Ello determina que el grado cuantitativo de representatividad social que se da en ellas, no se produzca en el resto de los colectivos públicos.

Si conectamos estos hechos incuestionables con los principios de separación amistosa e igualdad proporcional, encontraremos una justificación más que apropiada para la celebración de las ceremonias a que nos venimos refiriendo, siempre que, eso sí, se respeten los límites del Estado aconfesional: voluntariedad en la participación y no concurrencia del Estado como sujeto de las mismas (61). El principio de voluntariedad se recoge en el artículo 423 de las Reales Ordenanzas para el Ejército de Tierra, al disponer que «las ceremonias militares de especial contenido espiritual podrán ir precedidas de los actos religiosos que por tradición correspondan. Con la debida antelación, se hará advertencia de que aquellos que no profesen la correspondiente religión quedan dispensados de asistir al acto religioso», y, en términos similares en los artículos 595 de las Ordenanzas del Ejército del Aire, y 461 de las de la Marina de Guerra.

En este sentido, la sentencia 177/1996 del Tribunal Constitucional distingue, en el ámbito castrense, entre actos de naturaleza religiosa con

---

(60) *La conciencia cristiana ante la actual situación de nuestra sociedad*. Obispos españoles, Folletos MC 520/521, Ediciones Palabra, 1990, Madrid, pp. 85-86.

(61) En este mismo sentido parece pronunciarse Morán al preguntarse «¿cómo se conjuga el derecho de libertad religiosa con la arraigada tradición católica en el Ejército Español? La respuesta no es fácil, ya que el catolicismo está asentado plurisecularmente como un valor espiritual y moral inherente a la propia vida castrense, formando parte, incluso hoy en día, de los actos militares más solemnes, como la Jura de Bandera, el Homenaje a los Caídos, la celebración de Festividades patronales, las Entregas de Despachos, o las Honras Fúnebres y Entierros, en los que, efectivamente, los actos estrictamente culturales católicos se fusionan con las expresiones más solemnes de la vida militar. Por ello, privar a tales actos de su expresión espiritual católica, implicaría en cierto modo su desvirtuación, habida cuenta de que en España la tradición católica es un hecho innegable y, hoy por hoy, una realidad constatable, cuya consecuencia se refleja en esa denominada por algunos autores *confesionalidad sociológica del pueblo español*, que no podemos ignorar, ni infravalorar» (MORÁN, G. M., *Op. cit.*, p. 112).

participación militar y actos militares destinados a la celebración, por personal militar, de una festividad religiosa. Entre estos últimos se incluyen las paradas militares que, en homenaje a sus patronos religiosos, realizan diversas Unidades militares. Pues bien, según el Tribunal, el artículo 16.3 de nuestra Constitución no impide a las Fuerzas Armadas la celebración de festividades religiosas o la participación en ceremonias de esta naturaleza, pero el derecho de libertad religiosa de la persona en su vertiente externa negativa no puede ser conculcado por su pertenencia a las Fuerzas Armadas, ya que estas, como el resto de los poderes públicos, también están vinculadas negativamente por el mandato de neutralidad en materia religiosa contenido en nuestra Constitución. Por ello estima el Tribunal que, aún cuando la participación del personal militar en paradas militares obedezca a razones de *representación institucional* de las Fuerzas Armadas en un acto religioso, debe en todo caso respetarse el principio de voluntariedad en la asistencia y, por tanto, relevar del servicio a aquellos que lo soliciten en expresión legítima de su derecho de libertad religiosa.

Ahora bien, el alto Tribunal, aunque viene a reconocer el principio de voluntariedad en la asistencia a estos actos, alude también a la «participación de las Fuerzas Armadas en ceremonias de esta naturaleza» por razones de «representación institucional». Estas afirmaciones contravienen los límites derivados de la configuración del Estado como aconfesional: imposibilidad de que el Estado concorra como sujeto a los actos religiosos, y prohibición de confundir funciones religiosas y estatales, tal y como tiene sentado el mismo Tribunal en su sentencia 24/1992. Por ello ha de afirmarse, una vez más, que con este tipo de actos lo único que se debe pretender es dar un efectivo cumplimiento a la libertad religiosa de los individuos integrados en las Fuerzas Armadas, en la consideración de que son estos los que profesan (o no) la religión, y no la Institución militar (62). El Estado, (Fuerzas Armadas), en estos casos, no está asumiendo la satisfacción de intereses religiosos como intereses propios e indiferenciados de los generales que el mismo representa (63), sino con un carácter meramente instrumental respecto a los titulares naturales de aquellos, los ciudadanos. Una cosa es que se pres-

---

(62) Como acertadamente afirman OLMOS y VENTO (*Op. cit.*, p. 242) el derecho a la libertad religiosa implica que el Estado no tiene religión, o, lo que es lo mismo, no puede hacer un acto de fe.

(63) Alegaciones de los recurrentes en el recurso de inconstitucionalidad n.º 68/1982, que dio lugar a la sentencia del Tribunal Constitucional 24/1982, de 13 de mayo.

te asistencia religiosa a los individuos o grupos que la soliciten, incluso organizando un servicio público religioso, y otra, muy distinta, la representación institucional y corporativa del Estado o de sus Organismos que determine la obligación de asistir al acto. Por este motivo no puede admitirse que, con ocasión de estos actos, la unidad militar que rinda los honores lo haga en representación institucional de las Fuerzas Armadas y, por tanto, al margen de las convicciones ideológicas o religiosas de cada uno de sus componentes a título individual (64).

Una vez sentado esto, conviene hacer una serie de observaciones respecto al cumplimiento de la libertad religiosa, así configurada, en los Ejércitos y, en concreto, en relación con la regulación de la celebración de los actos religiosos en las ceremonias solemnes militares (65):

---

(64) El auto de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de 14 de julio de 1994, dictado en el recurso n.º 1/12/94, consideró como acto puramente militar la rendición de honores a la Virgen de los Desamparados, designada en el año 1810 Capitana Generala y Generalísima de los Ejércitos, y, como tal, de asistencia obligatoria. Tal interpretación, por presuponer una representación institucional del Estado en actos religiosos o de culto, no puede ser admitida. Debería, por el contrario, haberse declarado el carácter religioso de tal rendición de honores y, por tanto, su carácter voluntario para el personal participante.

(65) Según parece, no son infrecuentes las transgresiones a este derecho. En 1991 se planteó ante el Defensor del Pueblo la queja n.º 9022323 de un militar profesional en la que alegó su disconformidad con la obligación de que los profesionales de las Fuerzas Armadas hubieran de asistir a actos religiosos, por contradecir, a su juicio, tal obligación el contenido del derecho fundamental a la libertad religiosa, y poder producirse una discriminación entre aquellos y los militares de reemplazo por estar estos exentos de asistir a los citados actos religiosos. En este supuesto el alto comisionado de las Cortes puso de manifiesto ante el Ministerio de Defensa la necesidad de adoptar cuantas medidas se estimaran oportunas en la aplicación de los derechos constitucionales previstos en los artículos 14 y 16 de la Constitución, mediante escrito dirigido a dicho Departamento (Defensor del Pueblo, Informe anual 1991 y debates en las Cortes Generales, Informe, Cortes Generales, p. 55).

En la contestación facilitada por el Ministerio de Defensa se señaló al respecto que «en las Fuerzas Armadas tienen lugar ceremonias militares que, en ocasiones, van precedidas de actos religiosos cuya asistencia no es obligada para los militares profesionales ni de reemplazo, en aplicación del principio constitucional de libertad religiosa que viene recogido en el artículo 177 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y en los artículos 423, 595 y 461 de las Reales Ordenanzas de los Ejércitos de Tierra, de la Armada y del Aire, respectivamente, conforme a los cuales en todas aquellas ceremonias castrenses acompañadas de actos religiosos se harán, con la debida antelación, la oportuna advertencia para que quienes no profesen la correspondiente religión queden dispensados de asistir al acto religioso. Por los citados preceptos no se hace distinción entre militares profesionales y de reemplazo, por lo que a ninguno de ellos puede obligársele a la asistencia al acto religioso cuando no profesen la correspondiente religión. De ahí, pues, que no exista agravio comparativo entre unos y otros militares ni lesión del principio de igualdad y no sea necesario adoptar, con carácter general,

1.º La inclusión obligatoria o voluntaria de actos religiosos en ceremonias solemnes militares no puede obedecer más que a la asunción de la trascendencia sociológica de la religión católica en nuestro país, lo cual, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, ha tenido como consecuencia la configuración del fenómeno religioso y de sus símbolos como un factor ínsito en el concepto de tradición militar. Así lo reitera la Orden 100/1994, de 14 de octubre, al referirse continuamente al concepto de tradición (66). De esta manera, el acto de culto se reviste de una pátina de formas militares que justifica su reglamentación (67). Ahora bien, hay que tener en cuenta que el concepto de «tradición» seguirá sirviendo de justificación en este sentido en tanto en cuanto los valores sobre los que incida sigan vivos y conserven su actualidad en la sociedad y en la Institución militar. En el momento en el que el contenido o la inspiración de la tradición se torne obsoleta en el sentir de nuestra sociedad o en nuestras Instituciones, carecerán de validez excepciones como estas.

---

ninguna medida o disposición para hacer efectivo el mencionado derecho constitucional, sin perjuicio que, si en algún caso concreto, se conculcare este derecho, se tomarán las oportunas medidas que el caso requiera» (Defensor del Pueblo, Informe anual 1992 y debates en las Cortes Generales, p. 77).

Posteriormente, en 1994, en la queja n.º 9402633, se investigó la imposición de correctivos disciplinarios a un grupo de suboficiales por su negativa a participar en los actos organizados con motivo de una festividad religiosa. En este caso, el alto comisionado consideró que el tratamiento de los referidos actos por parte del Gobierno Militar de Valencia como «actos militares-religiosos celebrados por las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil», unido a la limitación que en la libertad personal de los intercesados se deriva de su relación de sujeción especial con la institución militar, podría suponer una real y efectiva limitación al pleno ejercicio del derecho a la libertad religiosa reconocido en el artículo 16 de nuestra Constitución (Defensor del Pueblo, Informe anual 1994 y debates en las Cortes Generales, p. 76).

(66) Las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas y las Reales Ordenanzas de los Ejércitos, determinan que las ceremonias militares podrán ir precedidas de los actos religiosos que por «tradición» correspondan. Consecuentemente con ello, la Orden 100/1994, de 14 de octubre, sobre regulación de los Actos religiosos en Ceremonias Solemnes Militares, hace referencia, por ejemplo, a que, en el acto de entrega de bandera a una Unidad se incluirá, «como es tradicional», la bendición de la misma (apdo. segundo). Y también que las restantes ceremonias militares significativas podrán ir precedidas de los actos religiosos que «tradicionalmente» se vinieren celebrando (apdo. séptimo).

(67) No se debe admitir, por tanto, la crítica objetada por Blanquer, según el cual «la Administración no puede ordenar el comportamiento de un feligrés durante la celebración de un acto litúrgico; la Administración no tiene competencia para disponer cuándo debe sentarse, estar firme o adoptar la posición de descanso. Por otro lado, los actos religiosos que se celebren en Unidades militares siempre deben tener lugar fuera del horario de trabajo, y al margen de las actividades propias del servicio» (BLANQUER, D., Op. cit. p. 340).

2.º La asistencia obligatoria a los entierros se hace en base al carácter institucional del homenaje al difunto, con independencia de la religión (o no) que profesase este. Tanto el Estado como los individuos concurren en homenaje del finado, no tanto para realizar actos de culto por su alma, sino para rendir honores fúnebres a su memoria (68).

3.º A los actos sobre los que nada se dice en cuanto a la obligación de asistencia a los mismos, se les han de aplicar los artículos 423, 595 y 461 de, respectivamente, las Reales Ordenanzas para el Ejército de Tierra, el Ejército del Aire y la Marina de Guerra, que determinan su carácter voluntario. De esta manera, la asistencia del militar a actos religiosos será siempre voluntaria, no pudiéndosele exigir la asistencia forzosa (69).

4.º No se puede admitir ninguna clase de «representación institucional» del Estado como sujeto de actos o convicciones de carácter religioso, ya que con ello se estaría quebrantando el principio de aconfesionalidad estatal. Por ello, no se puede admitir la designación de piquetes, comisiones o escoltas que, en dicha representación, concurren a celebraciones de carácter religioso con tradicional participación castrense. Ni tampoco parece admisible, desde esta perspectiva, el hecho de que al Santísimo Sacramento se le tributen honores militares de arma presentada e Himno Nacional con ocasión de la celebración de la Santa Misa u otras celebraciones religiosas en las que esté presente, o la obligación de que, ante la presencia de imágenes sagradas, la fuerza designada en «representación institucional» adopte la posición de firmes (70).

5.º El hecho de que Unidades militares tengan Patronos espirituales católicos solo se podrá admitir desde el concepto de tradición y trascendencia sociológica (notorio arraigo) del catolicismo en nuestro país.

---

(68) No se puede admitir tampoco por arbitraria e injustificada la afirmación que al respecto hace BLANQUER (*Op. cit.* p. 390) al entender que esta disposición «no parece aplicable a los soldados de reemplazo, que difícilmente representan a las Fuerzas Armadas en un acto de protocolo». ¿Quién mejor que el soldado para este menester? Olvida el referido autor que el artículo 49 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas dispone que «el soldado o marinero constituye el elemento básico de los Ejércitos y representa la aportación esencial de los ciudadanos a la defensa de la Patria.»

(69) Ver, en este mismo sentido, BLANQUER (*Op. cit.* p. 390).

(70) Artículos 58, 59 y 60 del Real Decreto 834/1984, de 11 de abril, Reglamento de Honores Militares. Al respecto, BLANQUER (*Op. cit.* p. 389) afirma que «las Fuerzas Armadas, como cualquier otra organización de la Administración Pública, deben respeto, *todo el respeto*, a una confesión religiosa, a sus representaciones o símbolos, pero en el seno de un Estado aconfesional la Administración nunca debe rendir honores».



6.º Que sólo se prevea expresamente la posibilidad de celebrar actos religiosos no católicos en el Juramento o Promesa a la bandera y en los entierros, podría suponer cierta discriminación respecto a las restantes confesiones con notorio arraigo en nuestro país. Por tanto, sería conveniente admitir legalmente la posibilidad de que tales actos se celebren en todas las Ceremonias Solemnes Militares.

## LAS CONTRAMEDIDAS EN EL SECTOR DEL TRANSPORTE MARÍTIMO

Por Javier Zamora Cabot  
*Prof. Titular de Derecho Internacional Privado*  
*Universitat Jaume I de Castellón*

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. 1. EN GENERAL. 2. EL DATO ESPAÑOL. II. DIMENSIÓN COMUNITARIA. 1. EN GENERAL. 2. REGLAMENTO 4058/86. A) *Antecedentes*. B) *Emplazamiento*. C) *Contenido*. D) *Práctica y Valoración*. 3. PROPUESTAS RECIENTES. III.- EL DERECHO DE LOS EEUU. 1. EN GENERAL. 2. LOS TEXTOS. IV. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCION

#### 1. EN GENERAL

A través de las *contramedidas*, los Estados —individual o conjuntamente— salen al paso de lo que estiman como incumplimiento de las obligaciones internacionales que recaen en otros Estados (1). Al margen de la polémica que las envuelve, resulta indudable su vigencia en la hora actual, sea a partir de sus múltiples reflejos positivos o su profusa utilización práctica (2). Refrendo de ello, por ejemplo, se encuentra en los trabajos en curso de la prestigiosa Comisión de Derecho Internacional, dentro de su mandato para promover el desarrollo progresivo y la codificación de tal Derecho, respecto de los que tienen por objeto la *Responsabilidad de los Estados* (3).

---

(1) Vid., en general, por todos, ALLAND, D., *Justice Privée et Ordre Juridique International*, Pedone, Paris, 1994.

(2) Vid., vgr., las referencias a unos y otra relacionadas en *ibíd.*, pp. 20-24.

(3) Vid., ILC Report, Chap. III, State Responsibility, Part II, Chap. III, *Countermeasures*, As. Gen. Offic. Records - 51 Sess. Suppl. No. 10 (A/51/10).

El sector del transporte marítimo es uno de los terrenos de elección de las contramedidas. Girarán éstas en él, sobre todo, en torno al *acceso* a los tráficos, sean los del Estado que las impone con el que las origina, o bien los de este último con terceros Estados —*crossstrades*—. Más adelante haré referencia a su correspondiente reflejo en el plano comparado. Ahora quiero poner de relieve cómo también, por ejemplo, han logrado carta de naturaleza en un foro tan influyente como la OCDE, como se comprueba en su notoria *Recomendación del Consejo Sobre Principios Comunes de Política del Transporte Marítimo Para los Estados Miembros*, fechada el 13 de febrero de 1987 (4), donde se recogen en los *Principios* 3-6, o en el más reciente —10 de junio de 1993— *Entendimiento Sobre Principios Comunes del Transporte Marítimo*, donde sucede lo propio en la *Observación Acordada* (v). En todo caso, no son ambos sino botones de muestra de la creciente sensibilidad ante un fenómeno, la existencia y uso de contramedidas que, lo dije ya, se inscribe en el verdadero *prius* que constituye para el sector de referencia el complejo y multiforme tema del acceso a los tráficos.

Avanzo en estas páginas una revisión de lo que constituye su objeto desde una perspectiva española. Así, al apunte de nuestro Derecho que completa este Apartado introductorio, seguirá un sucinto análisis del problema en el marco comunitario al que pertenecemos, y en otro que es privilegiado de referencia a los presentes efectos : el de los EEUU. De todo ello tratarán, respectivamente, los Apartados II y III, finalizando el presente estudio un Ap. IV donde se recogen algunas conclusiones. Sin embargo, y antes de proceder en los términos fijados, conviene recordar, siquiera brevemente, cuál es el principio sobre el que hay que proyectar el citado acceso a los tráficos y las modulaciones a que se ve sometido en la práctica.

El *Principio de Libertad de los Mares* —del que se trata, claro está— ha sido exhaustivamente estudiado y mucho mejor de lo que yo supiera o pudiera, por lo que abundar en él resulta, aquí, ocioso (5). Con todo, y salvo posteriores alusiones, sí quisiera dejar constancia de lo que podría constituir un verdadero hito en su plasmación positiva, siempre respecto del acceso. Me refiero a las iniciativas en curso en el seno

---

(4) C(87) 11 (Final).

(5) Vid., vgr., BAENA, P.J., *La Política Comunitaria de los Transportes Marítimos*, Marcial Pons ed., Madrid, 1995, p. 347, y allí, nota 2 y la doctrina que se cita. También, en general, SWEENEY, J. C., *From Columbus to Cooperation - Trade and Shipping Policies From 1942 to 1992*, 13 Fordham I.L.J. 481- 523.

de la OMC vertebradas sobre el llamado *Acuerdo General Sobre Comercio de Servicios, GATS*, y su repercusión en el ámbito de los transportes marítimos. Como se sabe, nos encontramos en un cierto *impasse*, dado que el llamado *Grupo de Negociación Sobre Servicios de Transporte Marítimo* acordó, el 26 de junio de 1996, suspender sus reuniones hasta el año 2000. Con ello, hasta que no continúe el proceso negociador abierto y, llegando a su término, se puedan conocer las obligaciones contraídas por los Estados Miembros, resultará imposible hacer una valoración al respecto. El acuerdo de suspensión, por otra parte, prevé una cláusula *stand still* para no erigir nuevas barreras o aplicar otras medidas de presión, *a menos que se responda con ello a iniciativas tomadas por otros Países* (6).

Por su parte, las restricciones al citado Principio, han acompasado su desarrollo histórico. Incluso hay ejemplos muy anteriores a la formulación de éste por Hugo Grocio, como es el caso, entre otros, de los llamados *privilegios de preferencia* del Reino de Aragón, o la exclusión de buques extranjeros de los principales tráfico de la República de Venecia (7). Pero lo que nos interesa ahora es conocer, al día de hoy, cómo se articulan las políticas proteccionistas de los Estados, de forma que puedan incidir en el objeto de nuestro estudio. A estos efectos, la Comisión de las Comunidades Europeas nos ofrece en su reciente Comunicación *Relaciones Exteriores en el Ámbito del Transporte Marítimo* (8), una síntesis cuyas líneas maestras son: las reglas o requisitos nacionales unilaterales; disposiciones bilaterales o, a veces, regionales y acuerdos o convenios internacionales. De las primeras, por ejemplo, destacaré las restricciones para el acceso al mercado del transporte marítimo, o las que

---

(6) Los términos del acuerdo de 28-6-96 se sintetizan en una Nota de Prensa de la OMC, de 1-7-1996. Vid., también, sobre el GATS y la OMC y el transporte marítimo, ARROYO, I., y BOET., E., *El Código de Conducta de las Conferencias Marítimas Como Instrumento Multilateral de Regulación del Acceso al Tráfico Marítimo Conferenciado*, en *Conferencia Internacional sobre "El Derecho de la Competencia en el Sector Marítimo"*, Sevilla, 17-20 de Noviembre de 1996, pp. 25 ss. También, WATSON, P., *Shipping and the General Agreement on Trade in Services (GATS)*, 30 ETL 841-844 (1995). En general, asimismo, vid., LÓPEZ ESCUDERO, M., *El Comercio Internacional de Servicios Después de la Ronda Uruguay*, Tecnos, Madrid, 1996, y SAUVÉ, P., *Assessing the General Agreement on Trade in Services*, 29 JWTL 125- 145 (1995).

(7) Vid. PÉREZ LABAJOS, C. A. y BLANCO ROJO, B., *El Sector del Transporte Marítimo Mundial : Liberalismo y Proteccionismo*, Revista General de Transporte, Noviembre de 1992, p. 15.

(8) COM (96) 707 final, de 14-3-1997.

se erigen frente a las transacciones comerciales o, en fin, el trato discriminatorio de los buques en los puertos (9). Los repartos de carga en perjuicio de terceros serían el marchamo del orden siguiente, y la exigencia de un *trato preferente* o ciertas lecturas del *Código UNCTAD Sobre Conferencias Marítimas* —trataré de ellas con posterioridad—, ilustrarían lo que se refiere a esos acuerdos o convenios internacionales (10).

Por supuesto que no necesariamente la existencia de modulaciones a la libertad de acceso, como las vistas, concitará la utilización de contramedidas. Incluso es muy perceptible un nuevo ambiente liberalizador, como el que se hizo patente en las decisiones adoptadas por la UNCTAD en 1992 en Cartagena de Indias, o en las mencionadas negociaciones del GATS. Pero los importantes obstáculos que todavía han de superarse también se ponen de relieve, por ejemplo, ante las dificultades surgidas en el curso de estas últimas. Previsiblemente, entonces, las iniciativas estatales que constituyen el objeto de éstas páginas deberán seguir siendo objeto de atención y estudio como el que, dentro de lo que se me alcanza, aquí propongo.

## 2. EL DATO ESPAÑOL

Nuestro País como, entre otros, varios del entorno próximo, dispone ya de tiempo de una normativa sobre contramedidas (11). No me detendré mucho en ella, sin embargo, dado que no parece de especial relieve y, sobre todo, cabe decir que resulta un tanto postergada ante la dimensión comunitaria, objeto del próximo —II— Apartado. Algunas precisiones, empero, son ineludibles.

Así, en primer lugar, recordaré como antecedentes la Orden de 16-5-1985, sobre recogida de información (12), y, principalmente, la Ley 6/70, de 4 de Abril, de *protección del tráfico marítimo internacional* (13). En el art.2 de ésta, por ejemplo, se establecía un sistema de salvaguar-

---

(9) *Ibid.*, pp. 11 y s.

(10) *Ibid.*, p. 12.

(11) Para un muestreo comparado vid., BREDIMA-SAVOPOLOU, A., y TZOANNOS, J., *The Common Shipping Policy of the EC*, North-Holland, Amsterdam, 1990, p. 204 y, allí, nota 23.

(12) Sobre ella, vid. BAENA, P.J., *op.cit.*, p. 50, y, allí, nota 21.

(13) BOE número 82, de 6-4-1970.

da de nuestros armadores frente a las prácticas restrictivas de terceros Estados (14), derogado, juntamente con el texto al que pertenecía, por la vigente Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante —LPEMM (15)—.

El art.82,1 de la LPEMM enfrenta el tema que nos ocupa. En él se atribuye al Gobierno la potestad de adoptar las medidas y disposiciones para la defensa de nuestros intereses, *en situaciones de grave atentado contra los principios de libre competencia o de libertad comercial o contra aquellos en que se fundamenta el transporte marítimo internacional y que afecten a buques españoles*. Al punto, algunos comentarios. De modo favorable, por ejemplo, respecto del énfasis en las libertades de competencia y comercial, que el moderno Derecho tiende a aproximar cada vez con mayor vigor. En el lado negativo, abundaré con Baena en el carácter excesivamente genérico de la norma, junto a que estrecha el ámbito de protección a hechos *ya consumados*, marginando, además, a los navíos que, sin pertenecer a nuestro pabellón, se encuentran gestionados por armadores españoles (16). En todo caso, la primacía del ordenamiento comunitario exige, como nos recuerda el autor citado (17), que las medidas que eventualmente se adopten sean conformes con el Derecho derivado y, especialmente, con los Reglamentos sobre competencia, prácticas tarifarias y acceso —R.4058/86—, que será objeto aquí de atención preferente en los términos fijados en el Sumario.

## II. DIMENSIÓN COMUNITARIA

### 1. EN GENERAL

Importa en esta sede, y como paso previo al estudio del instrumento particular que permite defender a escala comunitaria la apertura del mercado de referencia y las nuevas propuestas —respectivamente, epígrafes 2 y 3—, fijar la posición de la Comunidad en el doble plano de los valores y las obligaciones internacionales que ha contraído de forma específica. Lo intentaré, siquiera brevemente, a renglón seguido.

La Comisión ha fijado con claridad meridiana en su reciente Comu-

---

(14) Vid. su comentario por BAENA, P. J., *op.cit.*, p.368, y, allí, nota 67.

(15) BOE número 283, de 25-11-1992.

(16) Vid. BAENA, P. J., *op. cit.*, p. 369.

(17) *Ibid.*

nicación *Hacia una Nueva Estrategia Marítima* (18), que ha sido acogida favorablemente por el Consejo (19), cuáles son los principios sobre los que ha de gravitar la correspondiente Política sobre el sector del Transporte Marítimo: búsqueda de competitividad internacional de la flota comunitaria; mercados abiertos; competencia leal y promoción de la seguridad.

Estando todos ellos interrelacionados, hay que resaltar ahora, pues conviene al presente estudio, la importancia de los dos que se recogen en la citada Comunicación con motivo de una toma de postura expresada en los siguientes términos:

«La Comisión propone garantizar que la CE utilice todo su peso político y económico para impulsar una situación de mercados abiertos y competencia leal adoptando un planteamiento y una postura coordinados y aprovechando toda su potencia política y marítima. Por este motivo, la Comisión propondrá al Consejo que le dé un mandato para entablar negociaciones con determinados terceros países» (20).

La dicción rotunda exime, a mi parecer, de ulteriores precisiones, aunque sí quisiera poner de relieve cómo, aquí también, se hace evidente el vínculo entre libre competencia y acceso al mercado, en este caso, el de transporte marítimo. El presente sector, entonces, puede ser muy propicio para el estudio de lo que la moderna doctrina llama el Interface entre ambos, realidad con enorme importancia y proyección de futuro (21).

Por lo que respecta a los compromisos internacionales que condicionan la acción comunitaria, los recordaré ahora sucintamente. Así, en primer lugar, aunque la Comunidad no ha concluido hasta el presente ningún acuerdo sectorial sobre transporte marítimo con un tercer país, sí existen varios *acuerdos generales* con disposiciones importantes al respecto. Se trata del Convenio de Lomé, de los llamados Acuerdos Europeos, de los Acuerdos de Cooperación y Asociación con Países de la antigua URSS y del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

---

(18) COM (96) 81 final, de 13-3-1996.

(19) Vid. *Resolución del Consejo de 24 de Marzo de 1997 relativa a una estrategia destinada a aumentar la competitividad del transporte marítimo comunitario*, D.O. No. C de 8-4-1997, p. 1.

(20) Énfasis propio. Vid. Comunicación recogida en nota 18, p. 24.

(21) Vid., por todos, TREBILCOCK, M. J., *Competition Policy and Trade Policy*, 30 JWTL 71-106 (1996). También, COMISIÓN EUROPEA, *La Política de Competencia de la Comunidad Europea- XXVI Informe Sobre la Política de Competencia- 1996*, SEC (97) 628 final, pp. 84 y s.

(EEE). En ellos son una constante las cláusulas que garantizan el *libre acceso*, aunque es preciso tener en cuenta, respecto del último, que excluye la aplicación de medidas relativas a las relaciones exteriores de la Comunidad, vgr., el citado R.4058/86. Por otra parte, también se han negociado o están negociando acuerdos de asociación con la mayoría de los terceros Países del Mediterráneo. Se prevé en ellos establecer negociaciones con vistas a la liberalización en términos similares a las de los Acuerdos con los Países de Europa Central y Oriental (PECOS). En otro orden de cosas, en muchos de los *acuerdos de cooperación comercial y económica*, suscritos por la Comunidad, el transporte marítimo ha sido objeto de un canje de notas que figura en anexo, comprometiéndose las partes a tratar cualquier problema suscitado por su funcionamiento. El panorama, en fin, se puede completar con las múltiples consultas que la Comisión está llevando a cabo en la materia con importantes socios del sector —señaladamente en el seno del llamado *Grupo Consultivo (CSG)*—, o la actuación en el seno de organizaciones internacionales y acuerdos multilaterales: OCDE, UNCTAD, OMC, etc. (22).

Apuesta firme por el libre acceso y una marcada internacionalización podrían sintetizar, y con ésto la concluyo, la presente rúbrica.

## 2. REGLAMENTO 4058/86/CEE, DEL CONSEJO (23)

### A) *Antecedentes*

El texto que nos ocupa, que lleva por título *sobre acción coordinada con objeto de salvaguardar el libre acceso al tráfico transoceánico*, es el de referencia en la materia en el ámbito comunitario. Sus orígenes se remontan al primer Derecho Marítimo Derivado y, principalmente, a

---

(22) Cfr. estos extremos en el documento citado en nota 8, pp. 21-25 y Anexo IV. Vid., también, entre otros: BLONK, W.A.G., *EC Maritime Policy :An Overview*, 30 ETL 735,744-745 (1995); DIDIER, E., *EEC Maritime Law and Third Countries*, 28 ETL 433-469 (1993); FLORY, T., *La CEE et les Services Liés aux Transports Maritimes dans la Perspective de l'Uruguay Round et de l'Écheance de 1992*, en *La C.E. et la Mer*, Colloque International, Brest, 6-8 Octobre de 1988, y FORNASSIER, R., *External Competence of the Community in Maritime Transport*, II *Diritto Marittimo* 1989, pp. 31-37.

(23) D.O. N° L 378, de 31-12-1986, p. 21. Sobre él, vid., en general : BAENA, P. J., *op. cit.*, pp. 347-367; BREDIMA-SAVONOPOULOU, A., y TZOANNOS, J., *op.cit.*, pp. 200-203; HELDRING, B., *Free Acces to Ocean Trades*, 23 ETL 600-601 (1988) y DIDIER, E., *op.cit.*, pp. 454-456.



tres Decisiones del Consejo que, de forma resumida, presento a continuación.

La primera, 77/587/ CEE (24), establece unos procedimientos de consulta para evaluar conjuntamente las relaciones bilaterales entre los Estados Miembros y terceros países, y la propia posición de la C.E. ante las organizaciones internacionales. En lo que aquí más nos puede interesar, también, queda fijado que, cuando un Estado Miembro se vea presionado a negociar un convenio bilateral de reparto de carga, que pueda entrañar una discriminación para otros Estados de la Comunidad, debe celebrar consultas con los demás Estados Miembros. Sin embargo, en la práctica, este mecanismo, que debía frenar el auge de tales convenios, funciona como una revisión *a posteriori* y, por ello, resulta escasamente efectivo (25). En todo caso, es preciso anotar que, hasta el presente, los intentos de modificación de esta Directiva han sido infructuosos. Existe, empero, uno muy reciente, del que daré cuenta en el epíg. 3 de este mismo Apartado.

La segunda emplazada es la Decisión 78/774/ CEE, modificada por la Decisión 89/242/ CEE (26), sobre recogida de información de la actividad de la flota de terceros países. Su finalidad es recopilar datos que permitan a la Comunidad vigilar el tráfico de buques de aquéllos y, eventualmente, facilitar la instauración conjunta de *contramedidas*, dirigiéndose la atención, en particular, inicialmente, hacia los antiguos Países del Este y la flota soviética. En su virtud, los Estados Miembros asumieron la obligación de vigilar qué cargas tomaban esas flotas en Europa para determinadas áreas geográficas, y qué fletes aplicaban, con el propósito de establecer, en su caso y más adelante, un nuevo acto normativo. En concreto, se sometía a escrutinio todo el tráfico de línea regular entablado entre la Comunidad y el Extremo Oriente, África Oriental y América Central, debiéndose vigilar y registrar por los Estados Miembros. En esta sede, recordaré, por otra parte, que en nuestro Derecho la O.M. de 16 de Mayo de 1985, de desarrollo del Real Decreto 720/84, preceptúa una recogida de información de todos los buques extranjeros de línea regular que hagan escala en puertos españoles, sin-

---

(24) D.O. N° L 239, de 17-9-1977, p. 23.

(25) Vid. GARCÍA GABALDÓN, J. L., *El Progreso Hacia una Política Comunitaria Sobre Transporte Marítimo*, ADM, vol. IV, 1986, p. 323. También, en general, BAENA, P. J., *op. cit.*, pp. 45-48.

(26) Respect., JOCE N° L 258, de 21-11-1978, p. 35 y JOCE N° L. 97, de 11-4-1989, p. 47.

tonizando, pues, con la disposición comunitaria aquí reflejada (27). Del mismo modo, además, el art. 85 1 de la citada LPEMM establece una obligación de informar que recae en las conferencias marítimas cuyos buques hagan escala en los puertos españoles, para cargar o descargar mercancías. De serles requerido por la DGMM, habrán de comunicar y/o documentar cuantos extremos se relacionen con esas actividades.

Contrastada, en fin, la existencia de trabas al libre tráfico, impuestas a las navieras comunitarias por otras externas o terceros Estados, la Decisión 83/573/CEE (28), de acuerdo con lo dispuesto en el art.4 de la Decisión 78/774/CEE, regula las *contramedidas* que, salvando el derecho de cada Estado Miembro de aplicarlas unilateralmente, deben *esforzarse* todos en adoptar de forma conjunta. En realidad, y como sucedía en la Decisión 77/587/CEE, con la que he abierto esta rúbrica, se establece un mecanismo que, en la práctica, funciona *después* de que el Estado Miembro haya actuado, con lo que su virtualidad ha sido escasa (29). Y, de ahí, la necesidad del R.4058/86.

## B) *Emplazamiento*

El texto que nos ocupa no puede desvincularse del conjunto de disposiciones que conforman lo que muchos consideran verdadero arranque de la Política comunitaria en este sector: el llamado *Paquete de Diciembre de 1986*, compuesto por el Reglamento de referencia y otros tres 4055/86, 4056/86 y 4057/86 sobre, respectivamente, libre prestación de servicios, libre competencia y acción contra prácticas tarifarias desleales (30). Claro está que no toca desarrollarlos aquí, pero conviene recordar que son fruto, especialmente, del hecho de que la Comunidad hubiera convertido al cit. *Código UNCTAD Sobre Conferencias Marítimas* en el eje de su actuación, y de las lecturas que los países en desarrollo estaban generando sobre él. Así, por ejemplo, la extensión de su ámbito a los tráficos de líneas independientes y a los de graneles, o el que se excluya a los llamados *crosstraders* a través de acuerdos intergubernamentales y el correspondiente juego de reservas de carga, o el que se distor-

---

(27) Sobre esta última, vid. BAENA, P. J., *op.cit.*, pp. 49-52.

(28) JOCE N° L 332, de 28-11-1983, p. 37.

(29) Vid. BAENA, P. J., *op. cit.*, pp. 57-59. También, GARCÍA GABALDÓN, J. L., *op. cit.*, p. 324.

(30) Vid. D.O. N° L 378, de 31-12-86, respect. pp. 1, 4 y 14.

sione el reparto de éstas a través de oficinas centrales de fletes, etc. La Comunidad, es bien conocido, se hallaba en absoluta discrepancia con lo anterior y, por así decirlo, cada Reglamento de los citados se concibe para salir al paso de una faceta de lo que es percibido como un conjunto de graves problemas (31). Como, por otra parte, cabía esperar, las relaciones entre los cuatro son estrechas y variadas, siendo buena muestra de ello algunas entre las que implican al texto que venimos estudiando, el Reglamento 4058/86.

El Reglamento 4055/86, por ejemplo, dispone de un art. 5.2 por el que se habilita al Consejo para arbitrar las medidas oportunas según nuestro texto, en caso de que algún país tercero pretenda imponer acuerdos en materia de reparto de cargamentos en el transporte a granel de cargas líquidas o secas. A salvo de los variados comentarios suscitados en la doctrina sobre su oportunidad, acierto o no de su ubicación sistemática, o del protagonismo concedido al Consejo (32), es palpable que esta norma refleja una preocupación especial por mantener tales transportes libres de impedimentos (33).

Otra vía de conjunción se abre, asimismo, respecto del Reglamento de libre competencia —4056/86—, a través del art.7.2 (b) iii de este último. Por él, se consideran efectos incompatibles con el apartado 3 del art.85 del Tratado Constitutivo, los que se deriven de *actos de un tercer país* que, vgr., sean obstáculo para el funcionamiento de las líneas no encuadradas en conferencia (*outsiders*) en un determinado tráfico. Acceso al mercado y libre competencia muestran, de nuevo, su estrecha relación que, más adelante —al estudiar la práctica del R.4058/86—, veremos confirmada con motivo de los *Tráficos con Africa Central y Occidental* (34). En todo caso, dejaré contancia de la opinión de Carbone y Munari, en el sentido de que no se lleve a cabo, ante un caso con-

---

(31) Vid. ZAMORA CABOT, F. J., *Un Apunte Sobre la Incidencia en España del Código UNCTAD Sobre Conferencias Marítimas*, ADM, vol. VIII, pp. 245 ss., espec. p. 254.

(32) Vid., vgr., sobre estos extremos, entre otros: BREDIMA-SAVOPOULOU, A. y TZOANNOS, J., *op.cit.*, p. 242; SLOT, P. J., *Freedom to Provide Shipping Services*, II Diritto Marittimo 1989, p. 56 y CARBONE, S. M. y MUNARI, F., *La nuova Disciplina Comunitaria Dei Traffici Marittimi*, RDIPP 1989, p. 317.

(33) Estudiando el caso del Brasil, respecto de esos repartos de carga, vid., sin embargo, FARRELL, S., *Protectionism in Practice*, 13 Maritime Policy & Management 277, 280 (1986).

(34) Comentando, por su parte, la *Decisión Sobre los Comités de Armadores*, de 1-4-92, DIDIER, E., *op. cit.*, p. 467 y s., critica la utilización en el caso del Reglamento de libre competencia, en vez del 4058/86.

creto, una aplicación *conjunta* de estos dos Reglamentos, que estiman mutuamente excluyentes (35). Pero lo que está fuera de dudas es la necesidad de considerarlos en su contexto, como, en realidad, a los que completan el citado *Paquete de Diciembre de 1986*. Tal es el sentido de esta rúbrica, que aquí concluye.

### C) *Contenido*

A causa de su especialización y, también, del lugar de ventaja de los Estados Miembros en lo que atañe al núcleo de su objeto —y, consecuentemente, vgr., de los limitados poderes de la Comisión—, el contenido del Reglamento que nos ocupa encuentra un reflejo en las normas muy sucinto. Mis comentarios, en sintonía con ello, serán breves.

Tras recoger en su exposición de motivos alguna de las lecturas sobre el Código UNCTAD a las que aludí en el punto anterior, juntamente con las referidas trabas sobre el transporte de graneles, y la necesidad de una *acción coordinada* frente a todo ello, nuestro texto precisa, en su art. 1, su ámbito de aplicación. Desde un punto de vista material, el procedimiento previsto en aquél se aplicará cuando alguna medida tomada por un tercer país —por sí o a través de sus agentes—, limite o *amenace con limitar* (36) *el acceso de navieras o buques comunitarios a los distintos tipos de transporte que se citan, vgr., de línea sujetos o no al Código UNCTAD, de graneles, pasajeros, etc. Ratione personae*, por su parte, a los beneficiarios señalados se unen, sometido a reciprocidad y en los términos del art. 8, las navieras de otros países de la OCDE. En todo caso, y según prescribe el último párrafo del art. 1, la acción prevista en el Reglamento no ha de suponer merma de las obligaciones de la Comunidad y los EEMM ante los dictados del Derecho internacional. A tales efectos, por ejemplo, habrán de ser aquilatados los múltiples compromisos de aquélla a los que hice referencia con anterioridad (37).

El eje del presente Reglamento gira en torno a los arts. 3 y 4. En el primero queda establecido, de modo muy significativo, que las acciones coordinadas podrán producirse *a petición de un Estado Miembro* (38),

---

(35) *Op. cit.*, pp. 320 y 321.

(36) En señalada diferencia con nuestro Derecho; vid. nota 16 y texto al que acompaña.

(37) Vid. Apartado II, 1.

(38) Vid., sin embargo, nota 32 y texto al que acompaña.

que deberá ser cursada ante la Comisión que, en un plazo de cuatro semanas, ha de presentar, a su vez, ante el Consejo, las recomendaciones o propuestas que considere oportunas. Éste, *por mayoría cualificada* (39), decidirá entre las opciones previstas en el art. 4, previa reflexión sobre las consideraciones de política de comercio exterior, intereses portuarios y política marítima de los Estados Miembros a que hubiere lugar.

En los términos del art. últimamente citado —ap.1—, las acciones a que me vengo refiriendo pueden revestir la forma de quejas por vía diplomática, especialmente cuando las medidas de terceros Estados amenazan restringir el acceso a los tráficos, o *contramedidas*. Éstas, que se dirigirán tanto contra las compañías del país tercero, como las de otros países que pudieran beneficiarse, consistirán, *aislada o conjuntamente*, en la obligación de obtener permisos, la aplicación de contingencias o la imposición de cánones o derechos. De cualquier forma —ap. 2—, las citadas quejas han de preceder a la adopción de contramedidas que, de nuevo, han de conformarse a las obligaciones internacionales de la Comunidad y sus Estados Miembros, tendrán en cuenta todos los intereses afectados (40) y *no tendrán por efecto directo o indirecto el provocar desvíos de tráfico en el interior de la Comunidad*, cautela que parece expresión de un gran pragmatismo.

Los arts. 5-7 completan, con algunos matices de interés, lo que denominé eje central del Reglamento: los dos precedentes. Así, en su Ap. 1, el art. 5 establece, en sede de adopción de contramedidas, que se faciliten por el Consejo una serie de indicaciones que, por ejemplo, discurren entre las circunstancias que han motivado la toma de aquéllas, o las que las especifican con detalle, hasta su período de vigencia. Junto a ésto, el Ap. 2 contiene uno de los preceptos de mayor alcance; en su virtud, si las contramedidas no estuvieran previstas en la legislación nacional de un Estado Miembro, *éste podrá tomarlas sobre la base del presente Reglamento*, de conformidad con la Decisión del Consejo señalada en el correspondiente párrafo —el 3.º— del art. 3.

Por su parte, el art.6 también resulta significativo en la medida en que dispone, cuando el Consejo no actúe en un plazo de dos meses y si

---

(39) Vid. BAENA, P. J., *op. cit.*, p. 353, y, allí, nota 22.

(40) El Comité de Asociaciones de Armadores Comunitarios había solicitado que se estableciese en el Reglamento la consulta previa a los medios profesionales —lo que no prosperó—; vid. NOSSOVITCH, S., y otros, *La Libre Prestation de Services de Transport*, DPCI 1989, p. 104.

la situación lo exige, que los Estados Miembros, unilateralmente o en grupo, podrán aplicar medidas nacionales. Lo propio sucede, *incluso dentro de tal plazo*, y a título provisional, *en caso de urgencia*. En ambos supuestos, en fin, se debe informar de la instauración de las citadas medidas a la Comisión y a los demás Estados Miembros. En la misma línea de facilitar la comunicación y la reflexión conjunta, y con ello acabo la presente rúbrica, el art. 7 recurre al procedimiento creado por la Decisión del Consejo 77/587, cit., para el seguimiento de los efectos de las contramedidas, mientras estén en vigor.

#### D) *Práctica y valoración*

Las facetas más importantes del primer orden señalado se relacionan inicialmente, pero los problemas —lo veremos— continúan, con los llamados *Tráficos con Africa Central y Occidental*, a que aludí con anterioridad. Realmente, la única aplicación de nuestro Reglamento, en conjunción con los de libre prestación de servicios y libre competencia, se instó por Dinamarca con motivo de aquéllos el 20 de julio de 1987 (42). Se reprochaba a los correspondientes países el establecimiento de medidas contrarias a la Política Marítima de la Comunidad, referidas a acuerdos de distribución de fletes, creación de oficinas de reserva de los mismos y a la exclusión de las navieras no conferenciadas —*outsiders*— (43). *La situación, por otra parte, no podía ser más compleja, pues, entre otros, se debían tener en cuenta los siguientes intereses en conflicto: los de los Países Menos Desarrollados —LDC— en cuanto al acceso al comercio internacional y al transporte marítimo; la cooperación entre la Comunidad y aquéllos en el marco de las Convenciones de Lomé; la interpretación de los preceptos del Código UNCTAD en cuanto a los repartos de carga; el acceso a los fletes para ciertos Estados Miembros y su extensión a todas las navieras comunitarias; condiciones justas de competencia para éstas, etc.* (44). En conclusión, y dentro del

---

(41) De este modo, por ejemplo, se dota a Grecia, Irlanda, Luxemburgo y Portugal de mecanismos de los que carecían; cfr. BAENA, P. J., *op. cit.*, p. 357, y, allí, nota 32. También, CARBONE, S. M., y MUNARI, F., *op. cit.*, p. 319.

(42) Vid. BAENA, P. J., *op. cit.*, pp. 359 ss.

(43) *Ibid.*, p. 360.

(44) Pienso que se puede utilizar aquí la síntesis ofrecida por DIDIER, E., *op. cit.*, pp. 461 y s.

plazo de cuatro semanas previsto por el Reglamento 4058/86, la Comisión propuso al Consejo que adoptase una Decisión —lo hizo el 20 de octubre de 1987— por la que, de conformidad con el art. 4 de aquél, se celebrasen consultas con los Estados miembros de la *Conferencia Ministerial de los Estados del África Occidental y Central Sobre Transportes Marítimos —CEMEAOC o MINCOMAR—*, en el marco del III Convenio de Lomé y conforme a sus procedimientos (45).

En otros supuestos relacionados con el libre acceso, nuestro Reglamento ha podido influir en negociaciones con múltiples países. Es el caso, por ejemplo, de las habidas con Argelia, Kenia, Corea del Sur, Taiwán y Japón, etc. (46). Y es esta misma faceta, la de baza negociadora, la que provisionalmente, y ya en fase valorativa, me conduce a un juicio positivo sobre nuestro texto. En él coincido con la Comisión que, por ejemplo, deja patente su postura en su *Comunicación Hacia Una Nueva Estrategia Marítima*, citada (47), a la par que alude a la necesidad de su revisión por el cambio de circunstancias desde 1986 (48). De ello, entre otras cosas, trataré en el próximo epígrafe.

### 3. PROPUESTAS RECIENTES

Se contienen éstas, en lo que aquí viene al caso, en un documento de la Comisión al que aludí con anterioridad, la *Comunicación sobre Relaciones Exteriores en el Ambito del Transporte Marítimo* (49) que, siempre a nuestros fines, conviene acompañar, siquiera también en apunte, con su *Informe sobre las medidas que deben tomarse referentes a las relaciones con los Países del Africa Central y Occidental en el sector del Transporte Marítimo* (50). Por ese orden trato de ambos seguidamente.

En primer término, la Comisión confirma, en la *Comunicación* de referencia, su propósito de revisar el Reglamento 4058/86. El objetivo es *asegurar una respuesta más eficaz* frente a los problemas derivados de las restricciones de terceros países, o sus agentes, sobre el acceso al

---

(45) Vid. BAENA, P. J., *op. cit.*, pp. 363 y s.

(46) *Ibid.*, pp. 365-367.

(47) Vid. nota 18.

(48) Vid. pp. 24 y s.

(49) Vid. nota 8.

(50) Vid. COM (97) 41 final, de 11-2-1997.

mercado (51). Para ello, se está estudiando ampliar el ámbito de aplicación del Reglamento a *otros tipos de medidas* adoptadas por tales países, así como el *carácter* de las que, a su vez, podría adoptar la Comunidad (52). La Comisión no concreta más, lo que, en este momento, resulta lógico. Es posible intuir, sin embargo, que, en base a la dinámica de asunción de competencias en favor de la Comunidad puesta de relieve, vgr., por el Dictamen N° 1/94 del TJCE (53), se pretenda desplazar hacia ésta lo que en el Reglamento citado era una clara vertebración en torno a los Estados Miembros. El tiempo dará la respuesta, en fin, pero sin duda estos últimos han de hacerse oír (54).

Por otra parte, y siempre en la Comunicación de referencia, se propone asimismo otra reforma, esta vez del procedimiento de consulta configurado en la Decisión 77/587/CEE, del Consejo, cit. (55), presentándose el texto en el Anexo II de aquélla. Si lo revisamos, nos encontraremos con un sistema mucho más pormenorizado, en el que la Comisión refuerza sus poderes y, sobre todo, un art. 3 c) por el que se establece como uno de los objetivos principales de las consultas el examinar las restricciones al acceso, o cualesquiera otras medidas unilaterales adoptadas por terceros países, que afecten a las actividades de transporte marítimo. La inclusión explícita de estos extremos es novedosa respecto de la Decisión 77/587, cit., y testimonia una creciente sensibilidad de la que me quiero hacer eco.

El Informe al que aludí no ha mucho también resulta del mayor interés. Y es que las consultas de que dejé constancia, en sede de la práctica del Reglamento 4058/86, con los Estados miembros de la *Conferencia Ministerial de Estados del Africa Occidental y Central* (56), no resolvieron los problemas, que persisten en nuestros días. Así, en aquél se reflejan los antecedentes de la cuestión, así como su tratamiento en la *Conferencia de la Mesa Redonda de Cotonou y el Programa de Transporte del África Subsahariana —S S A T P—*, tras de lo que se analiza la situación actual en la zona y las iniciativas de la Comisión, propo-

---

(51) Vid. COM (96) 707 final, cit., p. 35.

(52) *Ibid.*

(53) *Ibid.*, pp. 27 y 28.

(54) En la Decisión del Consejo de 26-10-1983, cit.—vid. nota 28—, se establece, vgr., en su artículo 4, la libertad de los EEMM para aplicar *unilateralmente* contramedidas nacionales.

(55) Vid., nota 24.

(56) Vid. nota 45 y texto al que acompaña.



niéndose luego una serie de medidas (57). Éstas pasan, vgr., por la intención de acordar con los correspondientes Países un *programa indicativo nacional* donde se incluyan disposiciones significativas sobre el transporte marítimo, y por elaborar una lista de prioritarios en función de su salida o no al mar (58). En fase ya de Conclusiones del referido Informe, en fin, la Comisión manifiesta su voluntad de aplicar plenamente su nueva política de liberalización respecto del transporte con la citada zona, vinculada con la ayuda al desarrollo para los respectivos Países a través de los programas oportunos dentro de los Convenios de Lomé. También resulta destacable que se haga hincapié en que este planteamiento se realice a través de los medios diplomáticos tradicionales, debiéndose tener en cuenta no los intereses sectoriales, sino los generales del País de que se trate (59). En todo caso, es muy recomendable la revisión personal del presente documento, así como la de las citadas Comunicaciones sobre, respect., *Estrategia y Relaciones Exteriores*. Con los tres es posible completar la imagen que propongo de la Dimensión Comunitaria objeto del Ap.II del presente estudio, que al punto termina.

### III. EL DERECHO DE LOS ESTADOS UNIDOS

#### I. EN GENERAL

Como sucede con la Comunidad Europea, los Estados Unidos han dejado sentado en múltiples foros internacionales su apoyo a los principios de libre competencia y libre acceso recogidos, también, en la vasta red de, vgr., *Tratados de Amistad Comercio y Navegación —FCN Treaties—* (60), que les vinculan con un buen número de países. Otra cosa es, y harto exasperante para algunos, que su marcado protagonismo en la génesis, por ejemplo, de relevantes instrumentos multilaterales, no se

---

(57) Vid. COM (97) 41 final, cit., pp. 1-9.

(58) *Ibid.*, pp. 8 y s.

(59) *Ibid.*, p. 10.

(60) Vid., vgr., el existente con Japón, 1953, 4 U.S.T. 2063, T.I.A.S. N° 2863, 206 U.N.T.S. 143. Con ese País ha surgido recientemente un contencioso al imponer la autoridad portuaria federal estadounidense una tasa de 100.000 dólares a cada mercante nipón que atraque en puertos USA, respondiendo a prácticas supuestamente discriminatorias a cargo de la *Japan Harbor Transport Association*; vid., *Diario El País*, 5-9-1997, p. 52.

vea con frecuencia reflejado a la hora de las *ratificaciones*, pero con ello hay que contar (61).

También son conocidas las múltiples barreras al libre comercio que, a pesar del apoyo al que he aludido, se erigen por ese País y, por ejemplo, son objeto de seguimiento por la Comisión Europea, que publica un informe anual al respecto. Así, en el correspondiente a 1997 (62), y en la rúbrica de Servicios Marítimos —Ap.7.4—, se incluyen, entre otras : diversos tipos de restricciones en materia de cabotaje, recogidas en la célebre *Jones Act* ; también, la obligación para los llamados *Non Vessel Operating Common Carriers* —*NVOCC*—, de registrar sus tarifas, según ordena la § 710 de la *FMC Authorisation Act* de 1990, lo que se considera muy gravoso para aquéllos desde las instancias comunitarias ; del mismo modo, toda una batería de medidas de reserva de carga, vinculadas con material militar, o ayudas del Gobierno o cargas generadas por éste y, finalmente, la muy controvertida reserva sobre las exportaciones de petróleo de Alaska, que habrán de llevarse a cabo exclusivamente en naves con pabellón USA (63). Ciertamente es, por otra parte, que algunas de las barreras tradicionales han sido derogadas, o están sometidas a revisión (64).

El indudable peso específico de los Estados Unidos en el transporte marítimo y en su correspondiente regulación (65), así como sus mutuos condicionamientos al respecto con la Comunidad Europea (66), aconsejan, en todo caso, estudiar siquiera en esbozo las principales disposiciones de su Derecho sobre el tema que nos ocupa. Lo hago a renglón seguido.

---

(61) Un ejemplo reciente lo tenemos en el *Acuerdo de Construcción Naval de la OCDE*; cfr., PAPAVIDAS, C. G., *1995-1996 US Maritime Legislative Developments*, 28 JMLC 37, 46-47 (1997). Puede, sin embargo, que la situación al respecto cambie; vid., vgr., OFFICE OF THE USTR, *Press Release, USTR Pleased With Congressional Progress On OECD Shipbuilding Agreement*, Washington, 1-8-1997.

(62) *Report on US Barriers to Trade and Investment 1997*, European Commission, Brussels, July, 1997.

(63) Vid. la síntesis y referencias del correspondiente debate ofrecidas por PAPAVIDAS, C.G., op.cit., p.39 y s.

(64) Vid., vgr., en materia de clasificación de buques, *ibid.*, pp. 45 y s. También, en general, MUKHERJEE, N., *Multilateral Negotiations and Trade Barriers in Service Trade*, 26 JWTL 45-58 (1992).

(65) Como ha quedado acreditado, una vez más, al influir decisivamente en la suspensión de los trabajos en el seno del *Grupo de Negociación Sobre Servicios de Transporte Marítimo*; vid. Nota de Prensa cit. en nota 6.

(66) Se recuerda, vgr., por HELDRING, B., el influjo del impulso de los EEUU en la adopción del propio Reglamento 4058/86/CEE; op. cit., p. 605, *in fine*.

## 2. LOS TEXTOS

Con el antecedente de la §19 (1) (b) de la *Merchant Marine Act* de 1920 (67), la norma de referencia aquí es la conocida §13 (b) (5) de la *Shipping Act* de 1984 (68). Su objetivo prioritario es preservar el acceso a los tráficos entre terceros países —*crossstrades*—, y la causa de su adopción la hostilidad de los EEUU hacia el Código UNCTAD, y el temor a que la ratificación o adhesión a éste por parte de ciertos países comunitarios —lo que conllevó su entrada en vigor—, pudiese afectar negativamente tal acceso (69). Según dispone, cuando éste se vea coartado por prácticas de gobiernos o navieras extranjeras, y sometido a que tales prácticas no existan por parte estadounidense, la *Federal Maritime Commission*, tras el procedimiento oportuno, puede imponer sanciones que van, vgr., desde limitar las singladuras a suspender las tarifas de flete, o a multas de hasta un millón de dólares por viaje. En todo caso, el Presidente USA debe de ser informado del expediente y propuestas de sanción, pudiendo rechazar éstas por motivos de defensa nacional o política internacional de los EEUU. Este control presidencial, junto con otras características del presente texto, nos pone en antecedentes de su modelo, que no es otro que la célebre § 301 del *Trade Act* de 1974 (70). Contrariamente a ella, que viene generando una práctica considerable, y de modo parejo a lo que sucedía con el Reglamento 4058/86/CEE, su aplicación se viene confinando, sin embargo, a la esfera de las actividades diplomáticas y como baza negociadora, en el ámbito, entre otros foros, por ejemplo, del *Consultative Shipping Group*. Queriéndola, sin duda, dotar de mayor encarnadura, además, el Legislador del respectivo País promulgó la *Foreign Shipping Practices Act*, que corresponde al Título X, Subtítulo A, de la notoria *Omnibus Trade and Competitiveness Act*

---

(67) 46 U.S.C. app. § 861-889 (1982).

(68) 46 U.S.C. app. § 1712 (b) (5). Sobre ella, vid., entre otros: HUGHES, D., *Tacking in Stormy Weather: The Shipping Act of 1984*, 15 GA.J. Intl'L & Comp.L. 249, 275-277 (1985) y DIDIER, E., *op. cit.* pp. 444-446.

(69) Para los EEUU, ni el Código, ni el texto comunitario que permitió la adhesión de los Estados Miembros —el llamado *Paquete o Compromiso de Bruselas, R.954/79, del Consejo*—, consagraban suficientes garantías respecto del cit. acceso; vid. DIDIER, E., *op. cit.*, p. 445.

(70) Vid., sobre ella, por todos, ZAMORA CABOT, F. J., *Los Instrumentos Unilaterales de Apertura de Mercados Extranjeros: La § 301 y ss. del Trade Act of 1974 de los EEUU*, en *Historia y Derecho, Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Arcadi García Sanz*, UJI y Tirant Lo Blanc eds., Valencia, 1995, pp. 793-806.

de 1988 (71). Vista con gran recelo desde su iter legislativo por múltiples instancias internacionales, en realidad no aporta grandes novedades al, nunca mejor dicho, arsenal legislativo de los EEUU. Se trata, en definitiva, de una ampliación y profundización de los poderes que ostenta la FMC en la línea de los ya citados y, quizá, una llamada de atención a ésta, por parte del Congreso USA, para avivar el celo en el ejercicio de sus funciones. Dejar constancia de ella, pues, parece suficiente (72).

Completo este epígrafe, ahora, con una referencia a un texto que se sitúa en la frontera entre el acceso a los tráficos y la extraterritorialidad de las leyes (73). Se trata de la disposición de la llamada *Cuban Democracy Act* (74) que prohíbe, bajo sanciones, que cualquier buque que haya efectuado tráfico de bienes o servicios con Cuba, pueda acceder a los puertos USA en un plazo de seis meses, a menos que se obtenga autorización del *Secretary of Treasure* (75).

Como cabía esperar, también suscitó esta norma una gran preocupación y protestas variadas ya desde la fase de proyecto, como acredita, vgr., la *Nota Verbal* dirigida por la Comisión de la Comunidad Europea al Departamento de Estado USA, el 7 de abril de 1992 (76). El problema de base resulta de considerable magnitud, pues viene referido a la potestad del llamado *Estado del Puerto* para restringir el acceso de naves comerciales extranjeras, sin que parezca existir una respuesta definitiva, en los términos que aquí se presenta, a cargo del Derecho internacional (77). Por supuesto que ni es ésta la sede, ni el que suscribe el

---

(71) Vid. FINK, M. J., & BUREAU, L., *The Redundant Foreign Shipping Practices Act of 1988: Now it's Up to the FMC*, 20 LPIB 555- 569 (1989).

(72) Vid. algunos aspectos de su práctica en SCHLÖSSER, K. A., & JURAN, E. P., *The Extraterritorial Application of US Antitrust Laws in the Shipping Arena*, en Conferencia Internacional sobre "El D° de la Competencia en el Sector Marítimo", Sevilla, 17-20 de noviembre de 1996, pp. 8-10. También, en general, IVANCIE, F. J., *Recent Activities of the FMC*, 28 ETL 471, 475-476 (1993).

(73) Vid. SCHLÖSSER, K. A., & JURAN, E. P., *op. cit. pass* y ZAMORA CABOT, F. J., *Aplicación Extraterritorial del Derecho de la Competencia de los EEUU :Análisis de Situación con Especial Referencia al Sector Marítimo*, ADM, en prensa.

(74) 22 U.S.C. §§ 6001-6010.

(75) *Ibid.* § 6005 (b) (1).

(76) Vid. su texto en, BYBIL 1992, pp. 729 y s. También, NOVO, M. A., *Cuba Sí, Castro No! The Cuban Democracy Act of 1992 and its Impact on the US' Foreign Policy Initiatives Towards Establishing a Free and Democratic Cuba*, 3 J.T.L. & Pol. 265, 274-276 (1994).

(77) Vid. vgr., entre otros: ALI, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of The US*, Vol. II, ALI Pub., St. Paul, 1987, pp. 38-40; MCDORMAN, T. L., *Port State Enforcement : A Comment on Article 218 of the Law of the Sea Con-*

autor más apropiado para intentar tal respuesta. Con todo, algunos datos sí parecen susceptibles de ser tenidos en cuenta. De este modo, podemos partir, con Mc Dorman, de que: «La red de tratados bilaterales, el Tratado de Puertos Marítimos de 1923, la aplicación potencial del GATT, y consideraciones comerciales, se aúnan para asegurar el que *sólo en casos contados se pueda denegar el acceso a puerto de mercantes extranjeros*» (78). Por otra parte, la disposición comentada pertenece al conjunto de leyes que conforman el llamado *Embargo de Cuba*, que los USA vienen manteniendo —e, incluso, acentuando— frente al rechazo generalizado de la Comunidad Internacional, del que, vgr., darían cuenta reiteradas Resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas (79). De todos modos, la cuestión que nos ocupa parece, en el caso concreto y ante la práctica, de orden más retórico que real; resulta sintomático, por ejemplo, que la Comisión Europea no incluya la prohibición citada entre las barreras al comercio en el sector a que aludí anteriormente (80). El *Secretary of Treasure*, pues, debe estar llevando a cabo un buen ejercicio de *common sense*. El que, por concluir, permaneció al margen de quienes, en 1990, se atrevieron a auspiciar un proyecto legislativo, HR 4445 y S 2444, que, de alcanzar positividad, hubiera permitido a las autoridades USA *confiscar y vender* los buques extranjeros que, luego de tocar puerto cubano o atravesar las aguas territoriales de ese País, hubieran accedido a puerto en los EEUU, dentro de los seis meses siguientes. Insólita relectura del *ius predae* que, por fortuna, no ha visto la luz.

---

vention, 28 JMLC 305, 310-311 (1997) ; SCHUPP, J. M., *The Clay Bill: Testing the Limits of Port State Sovereignty*, 18 MD.J. of I:L. & T. 199-226 (1994) y FERNÁNDEZ BEISTEGUI, C. F., *El Control de los Buques por el Estado del Puerto*, ADM XIII, espec. pp. 178-183.

(78) *op. cit.*, p. 311. (Énfasis propio).

(79) Vid., por todas, la de 21-11-1996, A/RES/51/17. Del mayor interés resulta, también, la intitulada *Human Rights and Unilateral Coercive Measures*, de 3-3-1997, A/RES/51/103. Asimismo, entre otros: BOURQUE, S-E., *The Illegality of the Cuban Embargo in the Current International System*, 13 Boston U.I.L.J. 191-228 (1995); WILNER, G. M., *International Reaction to the Cuban Democracy Act*, 8 Florida J.I.L. 401-414 (1993); BELL, J.S., *Violation of International Law and Doomed US Policy: An Analysis of the Cuban Democracy Act*, 25 Inter-American L.R. 77-129 (1993) y PORROTSKY, R.D., *Economic Coercion and the General Assembly: a Post-Cold War Assessment of the Legality and Utility of the Thirty-Five-Year Old Embargo Against Cuba*, 28 Vanderbilt J.of T. L. 901- 958 (1995).

(80) Vid. nota 62.

#### IV. CONCLUSIONES

Tal vez resulte excesiva en este trabajo una rúbrica como la presente, pero, por el interés que pudieran tener, avanzo ahora algunos elementos de reflexión. Así, en primer término, destacaré, una vez más, cómo este sector del transporte marítimo puede ser un terreno de elección a la hora de estudiar el solapamiento entre las normas de comercio exterior —*trade laws*— y las de libre competencia. No resulta difícil, por ejemplo, imaginar situaciones donde acuerdos de exclusión entre navieras, *inducidos o tolerados* por el Estado, restrinjan el acceso de compañías extranjeras. Que sus países provean la defensa de éstas por todos los medios, parece lógico y, de ahí, el eventual juego de ambos tipos de preceptos.

También resulta notorio, en otro orden de cosas, el impacto del dato internacional sobre la cuestión que nos ha venido ocupando. El uso de las contramedidas viene, en efecto, modulado por la existencia de numerosos acuerdos —bilaterales o multilaterales, amén de principios consagrados por la costumbre— y por la de cualificados foros de negociación. Bajo esa luz, tanto el R.4058/86 como la § 13 (b) (5) de la *Shipping Act*, muestras destacadas de aquéllas y trasunto de planteamientos generales (81), responden bien a su caracterización fundamental como instrumentos de disuasión o bazas negociadoras. Que, necesariamente, han de perder relevancia si, por ejemplo, y como es deseable, las aplazadas negociaciones en el seno del GATS culminan en el futuro con éxito.

Los problemas en la base de la utilización de las contramedidas deben afrontarse, en todo caso, no desde el *brutum fulmen* que representan, sino desde el pragmatismo. Un magnífico ejemplo de ello ha sido la actuación del Banco Mundial cuando, al vincular la liberalización del acceso a los tráficos con la provisión de fondos para el desarrollo, ha logrado ágilmente, respecto de Senegal y Costa de Marfil, es decir, en el complejo contexto de los *Tráficos con los Países del África Central y Occidental*, lo que la Comunidad Europea pretendió durante largos años (82).

El acceso a los tráficos, que constituye el núcleo de las contramedidas

---

(81) Como los de la § 301 del *Trade Act* de 1974, cit., o del Reglamento 3286/94, del Consejo, de 22-12-1994, que revisa el llamado *Nuevo Instrumento de Política Comercial*, R. 2641/84, de 17-9-1984. Vid. BEEKMAN, H., *The Revised Commercial Policy Instrument of the European Union*, 15 *World Competition* 53- 75 (1995).

(82) Vid. Informe cit. en nota 50, pp. 4 y s.

das, ha sido, es y será, también, en fin, clave del sector de referencia. La Historia atestigua, por su parte, la importancia de éste último. En conocidas palabras dejó de ello constancia Sir Walter Raleigh en su *Discurso Sobre la Invención de las Naves*, aunque hayan de acrisolarse con la imagen patética, aunque no exenta de grandiosidad, del *Britannia* zar-pando de Hong Kong rumbo al olvido; recordemóslas :

*Porque quienquiera que impere en el mar impera en el comercio; Quienquiera que impere en el comercio del mundo domina las riquezas del mundo, y consecuentemente el propio mundo .*

# EL RECURSO CONTRA LA ADJUDICACIÓN DE UN CONTRATO DE LA ADMINISTRACIÓN

Por Juan Pozo Vilches  
*Comandante Auditor*  
*Doctor en Derecho*

## SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. PLANTEAMIENTO. 1. ADMISIÓN DEL RECURSO ORDINARIO. 2. ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER EL RECURSO. III. INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE 18 DE OCTUBRE DE 1996. IV. CONCLUSIONES.

### I. INTRODUCCIÓN

¿Es posible recurrir en vía administrativa la adjudicación de un contrato de la Administración? ¿O sólo se puede recurrir en vía contencioso-administrativa?

El artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas dispone:

«Dentro de los límites y con sujeción a los requisitos y efectos señalados en la presente Ley, el órgano de contratación ostenta la prerrogativa de interpretar los contratos administrativos, resolver las dudas que ofrezca su cumplimiento, modificarlos por razones de interés público, acordar su resolución y determinar los efectos de ésta.

Los acuerdos correspondientes pondrán fin a la vía administrativa y serán inmeditamente ejecutivos.»

En consecuencia, en los supuestos enumerados en el indicado precepto, los acuerdos del Órgano de Contratación ponen fin a la vía administrativa. Pero esa enumeración, ¿es exhaustiva? ¿Com-



prende todos los acuerdos del Órgano de Contratación, realizando una simple enumeración de los más importantes? ¿O sólo y exclusivamente se refiere a los actos expresamente mencionados, con exclusión de cualquier otro?

Los autores se limitan a reproducir el precepto, con algún breve comentario, sin profundizar en demasía sobre el tema, como si se tratara de una cuestión que no admite controversia (y, evidentemente, en los supuestos que enumera el precepto, no plantea problema). Pero, ¿qué ocurre con los acuerdos del Órgano de Contratación no mencionados expresamente en el citado precepto?

Ciertamente, los actos más importantes están recogidos en el referido artículo, a excepción, y este es el problema, del acuerdo de adjudicación.

Pero el problema no se reduce sólo a lo expuesto. Si se entiende que la adjudicación no agota la vía administrativa, y que es procedente, por tanto, el recurso ordinario, ¿quién debería resolver dicho recurso? ¿Quién es el Órgano superior jerárquico en materia de contratación en la Administración Militar, al existir Órganos con facultades desconcentradas, Órganos con facultades delegadas, y una estructura jerárquica propia militar?

El problema, en realidad, no es fácil de resolver.

La cuestión se ha planteado recientemente ante la adjudicación de un contrato de suministro. En la notificación de la adjudicación, el Órgano de Contratación ofrecía a los licitadores el recurso contencioso-administrativo, al entender que se trataba de uno de los acuerdos incluidos en el artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y que, por tanto, ponía fin a la vía administrativa. Pues bien, uno de los licitadores presentó un escrito, al que calificó de recurso ordinario.

Remitido para informe a la Asesoría Jurídica del Órgano de Contratación, ésta entendió que era procedente el recurso ordinario, y que debería ser resuelto por el Ministro de Defensa.

Ante esta situación, el Ministerio de Defensa elevó la pertinente consulta a la Junta Consultativa de Contratación Administrativa, que resolvió la cuestión mediante dictamen de fecha 18 de octubre de 1996, realizando una serie de argumentos que, como afirma expresamente el citado Órgano Consultivo, «no son más que reproducción de los utilizados en el informe... de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire».

## II. PLANTEAMIENTO

### 1. ADMISIÓN DEL RECURSO ORDINARIO

Es necesario precisar, con carácter previo, que, evidentemente, sólo nos referimos a aquellos supuestos en que puede existir un órgano superior jerárquico al órgano que acordó la adjudicación, y, en concreto, a aquellas Autoridades que actúan en virtud de facultades desconcentradas del Ministro de Defensa.

De una rápida lectura del artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, podría interpretarse que todo acuerdo del Órgano de Contratación pone fin a la vía administrativa.

Además, existe, según los autores, dos clases de desconcentración: desconcentración de facultades «con carácter exclusivo» (que es aquella en que se admite la fiscalización a través del recurso ante el Órgano superior jerárquico) y desconcentración de facultades «con carácter excluyente» (que es aquella en que el ejercicio de la competencia por el Órgano desconcentrado agota la vía administrativa). Si el Real Decreto 1904/95, de 24 de noviembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, ha omitido, a diferencia de la normativa anterior, cualquier referencia al tema de los recursos, tal circunstancia podría interpretarse en el sentido de que nos encontramos ante una desconcentración de facultades con carácter excluyente, y, por tanto, los acuerdos de los Órganos de Contratación con facultades desconcentradas agotan la vía administrativa (1).

Incluso la omisión de toda referencia a los recursos en el vigente Real Decreto de desconcentración también pudiera interpretarse en el sentido de que los acuerdos del Órgano de Contratación siempre ponen fin a la vía administrativa, sin que sea necesario, en la actualidad, hacer mención alguna a los recursos administrativos, al haber desaparecido el recurso de reposición previo al contencioso-administrativo.

Pero la cuestión no es tan fácil de resolver.

La adjudicación, efectivamente, no está mencionada en el ar-

---

(1) Es más, para algunos autores la verdadera y propia desconcentración es la de carácter excluyente, en atención probablemente a lo dispuesto en la Disposición Adicional Segunda de la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957.

título 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Pero tal omisión se debe, según parece deducirse del informe de la *Junta Consultiva de Contratación Administrativa* de 18 de octubre de 1996, en que la adjudicación *no es una prerrogativa de la Administración*. El artículo 60.1 únicamente recoge las prerrogativas de la Administración, que son los únicos acuerdos que agotan la vía administrativa. Los demás acuerdos del Órgano de Contratación deben someterse, como todo acto administrativo, a las reglas generales contenidas en la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, por tanto, sujetos a recurso ordinario ante el órgano superior jerárquico, conforme a lo dispuesto en los artículos 107 y siguientes de la citada Ley.

## 2. ÓRGANO COMPETENTE PARA RESOLVER EL RECURSO

Sentado que la adjudicación no agota la vía administrativa, siendo procedente el recurso ordinario, ¿quién es el órgano competente para resolver tal recurso dentro de la Administración Militar?

A estos efectos se puede afirmar lo siguiente:

*Primero.*—En el Ministerio de Defensa existen Órganos de Contratación con facultades desconcentradas y Órganos de Contratación con facultades delegadas de los anteriores (Real Decreto 1904/95, de 24 de noviembre; y Ordenes 9/96, 11/96, 12/96 y 13/96, todas ellas de 17 de enero).

Para una mejor comprensión del problema, nos limitaremos al Ejército del Aire, aunque los argumentos son válidos, desde luego, para los tres Ejércitos.

*Segundo.*—Por lo que se refiere a la desconcentración en autoridades del Ejército del Aire, las facultades del Ministro de Defensa han sido desconcentradas, por Real Decreto 1904/95, en:

- Jefe del Estado Mayor.
- Jefe del Mando de Personal.
- Jefe del Mando del Apoyo Logístico.
- Director de Asuntos Económicos.
- Director de Servicios Técnicos.
- Jefe de la Agrupación del Cuartel General.
- Generales Jefes de Región, Zona o Mando Aéreo.

A todas estas Autoridades les ha concedido el referido Real Decreto idénticas competencias, sin distinción alguna.

*Tercero.*—El artículo 107.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que «contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa... podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario»; y el artículo 114.1 de la citada Ley señala que «las resoluciones... a que se refiere el artículo 107.1 podrán ser recurridas ante el Órgano superior jerárquico del que los dictó».

Nada dice la Ley 30/92 sobre los recursos contra las resoluciones dictadas por las autoridades con facultades desconcentradas. No obstante, el artículo 2 de la Orden de 10 de julio de 1961 (2) disponía que «las resoluciones dictadas por los Órganos inferiores en virtud de la desconcentración de funciones prevista en la Disposición Adicional Primera de la Ley de Régimen Jurídico, podrán ser objeto de recurso de alzada *ante el Órgano superior* en los mismos casos y términos que las restantes resoluciones emanadas de la competencia propia del Órgano inferior».

*Cuarto.*—De una interpretación literal del artículo 2 de la Orden de 10 de julio de 1961, se podría deducir que las adjudicaciones de todas las Autoridades del Ejército del Aire, *con facultades desconcentradas*, se pueden recurrir ante el Jefe del Estado Mayor (3), al tratarse del Órgano superior. Igualmente, todas las adjudicaciones realizadas por Autoridades *con facultades delegadas* de las citadas Autoridades, se podrían recurrir ante el Jefe del Estado Mayor (4).

Por el contrario, siguiendo tal interpretación, las adjudicaciones realizadas por el propio Jefe del Estado Mayor, sólo se podrán recurrir ante el Ministro de Defensa. Igualmente, todas las adjudicaciones realizadas por Autoridades con facultades delegadas del Jefe del

---

(2) Se cita por su valor interpretativo, aunque de dudosa vigencia en la actualidad.

(3) A excepción, por razones obvias, de las adjudicaciones realizadas por el propio Jefe del Estado Mayor.

(4) El artículo 13.4 de la Ley 30/92 dispone que «las resoluciones administrativas que se adopten por delegación... se considerarán dictadas por el Órgano delegante». Por su parte, el artículo 1 de la citada Orden de 10 de julio de 1961 establecía que «las resoluciones dictadas por los Órganos inferiores de la Administración, en virtud de la delegación de atribuciones previstas en el capítulo IV del título II de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, pondrán fin a la vía administrativa en los mismos casos y términos que corresponderían a la actuación del Órgano delegante».

Estado Mayor del Ejército del Aire, sólo se podrían recurrir ante el Ministro de Defensa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/92.

*Quinto.*—La anterior interpretación parece a todas luces errónea por los motivos que se expresan a continuación.

Para interpretar correctamente el artículo 2 de la Orden de 1961, es preciso determinar previamente cuál es el concepto de desconcentración.

La desconcentración consiste en la transferencia de competencias decisorias específicas de *Órganos superiores a otros inferiores* pertenecientes a una misma persona jurídica (5); o la transferencia de competencia de forma permanente de un *Órgano superior a otro inferior* dentro de un mismo Ente Público (6); o el fenómeno en virtud del cual se transfieren competencias de los *Órganos superiores a los inferiores* (7); es decir, en la desconcentración un Órgano pierde la competencia *en favor de otro colocado a un nivel inferior* (8); en definitiva, constituye un traspaso de competencias *desde un Órgano superior a otro inferior* (9).

Por tanto, de las anteriores definiciones resulta evidente que, a efectos de desconcentración, *Órgano superior es el Órgano cuyas competencias han sido transferidas a otro inferior*. Es decir, *Órgano superior es el anterior titular de las facultades desconcentradas*.

Y así resulta del propio texto de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, al disponer en su artículo 13.2 que «la titularidad y el ejercicio de las competencias atribuidas a los Órganos administrativos podrán ser desconcentrados *en otros Órganos jerárquicamente dependientes de aquéllos* en los términos y con los requisitos que prevean las propias normas de atribución de competencias».

En consecuencia, cuando la Orden de 10 de julio de 1961 habla de «*Órgano superior*», únicamente se puede referir al *Órgano cu-*

---

(5) GONZÁLEZ PÉREZ, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1994, p. 319.

(6) PARADA, *Derecho Administrativo*, Madrid, 1992, p. 30.

(7) ENTRENA CUESTA, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, 1995, p. 27.

(8) GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 320.

(9) GONZÁLEZ PÉREZ, *ob. cit.*, p. 321.

yas competencias han sido transferidas; es decir, en el caso que nos ocupa, al *Ministro de Defensa*.

Sólo con tal interpretación pueden tener sentido las palabras de PARADA cuando afirma que «...el órgano en cuyo favor se desconcentra por su situación en la jerarquía *sigue estando sujeto a las instrucciones del órgano superior para el ejercicio de las competencias y a los controles ordinarios que conlleva esa relación de jerarquía*, entre las que hay que incluir, obviamente, la *resolución de los correspondientes recursos de alzada u ordinario según la terminología de la nueva ley*» (10).

Y más tajante es la afirmación de Lavilla Rubira cuando expresa que «el hecho de que la desconcentración traslade titularidad y ejercicio no obsta al mantenimiento *en manos del anterior titular* de las potestades de control sobre el nuevo inherentes a su posición de superioridad jerárquica —así como de aquellas otras específicas que le haya reservado la norma desconcentradora—, comprendidos la potestad de avocación del conocimiento de un asunto a la que se refiere el artículo 14.1 LRJPAC y el *recurso ordinario, conforme a los artículos 114.1 LRJPAC y 2 de la Orden de 2 de julio de 1961*» (11).

*Sexto.*—«Órgano superior» no debe interpretarse inevitablemente como «Órgano *inmediato superior*». Y la omisión de la expresión «inmediato» es significativa, ya que, si el legislador lo hubiera querido, lo hubiese hecho constar expresamente (p. ej., el artículo 208.2 del Decreto 1346/76, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana —derogado por el Real Decreto Legislativo 1/92—, establecía, en materia de delegación, que la misma se debía hacer en el Órgano «*inmediato de inferior jerarquía*»).

En materia de contratación existen, por disposición legal, unos Órganos de Contratación (los Ministros y los Secretarios de Estado). Y, mediante Real Decreto, las facultades del Ministro de Defensa han sido desconcentradas en una serie de Autoridades de los tres Ejércitos; pero hay que entender que todas estas Autoridades se encuentran, en materia de contratación, en un plano de igualdad, con la misma jerarquía, *porque tienen idénticas competencias* en esta materia. La jerarquía en materia de contratación es exclusivamente

---

(10) PARADA, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Madrid, 1993, pp. 98 y ss.

(11) *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, pp. 2429 y ss.

la establecida por el propio Real Decreto de desconcentración; y no se puede obviar tal jerarquía, en materia de recursos, introduciendo otra totalmente ajena al caso que nos ocupa, como es la puramente militar.

*La Orden de 1961 cuando habla de «Órgano superior» se refiere al Órgano cuyas facultades han sido desconcentradas.* Y así lo entendió el propio Ministerio de Defensa en las anteriores normas sobre desconcentración:

a) El Real Decreto 947/84, de 9 de mayo, establecía en su artículo 3.3 que «los recursos contra los actos y acuerdos de los Órganos de Contratación, en el ejercicio de las funciones que se desconcentran, serán resueltos por el Ministro de Defensa».

b) El Real Decreto 1127/86, de 6 de junio (que derogó al anterior), mantuvo en su artículo 3.3 idéntica redacción.

c) Por último, el Real Decreto 1267/90, de 11 de octubre (que, asimismo, derogó al anterior), también en su artículo 3.3 se pronunció en similares términos.

Es de destacar que mediante Orden Ministerial tal facultad se delegó posteriormente en el Secretario de Estado de la Defensa.

Si el propio Ministerio de Defensa, vigente la Orden de 1961, entendió que el «Órgano superior» en esta materia, era el Ministro, no puede existir en la actualidad cambio de criterio por el simple hecho, al parecer, de que se omita toda referencia a los recursos en el vigente Real Decreto de desconcentración.

*Séptimo.—Entender que el «Órgano superior» de las autoridades con facultades desconcentradas es otra de las autoridades que goza de facultades desconcentradas supone un contrasentido fácilmente combatible, como se demuestra por lo siguiente:*

— Porque carece de lógica que tratándose de competencias propias del Ministro, que han sido desconcentradas al mismo nivel en diversas Autoridades, sea el Jefe del Estado Mayor el que revise actuaciones de Autoridades a las cuáles él no ha conferido competencias en materia de contratación.

— Porque carece de sentido que, por ejemplo, las adjudicaciones del Teniente General Jefe del Mando del Apoyo Logístico (que actúa por desconcentración del Ministro de Defensa y que pueden ascender, en principio, hasta 2.000.000.000 ptas.) se tengan que recurrir ante el Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, y, en cambio, las adjudicaciones del Coronel Jefe del Servicio de Búsque-

da y Salvamento (que actúa *por delegación del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire*, y que pueden tener un importe máximo de 75.000.000 ptas.), se tengan que recurrir ante el Ministro de Defensa, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13.4 de la Ley 30/92.

— Porque, con carácter general, si por «Órgano superior» se debe entender siempre «Órgano inmediato superior», se podría dar la circunstancia, en el caso de que este último careciera de facultades en la materia, que la resolución de los recursos que acordase fuese nula de pleno derecho por haber sido dictada por *Órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia*, conforme al artículo 62.1.b) de la Ley 30/ 92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

De todos los argumentos expuestos, parece evidente que la Autoridad competente para resolver el recurso ordinario contra la adjudicación del contrato ha de ser el Ministro de Defensa.

### III. INFORME DE LA JUNTA CONSULTIVA DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE 18 DE OCTUBRE DE 1996

A continuación pasamos a reproducir el dictamen referido, dado su excepcional interés dentro de la Administración Militar:

«1.ª) Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente son las de determinar si contra los acuerdos adoptados en materia de contratación por los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, que actúan en virtud de facultades desconcentradas, resulta posible interponer recurso ordinario o, por el contrario, hay que entender que agotan la vía administrativa, y si se opta por el primer extremo enunciado de la alternativa —la procedencia del recurso ordinario— determinar el órgano competente para resolver el mismo.

Para resolver las cuestiones suscitadas hay que comenzar por sentar una distinción previa entre los diversos actos y acuerdos que pueden ser adoptados por el órgano de contratación diferenciando la generalidad de actos y acuerdos en materia de contratación, entre ellos el de adjudicación del contrato al que se refiere singularmente la solicitud de informe, al mencionar el recurso ordinario interpues-



to por la Empresa «X» contra la adjudicación de un contrato de suministro y aquellos otros actos y acuerdos como son los derivados de las llamadas prerrogativas de la Administración respecto de los que existe una norma específica en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (el artículo 60.1) que puede influir decisivamente para consagrar una solución distinta a la que se propugna para el acto de adjudicación del contrato y demás actos y acuerdos no afectados por el citado artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2.ª) Con carácter general —para el acto de adjudicación y demás no relativos a las prerrogativas de la Administración— la solución a las cuestiones suscitadas no puede apoyarse en normas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pues si bien es cierto que dicha Ley, en su artículo 7.2, establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo será el competente para resolver las cuestiones que surjan entre las partes en los contratos administrativos y, en su artículo 61.1, que contra todos los acuerdos que pongan fin a la vía administrativa procederá el recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en la Ley reguladora de dicha Jurisdicción, también lo es que al constituir los artículos reseñados una mera declaración sobre la jurisdicción competente en materia de contratación administrativa que no excluye la exigencia del cumplimiento de requisitos propios de los actos administrativos para ser recurridos en vía contencioso-administrativa, entre ellos el que agoten la vía administrativa, resulta evidente que la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no arroja ninguna luz sobre la cuestión básica de si los acuerdos sobre adjudicación de contratos que adopten los órganos de contratación del Ministerio de Defensa, en ejercicio de facultades desconcentradas, agotan o no la vía administrativa, pues ésta es la cuestión básica sobre la que esta Junta debe pronunciarse, dado que según el artículo 107 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común «contra las resoluciones que no pongan fin a la vía administrativa... podrá interponerse por los interesados el recurso ordinario a que se refiere la sección segunda de este capítulo» y el artículo 109 del mismo texto legal dispone que ponen fin a la vía administrativa, entre otros casos que ahora carecen de interés, «las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que

una Ley establezca lo contrario».

3.ª) Como aparte del reconocimiento de la posibilidad de desconcentrar facultades que hoy consagran el artículo 12.3 de la Ley 13/95, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas y el artículo 12.2 de la Ley 30/92, ya citada, no se regulan sus efectos, al igual que sucedía durante la vigencia de la Ley de Contratos del Estado, de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración y de la Ley de Procedimiento Administrativo, esta Junta Consultiva puso de relieve, entre otros, en su informe de 13 de marzo de 1984 (expediente 12/84) que «a diferencia de la delegación, la desconcentración es una figura jurídica que carece de regulación positiva y, por tanto, sus notas básicas han sido construidas doctrinal y jurisprudencialmente, afirmándose que, en tanto la delegación es una técnica organizativa de carácter transitorio y para competencias determinadas, la desconcentración es constitutiva general, abstracta y normal y que la delegación supone una traslación del ejercicio de la competencia, implicando la desconcentración la transferencia de la competencia misma, destacándose, asimismo, que la desconcentración es un supuesto de “dislocación de competencias” que se producen con respeto riguroso de las garantías jurídicas, mediante disposición de carácter general ( Decreto acordado en Consejo de Ministros) y sólo en los casos y términos autorizados por la Ley. En materia de recursos, el citado informe de esta Junta se afirmaba que al consagrar el proyecto de Decreto que se informaba la posibilidad de recurso de alzada «se trata de recoger uno de los efectos característicos que la desconcentración de funciones conlleva en orden a la impugnación de los actos producidos en el ejercicio de competencias desconcentradas, consistente en que aquellos actos, que antes de la desconcentración no admitían la posibilidad de revisión jerárquica, admitirán en lo sucesivo la natural posibilidad de ser revisados, por aplicación de los principios generales en la materia».

Los criterios expuestos, pese a su fecha, conservan plena actualidad, de un lado porque han sido incorporados a normas positivas, tanto de fecha anterior como posterior a la misma y, sin que se haya producido modificación normativa que les haya privado de valor y de otro, porque son reflejo de una opinión doctrinal generalizada que, con anterioridad y también ya con referencia a la Ley 30/92, ha admitido, que, en caso de desconcentración, resulta procedente

el recurso de alzada o el recurso ordinario contra los actos y acuerdos del órgano que actúa con facultades desconcentradas.

En cuanto a las normas que han incorporado la posibilidad de recurso de alzada, equivalente al actual recurso ordinario, en los supuestos de desconcentración y por su valor interpretativo, aunque actualmente puedan considerarse derogadas, cabe citar, con carácter general, la Orden de 10 de julio de 1961, en cuyos artículos 1 y 2 se perfilaban los distintos efectos de la delegación y la desconcentración, señalando que en los supuestos de delegación las resoluciones de los órganos inferiores pondrían fin a la vía administrativa en los mismos casos y términos que corresponderían a la actuación del órgano delegante y que en los supuestos de desconcentración las resoluciones dictadas por los órganos inferiores podrían ser objeto de recurso de alzada ante el órgano superior en los mismos casos y términos que las restantes resoluciones emanadas de la competencia propia del órgano inferior. Desde el punto de vista más específico del Ministerio de Defensa, el Real Decreto 947/84, de 9 de mayo, cuyo proyecto motivó el citado informe de esta Junta de 13 de marzo de 1984, el Real Decreto 1127/86, de 6 de junio, y el Real Decreto 1267/90, de 11 de octubre, mantuvieron idéntica fórmula al señalar que los recursos contra los actos y acuerdos de los órganos de contratación en el ejercicio de las funciones que se desconcentran serán resueltos por el Ministro de Defensa.

Frente a las consideraciones que han quedado expuestas, carece de todo valor, para desvirtuar la conclusión de la procedencia de recurso ordinario contra los actos y acuerdos a que nos venimos refiriendo de los órganos de contratación que actúen en ejercicio de funciones desconcentradas, la circunstancia de que el Real Decreto 1904/95, de 24 de noviembre, de desconcentración de facultades en materia de convenios y contratos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa, que, en este extremo constituye la normativa vigente, no mencione, en contraste con sus antecedentes próximos, la procedencia del recurso ordinario en los supuestos de desconcentración, pues ello, a lo sumo, podrá ser conceptuado como un defecto de técnica jurídica, sin poder llegar a determinar, por su silencio, la inexistencia o improcedencia del recurso ordinario que, como hemos visto no deriva de ninguna consagración expresa en norma vigente, sino que responde a la propia naturaleza de la figura de la desconcentración, tal como ha sido configurada doctrinal y jurisprudencialmente.

4.º) Resuelta en sentido afirmativo la procedencia del recurso ordinario contra estos actos y acuerdos del órgano de contratación del Ministerio de Defensa que actúen en el ejercicio de facultades desconcentradas queda por examinar la segunda cuestión suscitada, consecuencia de la resolución positiva de la primera, consistente en determinar el órgano competente para conocer y resolver el citado recurso ordinario.

En este punto, como se expone en el informe de 11 de junio de 1996 de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire, caben dos criterios distintos consistente el primero en considerar que el órgano superior jerárquico que debe resolver el recurso ordinario, según establece el artículo 114 de la Ley 30/92, es el órgano cuyas facultades de contratación se desconcentran, es decir, en el caso presente el Ministro de Defensa y el segundo consistente en considerar que tal órgano es el que ocupa la posición inmediata superior en la ordenación jerárquica militar.

Esta Junta Consultativa se inclina por el primer criterio señalado por los argumentos que, a continuación se indican, que no son más que reproducción de los utilizados en el informe citado de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire, en el que también se manifiesta criterio favorable a atribuir el conocimiento y resolución del recurso ordinario al Ministro de Defensa.

En primer lugar porque el artículo 114 de la Ley 30/92, al no utilizar la palabra «inmediato» para calificar al órgano superior jerárquico, como hacen otras disposiciones, viene a demostrar que no ha sido la intención del legislador vincular la resolución del recurso ordinario al inmediato superior jerárquico, sino que admite otras posibilidades dentro de la circunstancia genérica de la superioridad jerárquica.

En segundo lugar y siguiendo la línea argumental que venimos utilizando en el presente informe hay que señalar que el atribuir la facultad de resolver el recurso ordinario, en los casos de desconcentración, al órgano superior cuyas facultades se desconcentran es la tesis que más se ajusta a la naturaleza jurídica de la desconcentración, la que la doctrina científica más reciente suele aceptar y la que se incorporó a los Reales Decretos 947/84, 1127/86 y 1267/90, ya citados, sin que haya existido con posterioridad a los mismos ninguna modificación normativa de la que se desprenda el cambio de criterio anteriormente aplicado.

Por último, han de ponerse de relieve las consideraciones prácticas que aconsejan evitar, por razones de seguridad jurídica, la existencia de una multiplicidad de órganos encargados de resolver los recursos ordinarios en los casos de desconcentración y evitar, asimismo, que puedan resolver estos recursos órganos carentes de competencias en materia de contratación, por la simple circunstancia de ser inmediato superior jerárquico del que ejerce las facultades desconcentradas.

5.ª) Lo hasta aquí expuesto, como indicábamos anteriormente, debe dejar a salvo, excluyendo la posibilidad de recurso ordinario, todos aquellos actos y acuerdos del órgano de contratación respecto de las que exista una declaración legal expresa de agotamiento de la vía administrativa, como sucede con el artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas al señalar que los acuerdos del órgano de contratación relativos a las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos «pondrán fin a la vía administrativa y serán inmediatamente ejecutivos», por lo que, frente a esta declaración expresa, no pueden entrar en juego los razonamientos anteriores tendentes a fundamentar la procedencia del recurso ordinario contra el acto de adjudicación de un contrato, cuando el órgano de contratación actúe en el ejercicio de funciones desconcentradas.

6.ª) Dos últimas y breves consideraciones deben realizarse sobre cuestiones aludidas en el escrito de consulta o en el informe de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire.

A diferencia de lo que sucede en los supuestos de desconcentración que no existen normas concretas que precisen los efectos de los acuerdos y actos a efectos de interposición de recursos, en los supuestos de delegación el artículo 13.4 de la Ley 30/92, declara que las resoluciones administrativas que se adopten por delegación indicarán expresamente esta circunstancia y se considerarán dictadas por el órgano delegante, expresión esta última que permite afirmar que en materia de recursos contra los actos y acuerdos adoptados por delegación, cabrán los mismos recursos que procederían contra actos y acuerdos del órgano delegante.

La segunda consideración que debe efectuarse es la relativa al curso que debe darse al escrito de la Empresa «X» y afirmándose que por medio del mismo se interpone «recurso ordinario administrativo previo al contencioso», ha de dársele la tramitación propia

del recurso designado que según lo razonado, es procedente, sin que pueda desvirtuar tal conclusión la circunstancia de que en la notificación de la adjudicación se indicara como procedente el recurso contencioso-administrativo, pues es doctrina reiteradísima del Tribunal Supremo que la indicación improcedente de los recursos, no constituye obstáculo para sustanciar y resolver el recurso que proceda si el interesado efectivamente lo interpone.

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1.<sup>a</sup> Que en los casos de desconcentración de facultades de contratación en el Ministerio de Defensa, contra los actos y acuerdos de los órganos de contratación que actúen con facultades desconcentradas, singularmente el acto o acuerdo de adjudicación del contrato, resulta procedente el recurso ordinario equivalente al anterior recurso de alzada.

2.<sup>a</sup> Que el órgano competente para resolver el recurso ordinario a que se refiere la conclusión anterior es el órgano cuyas facultades se desconcentran, es decir, en el caso a que se refiere la consulta el Ministro de Defensa, por los argumentos expuestos en el cuerpo del presente informe.

3.<sup>a</sup> Que de la primera conclusión deben exceptuarse y, por tanto, no admitir la posibilidad de recurso ordinario, aquellos actos y acuerdos en materia de contratación, respecto de los que exista declaración expresa de agotamiento de la vía administrativa, como hace el artículo 60.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en relación con los acuerdos derivados del ejercicio de las prerrogativas de interpretación, modificación y resolución de los contratos administrativos.

4.<sup>a</sup> Que el recurso ordinario interpuesto por la Empresa «X» contra la adjudicación del contrato, ha de ser tramitado como tal recurso ordinario y resolverse por el Ministro de Defensa».

#### IV. CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, se puede realizar las siguientes conclusiones:

*Primera.*—La adjudicación es un acuerdo del Órgano de Contra-

tación no incluido dentro de las prerrogativas del artículo 60 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

*Segunda.*—En consecuencia, al no poner fin a la vía administrativa, la adjudicación es susceptible de recurso ordinario ante el Órgano superior jerárquico del Órgano de Contratación.

*Tercera.*—En cambio, ponen fin a la vía administrativa y no es admisible tal recurso, las adjudicaciones realizadas por un Órgano de Contratación que carezca de superior jerárquico (por ejemplo, las realizadas por el Ministro de Defensa, a las que hay que equiparar las adjudicaciones realizadas por cualquier otra Autoridad que actúe por delegación del Ministro).

*Cuarta.*—Si la adjudicación ha sido realizada por Autoridad con facultades desconcentradas del Ministro de Defensa, corresponde a este último resolver el recurso ordinario contra la adjudicación.

*Quinta.*—Si el Órgano de Contratación actúa por delegación de una Autoridad con facultades desconcentradas del Ministro de Defensa, corresponde igualmente al Ministro de Defensa resolver el recurso ordinario contra la adjudicación, al entenderse que se trata de una resolución dictada por la Autoridad delegante.

## **2. NOTAS**



## LAS OPERACIONES DE PAZ DE LAS ORGANIZACIONES REGIONALES OCCIDENTALES

Por Miguel Alía Plana  
*Teniente Auditor*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. LA POLICÍA INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD Y COOPERACIÓN EN EUROPA (OSCE): PLANTEAMIENTO GENERAL. DEL PROCESO CSCE A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE 1994. 3. EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN LAS FUENTES DE LA OSCE. 4. LA ADOPCIÓN DE LAS OPERACIONES DE PAZ (OO.PP.) POR LA OSCE. 5. LAS OO.PP.-OSCE REALIZADAS. 6. LA ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE (OTAN) Y EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ. 7. LAS OO.PP.-OTAN REALIZADAS. 8. LAS OO.PP. DEL CONSEJO DE COOPERACIÓN DEL ATLÁNTICO NORTE (CCAN), LA ASOCIACIÓN PARA LA PAZ (APP) Y EL CONSEJO DE ASOCIACIÓN EUROATLÁNTICA (CAEA). LA OPERACIÓN JOINT ENDEAVOUR Y LA FUERZA DE EJECUCIÓN (IMPLEMENTATION FORCE, IFOR), LA OPERACIÓN JOINT GUARD Y LA FUERZA DE ESTABILIZACIÓN (STABILIZATION FORCE, SFOR). 9. LAS OO.PP. DE LA UNIÓN EUROPEA OCCIDENTAL (UEO): LA CREACIÓN DE LA IDENTIDAD DE SEGURIDAD Y DEFENSA EUROPEA. 10. UNIÓN DE ESFUERZOS Y ORGANIZACIONES: LA OTAN Y LA UEO (OPERACIONES MARITIME/ALBANIAN GUARD, SHARPVIGILANCE FENCE Y SHARP GUARD); LA UEO Y LA UNIÓN EUROPEA: LA ADMINISTRACIÓN DE MOSTAR. 11. OO.PP.-UE: MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (MVCE) Y LA FUERZA ESPECÍFICA DE LA UE PARA AYUDA HUMANITARIA (FEUEAH).

#### 1. INTRODUCCIÓN

El orden internacional de la Postguerra Fría ha producido en las organizaciones occidentales de seguridad un cambio orientado en una triple dirección: búsqueda de nuevas legitimaciones para justificar su existencia, después de la desaparición del enemigo soviético; reorganización de sus estructuras y aceptación de nuevas misiones.

Bajo el título genérico de este artículo agrupamos un conjunto de políticas diseñadas y aplicadas con el fin de encontrar tales legitimaciones y funciones. Su adopción apoya una hipótesis digna de un estudio

más amplio: los cambios propiciados por el orden internacional de la Postguerra Fría han provocado modificaciones correlativas en las expectativas bélicas de las sociedades modernas, de tal manera que junto a la guerra clásica han surgido nuevas formas de guerra o *cuasiguerras*. Las organizaciones internacionales de seguridad más importantes han tenido que adaptar sus estructuras y objetivos a las nuevas realidades de las guerras de policía, a la intervención de humanidad y a las Operaciones de Paz (OO.PP.). Habían sido diseñadas durante la Guerra Fría y estas nuevas actuaciones bien colisionaban directamente con sus estructuras, pensadas para la guerra clásica en exclusiva, bien hacían rechinar sus mecanismos. Todo ello demuestra, en última instancia, que se ha dado una cierta confianza a estas formas de mantener y asegurar la paz y la seguridad en el concierto internacional, a pesar de las críticas que se han pronunciado en su contra (1), si bien en su adopción han mediado consideraciones profundamente realistas.

El planteamiento de una política de seguridad común a las principales organizaciones occidentales y europeas nace como consecuencia de dos grupos de hechos recientes: la caída del imperio soviético, con la correlativa necesidad de replantear su futuro estratégico; y las guerras del Golfo y de Yugoslavia.

La caída del imperio soviético y la reunificación alemana impulsaron un cambio en materia de seguridad, en general: era preciso saber si se mantendrían o no las viejas estructuras, de cuya necesidad se dudaba. En el proceso europeo, las guerras aludidas produjeron el efecto ralentizador. El europeísmo más eufórico sufrió un considerable desafío que cuestionó el papel de la futura Europa como posible potencia internacional. Según ciertos analistas (2), se produjo de forma paralela un impulso del proceso europeo como contramedida política natural.

---

(1) BERTRAND, Maurice, *La ONU y los conflictos. ¿Por qué tan poca eficacia?*, en *Estado del Mundo-1994*, Madrid: Editorial Akal, 1995, p. 517.

Ciertos autores, vinculados a la izquierda española pacifista y a movimientos de objeción de conciencia, dan otra interpretación a estos cambios. Suponen, a su entender, *un proceso de adaptación necesario para la buena marcha del capitalismo triunfante en un mundo universalmente democrático (sic)*. Es posible que desde el punto de vista de esta ideología no sea aceptable un mundo universalmente democrático y sí otro universalmente soviético. Cf. MOC (Movimiento de Objeción de Conciencia), «Insumisión: ahora también en los cuarteles», *El Viejo Topo*, n.º 107 (mayo 1997), pp. 30 y ss.

(2) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, Madrid: Los libros de la Catarata, 1995, p. 119.

Las dos guerras evidenciaron la fragilidad del sistema europeo y la falta de sintonía que existía entre las diversas organizaciones políticas creadas en parte o en la totalidad de su territorio (la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa, CSCE, hoy OSCE; la Unión Europea Occidental, UEO; la Unión Europea, UE; y la Organización del Tratado del Atlántico Norte, OTAN). Se manifestó también cierto nerviosismo producido por un futuro que distaba mucho de ser el previsto por politólogos y soviólogos, en especial. Ello producía dificultades serias para la definición de una Europa relevante en el ámbito internacional. La guerra del Golfo, por ejemplo, fue dirigida por los Estados Unidos y los países europeos que participaron en ella lo hicieron a título individual. La guerra de Yugoslavia permitió la contemplación de un espectáculo frustrante: la lentitud de la respuesta europea ante un conflicto en el que se repetían a pequeña escala los crímenes de la Segunda Guerra Mundial (limpieza étnica, castraciones, esterilizaciones, violaciones sistemáticas, represalias sobre la población civil, etc.). En 1991, esta situación hizo que Delors declarara que sólo existían tres armas con las que la Cooperación Política Europea (3) podía hacer frente a la crisis: la opinión pública, la amenaza de negar el reconocimiento diplomático a las nuevas repúblicas nacidas en Yugoslavia y las sanciones económicas (4). Como se ha podido ver en la práctica, eran más que insuficientes. Fue precisamente el primero de los instrumentos mencionados, la opinión pública, la que desde 1991, por efecto de las terribles noticias que llegaban a occidente desde las zonas de guerra, exigió el abandono del tabú que había provocado el fracaso de la Comunidad Europea de Defensa en 1954 y el inicio de un proceso que asegurara la creación de nuevos instrumentos de gestión de crisis.

Esta situación produjo dos efectos en las organizaciones regionales occidentales a las que nos referimos: la entonces CSCE y hoy OSCE; la UEO, la UE y la OTAN. Fue preciso buscar una nueva legitimación, basada en otros principios distintos de la pura defensa militar justificada por el peligroso imperialismo comunista. De forma correlativa, se reorganizaron sus estructuras, que habían quedado obsoletas de repente. La nueva legitimación se encontraría en la defensa de los derechos hu-

---

(3) Contendida en el punto 2.2 del Acta Única Europea de 17 de diciembre de 1985.

(4) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 121.

manos y la democracia, y los ajustes organizativos se realizarían en relativo poco tiempo. Ninguna de estas organizaciones estaba pensada, en su origen, para la nueva situación, sino que, por el contrario, habían sido diseñadas para solucionar problemas concretos en momentos también concretos, muy distintos de los que se habían puesto sobre el tapete después de la caída del imperio soviético. Una metáfora quizá nos ayudará a comprender esta realidad. En un edificio que amenazaba continua ruina (la Europa de la Guerra Fría) se habían abierto y cerrado ventanas y puertas, según las necesidades de sus dos inquilinos (ambos bloques). Finalmente, la mitad del edificio se había derrumbado y era preciso construir uno nuevo partiendo de lo que se mantenía en pie, anterior al derrumbe, tapando y aprovechando, según las circunstancias, las ventanas, las puertas y los viejos tabiques. Si traducimos esta metáfora a la realidad internacional, nos encontraremos con el fenómeno de la construcción del *sistema de seguridad europeo de geometría variable* que mencionan Valladao (5) y Barbe (6), en el que los esfuerzos de las diversas organizaciones se deben unificar si se quiere obtener un mínimo de eficacia, como ha destacado Wörner (7). Una cita explicará esta opinión. Tomamos la siguiente de un extracto de la «*Declaración de Roma sobre paz y cooperación hecha pública por los jefes de Estado y de gobierno participantes en la reunión del Consejo del Atlántico Norte en Roma los días 7 y 8 de noviembre de 1991*».

*Ninguna institución podrá por sí sola enfrentar todos los desafíos de esta nueva Europa. Para ello será necesaria la interacción de un conjunto de instituciones en las que participen los países de Europa y de América del Norte. En consecuencia, estamos construyendo una nueva arquitectura de seguridad europea en la cual la OTAN, la CSCE, la Comunidad Europea, la UEO y el Consejo de Europa se complementarán (8).*

---

(5) VALLADAO, Alfredo G. A., *América, último recurso del sistema de seguridad colectiva*, en *Estado del Mundo-1996*, Madrid: Editorial Akal, 1996, p. 28.

(6) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 165.

(7) WÖRNER, Manfred, «Una Alianza fuerte, motor del cambio pacífico en Europa», *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1992), p. 3.

(8) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, Bruselas: OTAN, Servicio de Información y Prensa, 1993, p. 128.

De acuerdo con la cita anterior, este sistema se basa en la utilización de todas las organizaciones de seguridad existentes antes de la caída del imperio soviético, a las que además se suma la Unión Europea mediante su Política Exterior y de Seguridad Común (PESC) (9), ausente durante la Guerra Fría. El resultado sería un sistema de seguridad que gráficamente podríamos representar con varios círculos secantes, construido de acuerdo con unos mismos principios superiores. Además, a esta primera complejidad debemos sumar otra. Cada Estado miembro del sistema puede pertenecer a unas organizaciones concretas (por ejemplo, a la OSCE) y a otras no (por ejemplo, la UE). La pertenencia admite también gradaciones: desde Estados *Miembros* o *Asociados* a los simples *Observadores*. Todo ello hace prever dificultades: desajustes, solapamientos y competencia entre estas organizaciones (10).

Este particular sistema de seguridad ha requerido de la celebración de encuentros internacionales, adopción de gran número de acuerdos y tratados, vertidos en una cantidad considerable de documentación jurídica; la definición de nuevos modelos estratégicos y la búsqueda de instrumentos para la gestión de posibles crisis. Entre ellos destaca la aceptación del concepto de la Operación de Paz (OP) planteado por las Naciones Unidas, si bien se han introducido en él ciertas particularidades que permiten distinguirlas de las originales. A lo largo de estas líneas pretendemos aproximarnos a las OO.PP. realizadas por la OSCE, la OTAN, la UEO y la UE, que conforman el aludido sistema internacional, *de geometría variable*, de imposible comprensión si se estudiara la actividad de cada organización de forma independiente.

## 2. LA POLICÍA INTERNACIONAL DE LA ORGANIZACIÓN PARA LA SEGURIDAD EN EUROPA (OSCE): PLANTEAMIENTO GENERAL. DEL PROCESO CSCE A LA INSTITUCIONALIZACIÓN DE 1994

La actual OSCE (Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa), creada en la Cumbre de Budapest de 1994, tiene su origen en la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), nacida el 8 de junio de 1973 como consecuencia de la adopción de las «*Reco-*

---

(9) Cf. MARTÍN ARRIBAS, Juan José, «Consideraciones sobre la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 62 (julio-diciembre de 1993).

(10) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 169.

*mendaciones finales de las Consultas de Helsinki»* (11). En ellas, treinta y cinco países, de los cuales treinta y dos eran europeos y tres no (Estados Unidos de América, Canadá y la URSS) (12), acordaron constituir un foro relativo a los problemas de seguridad y cooperación en Europa. que permitiera superar la falta de comunicación existente entre los dos bloques. La CSCE no podía considerarse ni una organización ni tampoco una conferencia en sentido estricto, a pesar de su nombre, pues carecía de instituciones permanentes y de una regularidad fija en sus reuniones. Fue definida por la doctrina más bien como un proceso político (13) multilateral de negociaciones continuas y conjuntas sobre cuestiones relativas a la seguridad y cooperación en Europa (14). Ya desde el inicio de su andadura, se vislumbra una época de cooperación internacional que permite la transformación de la Europa Central y Oriental, su acercamiento, y finalmente su identificación con el modelo occidental de valores y organización social (15). Su división en bloques desaparecería (16) en 1990 gracias a la voluntad de sus miembros, manifestada en un documento fundamental, que veremos a continuación, llamado «*Carta de París para una Nueva Europa*».

Los objetivos generales de la CSCE se concretaban en la búsqueda de unas relaciones internacionales pacíficas y en la creación de un marco de distensión construido sobre la seguridad y confianza mutua (17),

---

(11) GARCÍA MUÑOZ, Mariano; ZARRALUQUI SÁNCHEZ EZNARRIAGA, Jaime; OLIVEROS TORRES, Miguel; LÓPEZ DÓRIGA DE LA VEGA, Isabel; GARCÍA PEÑA, Silvia, *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europea (CSCE), textos fundamentales*, Madrid: Ministerio de Asuntos Exteriores, Boletín Oficial del Estado, 1992, p. 11.

(12) Los países participantes en estas consultas fueron los siguientes: Estados Unidos de América, Francia, Italia, Reino Unido, República Federal de Alemania, URSS, Canadá, Bélgica, España, Países Bajos, Polonia, República Democrática Alemana, Suecia, Austria, Checoslovaquia, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Noruega, Suiza, Grecia, Rumanía, Turquía, Yugoslavia, Bulgaria, Irlanda, Luxemburgo, Portugal, Chipre, Islandia, Liechtenstein, Malta, San Marino y la Santa Sede.

(13) Cf. DECAUX, E., *La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE)*, París: Presses Universitaires de France, Collection Que sais je?, 1992.

(14) *Anuario Internacional CIDOB-1993*, Barcelona: Fundación CIDOB, 1994, p. 246.

(15) GARCÍA MUÑOZ, Mariano, Prólogo al libro *Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa (CSCE), textos fundamentales*, op. cit., p. 10.

(16) *Anuario Internacional CIDOB-1993*, op. cit., p. 246.

(17) Estos principios generales, un tanto difusos y difíciles de aceptar en el ambiente político de la Guerra Fría, se recogen en la exposición de motivos del «*Acta Final de Helsinki*», a la que haremos referencia más adelante, y que fue el fruto de estas conversaciones. Cf. GARCÍA MUÑOZ, Mariano y demás autores, op. cit., pp. 21 y ss.

en una región verdaderamente extensa: el área Vancouver-Vladivostok. El fin del reconocimiento, aceptación y aplicación de estos principios, un tanto difusos en sus planteamientos, era, según García Muñoz, la construcción de una nueva Europa con una arquitectura fundada sobre los *cinco pilares de paz* que exponemos a continuación:

- *El respeto a los derechos humanos.*
- *El fomento y desarrollo de las libertades fundamentales.*
- *El establecimiento del pluralismo democrático.*
- *La implantación estricta y generalizada del Estado de Derecho.*
- *La creación de un sistema de seguridad basado en la cooperación para la paz, amenazada por otros factores distintos del poderío militar* (18).

En el punto 2 de las citadas «*Recomendaciones...*» de 8 de junio de 1973 se incluía el «*Orden del día e instrucciones conexas*» (19), gracias a las cuales podemos conocer los primeros temas a tratar por la CSCE, que se agrupaban en los siguientes campos, llamados los *tres cestos*:

- *Cuestiones relativas a la seguridad en Europa.*
- *Cuestiones relativas a la cooperación en materia de economía, ciencia, tecnología y medio ambiente.*
- *Cuestiones relativas a la cooperación en el campo humanitario.*

La Conferencia continuó en Ginebra del 18 de septiembre de 1973 al 21 de julio de 1975. Fue finalmente clausurada el 1 de agosto de 1975 en la capital finlandesa, fecha en que vio la luz el «*Acta Final de Helsinki*» (20), en la que se recogieron los *tres cestos* anteriormente mencionados. Posteriormente, las reuniones fueron periódicas.

La producción legislativa de la CSCE durante los últimos veinte años, hasta su conversión en OSCE, suma un gran número de normas y documentos diversos, agrupados bajo diversas denominaciones: *actas, informes, cuestiones, calendarios, reuniones, resoluciones, resúmenes*, etc. Los frutos más relevantes de toda su producción política y jurídica son los siguientes:

- «*Acta Final de Helsinki*», de 1 de agosto de 1975.
- «*Documento de la Conferencia de Estocolmo sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad y sobre desarme en Europa*», de 19 de noviembre de 1986.

---

(18) *Ibid.*

(19) *Ibid.*, p. 12.

(20) *Ibid.*, p. 21.

— «*Carta de París para una Nueva Europa*», de 21 de noviembre de 1990. La cumbre de París, foro de conversaciones de la CSCE que dio lugar a este documento, originó también el «*Tratado sobre Fuerzas Convencionales en Europa*» (Tratado FACE), de 19 de noviembre, cuya trascendencia militar ha sido muy grande.

— «*El Desafío del Cambio*»: documento *Helsinki-1992*, de 10 de julio. La voluntad política de este documento dio lugar al «*Tratado de Cielos Abiertos*» de 24 de mayo de 1992, por el que se derogaron las normas nacionales de exclusividad y prohibición de vuelos militares, de tal manera que al permitirse el *libre vuelo por todo el espacio de la CSCE*, se ha creado una importante medida de confianza mutua y fomento de la paz entre sus miembros.

— La Conferencia de Revisión de Budapest (10 de octubre a 2 de diciembre de 1994), en la que vio la luz el documento «*Hacia una verdadera asociación en una nueva era*», que constaba de dos grupos de textos: la «*Declaración de la Cumbre de Budapest*», en la que se conmemoraba el 50 aniversario de la II Guerra Mundial; y las «*Decisiones de Budapest*», por las que se creaban la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) (21).

### 3. EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ EN LAS FUENTES DE LA OSCE

El mantenimiento de la paz gira, en las fuentes documentales de la OSCE, en torno a dos ejes:

— La renuncia a la violencia en las relaciones internacionales.

— La promoción de los derechos humanos y las libertades fundamentales, unida naturalmente a la adopción de formas democráticas de gobierno.

Ambos ejes, que hemos separado a efectos metodológicos, aparecen recogidos expresamente en el documento titulado «*El Desafío del cambio*», adoptado por la entonces CSCE el 10 de julio de 1992 en la Conferencia de Seguridad y Cooperación de Helsinki. En el apartado titulado «*La CSCE y la gestión del cambio*», punto 21, se contiene la siguiente declaración:

---

(21) Cf. GHEBALI, Victor Yves, «La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa tras la Conferencia de Budapest», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (marzo de 1995).



*Nuestro enfoque se basa en nuestro concepto integral de la seguridad, iniciado en el Acta Final. Este concepto relaciona el mantenimiento de la paz con el respeto a los derechos humanos y las libertades fundamentales. Vincula la solidaridad y la cooperación en materia de economía y medio ambiente con las relaciones pacíficas entre los Estados. Todo esto vale también para la gestión del cambio, por lo mismo que fue necesario para atenuar el enfrentamiento (22).*

En relación con la renuncia a la violencia en las relaciones internacionales, la OSCE parte de su carácter de organización regional vinculada a la Carta de las Naciones Unidas. Así, el «*Acta Final de Helsinki*» establece en su «*Declaración sobre los principios que rigen las relaciones entre los Estados participantes*» lo siguiente:

*Los Estados participantes...*

*Expresando su común adhesión a los principios que a continuación se enuncian y que son conformes con la Carta de las Naciones Unidas, así como su común voluntad de actuar, en la aplicación de estos principios, de conformidad con los propósitos de la Carta de las Naciones Unidas (23).*

La dependencia de las Naciones Unidas se acentuó y ratificó en el documento titulado «*El Desafío del cambio*», de 10 de Julio de 1992 en la Conferencia de Helsinki, citado con anterioridad. El tenor literal de su punto 25 es el siguiente:

*Al reafirmar los compromisos para con la carta de las Naciones Unidas, suscritos por nuestros Estados, damos por entendido que la CSCE es un acuerdo regional en el sentido del Capítulo VIII de la Carta de las Naciones Unidas. En cuanto tal, constituye un eslabón importante entre la seguridad europea y la mundial. Los derechos y las responsabilidades del Consejo de Seguridad no sufrirán menoscabo alguno. La CSCE colaborará estrechamente con las Naciones Unidas especialmente en la prevención y arreglo de conflictos (24).*

---

(22) GARCÍA MUÑOZ, Mariano y demás autores, *op. cit.*, p. 296.

(23) *Ibid.*, p. 22.

(24) *Ibid.*, p. 297.

De acuerdo con lo anterior, la OSCE se vincula a las Naciones Unidas en virtud del art. 52 de la Carta, que establece lo siguiente:

*Ninguna disposición de esta Carta se opone a la existencia de acuerdos u organismos regionales cuyo fin sea entender en los asuntos relativos al mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales y susceptibles de acción regional, siempre que dichos acuerdos u organismos, y sus actividades, sean compatibles con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.*

Esta dependencia ha sido elogiada por la doctrina, no sólo por las garantías jurídicas que se derivan de ella, sino también por las políticas. Así, Martín Arribas opina lo siguiente:

*El 10 de julio de 1992 la cumbre de Helsinki definió a la CSCE como un acuerdo regional de conformidad con el capítulo VIII de la Carta de San Francisco. Significa, por tanto, que de iure puede ser calificada como una Organización regional de seguridad colectiva estrechamente asociada a las Naciones Unidas. En el interés de afianzarse como un puente importante entre la seguridad europea y la seguridad mundial, esta Organización podría tomar el relevo a la ONU como principal maître d'oeuvre de eventuales acciones para el mantenimiento de la paz en Europa (25).*

La renuncia a la violencia en el diálogo internacional, adoptada por la OSCE, se contiene en el punto II de la «*Declaración sobre los principios que rigen las relaciones entre los Estados Partícipes*» (26). Aparece así por primera vez en las fuentes de la OSCE el término *mantenimiento de la paz*. Para ello parte de una serie de principios entre los que adquiere una especial relevancia la renuncia al uso de la violencia en las relaciones internacionales.. El «*Documento de Clausura de la Reunión de Madrid*», de 9 de septiembre de 1983, al hablar de los «*principios*» para la cooperación internacional, previene que...

---

(25) MARTÍN ARRIBAS, Juan José, «Consideraciones sobre la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 112.

(26) GARCÍA MUÑOZ, Mariano y demás autores, *op. cit.*, pp. 22 y ss.

... *Los Estados participantes reafirma la necesidad de que se observe de modo estricto y efectivo como norma de conducta internacional la renuncia a la amenaza o al uso de la fuerza* (27).

Y en sus «*Cuestiones relativas a la seguridad en Europa*» recalca que los Estados participantes manifestaban su determinación de *buscar soluciones a los problemas pendientes por medios pacíficos* (28).

La «*Carta de París para una Nueva Europa*» de 21 de noviembre de 1990, en su capítulo titulado «*Relaciones Amistosas entre los Estados Participantes*» une de nuevo la renuncia al uso de la violencia en las relaciones internacionales y la dependencia de la entonces CSCE con las Naciones Unidas:

*De conformidad con nuestras obligaciones en virtud de la Carta de las Naciones Unidas y con los compromisos contraídos conforme al Acta Final de Helsinki, renovamos nuestro empeño de abstenernos de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o de actuar de cualquier otra forma incompatible con los principios y propósitos de dichos documentos* (29).

Este principio fundamental aparece de nuevo en el «*Informe de la Reunión de Expertos en la Valetta sobre el arreglo de controversias por medios pacíficos*», de 8 de febrero de 1991. Queda plasmado también entre los «*Principios para el arreglo de controversias y disposiciones de un procedimiento de la CSCE para el arreglo de las controversias por medios pacíficos*».

En cuanto a los derechos humanos y su vinculación con las relaciones internacionales pacíficas, el «*Acta Final de Helsinki*», en su punto VII, titulado «*Respeto a los derechos humanos y de las libertades fundamentales, incluida la libertad de pensamiento, conciencia, religión o creencia*» (30) establece lo siguiente:

---

(27) *Ibid.*, p. 85.

(28) *Ibid.*, p. 84.

(29) *Ibid.*, p. 215.

(30) *Ibid.*, p. 24.

*Los Estados participantes reconocen el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un factor esencial de la paz, la justicia y el bienestar necesarios para asegurar el desarrollo de las relaciones amistosas y de cooperación tanto entre ellos como entre todos los Estados (31).*

Si la vulneración de los derechos humanos es causa del estallido de guerras, su protección internacional tendrá, cabalmente, el efecto contrario. Este axioma ha sido declarado por diversas fuentes de la OSCE. El citado «*Documento de Clausura de la Reunión de Madrid*» establece, en las «*Cuestiones relativas a la seguridad en Europa*» que los Estados participantes manifestaban su determinación de *buscar soluciones a los problemas pendientes por medios pacíficos* (32). Para ello parte de una serie de principios entre los que tiene una especial relevancia la protección y respeto de los derechos humanos. Así, los Estados Miembros hacen...

*... hincapié en que todos los Estados participantes reconocen en el Acta Final el valor universal de los derechos Humanos y libertades fundamentales, cuyo respeto es un factor esencial de la paz, la justicia y el bienestar necesarios para asegurar el desarrollo de relaciones amistosas y de cooperación tanto entre ellos como entre todos los Estados (33).*

En esta línea, el «*Documento de la Conferencia de Estocolmo, sobre medidas destinadas a fomentar la confianza y la seguridad y sobre desarme en Europa*», de 19 de septiembre de 1986, en su punto 32, pone de relieve la misma idea. Y el «*Documento de la clausura de la reunión de Viena, relativa a la continuidad de la Conferencia*», de 19 de enero de 1989, en su punto 11, ahonda en el mismo razonamiento, al señalar que los Estados Miembros...

*... confirman el valor universal de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyo respeto es un factor esencial para la paz, la justicia y la seguridad necesarias para ase-*

---

(31) *Ibid.*

(32) *Ibid.*, p. 84.

(33) *Ibid.*

*gurar el desarrollo de las relaciones de amistad y la cooperación entre ellos, así como entre todos los Estados (34).*

La «Carta de París para una Nueva Europa» de 21 de noviembre de 1990 une los derechos humanos con la democracia como forma política de gobierno, en su sentido occidental. Así, en su capítulo titulado «Una nueva era de democracia, paz y unidad» leemos que sus miembros basan sus relaciones en un resuelto compromiso con la democracia basada en los derechos humanos y las libertades fundamentales (35). En cuanto a su vinculación con la paz, la citada «Carta» establece que *su observancia y pleno ejercicio son la base de la libertad, la justicia y la paz (36)*. Estas mismas ideas son recogidas en el «Código de conducta de la OSCE», dado en Budapest el 3 de diciembre de 1994 (37).

Hoy en día su violación es universalmente considerada como una de las causas de la guerra: la doctrina une directamente este fenómeno con la inestabilidad y la propagación de los conflictos armados. En este sentido, Rodríguez Villasante ha recalcado el valor de los derechos humanos como garantes del orden internacional, cuando afirma que existe una convicción universal según la cual su respeto guarda estrecha relación con el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales (38). El Institut de Droit International, en su resolución titulada «*La protection des droits de l'homme et le principe de Non-intervention dans les affaires intérieures des Etats*» (39), ha mantenido la misma opinión. Por su parte, según Pérez Vera...

*... la protección de los derechos fundamentales del hombre no es ciertamente un fin incompatible con los de las Naciones Unidas, sino, muy al contrario, uno de sus principales objetivos (40).*

---

(34) *Ibid.*, p. 124.

(35) *Ibid.*, p. 213.

(36) *Ibid.*

(37) *Código de conducta de la OSCE, Budapest, 3 de diciembre de 1994*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1996.

(38) RODRÍGUEZ VILLASANTE PRIETO, José Luis, «Naciones Unidas: acción preventiva e injerencia humanitaria», *Revista Española de Defensa*, n.º 63 (mayo de 1993), p. 60.

(39) *Annales de l'Institut des Droit International*, París: 1990, pp. 338 y ss.

(40) PÉREZ VERA, E., «La protection d'humanité en droit international», *Revue Belge de Droit International* (1969), p. 415.

#### 4. LA ADOPCIÓN DE LAS OO.PP. POR LA OSCE

Las OO.PP. no aparecen recogidas de forma expresa en las fuentes de la entonces CSCE hasta la publicación del documento titulado el «Desafío del Cambio», de 10 de julio de 1992, también llamado «Hel-sinki-92». El punto 20 de su capítulo titulado «La CSCE y la gestión del Cambio» establece lo siguiente:

*Hemos dispuesto lo necesario para el mantenimiento de la paz por la CSCE de conformidad con modalidades convenidas. Las actividades para el mantenimiento de la paz por la CSCE podrán emplearse en caso de conflicto dentro de los Estados participantes o entre ellos para ayudar a mantener la paz y la estabilidad en apoyo de un esfuerzo continuo en pro de una solución política. A este respecto estamos perparados a buscar, caso por caso, el apoyo de las instituciones y organizaciones internaciones tales como la CE, la OTAN y la UEO así como otras instituciones y mecanismos, inclusive el mecanismo para el mantenimiento de la paz de la CEI. Nos felicitamos de su buena disposición para apoyar las actividades de la CSCE para el mantenimiento de la paz, inclusive poniendo a disposición sus recursos (41).*

Este punto tiene una especial importancia. Mediante él, la OTAN, la UEO, la UE y la Comunidad de Estados Independientes (CEI) se vinculan con la OSCE para el mantenimiento de la paz. La OSCE realiza así, en el ámbito propio, un papel paralelo al de las Naciones Unidas en el ámbito universal. Las citadas organizaciones actúan como lo hicieron los primeros Estados que apoyaron a la ONU en sus OO.PP., mediante la aportación de personal y material.

El régimen general de las OO.PP. de la OSCE se contiene en el «Suplemento» con el que se cierra «El Desafío del Cambio». En su capítulo titulado «Instrumentos de prevención de conflictos y gestión de crisis» nos encontramos el apartado titulado «El mantenimiento de la paz por la CSCE» (42). En él se establece un régimen que podemos resumir en los siguientes puntos: *principios generales, línea de mando, disposicio-*

---

(41) *Ibid.*, p. 196.

(42) *Ibid.*, p. 306.

*nes financieras y cooperación con organizaciones regionales y transatlánticas.*

Para el desarrollo de estas OO.PP. se creó el Grupo de Planeamiento de las Operaciones Iniciales (IPOG). El desenvolvimiento de las OO.PP. se perfiló con las «*Medidas establecidas para situaciones de crisis localizada*», adoptadas en Viena el 25 de noviembre de 1993(43). Mediante este documento, la OSCE crea, para la solución de crisis, una serie de «*Medidas restrictivas*», que podemos considerar como las tareas a realizarse por sus OO.PP. Son el establecimiento de altos el fuego, de zonas desmilitarizadas, ceses de vuelos militares, desactivación de situaciones de crisis, control de fuerzas irregulares y restricción de actividades militares.

Esta línea de actuación se mantuvo en la Cumbre de Budapest de 3 de diciembre de 1994, por la que se creó la OSCE, articulada en dos áreas: el Foro de Seguridad (competente en materias de control de armamentos y medidas de fomento de la confianza) y el Consejo Permanente (foro de consulta política en materias de seguridad y gestión de crisis). El Grupo de Planeamiento de las Operaciones Iniciales fue sustituido por el Grupo de Planeamiento de Alto Nivel (HLPG), dependiente de la Secretaría General.

En la Cumbre de Budapest, la OSCE ha dibujado un proyecto de política de paz y cooperación en la que se incluyen sus OO.PP., cuya finalidad principal es la creación de un área de seguridad común estable en el hemisferio norte, sobre cuya práctica totalidad se extiende territorialmente. Esta política se ha mantenido en el «*Acuerdo sobre medidas destinadas a fomentar la confianza*» suscrito en Viena el 26 de enero de 1996. La doctrina militar española resume esta política con la enumeración de los siguientes puntos:

- *Asegurar el cumplimiento de todos los acuerdos de la CSCE.*
- *Utilizarla como foro para la cooperación, toma de decisiones y consultas.*
- *Impulsar el establecimiento de acuerdos regionales.*
- *Fortalecimiento de capacidades y actividades en la diplomacia preventiva.*
- *Desarrollo de sus capacidades en la resolución de conflictos, con-*

---

(43) *La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, OSCE, Documentos*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1995, p. 1.

*trol de crisis y mantenimiento de la paz y asistencia en la reconstrucción.*

- *Fortalecer la estabilidad y seguridad a través del control de armamento, fomento de la confianza y seguridad y del desarme (a nivel OSCE y regional).*
- *Desarrollo de los derechos humanos y libertades fundamentales.*
- *Ampliar las actividades para la resolución de los problemas teniendo en cuenta las responsabilidades contraídas después de la adopción del Acta Final de Helsinki (44).*

## 5. LAS OO.PP.-OSCE REALIZADAS

Al amparo de lo dicho anteriormente, la OSCE ha realizado las siguientes OO.PP. (45):

— Kosovo, Sandjak y Voivodina. Fue la primera de larga duración establecida en Yugoslavia, en suspenso actualmente, toda vez que la OSCE fue expulsada del teatro de operaciones al serlo Yugoslavia de entre sus miembros.

— Skopje. Se realiza desde 1992 en Macedonia como forma de prevenir el contagio de la guerra de sus repúblicas vecinas. Se han realizado actividades de elaboración del censo y apoyo a las instituciones de gobierno.

— Georgia. Se desarrollan funciones relativas a la promoción de los derechos humanos, la libertad de información y el establecimiento de instituciones democráticas. Ejerce también funciones de control sobre la actividad de las Fuerzas Conjuntas de Mantenimiento de la Paz de la CEI en Osetia del Sur y de coordinación entre la Misión de Observación de Naciones Unidas en Georgia (UNOMIG) y las autoridades locales de Abjasia.

— Moldavia. Se inició en 1993 para solucionar la crisis de la región del Trans-Dniester. Desarrolla funciones de investigación de incidentes y asistencia a las reuniones de la Comisión Mixta de Control del conflicto, así como el seguimiento de la retirada del XIV Ejército ruso.

---

(44) MARTÍNEZ ESPARZA VALIENTE, Juan Antonio; PRIETO MARTÍNEZ, José; MONASTERIO RENTERÍA, José; QUEVEDO RUIZ, José, *Manual de Operaciones de Paz, Cincuentenario de las Naciones Unidas*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1995.

(45) *Ibid.*, pp. 228 y ss.



— Tayikistán. Las funciones realizadas son relativas al desarrollo de instituciones democráticas, fomento de los derechos humanos y cooperación para el diálogo entre las partes.

— Estonia. Las funciones realizadas son relativas a asegurar el respeto de los antiguos militares soviéticos, ya en la reserva, que optaron por permanecer en la nueva república, tras su independencia, así como la supervisión de la retirada de las fuerzas ex-soviéticas. Ha destacado su apoyo a la normalización lingüística del país.

— Letonia. Al igual que la anterior, ha supervisado la retirada de tropas, el respeto a los derechos de militares retirados y la normalización lingüística. Además, ha asesorado el proyecto de la Ley de Ciudadanía.

— Ucrania. Se han realizado actividades de apoyo y asesoramiento por expertos en Derecho Constitucional y Economía para el desarrollo.

— Sarajevo. Se prestan actividades de asesoramiento institucional y de coordinación con las misiones UE, UNPROFOR, IFOR y SFOR.

— Nagorno-Karabaj. Esta OP ha sido la primera en la que la OSCE ha preparado un despliegue de tropas. Se decidió su creación en la Reunión del Consejo de Roma y se confirmó en la «*Cumbre de Budapest*». Sus funciones se centran en la consecución de un alto el fuego y en el desarrollo de un plan de paz. Las previsiones para la formación del contingente de tropas elevan el número de sus componentes hasta unos tres mil.

— Misiones de Apoyo a las Sanciones adoptadas por Naciones Unidas en la guerra de Yugoslavia (MAS). Están compuestas por funcionarios de aduanas especializados y tiene por objeto el control y desarrollo de los embargos para Yugoslavia decretados por Naciones Unidas en aplicación de las Resoluciones del Consejo de Seguridad números 713, 757, 787, 820 y 943. Se encuentran en Albania, Bulgaria, Croacia, Macedonia, Rumanía y Ucrania.

## 6. LA ORGANIZACIÓN DEL TRATADO DEL ATLÁNTICO NORTE (OTAN) Y EL MANTENIMIENTO DE LA PAZ

La Organización del Tratado del Atlántico Norte se fundó como consecuencia de la entrada en vigor del «*Tratado de Washington*», suscrito el 4 de abril de 1949. Al respecto, la propia organización nos dice lo siguiente de su fundación:

*El Tratado del Atlántico Norte firmado en abril de 1949, instituyó una Alianza de países independientes que compartían la voluntad de mantener la paz y defender su libertad a través de la solidaridad política y la defensa adecuada, concebida para prevenir y, si fuese necesario, rechazar cualquier forma de agresión contra ellos. Creada en el cuadro del artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas en el que se reafirma el derecho natural a la legítima defensa individual o colectiva, la Alianza es una asociación de Estados soberanos, unidos en su determinación por preservar su seguridad a través de garantías mutuas y relaciones estables con otros países (46).*

En la historia de la Organización podemos distinguir dos etapas (47). La primera tiene origen en su fundación y se prolonga hasta 1989. La segunda, que señala ciertos cambios políticos y estratégicos importantes, comienza con el derrumbe del imperio soviético en 1989 y llega hasta nuestros días. La Alianza se creó, como reza la anterior cita, para *rechazar cualquier forma de agresión contra sus fundadores*, si bien la que se temía y esperaba procedía de la política imperialista de la URSS. Por este motivo formuló una doctrina militar en la que la única previsión posible era la necesidad de mantener una capacidad militar adecuada para responder a un ataque del este, que podía producirse en cualquier momento, *masivo y en profundidad*.

La segunda etapa histórica de la OTAN se centró en la búsqueda de la solución del problema que surgió con la caída del bloque soviético: la redefinición de su propia identidad (48). Los primeros síntomas de este proceso se manifestaron con la Reunión de Budapest de 25 de febrero de 1991, en la que los miembros del Pacto de Varsovia anunciaron para el 31 de marzo la disolución de su estructura militar. El Pacto aún sobreviviría hasta el 1 de julio, fecha en la que se extinguió finalmente conforme a un protocolo que preconizaba su paso a las estructuras de seguridad paneuropeas (49). Los antiguos satélites de la URSS se liberaban así de la vieja doctrina de la *soberanía limita-*

---

(46) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 11.

(47) ALEXANDER, Michael, «El papel de la OTAN en un mundo en transición», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (abril de 1990), p. 1.

(48) CUCCHI, G., «La crisi d'identità della NATO», *Relazioni Internazionali*, diciembre (1992).

(49) «Manual de la OTAN: asociación y cooperación», op. cit., p. 220.

da (50), recuperaban su capacidad de decisión política y se alineaban en las organizaciones europeas o en las nuevas formas de colaboración con la Alianza Atlántica que se crearon *ex profeso* y que veremos a continuación.

En las mismas fechas, la Alianza hubo de enfrentarse a una curiosa y novedosa misión en el territorio soviético: como consecuencia de la Reunión del Consejo del Atlántico Norte en Roma de los días 7 y 8 de noviembre de 1991, la Alianza decidió el 19 de diciembre el envío de ayuda humanitaria a la URSS, lo cual se verificó en los días 7 y 8 de enero de 1992. Aparecieron así, a tenor de lo acordado en la Cumbre de Roma, unas nuevas misiones no previstas en el Tratado fundacional, cuya naturaleza escapaba al ámbito exclusivamente militar. La desaparición del Pacto de Varsovia pudo haber sido la justificación de la disolución de la Alianza al haber perdido su razón de ser, pero produjo, sin embargo, un impulso que la llevó a una transformación basada en la búsqueda de nuevas misiones (51), de las que eran sin duda el primer ejemplo las aludidas operaciones de apoyo humanitario en beneficio de la URSS y de la CEI (52). La nueva coyuntura internacional (53), lejos de debilitar la Alianza, produjo en ella una progresiva revitalización política. Sus objetivos han sido recientemente reelaborados, como veremos en las próximas líneas, y son en cualquier caso manifestaciones menores de su objetivo general (54), que es...

*... salvaguardar la libertad, la herencia común y la civilización de sus pueblos, basados en los principios de la democracia, las libertades individuales y el imperio de la ley (55).*

---

(50) Esta doctrina consistía en que los Estados satélites de la URSS no tenían libertad alguna en materia política, con lo cual se convertían *de facto* en unos protectorados o cuasicolonias cuyo gobierno se decidía en Moscú.

Cf. DELMAS, Claude, *Le Pacte de Varsovie*, París: Presses Universitaires de France, Collection Que sais je? 1981.

(51) WÖRNER, M., «Die Atlantische Allianz und die europäische Sicherheit», *Europa Archiv*, n.º 1 (1992), pp. 1 y ss. (traducido por gentileza de la Doctora Ana Belén Sánchez Prieto).

(52) Como curiosidad diremos que la URSS se disolvió mientras se prestaba esta ayuda, al crearse la Comunidad de Estados Independientes (CEI) el 8 de diciembre de 1991.

(53) MARTÍN ARRIBAS, Juan José, «Consideraciones sobre la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 110.

(54) Cf. «Funciones básicas de seguridad de la OTAN en la nueva Europa», *Revista de la OTAN* n.º 3 (junio 1991), p. 30.

(55) Exposición de motivos del Tratado de Washington de 4 de abril de 1949, por el que se fundó la OTAN; cf. *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, *op. cit.*, p. 169.

Y también...

*... salvaguardar la libertad y la seguridad de todos sus miembros por medios políticos y militares conforme a los principios de la Carta de las Naciones Unidas (56).*

En relación con lo anterior, Wörner opina que, en rigor, si bien históricamente de la simple y superficial visión de la OTAN se deducía que su finalidad había sido en origen la defensa militar contra un posible ataque soviético, ya se planteó en 1967, cuando vio la luz la *doctrina Harmel*(57), que el verdadero papel de la Alianza era la *disuasión* y la *salvaguardia de la defensa* (58) en un marco de cooperación política que trascendía el ámbito militar. La OTAN no ha sido nunca, según ciertas opiniones, una alianza clásica formada por naciones dispares e incluso antagónicas que se mantienen unidas únicamente por la creencia de que *el enemigo de mi enemigo es mi amigo*. Si bien en sus comienzos dependía del liderazgo americano, la Alianza ha evolucionado a lo largo de los años hasta constituir una comunidad política de naciones iguales y con ideas afines que comportan valores—y cada vez más— intereses comunes. El Tratado de Washington de 1949 no mencionaba en parte alguna a la URSS, aunque sí subraya la necesidad de que exista una comunidad permanente de democracias occidentales que se fortalezcan a través de la cooperación (59). Para alcanzar este fin general, la Alianza ha desarrollado las tres siguientes *tareas de seguridad* (60):

— Proporcionar una de las bases indispensables para una seguridad estable en Europa, basada en el desarrollo de las instituciones democráticas y en el compromiso de resolver pacíficamente todas las diferencias que surjan en sus áreas de interés.

— Constituir la Alianza en foro de consultas transatlánticas, es decir, de *vía de unión y cooperación entre sus miembros europeos y los americanos (USA y Canadá)* en materias de seguridad y defensa.

— Preservar el equilibrio estratégico en Europa.

---

(56) *Ibid.*, p. 11.

(57) DEL ARENAL, Celestino, y ALDECOA, Francisco, *España y la OTAN, textos y documentos*, Madrid: Tecnos, 1986, pp. 153 y ss.

(58) WÖRNER, Manfred, «La Alianza Atlántica en una nueva era», *Revista de la OTAN*, n.º 1 (febrero de 1991), p. 3.

(59) *Ibid.*, pp. 4 y 5.

(60) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 13.

El cambio ha ido unido a la definición de nuevas funciones, que fueron oscilando suavemente de la guerra clásica hacia las policiales. La Alianza renunció a configurarse como una organización decisoria y prefirió adoptar una naturaleza instrumental, subordinada a la mera ejecución de políticas diseñadas por otras organizaciones, quizá porque en su seno se unían Estados heterogéneos y con ciertos fines estratégicos comunes, pero con identidades diversas y hasta políticas a veces contradictorias (Estados norteamericanos y europeos, caso Turquía-Grecia, etc.).

Para delimitar las nueva funciones fue preciso desarrollar un período de reflexión al respecto, que se encuadró en una doble línea de actuación. Por un lado, se admitía la posibilidad de ejercer acciones preventivas, lo cual puede considerarse como un signo inequívoco del inicio de cierto cambio de mentalidad en los órganos rectores de la Alianza, que se abrían a la nueva realidad internacional, reflexionaban sobre ella y no consentían en anquilosarse en viejas y entonces probablemente obsoletas estructuras de cooperación internacional militar. En este sentido, sin duda la OTAN proporcionó una sensación de dinamismo que otras organizaciones, siquiera incipientes (el proceso político europeo), no podían siquiera soñar. En segundo lugar, se adoptaron las primeras vías de comunicación con las potencias todavía enemigas, con lo cual se abrían perspectivas para un cambio doctrinal en la concepción de la guerra: el paso de un concepto absoluto y total a otras formas más políticas en las que parecía tener lugar un cierto grado de diálogo. También surgía la gran pregunta: ¿qué hacer si el enemigo dejaba de serlo o al menos no era tan agresivo? Debemos tener presente que, desde la disolución del Pacto de Varsovia hasta la firma del «*Acta Fundacional sobre Relaciones Mutuas, Cooperación y Seguridad*» (61) (de 27 de mayo de 1997) entre la OTAN y Rusia, y más tarde con la invitación de la Alianza, hecha en la Cumbre de Madrid de 8 de julio de 1997, para que Polonia, la República Checa y Hungría se incorporen a ella, se ha desarrollado un proceso político que ha oscilado desde la prevención y la duda hasta la citada invitación. Todo ello nos parece claro ahora, pero en su inicio planteaba muchas prevenciones.

Este proceso se inició con el «*Comunicado de Turnberry*» de 7 y 8 de Junio de 1990 (62). En su punto n.º 11 establecía que la Alianza había de *continuar defendiendo un papel esencial en la prevención de con-*

---

(61) URL://GOPHER.NATO.INT:70/1.

(62) *Revista de la OTAN*, n.º 2 (abril de 1990), p. 29.

*flictos*, con lo cual quedaba abierta a nuevas formas de gestión de crisis, tales como las OO.PP. Apenas un mes después, tras la reunión del Consejo Atlántico de Londres de 5 y 6 de julio de 1990 (63), los Jefes de Estado y de Gobierno de la OTAN hicieron pública la «*Declaración de Londres sobre una Alianza Atlántica renovada*». Este documento contenía propuestas concretas para desarrollar la cooperación con los países de la Europa Central y Oriental, a través de una amplia gama de actividades políticas y militares y en especial mediante el establecimiento de vínculos diplomáticos regulares entre ellos y la OTAN(64). Nacía así el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN), que examinaremos más adelante.

La búsqueda de la propia identidad se tradujo en la creación de un grupo de trabajo cuyo resultado más importante fue la definición del «*Nuevo Concepto Estratégico de la Alianza*» (NCE), aprobado en la Cumbre de Roma de 7 y 8 de noviembre de 1991 (65). Se partía de una premisa: dentro del nuevo entorno estratégico de la Alianza, las posibilidades de estallido de una guerra general en Europa, al contrario de lo que se pensaba durante la Guerra Fría, eran mínimas (66). Así pues, era preciso definir nuevas formas de prevención de conflictos. En los puntos agrupados bajo la denominación genérica de «*El contexto estratégico*», el documento analizaba las reformas de 1989: cambios políticos, aperturas democráticas, proceso político europeo, proceso CSCE de control de armamentos, etc. La primera conclusión que se deducía del estudio del cambio europeo se contenía en los «*Desafíos y riesgos que amenazaban la seguridad*». En este capítulo, se afirmaba que el cambio en los riesgos debía producir un cambio paralelo en los procedimientos que se arbitraran para superarlos(67).

El modelo estratégico propuesto en este documento parte de considerar el papel de las Fuerzas Armadas (FF.AA.) como una garantía de la integridad territorial y la independencia política de los Estados miembros, contribuyendo así a la paz y estabilidad en Europa (68). En él se mantiene el carácter defensivo (69) de la Alianza y se reconoce el valor

---

(63) *Revista de la OTAN*, n.º 2 (agosto de 1990), p. 32.

(64) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 214.

(65) BARBE, Exther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 170.

(66) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 183.

(67) *Ibid.*, p. 175.

(68) *Ibid.*, p. 181.

(69) *Ibid.*

que en la gestión moderna de crisis tiene la diplomacia preventiva(70). En el capítulo titulado «*Misiones de las Fuerzas Armadas de la Alianza*», se esboza la clasificación funcional de las mismas, para tiempos de *paz, crisis y guerra* (71). Respecto a las *crisis*, señala lo siguiente:

*En casos de crisis que amenacen militarmente la seguridad de los miembros de la Organización podrán utilizarse efectivos militares de la Alianza como complemento y refuerzo de acciones políticas dentro de una interpretación amplia del concepto de seguridad, contribuyendo así a la gestión de crisis y a su resolución por vías pacíficas* (72).

Además de todo lo anterior, la difícil situación económica de las Naciones Unidas obligó a que buscaran nuevos socios en la gestión de la Postguerra Fría. En 1992, el informe anual del Secretario General a la Asamblea General ponía de relieve la existencia de una deuda de 723 millones de dólares, equivalente al 62 % del presupuesto general de la Organización para 1993, producida por el desarrollo de OO.PP. Al respecto, Annan señala lo siguiente:

*El tamaño y la complejidad de las operaciones de mantenimiento de la paz nos obliga a explorar nuevas vías de cooperación con organizaciones regionales como la OTAN. La Alianza, con su estructura militar, recursos y peso político, puede contribuir enormemente al concepto de mantenimiento de la paz, sobre todo en lo que se refiere a fuerzas. Las operaciones más ambiciosas y que exigen acción requerirían estructuras de mando y control y material muy sofisticado* (73).

Así pues, la colaboración con la OTAN permitiría a las Naciones Unidas un cierto respiro económico y militar, pues los medios susceptibles de movilizar pueden considerarse con todo rigor como los más potentes y moderos del mundo. La UNPROFOR, en sus últimos momentos, cuando se pretendió aplicar el *Plan de Paz Vance-Owen* para

---

(70) *Ibid.*

(71) *Ibid.*, p. 182.

(72) *Ibid.*, p. 183.

(73) ANNAN, Kofi A., «Las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas y la cooperación con la OTAN», *Revista de la OTAN*, n.º 5 (octubre de 1993).

Yugoslavia, debía verse aumentada hasta unos 85.000 hombres, lo cual obligó a la ONU a declararse incapaz de tamaño esfuerzo. En este sentido, para Kriendler (74), la OTAN dispone de una serie de ventajas únicas: unas capacidades militares potentísimas, susceptibles de proyección, y la reunión en su seno del esfuerzo internacional más creíble en defensa de la paz y la seguridad internacionales (75). Desde esta perspectiva, las OO.PP. deben entenderse como parte integral de la gestión de crisis.

Debemos destacar el carácter instrumental y no decisivo que la OTAN ha reclamado para sí en cuanto a la ejecución de OO.PP. De acuerdo con ello, no tiene capacidades para planear y diseñar la acción política en que consiste una operación, sino que su labor se centra en la ejecución material. Al respecto, Kriendler (76) señala que...

*... La OTAN no está preparada para llevar a cabo operaciones de mantenimiento de la paz por iniciativa propia dado que es poco probable que todos los Aliados se pusieran de acuerdo para acciones de este tipo. Como pone de relieve el problema de la antigua Yugoslavia, es esencial que colaboraremos estrechamente con la ONU, organización sobre la que, según su Carta fundacional, recae la responsabilidad de mantener la paz y seguridad internacionales y tiene capacidad para emitir un mandato que ayude a preservar la paz o, llegado el caso, implantarla (77).*

Este mismo autor opina que existen una serie de factores decisivos para la OTAN, en orden a participar en una OP: la existencia de riesgos para la Alianza, el ser una organización colectiva muy experimentada y la representatividad que ostentan sus miembros respecto a las democracias occidentales (78).

Esta primera postura de la OTAN respecto al mantenimiento de la paz se ha visto reforzada tras la Cumbre de Madrid, celebrada el 8 y 9

---

(74) KRIENDLER, John, «El nuevo papel de la OTAN: Oportunidades y limitaciones en el mantenimiento de la paz», *Revista de la OTAN*, n.º 3 (junio de 1993), pp. 16 y ss.

(75) *Ibid.*, p. 17.

(76) *Ibid.*

(77) *Ibid.*, pp. 17 y 18.

(78) *Ibid.*, p. 21.



de julio de 1997. Ha supuesto la ratificación del programa político que contenía el NCE y ha planteado unas líneas de cambio estructural que se pueden resumir en tres puntos: ampliación de la Alianza hacia el Este, con la invitación a la incorporación de Polonia, la República Checa y Hungría; una reforma de los mandos, que deberá asegurar una mayor flexibilidad de forma que pueda hacer frente a un entorno estratégico con riesgos poco predecibles y muy diversos; y la adopción de ciertos mecanismos miliares necesarios para la participación de nuevos socios, en parte ya previstos y aplicados (79): las Fuerzas Operativas Combinadas Conjuntas (FOCC), especialmente diseñadas para la realización de OO.PP. fuera de área o BAOR (*Beyond Area Of Responsibility*).

## 7. LAS OO.PP.-OTAN REALIZADAS

La OTAN ha adoptado la institución que estudiamos en dos líneas de actuación. En primer lugar, ha desarrollado la doctrina pertinente para que sean verificadas por sus propias estructuras políticas y militares. En segundo lugar, ha previsto su desarrollo en el seno de las organizaciones menores creadas para la cooperación con los países del disuelto Pacto de Varsovia: el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN), recientemente sustituido por el Consejo de Asociación Euroatlántica (CAEA), y la Asociación para la Paz (APP).

La aceptación de la institución por la OTAN no planteó grandes debates internos. La doctrina (80) denominó a las OO.PP. *problemas fuera de área* u operaciones BAOR (*Beyond Area Of Responsibility*) y se preguntó cómo podían engarzarse jurídicamente con el art. 5 del Tratado de Washington, según el cual se consideraba motivo de intervención el ataque armado contra los miembros de la Alianza producido en Europa y América del Norte. Se optó, finalmente, por una interpretación funcional (81) del citado artículo, y no geográfica, de tal manera que se hacía primar sobre cualquier consideración el deber de cooperación y mutua defensa en que consiste el vínculo atlantista. Por otra parte, al momento de redacción del citado artículo, no se había desarrollado todavía la doc-

---

(79) Las Fuerzas Operativas Combinadas Conjuntas o *Combined Joint Task Force*, CJTF. Ver los puntos relativos a la cooperación OTAN-UEO en este capítulo.

(80) ANDO, Salvo, «La Alianza se prepara para realizar labores de mantenimiento de la paz», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (1993), p. 4.

(81) *Ibid.*, p. 5.

trina general de las OO.PP. De esta manera se afirmaba tácitamente la aparición de un cambio de la realidad internacional justificador de una modificación del Tratado fundacional, por aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*.

El punto de arranque de la realización de OO.PP. por la OTAN es la «Declaración emitida por los Jefes de Estado y de Gobierno partícipes en el Consejo del Atlántico Norte en Roma del 7 al 8 de noviembre de 1991» (82). En ella se manifestaba la intención política de apoyar a las Naciones Unidas en sus intentos de pacificación. El «Comunicado del Consejo del Atlántico Norte reunido en sesión ministerial en Bruselas» el 19 de diciembre de 1991 (83) condenaba en su punto n.º 7 la violencia continuada en Yugoslavia y anunciaba la realización de *consultas sobre la situación*, con vistas a una posible intervención. En la «Declaración de Oslo» de 4 de junio de 1992 (84) se afirmaba que la Alianza estaba dispuesta a colaborar con la entonces CSCE en la puesta en práctica de operaciones de paz, como consecuencia lógica de lo anterior. Según Solana (85), esta decisión se tomó por presiones de los Estados Unidos, que ejercieron así un papel director en la Alianza. El punto n.º 13 del citado documento establecía lo siguiente:

*Respaldamos la valiosa contribución de las Naciones Unidas a la solución de conflictos y el mantenimiento de la paz en la región euroatlántica. Reiteramos nuestra voluntad de reforzar los medios a disposición de esta organización para llevar a cabo todas las misiones en favor de la paz mundial. Nos felicitamos por el hecho de que los Aliados participen y contribuyan a las actividades de mantenimiento de la paz y otros esfuerzos de las Naciones Unidas (86).*

---

(82) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1991), p. 23.

(83) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 1 (febrero de 1992), p. 27.

(84) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 3 (junio de 1992), pp. 30 y ss.

(85) SOLANA, Javier, «El futuro de la OTAN y los intereses de los Estados Unidos», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, n.º 652 (abril 1996), p. 249.

(86) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 3 (junio de 1992), p. 31.

A mayor abundamiento, el «Comunicado final del Consejo del Atlántico Norte» de 5 de junio de 1992 (87), en relación con la CSCE declaraba que...

*... A este respecto, asignamos particular importancia al refuerzo de las capacidades operativas e institucionales a disposición de dicha organización para contribuir a la prevención de conflictos, gestión de crisis y solución de disputas por medios pacíficos, incluidas las operaciones de mantenimiento de la paz, utilizando para ello el potencial y todo el apoyo que puedan brindarles los países miembros de la CSCE y otras organizaciones que estén dispuestas a contribuir (88).*

Apenas unos días más tarde, la entonces CSCE publicó su documento titulado «El Desafío del Cambio», de 10 de julio de 1992, también llamado «Helsinki-92». El punto n.º 20 de su capítulo titulado «La CSCE y la gestión del Cambio» establecía lo siguiente:

*Hemos dispuesto lo necesario para el mantenimiento de la paz por la CSCE de conformidad con modalidades convenidas. (...) A este respecto estamos preparados a buscar, caso por caso, el apoyo de las instituciones y organizaciones internacionales tales como la CE, la OTAN y la UEO (89).*

Así pues, ambas organizaciones se unían para el mantenimiento de la paz internacional. Al respecto, hay que destacar que la OTAN no se vinculaba, según lo anterior, como la OSCE, a la Carta de Naciones Unidas en calidad de organización regional, con capacidad para planear, organizar y dirigir una operación de paz, sino que era y es una organización instrumental, con capacidad y voluntad para contribuir y participar en iniciativas internacionales concretas, planeadas por otros sujetos internacionales (90).

La cooperación se ha concretado a lo largo del siguiente proceso histórico, íntimamente ligado a la guerra de Yugoslavia. El 10 de julio

---

(87) *Ibid.*, p. 32.

(88) *Ibid.*, p. 33.

(89) *Ibid.*, p. 196.

(90) MARTÍNEZ ESPARZA VALIENTE, Juan Antonio, y otros, *Manual de Operaciones de Paz*, op. cit., p. 238.

de 1992, el Consejo del Atlántico Norte, reunido en sesión ministerial en Helsinki, decidió que la Alianza participara en una operación naval conjunta de vigilancia del Mar Adriático con la Unión Europea Occidental, para controlar la aplicación de las sanciones adoptadas por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas (Resoluciones 713 y 757) con respecto a Serbia y Montenegro(91).

En agosto de 1992 se publicó la «*Declaración del Secretario General sobre la situación de la antigua Yugoslavia*» (92). En ella se condenaba las violaciones de los derechos humanos y del Derecho Humanitario Bélico perpetradas en los distintos teatros de operaciones, y reiteraba el anuncio de la preparación de una posible intervención militar para asegurar las Resoluciones adoptadas por Naciones Unidas relativas a la guerra. Ese mismo año, mediante la «*Declaración sobre la crisis en el territorio de la antigua Yugoslavia*», emitida por el Consejo del Atlántico Norte en Oslo el 4 de junio (93), la Alianza manifestaba su apoyo incondicional a las Naciones Unidas, a sus sanciones y medidas de pacificación, al tiempo que condenaba el uso de la violencia y apelaba a que la comunidad internacional respondiera a las peticiones de ayuda humanitaria realizadas por las víctimas del conflicto. Como puede verse a simple vista, la Alianza amenazaba veladamente con una intervención militar de considerable envergadura, como sucedería finalmente, aunque esta deducción sea de más fácil planeamiento una vez que los acontecimientos se han producido.

El 2 de septiembre del mismo año, el Consejo del Atlántico Norte tomó una serie de provisiones para poner a disposición de las Naciones Unidas, la entonces CSCE y la Comunidad Europea los recursos de la Alianza y apoyar así la acción de estas organizaciones en la guerra de Yugoslavia, en especial, para la protección de la acción humanitaria y la vigilancia y control por parte de las Naciones Unidas del uso de armas pesadas (94). Los días 12 y 13 de septiembre, tras nuevas declaraciones, la OTAN aseguraba su apoyo a las operaciones realizadas en Yugoslavia (95). El 14 de octubre, el Consejo del Atlántico Norte autorizó el

---

(91) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 227.

(92) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1992), p. 35.

(93) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 3 (junio de 1992), p. 5.

(94) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 228.

(95) *Ibid.*

empleo de medios de detección avanzada o lejana (AWACS) de la Alianza para vigilar la zona de exclusión aérea impuesta por la ONU a Bosnia-Herzegovina (96). Los días 20 y 21 del mismo mes los ministros de defensa de la Alianza redactaron el «Comunicado final del Grupo de Planes Nucleares de la OTAN» (97), reunidos Gleneagles, Escocia. En él se resumían las conclusiones a las que llegaron tras estudiar las implicaciones que se podían deducir para la OTAN como consecuencia de su participación en OO.PP., con vistas a la realización de la planificación de la defensa colectiva de la Alianza (98). El 20 de noviembre, el Consejo del Atlántico Norte autorizó a las fuerzas navales de la OTAN a que iniciaran las operaciones pertinentes para la aplicación de las medidas para la aplicación de las medidas de embargo decretadas por Naciones Unidas para la guerra de Yugoslavia, en coordinación con las fuerzas de la UEO en el Adriático (99). El 11 de diciembre, los ministros de defensa que participaban en la reunión del Comité de Planes de Defensa de la Alianza declararon que el apoyo a las OO.PP. de la ONU y de la entonces CSCE deberían figurar entre las misiones de las fuerzas y los cuarteles generales de la OTAN (100). En el punto n.º 3 del «Comunicado del Comité de Planes de Defensa» de tal fecha (101) se podía leer lo siguiente:

*... Los Aliados contribuyen de manera concreta y sustancial a las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas, controlando la aplicación del alto el fuego y participando y dando protección a los convoyes de ayuda humanitaria.*

Al propio tiempo, se reconocían en su punto n.º 4 las enormes posibilidades que ofrecía la realización de OO.PP. por la Alianza:

*La capacidad de la OTAN para contribuir a las operaciones de mantenimiento de la paz es única. Como ministros de Defensa tenemos un papel importante en el desarrollo de la*

---

(96) *Ibid.*

(97) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 5 (octubre de 1992), pp. 35 y ss.

(98) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 229.

(99) *Ibid.*

(100) *Ibid.*

(101) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1992), p. 32.

*capacidad de la OTAN para respaldar este tipo de operaciones a instancias de la ONU o la CSCE. Un compromiso de la Alianza en favor del mantenimiento de la paz a través de medios colectivos o mediante contribuciones puramente nacionales, conlleva implicaciones para la planificación de la defensa de la OTAN. A este respecto es importante asegurar que las contribuciones nacionales a las operaciones de mantenimiento de la paz sean compatibles con las responsabilidades y medios de la Alianza en materia de defensa colectiva. Teniendo en cuenta que las decisiones de apoyar estas actividades deberán ser adoptadas caso por caso y conforme los procedimientos de la Alianza, debemos contar con los medios necesarios y disponibles para ser utilizados cuando se adopte una decisión en este sentido. Las autoridades militares de la OTAN han comenzado ya a preparar la base indispensable para un eventual apoyo futuro de la Alianza a actividades de mantenimiento de la paz. Como complemento a esta tarea y de acuerdo con la decisión política adoptada por el Consejo de Oslo sobre el apoyo de la Alianza al mantenimiento de la paz, hemos encargado al DPC (102) en sesión permanente la identificación de medidas específicas en áreas tales como mando y control, apoyo logístico, infraestructura o formación y maniobras que permitirían mejorar las posibilidades aliadas para llevar a cabo operaciones de mantenimiento de la paz, pudiendo ser perfeccionadas durante el proceso de elaboración de los planes de fuerzas. Hemos concluido que el apoyo a las operaciones de mantenimiento de la paz de Naciones Unidas y de la CSCE debe incluirse entre las misiones de los efectivos y de los Cuarteles Generales de la OTAN. Dentro de este campo creemos que todos los aliados, en la medida de lo posible, deberían participar en la planificación y realización de preparativos (103).*

Por último, su punto n.º 14 renovaba su política de apoyo a las Naciones Unidas y la CSCE, al afirmar lo siguiente:

---

(102) Comité de Planes de Defensa.

(103) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1992), p. 32.

*La Alianza continuará siendo el centro de las actividades destinadas a promover y garantizar la estabilidad en Europa. Gracias a su dimensión transatlántica y a su experiencia, estructuras y potencial militar únicos, la OTAN está capacitada para ayudar a las Naciones Unidas y a la CSCE en sus esfuerzos por contener y solucionar la escalada de conflictos regionales en el continente europeo. La actual adaptación de las estructuras de la Alianza al nuevo contexto de seguridad aumentará las posibilidades de la OTAN a este respecto. La defensa colectiva de la Alianza constituye el fundamento de nuestra propia seguridad y contribuye de manera esencial al fortalecimiento de la seguridad y la estabilidad europea en su conjunto (104).*

El 17 de diciembre, mediante el «Comunicado de la reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte» (105), dado en Bruselas, los ministros de exteriores anunciaron que estaban dispuestos a apoyar las operaciones de la ONU en Yugoslavia. Decidieron, asimismo, reforzar la coordinación de la Alianza para potenciar el mantenimiento de la paz y poner en marcha medidas prácticas a fin de hacer más eficaz la contribución de la Alianza en este terreno (106). En el apartado titulado «*El papel de la OTAN en el mantenimiento de la paz*» se establecía lo siguiente:

*4. Manifestamos hoy que la Alianza está preparada para respaldar—caso por caso y según nuestros propios procedimientos— las operaciones de mantenimiento de la paz que se lleven a cabo bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, máximo responsable de la paz y seguridad internacionales. Estamos dispuestos a responder de forma positiva a aquellas iniciativas que el Secretario General de la ONU pudiera adoptar recabando la ayuda de la Alianza para la puesta en práctica de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU (107).*

---

(104) *Ibid.*, p. 33.

(105) *Ibid.*, p. 28.

(106) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 230.

(107) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1992), p. 28.

En la «Declaración sobre la antigua Yugoslavia del Consejo del Atlántico Norte» (108), emitida el mismo día, se destacaba la colaboración entre organizaciones internacionales, en su apartado 1:

*Las recientes reuniones de Edimburgo, Estocolmo y Ginebra pusieron de manifiesto la impaciencia de la comunidad internacional con respecto a la situación, su determinación de acabar con la carnicería y desorden imperantes en la antigua Yugoslavia y su compromiso de alcanzar un acuerdo duradero de forma negociada y pacífica. Estamos contribuyendo individualmente y como Alianza a la puesta en práctica de las resoluciones del Consejo de Seguridad de la ONU y estamos preparados para satisfacer nuevas peticiones en este sentido.*

Y en su apartado n.º 7 se establecía lo siguiente:

*La Alianza ha proporcionado personal y material al Cuartel General de la UNPROFOR II en Bosnia-Herzegovina, contribuye en el Adriático a hacer cumplir los embargos decretados por la ONU y proporciona a Naciones Unidas información recabada por sus aviones de alerta temprana (AWACS) para vigilar la zona de exclusión aérea sobre Bosnia-Herzegovina. Algunos miembros de la Alianza están dispuestos a aumentar la ayuda prestada a Naciones Unidas para poner en práctica su decisión de mantener la paz y seguridad internacionales (109).*

El desarrollo de las hostilidades permitió que se arbitraran las providencias pertinentes para que la OTAN ejerciera la fuerza en defensa de las decisiones de Naciones Unidas. Así, la Resolución 836 del Consejo de Seguridad, de 4 de julio de 1993 autorizó a la Alianza tal ejercicio de fuerza mediante su poder aéreo; y a la UNPROFOR la adopción de todas las medidas que considerara necesarias, incluida el uso de la fuerza, para dar cumplimiento a su Mandato. Asimismo se permitía a los miembros de Naciones Unidas prestar apoyo aéreo de carácter defensivo y preventivo a la UNPROFOR, actuando con carácter individual o me-

---

(108) *Ibid.*, p. 31.

(109) *Ibid.*



diante el conducto de las organizaciones o acuerdos regionales que estimaran oportunos, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad y en colaboración con el Secretario General y la propia UNPROFOR. Como consecuencia de ello, la OTAN publicó la «*Declaración del Secretario General tras la reunión extraordinaria del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Bruselas*» el 2 de agosto de 1993 (110), las «*Decisiones adoptadas en la reunión del Consejo del Atlántico Norte de 9 de agosto de 1993*» (111) y el «*Comunicado del Comité de Planes de Defensa y del Grupo de Planes Nucleares*», de la misma fecha (112).

En el primero de los documentos aludidos (puntos ns. 2 y 3) la Alianza anunciaba que estaba preparada para participar en la aplicación de los acuerdos de paz y medidas de pacificación bajo la autoridad del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, con lo cual la realización de sus *air strikes* (acciones de interdicción aérea) en Bosnia-Herzegovina era inminente. A tal efecto se redactó un documento titulado «*Operational Option for Air Strikes and B-H*» (113) de igual fecha que los anteriores.

En el segundo y en el tercer documento se aprobaban las medidas adoptadas para detener la lucha de Yugoslavia y condenaba la violación reiterada de derechos humanos en las zonas de guerra. Y el 2 de diciembre de 1993 vio la luz el «*Comunicado final emitido tras la Reunión Ministerial del Consejo del Atlántico Norte*» (114), que en su punto n.º 10 reiteraba el apoyo de la Alianza a las Naciones Unidas.

A partir de este momento, una vez aceptada la posibilidad de realizar *operacions fuera de área*, la OTAN unió sus esfuerzos a la Unión Europea Occidental (UEO) y a las nuevas organizaciones de cooperación en materia política y de seguridad creadas de cara al Este europeo: el Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN) y la Asociación Para la Paz (AAP), que veremos a continuación.

Por su parte, la OTAN ha realizado varias OO.PP. En primer lugar, citaremos las operaciones marítimas: *Maritime/Albanian Guard* y *Sharp Guard*. El 26 de febrero de 1992, Consejo Atlántico Norte manifestó la

---

(110) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 4 (agosto de 1993), p. 26.

(111) *Ibid.*

(112) *Ibid.*, p. 27.

(113) <http://www.nato.int/>

(114) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1993), p. 25.

voluntad de la OTAN de asegurar el mantenimiento de la paz en Yugoslavia. De acuerdo con ello, dada la declaración de intervenir en el conflicto, el 10 de julio de 1992 el Consejo Atlántico Norte reunido en Helsinki, decidió que la OTAN participara en una operación de vigilancia marítima en el Adriático en colaboración con la UEO. Serán examinadas al hablar de las OO.PP. mixtas.

En segundo lugar, se han realizado las operaciones aéreas *Sky Monitor*, *Deny Flight* y *Deliberace Force*. La Resolución 781/92 de 8 de octubre, del Consejo de Seguridad prohibió los vuelos militares sobre Bosnia-Herzegovina, salvo los de apoyo a UNPROFOR y la ayuda humanitaria prestada en su territorio. El 16 de octubre comenzaron las operaciones de vigilancia aérea necesarias para dar cumplimiento a lo anterior, bajo la denominación *Sky Monitor*, con aviones de alerta temprana AWACS (115).

La resolución 816/93 del Consejo de Seguridad reiteró lo anterior y declaró Bosnia-Herzegovina zona de exclusión de vuelos, con lo cual se inició el 12 de abril la Operación *DEny Flight* de negación del espacio aéreo, por la que se prohibía el vuelo de aeronaves de los contendientes en la zona de exclusión. Causaron esta medida las constantes violaciones del espacio aéreo de Bosnia-Herzegovina por aviones serbios y la ofensiva serbia sobre Srebrenica. Entre sus misiones (116) destacaban la vigilancia aérea, la ejecución del cumplimiento de la prohibición de vuelos, la protección aérea a UNPROFOR y la realización de *air strikes* en su ayuda. La operación *Deliberance Force* se inició el 30 de agosto de 1993 contra la artillería serbia que actuaba sobre Srebrenica (117). En estas operaciones han participado unidades del Ejército del Aire español.

Todo este proceso político necesitó de una definición doctrinal, que se realizó con la publicación reciente de dos instrumentos básicos al respecto: el «*Documento de Apoyo de la OTAN a las Operaciones de Paz de la CSCE*» y el «*Documento de Planeamiento Militar*» sobre el apoyo de la Alianza a las actividades de operaciones de paz (118). En el primero se contienen los procedimientos y modalidades de cooperación

---

(115) ALBERT FERRERO, Julio, «Operaciones Aéreas en Bosnia-Herzegovina», *Revista General de Marina*, n.º 230 (junio de 1996), p. 679.

(116) MORATO FERRO, «Las operaciones militares de bloqueo y negación del espacio aéreo en la República Federal de Yugoslavia. Años 1992 y 1993», *Cuadernos de Estrategia-CESEDEN*, n.º 73 (1995), p. 113.

(117) <http://www.nato.int/>

(118) MARTÍNEZ ESPARZA VALIENTE, Juan Antonio, y otros, *Manual de Operaciones de Paz*, op. cit., p. 238.

con la OSCE y Naciones Unidas, y el segundo, aspectos de planeamiento militar, tales como tipos de misiones, determinación de autoridades de la operación, disposiciones de mando y control, estatuto de la fuerza, etcétera.

8. LAS OO.PP. DEL CONSEJO DE COOPERACIÓN DEL ATLÁNTICO NORTE (CCAN), LA ASOCIACIÓN PARA LA PAZ (APP) Y EL CONSEJO DE ASOCIACIÓN EUROATLÁNTICA (CAEA). LA OPERACIÓN *JOINT ENDEAVOUR* Y LA *FUERZA DE EJECUCIÓN (IMPLEMENTACIÓN FORCE, IFOR)*; LA OPERACIÓN *JOINT GUARD* Y LA *FUERZA DE ESTABILIZACIÓN (STABILIZATION FORCE, SFOR)*

En la Cumbre de Londres de julio de 1990, los Jefes de Estado y de Gobierno de la Alianza anunciaron las propuestas más importantes de cuantas hizo públicas la OTAN desde su fundación y que iba a traducirse en la adopción de medidas de gran trascendencia para transformar la Alianza. Esta toma de posición se había gestado un mes antes, los días 7 y 8 de junio, cuando se propuso a la URSS una oferta de amistad y cooperación contenida en el «*Mensaje de Turnberry*» (119). A su vez, en la «*Declaración de París*», de 19 de noviembre de 1990, la Alianza anunció que ya no consideraba enemigos a los antiguos adversarios. Este proceso culminaría con la «*Declaración de Roma*» de 8 de noviembre de 1991, en la que se establecieron las bases para un sistema de relaciones institucionalizadas con los *países OCE* (Europa Central y Oriental) y los antiguos miembros de la URSS, a través de la fundación del Consejo de Cooperación del Atlántico Norte (CCAN), del que formarían parte los miembros de la OTAN, los sucesores de la URSS y los antiguos satélites integrantes del Pacto de Varsovia. Recientemente hemos vivido los últimos capítulos de esta historia.

En primer lugar, tenemos el «*Acta fundacional de relaciones mutuas, cooperación y seguridad*» suscrita entre la OTAN y la Federación Rusa el 27 de mayo de 1997. Esta declaración ha creado un foro de intercambio político permanente entre sus dos firmantes: el Consejo Conjunto Permanente OTAN-RUSIA, que tendrá por misión la comunicación basada en la reciprocidad, la transparencia y la confianza. Este documento supone la plasmación de un acuerdo entre la Rusia emergente de Yeltsin y la Alianza, y es reflejo de las tensiones internas que ma-

---

(119) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 63.

nifiesta la política exterior rusa en relación con el mantenimiento de un espacio estratégico en el que pueda ejercer un papel director. Al respecto fue significativa la declaración realizada por Yeltsin el 4 de marzo de 1993, según la cual se autoconstituyó en heredero de la autoridad del antiguo imperio (120).

Esta nueva política se manifiesta en varios frentes (121). Así, en primer lugar, debemos tener presente el deseo manifestado por la Federación Rusa de recibir de organizaciones internacionales y gobiernos occidentales ciertas tareas políticas que garanticen la estabilidad en el antiguo imperio, de acuerdo con la doctrina del *near abroad* o del *extranjero cercano* (122). Asimismo, son palpables sus intentos de recuperar un papel activo en la diplomacia internacional, como ha sido su intervención durante el conflicto yugoslavo a favor de las tesis serbias, o en el reciente iraquí, sobre los inspectores de armamento de Naciones Unidas. Desde un punto de vista ideológico, vuelven a aparecer las clásicas líneas del pensamiento que han marcado la historia moderna de Rusia: la *occidentalización* o apertura hacia los régimen democráticos europeos, como culminación natural del *Nuevo Pensamiento* (123), y la *orientalización* (124) eslava. En este sentido, los acuerdos con la OTAN, además de producir una sensación de seguridad en Rusia y garantizar su estabilidad internacional frente a la mayor potencia militar de Occidente, es un triunfo de las tesis occidentalizadoras. La hipótesis que parecía sugerir a los analistas rusos un ataque occidental, asentada firmemente en la imaginación colectiva eslava, debe descartarse en la actualidad.

Las funciones del CCAN se han concentrado sobre cuestiones de seguridad y cooperación afín: planeamiento de la defensa, concepción democrática de las relaciones entre civiles y militares, problemas científicos y de medio ambiente, coordinación entre civiles y militares para gestión de la circulación aérea y reconversión de la industria militar para fines civiles (125). Los temas, como puede verse, se agrupan en dos

---

(120) *Ibid.*, p. 217.

(121) SÁEZ, Pedro, y AGUIRRE, Mariano, *Rusia, buscando su nuevo destino*, en Aguirre, Mariano, *Ruptura de hegemonías, la fragmentación del poder en el mundo (Anuario del Centro de Investigación para la Paz, CIP, 1994-1995)*, Madrid: Icaria Editorial, 1996, p. 87.

(122) *Ibid.*

(123) Cf. MARTÍN DE LA GUARDIA, Ricardo M. y PÉREZ SÁNCHEZ, Guillermo A., *La Unión Soviética: de la Perestroika a la desintegración*, Madrid: Istmo, 1995.

(124) *Ibid.*

(125) *Ibid.*, p. 73.

campos: la integración de unas FF.AA. autoritarias en los nuevos regímenes democráticos y su modernización operativa. Así pues, la OSCE ha gestionado catalíticamente la reconversión militarista de antiguas estructuras y su encuadramiento en nuevas organizaciones de corte occidental, menos agresivas y más democráticas, lo cual supone, además, el inicio de políticas internas de control civil de las élites militares formadas en las doctrinas internacionales marxistas-leninistas y trostkistas. Se admiten, por tanto, las concepciones occidentales de contención de la guerra, extensión de la democracia, intervención y policía internacional.

La preocupación del CCAN por las OO.PP. se inicia con la reunión de ministros de defensa de la Alianza, celebrada en Glenaegles (Escocia) los días 20 y 21 de octubre de 1992, tras la cual vio la luz el «Comunicado final del Grupo de Planes Nucleares de la OTAN» (126). Se señaló que todos los temas relacionados con el mantenimiento de la paz serían examinados conjuntamente con los demás socios del Consejo. El 18 de diciembre de 1992 se adoptó por el CCAN la decisión de crear un...

*... Grupo Ad Hoc sobre Cooperación en el Mantenimiento de la Paz con el objetivo de desarrollar una base común de entendimiento tanto en el terreno político como en el instrumental para las operaciones de mantenimiento de la paz (127).*

Su fin era compartir experiencias y desarrollar puntos de vista prácticos comunes, así como sistemas de cooperación en apoyo de las operaciones de estas características que se llevaran a cabo bajo la responsabilidad de Naciones Unidas o de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE).

Fruto de la actividad del Grupo Ad Hoc fue la elaboración del «Informe elevado a los Ministros por el Grupo Ad Hoc del NACC sobre Cooperación en el Mantenimiento de la Paz» de 11 de junio de 1993 (129). En

---

(126) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 5 (octubre de 1992), pp. 35 y ss.

(127) «Informe elevado a los Ministros por el Grupo Ad Hoc del NACC sobre Cooperación en el Mantenimiento de la Paz», de 11 de junio de 1993, NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 4 (agosto de 1993).

(128) *Ibid.*

(129) *Ibid.*

él se destacaba la falta de una definición generalmente aceptada para las OO.PP., tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en el Acta Final de Helsinki. La práctica avalaba sin duda las realizadas por las Naciones Unidas y las que podría realizar la OSCE quedarían bajo el amparo del «*Documento Helsinki-92*». En el Informe del Grupo Ad Hoc se establecían las posibles actividades a desarrollarse por el CCAN, caso de aceptar la institución de las OO.PP. Eran los siguientes: prevención de conflictos, restablecimiento, mantenimiento de la paz, imposición y consolidación de la paz.

La prevención de conflictos consiste en la realización de aquellas acciones diplomáticas pertinentes para alcanzar una solución pacífica, una vez comenzados. En ella se incluyen los buenos oficios, la mediación, la conciliación, etc. El mantenimiento de la paz constituye la contención, moderación y/o conclusión de las hostilidades entre o dentro de los Estados por medio de la intervención de una tercera parte imparcial, organizada y dirigida internacionalmente. La imposición de la paz consiste en la acción incluida en el Capítulo VII de la Carta, por la que se restablece la paz en una zona de conflicto a través de medios militares. Por último, la consolidación de la paz es aquella acción posterior al conflicto mediante la que se identifican y respaldan aquellas estructuras que tenderán a fortalecer y consolidar un acuerdo político que impida retroceder de nuevo hacia el conflicto.

Asimismo, se establecieron ciertos criterios para la ejecución de futuras OO.PP. En primer lugar, sólo podrían realizarse bajo mandato de las Naciones Unidas o de la OSCE y previa petición de cualquiera de las dos organizaciones. En segundo lugar, deberían realizarse caso por caso, como se planteaba en la doctrina OTAN. El CCAN operaría como organización instrumental, ya que correspondería a la ONU o a la OSCE la definición de las directrices específicas. En tercer lugar, el mantenimiento de la paz debería siempre ser concebido como un proceso político complementario de otro mayor, el acuerdo negociado, al que nunca sustituiría. Esta instrumentalización o subordinación a los proyectos políticos de otras organizaciones, por un lado, y el sometimiento, en cuanto a su ejecución, a la doctrina operativa de las grandes potencias occidentales es un reflejo claro de la voluntad de las FF.AA. del disuelto Pacto de Varsovia de asimilar los modelos occidentales. Además, la consideración de las posibles operaciones como mecanismos menores respecto a los esfuerzos negociadores, muestra también un cambio en la configuración de las misiones de los ejérci-

tos, la renuncia a los modelos de guerra absoluta y de masas de ejército soviético y, en general, a los modelos de relaciones internacionales beligerantes del marxismo, trasunto de la lucha de clases. Los objetivos antedichos se alcanzarían actuando con criterios de claridad y precisión en el mandato, consentimiento de las partes del conflicto (del que sólo puede prescindirse cuando el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas lo permitiera), transparencia en la gestión, imparcialidad y credibilidad.

El Informe preveía la creación de diversas áreas de trabajo con el fin de delimitar temas tales como los futuros principios de *cooperación con otras organizaciones internacionales; las consideraciones financieras, el desarrollo de una base común para los conceptos operativos y necesidades del mantenimiento de la paz; el adiestramiento, formación y maniobras del mantenimiento de la paz; los aspectos logísticos del mantenimiento de la paz, las reglas de enfrentamiento*, etc. Estas cuestiones fueron estudiadas con mayor profundidad en el Seminario celebrado en Praga entre el 30 de junio y el 2 de julio de 1993 y encomendadas al recién creado Sub-Grupo Técnico (TSG), que recibió un «Programa de Trabajo» el 3 de diciembre de 1993 (130). En él se destacaba el *desarrollo de una base técnica común para el mantenimiento de la paz* (131). Este proceso se concretó en la realización de diversos seminarios de trabajo bajo dirección de Estados Unidos (del 7 al 11 de Noviembre de 1993 en Garnish, Alemania) y Dinamarca (del 17 al 19 de noviembre de 1993 en Copenhague).

Si el primer episodio del proceso de acercamiento de la OTAN con los antiguos países del Pacto de Varsovia ha sido el acuerdo Rusia-OTAN de mayo de 1997, el segundo ha sido la Cumbre de Madrid, de 8 de julio de 1997, en la que se ha invitado a ciertos países del Este, antiguos enemigos, a incorporarse a su organización. Los elegidos parecen reunir los mínimos democráticos exigibles para ser considerados Estados occidentales y son Polonia, la República Checa y Hungría. Debemos señalar, por último, que el CCAN ha sido sustituido como foro multilateral por el Consejo de Asociación Euroatlántica (CAEA), creada en la reunión de Sinta de mayo de 1997, preparatoria de la de Madrid. Su primer encuentro a nivel de Jefes de Estado y de Gobierno o sus representantes ha tenido lugar durante la cumbre de Madrid de 8 y 9 de julio de

---

(130) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE.

(131) *Ibid.*

1997, con la asistencia de personalidades pertenecientes a los 44 países englobados en el área euroatlántica.

En cuanto a la Asociación para la Paz (APP, *Partnership for Peace: PFP*), fue creada por la Cumbre de enero de 1994 como una vía más profunda de colaboración entre la OTAN, la OSCE y el CCAN, mediante su «*Documento Marco*» (132). Se partía de las experiencias concretas de colaboración realizadas hasta este momento por las tres organizaciones, para diseñar programas pensados *ex profeso* para cada tipo de asociación, realizada individualmente por cada miembro del CCAN o la OSCE con la Alianza. Así se acordó en el punto 2 del «*Comunicado Final de la Reunión Ministerial del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Estambul el 9 de junio de 1994*» (133). De inmediato se crearon programas de cooperación política individual con Hungría, Chequia, Bulgaria, Lituania, Ucrania, Albania, Estonia, Polonia, etc. Entendida de esta forma, la APP puede considerarse como una vía jurídica en la que fluyen colaboraciones concretas. La doctrina militar española señala que tiene por objeto incrementar la estabilidad y seguridad de Europa mediante el fortalecimiento de las relaciones entre la Alianza, los países de Europa central y oriental y otros Estados de la OSCE, a través de programas de cooperación individualizada diseñados a medida con cada uno de ellos (134). Entre los objetivos (135) de la APP se encuentra el mantenimiento de la paz. En el punto 3 (c) de su «*Documento Marco*» se establece lo siguiente:

*Los Estados no pertenecientes a la OTAN que suscriben este documento cooperarán con la Organización del Tratado del Atlántico Norte en la consecución de los objetivos siguientes:*

*(c) Mantener la capacidad y el grado de alerta necesario para contribuir, salvo consideraciones constitucionales, a las*

---

(132) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 2 (febrero de 1994), p. 29.

(133) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 3 (junio de 1994), p. 3.

(134) *Memoria de la V Legislatura (1993-1996)*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1996.

(135) MOLTKE, G. von, «La construcción de la Asociación para la Paz», *Revista de la OTAN*, n.º 3 (1994), pp. 3 y ss.



*operaciones que se realicen bajo la autoridad de la ONU y/o la responsabilidad de la CSCE (136).*

El proceso de cooperación se aceleró tras la Reunión de Bruselas de 2 de diciembre de 1994, en la que se anunció el comienzo de un vínculo cada vez más estrecho entre el CCAN y la APP. El fruto inmediato fue el establecimiento del «*Plan de Trabajo 1994-95 del Consejo de Cooperación del Atlántico Norte para el diálogo, la asociación y la cooperación*» de 2 de diciembre de 1994 (137). En este documento se preveía una conexión cada vez mayor entre el CCAN, la APP, la OSCE y la ONU, con lo cual el entramado europeo de seguridad y defensa se afianzaba por el este del continente. En su punto titulado «*Mantenimiento de la Paz*» (138) se establecieron cinco áreas de reflexión política relativas al tema que tratamos. Eran las siguientes:

- Acuerdo sobre conceptos operativos.
- Cooperación en la planificación de las actividades de mantenimiento de la paz.
- Desarrollo de una base técnica común.
- Adiestramiento, formación, maniobras.
- Aspectos logísticos.

Esta cooperación fue ratificada en la Reunión del CCAN celebrada el 31 de mayo de 1995 en Noordwijk Aan Zee (Holanda) y en la celebrada en Bruselas el 6 de diciembre del mismo año.

Al igual que en los casos vistos con anterioridad, la guerra de Yugoslavia aceleró el desarrollo de estas acciones por parte del CCAN y la APP. Así, en la «*Declaración sobre Bosnia-Herzegovina hecha por los Ministros de Asuntos Exteriores y de Defensa de la Alianza en Bruselas el 5 de diciembre de 1995*» (139) se aprobaron los planes militares necesarios para ejecutar los «*Acuerdos de Paz de Dayton*» (140), de 21 de noviembre y 14 de diciembre de 1995. A tal efecto se diseñó la Operación *Joint Endeavour*, para cuyo desarrollo se constituyó la *Implementation Force* (IFOR, Fuerza de Ejecución).

---

(136) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 2 (febrero de 1994), p. 29.

(137) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1994) - n.º 1 (enero de 1995), p. 30.

(138) *Ibid.*, p. 30.

(139) <http://www.nato.int/>

(140) Celebrados en la base aérea de Wright-Patterson, Dayton, Ohio, Estados Unidos, el 21 de noviembre y ratificados en París el 14 de diciembre. Su contenido completo puede consultarse en la Internet, <http://www.nato.int/>

Los actores de la *paz de Dayton* decidieron sustituir la UNPROFOR por la operación *Joint Endeavour*. El relevo se produjo el 19 de diciembre de 1995. En su art. I, 1 (a), la *paz de Dayton* preveía la creación de la IFOR como fuerza militar imprescindible para consolidar la paz recién pactada (141).

Los «Acuerdos de Dayton» tienen un contenido que Solana resume en las siguientes líneas:

... Esta fuerza de pacificación se encargará de supervisar y garantizar que las partes respeten lo acordado, es decir, la separación de fuerzas y su retirada a zonas claramente definidas. Las fuerzas de la OTAN se interpondrán entre las diversas partes facilitando el clima de seguridad y confianza necesario para que la paz eche raíces en Bosnia (142).

La doctrina articula las funciones de la IFOR en un doble contenido. En primer lugar nos encontramos con las medidas políticas(143), entre las que tienen especial trascendencia las de reconstrucción material y de creación de instituciones políticas para la República de Bosnia-Herzegovina. En segundo lugar, las medidas militares (144): cumplimiento del alto el fuego acordado el 5 de octubre, garantizar la libertad de movimiento en los territorios afectados, retirada de la línea de alto el fuego, señalamiento y la limpieza de minas, retirada de las fuerzas y armas pesadas en 2 km de las rutas hacia y desde Gorazde, silencio de todo tipo de radares, desalojo de 40 posiciones elegidas en Sarajevo, entrega a la Cruz Roja listados de prisioneros, etc.

La Alianza Atlántica decidió que la IFOR fuera relevada por la SFOR (*Stabilization Force*) el 20 de diciembre de 1996, en el seno de la operación *Joint Guard*, que sustituiría a la *Joint Endeavour*. La IFOR tenía por meta dar cumplimiento a los aspectos militares de Dayton y la SFOR, a los civiles (145). El cambio de una por otra se explica en las

---

(141) TARDY, THIERRY, «Les accords de paix en Bosnie-Herzégovine. De la Forpronu à l'Ifor», *Relations Internationales et stratégiques*, n.º 21 (1996), p. 68.

(142) Solana, J., «El papel de la OTAN en Bosnia: un nuevo rumbo para la Alianza», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (marzo de 1996), p. 3.

(143) BILDT, C., «Las tareas civiles del Acuerdo de Paz de Bosnia», *Revista de la OTAN*, n.º 5 (septiembre de 1996), p. 3.

(144) Cf. JOULWAN, George A., «El SHAPE y la IFOR se adelantan al futuro», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (marzo de 1996), p. 6.

(145) *Revista de la OTAN* n.º 1 (enero de 1997), p. 35.

siguientes líneas, tomadas de la «*Declaración sobre Bosnia-Herzegovina*» emitida tras la Reunión Ministerial del Consejo del Atlántico Norte celebrada en Bruselas el 10 de diciembre de 1996:

*Desde que hace un año se negoció en Dayton y firmó en París el Acuerdo de Paz en Bosnia-Herzegovina se ha avanzado sustancialmente. La paz ha comenzado a echar raíces tras cuatro años de trágico conflicto y sufrimiento. Los soldados han sido desmovilizados, se han celebrado elecciones nacionales y regionales, se están creando instituciones comunes y las barreras que impedían la libertad de movimiento comienzan a dismantelarse, al tiempo que se lleva a cabo la reconstrucción. Sin embargo, queda aún mucho por hacer para lograr una paz duradera tras años de guerra, y será necesario contar con el compromiso pleno de todos los líderes de Bosnia-Herzegovina y sus dos entidades.*

*Manifestamos nuestro profundo agradecimiento de la Fuerza de Implementación (146) dirigida por la OTAN (IFOR) por el éxito en la aplicación de los aspectos militares del Acuerdo de Paz. IFOR ha reunido a 33 países, pertenecientes y ajenos a la OTAN, en una coalición para la paz sin precedentes, que ha permitido estabilizar el país y suscitar las condiciones para la reconstrucción política y económica. Deseamos rendir homenaje a la profesionalidad, dedicación y valentía de todo el personal de IFOR, y manifestar nuestra profunda condolencia a todas las familias de aquellos que han dado su vida o han sido heridos por causa de la paz.*

*El mandato de IFOR expira en 20 de diciembre de 1996. Su misión ha sido cumplida, pero la presencia militar internacional es aún más necesaria para proporcionar la estabilidad que permita consolidar la paz. Así pues, la OTAN está preparada para organizar y dirigir una Fuerza de Estabilización (SFOR) que sustituya a la IFOR, en virtud de una Resolución del Consejo de Seguridad de la ONU, bajo el Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas. SFOR contribuirá al*

---

(146) La palabra implementación no aparece recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua. Es un barbarismo tomado del inglés, idioma en el que *implementation* se traduce al español, según el Diccionario Collins, como ejecución. Hemos preferido la expresión española, a pesar de la traducción de la propia Alianza.

*entorno de seguridad necesario para consolidar y estabilizar la paz disuadiendo o, si fuera necesario, interrumpiendo la reanudación de las hostilidades. Asimismo, aportará tiempo para dar el impulso necesario a la reconciliación política y la reconstrucción económica. Aunque el tamaño de la nueva fuerza será aproximadamente la mitad del de IFOR, y su misión más limitada, mantendrá la misma unidad de mando, y el mismo rigor en cuanto a reglas de enfrentamiento, que ha permitido el éxito de su antecesora. SFOR, al igual que IFOR, llevará a cabo sus tareas con firmeza, pero también con imparcialidad (147).*

Una de las misiones más importantes de la SFOR es sin duda su configuración como *policía judicial* del Tribunal Internacional para la represión de los crímenes cometidos durante la guerra, acordada por la decisión del Consejo del Atlántico Norte de 16 de diciembre de 1995 (148).

Así pues, la misión de la SFOR consiste en alcanzar los objetivos finales del proceso escalonado de paz contenido en los tratados de Dayton, una vez asentada y garantizada por la IFOR. Las diferencias entre ambas fuerzas son notorias. En una entrevista realizada por los medios de comunicación al General Joulwanls (149) el 20 de diciembre de 1996, se le preguntaba por ellas, a lo que respondió que la IFOR era una fuerza *muy pesada*, es decir, contaba con grandes medios acorazados, artillería, una masa considerable de miembros, etc.; mientras que la SFOR es más *ligera* en cuanto a su composición militar. Por otra parte, sus misiones son distintas. En esta segunda etapa no se busca tanto la *defensa armada de la paz*, sino su consolidación: *las tierras ya se han transferido a las diversas autoridades, las ropas se han desmovilizado, se están ejecutando nuevas misiones, se construyen puentes, aeropuertos, etc.* Destacaba asimismo el papel de los que llamaba *non-NATO nations*, participantes en ambas operaciones. En este sentido, la ya aludida «*Declaración sobre Bosnia-Herzegovina*» de 10 de diciembre de 1996 valoraba muy positivamente esta colaboración:

---

(147) *Revista de la OTAN*, n.º 1 (enero de 1997), p. 35.

(148) <http://www.nato.int/>

(149) <http://www.nato.int/>. Para más información, cf. «NATO's role in Peacekeeping in de former Yugoslavia (sep. 1996)», <http://www.nato.int/>

*La OTAN ha llevado a cabo los preparativos de SFOR en estrecha cooperación con Rusia y otros países no pertenecientes a la Alianza, que han participado con sus fuerzas en IFOR. Nos satisface el hecho de que estos 17 países, y otros más, deseen formar parte de SFOR. Nuestra cooperación en Bosnia ha incrementado las relaciones entre los Aliados, Rusia y el resto de nuestros socios, iniciando en Europa una nueva etapa de cooperación en materia de seguridad (150).*

El estudio de tantas y tan complejas funciones de mantenimiento de la paz ha llevado a la doctrina a elaborar un nuevo concepto a propósito: *el mantenimiento de la paz multifuncional (151).*

La IFOR y la SFOR tienen especial importancia por varios motivos. Son las primeras OO.PP. de grandes dimensiones formadas por la OTAN, el CCAN y la APP. La IFOR contó aproximadamente con 60.000 miembros y todo el material necesario para su ejecución; y la SFOR con unos 30.000. En segundo lugar, han sido un reto de cooperación internacional para la Alianza, ya que la IFOR se formó y la SFOR se forma actualmente por países no miembros de la organización. Los participantes en estas OO.PP. son norteamericanos, británicos, franceses, rusos, alemanes, italianos, españoles, portugueses, austríacos, finlandeses, suecos, noruegos, canadienses, húngaros, letones, lituanos, estones, checos, polacos, rumanos, eslovacos, ucranianos, pakistaníes, jordanos, malayos, marroquíes y egipcios. Por ello, ha sido preciso crear vínculos internacionales entre la Alianza y estos países, que en el caso de Ucrania, la Federación Rusa y los demás miembros del disuelto Pacto de Varsovia participantes, se ha canalizado a través del CCAN y la APP. Este último hecho tiene una especial importancia, ya que por primera vez los antiguos y naturales enemigos de la OTAN han accedido a participar bajo su bandera en dos OO.PP.

#### 9. LAS OO.PP. DE LA UNIÓN EUROPEA OCCIDENTAL (UEO): LA CREACIÓN DE LA IDENTIDAD DE SEGURIDAD Y DEFENSA EUROPEA

La Unión Europea Occidental (UEO) fue fundada por el Tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1948, tras su modificación en 1954. Suscri-

(150) *Revista de la OTAN*, n.º 1 (enero de 1997), p. 35.

(151) LIGHBURN, D., «La OTAN y el reto del mantenimiento de la paz multifuncional», *Revista de la OTAN*, n.º 2 (marzo de 1996), p. 10.

to en origen por Bélgica, Francia, Luxemburgo, Holanda y el Reino Unido, tenía por fines la colaboración económica, cultural y la autodefensa colectiva (152), materia ésta que quedaba lejos de ser exclusiva. En su exposición de motivos se afirmaba que uno de los propósitos del Tratado era tomar las medidas que se juzgaran necesarias en caso de reanudarse una política de agresión por parte de Alemania. Sin embargo, es significativo que de sus diez artículos sólo dos se refirieran expresamente a la mutua asistencia militar y uno a la resolución de controversias por métodos pacíficos. A pesar de este carácter originariamente pacífico, las relaciones entre sus firmantes se centraron de inmediato en el ámbito militar. Como era de esperar, la ruina económica de la Europa de la posguerra impidió desarrollar el Tratado sin la ayuda de los Estados Unidos. Así, el 6 de julio de 1948 se iniciaron conversaciones sobre defensa en Washington, entre los Estados Unidos, Canadá y las potencias del Tratado de Bruselas. Fruto de estas reuniones fue la decisión de crear la Alianza Atlántica, que vería finalmente la luz el 4 de abril de 1949, fecha en que se suscribió el «*Tratado del Atlántico Norte*» en Washington por Bélgica, Canadá, Dinamarca, Francia, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Holanda, Portugal, Reino Unido y Estados Unidos. Las recién nacidas vías de comunicación para la defensa y la cooperación, creadas por los firmantes del Tratado de Bruselas, fueron absorbidas por la nueva y pujante Alianza Atlántica.

Para comprender el entramado de relaciones que darían lugar a la UEO en 1954, es preciso aludir a un intento político en el campo de la seguridad colectiva que fracasó por la oposición que Francia planteó al mismo: la Comunidad Europea de Defensa (CED), que estaba llamada a ser la *cuarta comunidad* europea. El ambiente de la Guerra Fría y de la guerra de Corea inspiró a Churchill una idea original en su momento: la creación de unas FF.AA. comunes europeas como forma de alcanzar la unidad del continente y su seguridad. En 1950, los Estados Unidos decidieron rearmar la República Federal de Alemania, con el fin de crear una potencia centroeuropea que fuese capaz de detener el futuro avance soviético con el que posiblemente se iniciaría la Tercera Guerra Mundial. Las propuestas norteamericanas recibieron una fría acogida por parte de Francia, que temía el renacimiento del militarismo prusiano. Así, como contrapartida, se elaboró el *Plan Plevel* (nombre del primer ministro francés que lo firmó), mediante el cual se proponía la creación

---

(152) *Manual de la OTAN: asociación y cooperación*, op. cit., p. 195.

de un ejército europeo vinculado a las instituciones políticas de una Europa Unida, bajo la responsabilidad de un ministro de defensa europeo y en el que los contingentes nacionales, aportados por los países participantes, se incorporarían en el nivel de la unidad más pequeña posible (153). Parecía así que la idea de Churchill era tomada en consideración. Ninguna de las dos opciones fue aceptada finalmente, pero de las diferencias entre los distintos modelos de seguridad europea que se manifestaron en diversos foros y en la opinión pública, se hizo patente la necesidad de arbitrar formas de cooperación estrictamente europeas en este campo. De ello se derivó la modificación del Tratado de Bruselas, hecha mediante el «*Protocolo de modificación y complementación del Tratado de Bruselas*» de 23 de octubre de 1954, por el que se creaba la Unión Europea Occidental (UEO) como una organización cuyos objetivos sí estaban ya relacionados directamente con la defensa mutua. Así, en la exposición de motivos del instrumento de modificación de 1954, consta el fin de la UEO. Los Estados miembros habían decidido actuar para modificar el tratado original *animados de la común voluntad de proseguir una política de paz y de reforzar la seguridad*.

La UEO se configuraba, pues, como una organización supranacional con instituciones, FF.AA. y presupuesto común (154), que quedaba no obstante sometida a la OTAN, a tenor del «*Protocolo final de la Conferencia de las nueve potencias*», de 3 de octubre de 1954; y del art. 3 del «*Protocolo de modificación y complementación del Tratado de Bruselas*». Esta situación fue instrumentalizada políticamente en beneficio propio por Francia. Una vez separada de la estructura militar de la OTAN, De Gaulle la concibió como una vía de contacto con Gran Bretaña, todavía excluida de la Europa comunitaria, y con la propia OTAN (155). Esta actitud fue esterilizante para la organización, sometida a políticas de interés nacional beneficiosas sólo para uno de sus miembros. Si a lo anterior añadimos el mayor desarrollo dado a la OTAN en los años de la Guerra Fría, comprenderemos con facilidad que, hasta la vuelta del tema de la seguridad a la agenda europea en los años ochenta, la UEO mantuviera una inactividad que permitió que fuera calificada como una *bella durmiente* (156) sometida a un *período de mínima actividad* (157).

(153) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 105.

(154) CASANOVA FERNÁNDEZ, Luis Javier, «Desarrollo histórico de la UEO», *Revista Ejército*, n.º 668 (diciembre de 1995), p. 53.

(155) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 113.

(156) *Ibid.*

(157) CASANOVA FERNÁNDEZ, Luis Javier, «Desarrollo histórico de la UEO», op. cit.

La UEO no recuperó su pulso político hasta los años ochenta, durante los que sucedieron tres hechos determinantes. El primero fue el planeamiento de la *Iniciativa de Defensa Estratégica* norteamericana, que sólo podía ser desarrollada por Estados Unidos, dada su enorme carga económica, con lo cual Europa debía buscar sistemas de seguridad propios, autónomos y no dependientes exclusivamente de la ayuda americana. En segundo lugar, se produjo la crisis derivada del despliegue en Europa de misiles nucleares de alcance medio, que llevó a la opinión pública a reclamar el sistema europeo de seguridad autónomo al que acabamos de aludir. Esta afirmación se hizo oficial para la UEO en la «*Plataforma sobre los intereses de la seguridad europea*» de La Haya, hecha pública el 27 de octubre de 1987.

En tercer lugar, tenemos las guerras contemporáneas, es decir, el Golfo y Yugoslavia. Estos dos conflictos, y las carencias europeas que pusieron de manifiesto, aludidas anteriormente, dieron el pistoletazo de salida para la definición del nuevo papel de la UEO en el seno de la Europa reunificada que es la Unión Europea: no bastaba con la unificación institucional, con el diseño de un Mercado y un Derecho Común. La Unión no podía ser sólo de comerciantes, banqueros y juristas. La defensa de sus valores y la seguridad de sus tierras y hombres requerían que la Unión lo fuera también de soldados. Era preciso buscar en los archivos y en la memoria histórica los viejos proyectos de los años cincuenta relativos a la *cuarta comunidad de defensa*, ponderarlos a tenor de las realidades del orden internacional de la Postguerra Fría y plantear su resurrección. Esta idea ya se había comenzado a dibujar en las «*Declaraciones de Roma y de La Haya*» (158). La primera, de 27 de octubre de 1984, definió a la UEO como foro de discusión para los problemas de la seguridad europea. La segunda, de 27 de octubre de 1987, la conceptuó como medio de mantener el vínculo transatlántico y la defensa de Europa. A su vez, mediante la «*Declaración de Roma sobre la paz y la cooperación*», publicada de 7 a 8 de noviembre de 1991, la OTAN aceptó a la UEO como la parte fundamental de la seguridad prestada a Europa por los miembros europeos de la Alianza. Se reconocía así la existencia de una *identidad europea en materia de seguridad y defensa*, diferente de la norteamericana. La UEO era, pues, un subconjunto dentro de un conjunto mayor, la Alianza Atlántica. Todo esto debe re-

---

(158) IGLESIAS OSTIATEGUI, María del Mar, «La célula de planeamiento de la Unión Europea Occidental», *Revista Ejército*, n.º 668 (diciembre de 1995), p. 76.



lacionarse con el Tratado de Maastricht para definir la realidad actual de la UEO.

Los días 9 y 10 de diciembre de 1991, durante la reunión del Consejo Europeo de Maastricht, se celebraron dos acuerdos fundamentales para el desarrollo político europeo: el relativo a la unión económica y monetaria y el relativo a la unión política. Ambos integran el «*Tratado de Maastricht*». La arquitectura europea propuesta por estos acuerdos se construye con *tres pilares*. El primero es el comunitario, de aspecto económico, en el que se incluyen las áreas constituidas por los Tratados de la CECA, el EUROATOM y la CEE, completado por el Acta Única de 1987. El segundo es el de seguridad y defensa, encuadrado en la *Política Exterior y de Seguridad Común* (PESC). El tercero es el pilar de Justicia e Interior.

Centrémonos en el segundo pilar, contenido en los arts. J y siguientes, en los que se establece la PESC de la Unión Europea. El art. J.1 enumera sus objetivos, que son los siguientes:

- *la defensa de los valores comunes, de los intereses fundamentales y de la independencia de la Unión;*
- *el fortalecimiento de la seguridad de la Unión y de sus Estados miembros en todas sus formas;*
- *el mantenimiento de la paz y el fortalecimiento de la seguridad internacional, de conformidad con los principios de la Carta de las Naciones Unidas, con los principios del Acta final de Helsinki y con los objetivos de la Carta de París;*
- *el fomento de la cooperación 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.*

El art. J.4 crea, por su parte, una conexión directa entre la UE y la UEO, cuando previene lo siguiente:

1. *La política exterior y de seguridad común abarcará todas las cuestiones relativas a la seguridad de la Unión Europea, incluida la definición, en el futuro, de una política de defensa común, que pudiera conducir en su momento a una defensa común.*
2. *La Unión pide a la Unión Europea Occidental (denominada en lo sucesivo «EO»), que forma parte 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...*

A su vez, la «*Declaración relativa a la Unión Europea Occidental*», de 6 de febrero de 1992, aneja al Tratado, consagra el principio de dependencia de la UEO respecto al proyecto político europeo. La unificación de instituciones se realiza así cuarenta años después del Tratado reformado del 54, que ya establecía entre sus objetivos la unidad y la integración progresiva de Europa:

#### *Introducción.*

1. *Los Estados miembros de la UEO coinciden en la necesidad de desarrollar una genuina identidad europea de seguridad y defensa y asumir una mayor responsabilidad europea en materia de defensa. Se perseguirá esta identidad mediante un proceso gradual compuesto de fases sucesivas. La UEO formará parte integrante del proceso de desarrollo de la Unión Europea e incrementará su contribución a la solidaridad dentro de la Alianza Atlántica. Los Estados miembros de la UEO acuerdan reforzar el papel de la UEO con la perspectiva a largo plazo de una política de defensa común dentro de la Unión Europea que, en su momento, podría conducir a una política compatible con la de la Alianza Atlántica.*

2. *La UEO se desarrollará como el componente defensivo de la Unión Europea y como un medio para fortalecer el pilar europeo de la Alianza Atlántica. A tal fin, la UEO formulará una política de defensa común y velará por su aplicación concreta mediante el ulterior desarrollo de su propia función operativa.*

Con este régimen, la UEO se convierte en el *componente de defensa de la Unión Europea* (159), puesto que ya era el *componente europeo de la Alianza Atlántica* (160) desde 1991. Así pues, la UEO cumple un doble papel, con funciones tanto en la UE como en la OTAN. Nos encon-

---

(159) GARDETA ARNAL, José María, «Una doctrina para la UEO», *Revista Ejército* n.º 668 (diciembre de 1995), p. 56.

(160) VILLALBA FERNÁNDEZ, Anibal, «Transparencia y complementariedad con la OTAN», *Revista Ejército* n.º 668 (diciembre de 1995), p. 72.

tramos de frente con el *principio de la geometría variable* del sistema de seguridad europeo aludido con anterioridad. También aparece la *doctrina del doble sombrero*, que explica el sistema de seguridad europea. Las relaciones entre ambas organizaciones se realizan de acuerdo con dos principios: *la transparencia y la complementariedad* (161). Estos principios ya quedaban recogidos en el art. 4 de la «*Segunda Declaración de los Estados Miembros de la UEO*», de diciembre de 1991; en el punto B de la citada «*Declaración relativa a la Unión Europea Occidental*» aneja al Tratado de Maastricht; y en el «*Comunicado final emitido tras la reunión ministerial del Consejo del Atlántico Norte*» de 2 de diciembre de 1993 (162).

El punto C de la citada «*Declaración relativa a la Unión Europea Occidental*» establece el reforzamiento de la función operativa de la UEO, para lo cual, entre otras acciones, se considera pertinente determinar las unidades militares que quedan a su disposición. Estos principios se tradujeron, durante la Cumbre Atlántica de 10 y 11 de enero de 1994, en el concepto de las *capacidades separadas pero no separables* respecto a la OTAN, que garantizan una cierta independencia en materia de defensa europea respecto a Estados Unidos. El fin de esta política es salvaguardar la soberanía de los Estados europeos en una materia tan sensible como es la defensa y la organización militar. Además, obtienen un margen de maniobra autónoma en relación con los Estados transatlánticos (Canadá y USA) que se aplicará a la gestión de la defensa en área europeas (como, por ejemplo, el Mediterráneo). En el párrafo 6 del documento antedicho leemos lo siguiente:

*... Una vez celebradas las consultas oportunas en el seno del Consejo del Atlántico Norte estamos dispuestos a poner los medios colectivos de la Alianza a disposición de la UEO para que los Aliados europeos puedan llevar a cabo operaciones de dicha organización en la búsqueda de una Política Exterior y de Seguridad Común. Respaldamos el desarrollo de capacidades separadas pero no separables que puedan dar respuesta a las necesidades de Europa y contribuir a la seguridad de la Alianza* (163).

(161) *Ibid.*

(162) NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *revista de la OTAN*, n.º 6 (diciembre de 1993), p. 25.

(163) «Declaración de los jefes de Estado y de Gobierno tras la reunión del Consejo del Atlántico Norte», de 10 y 11 de enero. NATO ONLINE, LISTSERV@CC1.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN*, n.º 1 (enero de 1994), p. 31.

Este proceso de reestructuración de la UEO se completa con una serie de acuerdos que veremos a continuación. En primer lugar, el 19 de junio de 1992 vio la luz la «*Declaración de Petersberg*». En este documento se impulsó la función operativa de la UEO a tenor de lo establecido en el punto C de la citada «*Declaración relativa a la Unión Europea Occidental*» aneja al Tratado de Maastricht. La Organización se disponía a desarrollar sus capacidades operativas con el fin de realizar misiones de prevención de conflictos, gestión de crisis y actividades de mantenimiento de la paz bajo mandato ONU o mandato CSCE (hoy OSCE) (164), de acuerdo con lo señalado en su punto I, párrafo 2. Las unidades de la UEO que formen estas OO.PP. se encontrarán bajo la autoridad soberana de sus Estados, que participarán libremente en ellas. Las misiones a realizarse son enumeradas de nuevo en el punto II, párrafo 4:

- *misiones humanitarias;*
- *evacuación de nacionales;*
- *misiones de mantenimiento de la paz;*
- *misiones de fuerzas de combate para la gestión de crisis, incluidas operaciones de imposición de la paz.*

El efecto inmediato de todas estas disposiciones fue la creación por la Alianza y más tarde por la UEO, de las Fuerzas Operativas Combinadas Conjuntas (*Combined Joint Task Force, CJTF*), previstas en el punto C de la citada «*Declaración relativa a la Unión Europea Occidental*», aneja al Tratado de Maastricht. Serían unidades exclusivamente europeas y multinacionales, con las que se contaría para la gestión de una defensa autónoma en el seno del marco territorial de la Alianza Atlántica. Los autores militares definen la CJTF con el siguiente tenor:

*... unidad multinacional constituida por elementos de dos o más Ejércitos, capaz de ser proyectada fuera de su área habitual de despliegue, para el desarrollo de operaciones de mantenimiento de la paz y de tareas humanitarias, bajo el control político de las naciones participantes, a través de una organización internacional (165).*

---

(164) BARBE, Esther, *La seguridad en la nueva Europa*, op. cit., p. 162.

(165) GARDETA ARNAL, José María, «Una doctrina para la UEO», op. cit., pp. 60 y 61.

Las CJTFs de la UEO (integradas por las *Fuerzas a disposición de la UEO, Forces Answerable to WEU*, FAWEU, que veremos a continuación) pueden ponerse bajo mando de la OTAN, según lo dispuesto por la «*Declaración de Kirchberg*» de 9 de mayo de 1994. Además, el documento de Kirchberg supone el inicio de lo que Robles (166) estudia como *Política Europea de Defensa Común*, que arranca como proceso político con la reunión del Consejo de la UEO celebrada en Bonn el 19 de junio de 1992. En esta reunión se establecieron vínculos de cooperación entre la organización y ciertos *países-ECO* (167) (Hungría, Chequia, Eslovaquia, Polonia, Bulgaria, Rumanía, Lituania, Letonia y Estonia), con lo cual se aumentaba el ámbito de defensa del euroatlántico a otro netamente europeo en el que se incluía a los antiguos enemigos del este y se daba una oportunidad de occidentalización a sus transiciones políticas y a sus nuevos regímenes democráticos. El texto de la «*Declaración de Kirchberg*» se refiere, además de lo apuntado, unas notas sobre estos miembros asociados desde la perspectiva de su futura adhesión al proyecto europeo de forma muy semejante a la Asociación para la Paz de la Alianza Atlántica. Este vínculo, llamado *Asociación de la UEO*, permite una participación política limitada en las reuniones, los debates, las decisiones y ejecuciones, salvo oposición de la mayoría de los Estados miembros o la mitad y la Presidencia (168). Así, la UEO se convierte en un foro de cooperación paneuropea en materia de seguridad (169).

La «*Declaración de Noordwijk*», de 14 de noviembre de 1994 incidió en la necesidad de que la UEO participara en situaciones de emergencia producidas por crisis internacionales o catástrofes naturales, así como la realización de OO.PP. Al respecto, las «*Conclusiones Preliminares sobre la Formulación de una Política Europea Común*» de 14 de noviembre de 1994, incluía en su texto el compromiso europeo de participar en posibles OO.PP. fuera del territorio de la UEO. Por último, la «*Declaración de Lisboa*» de 15 de mayo de 1995 concretó la organización de la UEO, fijó e identificó a las FAWEU, que enumeramos a continuación, y se presentaron documentos de procedimientos específicos, como los relativos a la *Fuerza Humanitaria de la UEO*, las *Operaciones de Evaluación*, etc.

---

(166) ROBLES CARRILLO, Margarita A., *La Unión Europea Occidental y la cooperación europea en materia de seguridad y defensa*, op. cit., pp. 135 y ss.

(167) ECO: Europa Central y Oriental.

(168) ROBLES CARRILLO, Margarita A., *La Unión Europea Occidental y la cooperación europea en materia de seguridad y defensa*, op. cit., p. 141.

De acuerdo con lo anterior, es preciso hacer una referencia a las Fuerzas a Disposición de la UEO (FAWEUs), que forman las CJTFs de la UEO. En la actualidad son cinco:

- El Eurocuerpo o Cuerpo de Ejército Europeo (CEE).
- La División Multinacional Central (ARRC).
- La Fuerza Anfibia Angloholandesa.
- La Eurofor.
- La Euromarfor.

Es posible que el número de unidades aumente en el futuro. El 13 de marzo de 1996 los representantes de los partidos conservadores, actualmente con mayoría en los gobiernos europeos, declararon, junto con el primer ministro francés, que tenían intención de crear un gran ejército europeo...

*... mediante la aportación de fuerzas por parte de las cinco grandes potencias europeas. Alain Juppé proponía la constitución de una fuerza de casi 350.000 hombres capaz de actuar autónomamente, o bien en cooperación con fuerzas norteamericanas, en operaciones militares en el marco de la OTAN (170).*

Las tres primeras se fundaron con anterioridad a Petersberg y las dos últimas, como consecuencia suya. El Eurocuerpo, también conocido por *Eurocorps* (171), tuvo su origen en la Brigada Franco-Alemana que se creó en 1987 como forma de cooperación y defensa común de los dos países que más veces se habían enfrentado en la historia contemporánea europea. Teniéndose presente esta unidad, mediante el *Acuerdo de La Rochelle*, de 22 de mayo de 1992, se creó con su planta actual. Los «*Acuerdos Lansade-Naumann-Shalikashvili*», de 21 de enero de 1993, pusieron el Eurocorps a disposición de la OTAN en caso de crisis. Entre las misiones que se le otorgaron figuran la realización de OO.PP., el restablecimiento de la paz al servicio de Naciones Unidas y la participación en acciones humanitarias (172). De nuevo nos encontramos con la *geo-*

---

(169) *Ibid.*, pp. 141 y 142.

(170) OLIVA, Emilio, «La apuesta multinacional», *Revista Española de Defensa*, n.º 98 (abril 1996), p. 54.

(171) MARTÍN ARRIBAS, Juan José, «Consideraciones sobre la política exterior y de seguridad común de la Unión Europea», *op. cit.*, p. 93 y ss.

(172) MITROFANOFF, I., «L'Eurocorps: mode d'emploi», *Revue de Défense Nationale*, diciembre (1992), pp. 28 y ss.

*metría variable y el doble sombrero*, pues además de haberse puesto a disposición de la OTAN, lo ha sido respecto a UEO desde mayo de 1993. En este Eurocuerpo participan fuerzas españolas.

La División Multinacional Central está compuesta por dos Brigadas Paracaidistas belga y alemana; dos Aerotransportables, británica y holandesa y el apoyo logístico preciso. La Fuerza Anfibia Angloholandesa está compuesta por tres Batallones de Infantería de Marina británicos, uno holandés, y el correspondiente apoyo artillero, de ingenieros, helicópteros, logístico y de transporte anfibio.

En cuanto a la Eurofor (Eurofuerza Operativa Rápida) y la Euromarfor (Fuerza Marítima Europea), se formaron para suplir las necesidades planteadas tras la realización de diversos ejercicios multinacionales europeos (FARFADET 92, ARDENTE 92 y 93, TRAMONTANA 94) (173) y de las medidas adoptadas tras el Consejo de Ministros de la UEO celebrado en Lisboa el 15 de mayo de 1995. La primera de ellas es terrestre, de entidad máxima División y la segunda, aeronaval y anfibia, no permanente. Su comandante era, al momento de su primera activación el 26 de abril de 1996, el Almirante del *Grupo Alfa* de la Armada española, que fue relevado por un Almirante francés el 7 de octubre del mismo año. Ambas están formadas por fuerzas españolas, italianas, portuguesas y francesas y cuentan con un diseño especial para realizar OO.PP.-Petersberg.

Al tiempo que se redefinía la estructura interna de la UEO, se creaban los mecanismos operativos acordes con las nuevas misiones. Se articularon fines, procedimientos e instrumentos, como hemos visto, y se dotó a la organización de un programa especial, diseñado para la detección y control de crisis: el sistema de satélites-UEO (satélites Helios II, dotado con sensores ópticos e infrarrojos, y el Horus, satélite radar). En la actualidad, se están desarrollando las capacidades de gestionar los datos obtenidos por satélite con fines de seguridad. Estas actividades se realizan en el Centro de Satélites de Torrejón de Ardoz, creado por la organización en Lisboa, durante su reunión de mayo de 1995(174). Como podemos ver, las reformas en las organizaciones internacionales han producido cambios también en la industria europea, a la que se ha impulsado mediante este programa multinacional de desarrollo y adquisición de imágenes.

---

(173) TREVIÑO RUIZ, José María, «¿Qué es la Euromarfor?», *Revista General de Marina*, n.º 231 (diciembre de 1996), p. 633.

(174) *Memoria de la V Legislatura (1993-1996)*, op. cit., p. 40.

Aparte de toda esta normativa anteriormente expuesta, en la que se prevé la realización de OO.PP. en el futuro, la UEO está realizando en la actualidad dos tipos de OO.PP.: una individual, enmarcada en las OO.PP. europeas realizadas como consecuencia de la guerra de Yugoslavia, en el Danubio; y otras, realizadas en colaboración con la OTAN, como veremos a continuación.

10. UNIÓN DE ESFUERZOS Y ORGANIZACIONES: LA OTAN Y LA UEO (OPERACIONES *MARITIME/ALBANIAN GUARD*, *SHARPVIGILANCE FENCE* Y *SHARP GUARD*); LA UEO Y LA UNIÓN EUROPEA: LA ADMINISTRACIÓN DE MOSTAR

Mientras todas las conversaciones y los contactos políticos aludidos se llevaban a cabo, la realidad internacional forzaba a la OTAN, a la UEO y a la UE a diseñar sus primeras OO.PP., casi siempre mediante la colaboración conjunta. Se obtuvieron así unas experiencias determinantes a la hora de desarrollar las políticas expuestas en el punto anterior.

El 26 de febrero de 1992, el Consejo Atlántico Norte manifestó la voluntad de la OTAN de asegurar el mantenimiento de la paz en Yugoslavia. De acuerdo con ello, dada la declaración de intervenir en el conflicto, el 10 de julio de 1992 el Consejo Atlántico Norte, reunido en Helsinki, decidió que la OTAN participaría en una operación de vigilancia marítima en el Adriático en colaboración con la UEO. Ambas Organizaciones crearon la *Sharpvigilance Fence* (ejecutada por la WUECONMARFOR de la UEO), que comenzó sus operaciones el 4 de octubre de 1992; y la *Maritime/Albanian Guard* (ejecutada por la STANAVFORMED de la OTAN), que hizo lo propio el 17 de mayo de 1993. Ambas tenían por fin controlar la aplicación de sanciones tomadas por el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en sus Resoluciones 713/91, 743/92, 760/92 y 787/92.

La Resolución 820/93 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas creó la operación *Sharp Guard*, para la aplicación de las medidas de sanción y embargo internacional adoptadas para la guerra de Yugoslavia. En ella se fundieron los esfuerzos de las dos Organizaciones (175), por acuerdo suscrito entre la OTAN y la UEO el 8 de

---

(175) «Resultados del control del embargo a los países de la antigua Yugoslavia», *Revista General de Marina*, n.º 230 (junio de 1996), p. 796.



junio de 1993 (176). Estas operaciones han contado con buques españoles.

Respecto a la Operación de Vigilancia del Embargo en el Río Danubio, realizada por la UEO en colaboración con la UE, debemos señalar que como consecuencia de la Resolución 787 del Consejo de Seguridad se acordó en noviembre de 1992 su creación, para controlar tan importante vía de comercio fluvial, en relación con el embargo general adoptado por la ONU. La UEO se interesó por este teatro de operaciones en la propuesta realizada durante la reunión de 5 de abril de 1993 en Luxemburgo (177). La organización firmó un MOU (*memorandum of understanding*) con los Estados ribereños, pertenecientes a la *Asociación de la UEO*, lo cual hace de esta operación el primer ejemplo de cooperación directa de la UEO con sus asociados del este europeo. La operación tiene componentes civiles, militares, policiales y aduaneros, con lo cual se incluye en las operaciones multifuncionales ya vistas. En esta operación participan fuerzas de la Guardia Civil española.

En cuanto a la Administración-Reconstrucción de Mostar, tiene su origen como operación en la Declaración de Luxemburgo de 22 de noviembre de 1993, cuando aún no se había decidido una actuación concreta en el marco de la PESC. El Consejo Permanente de la UEO acordó el 5 de octubre de 1993 establecer un grupo de trabajo *ad hoc* para el estudio del tema, y se formaliza de esta manera la cooperación UEO-UE para la administración y la reconstrucción de la ciudad en el marco de las OO.PP.-Petersberg. Mediante el MOU suscrito entre croatas y musulmanes-bosnios, derivado del Trabajo de Washington, de 1 de marzo de 1994, los contendientes cedieron a la UE la administración y reconstrucción de la ciudad.

El «*MOU de la Administración Europea de Mosar*», firmado por los Estados miembros de la UE y el Consejo de la UEO, incluyó a la República de Bosnia-Herzegovina, a la Federación Croata-Musulmana y a los Ayuntamientos de Mostar Este y Mostar Oeste. Consta de 22 artículos, en los que se incluyen la declaración de intenciones y principios de la Administración, a guisa de título preliminar; su duración, área de responsabilidad, poderes, estructura, policía, desmilitarización, refugiados y desplazados, libertad de movimientos, transportes, comunicaciones, in-

---

(176) NATO ONLINE, LISTSERV@CCI.KULEUVEN.AC.BE. También *Revista de la OTAN* n.º 3 (junio de 1993), p. 21.

(177) ROBLES CARRILLO, Margarita A., *La Unión Europea Occidental y la cooperación europea en materia de seguridad y defensa*, op. cit., p. 169.

munidades diplomáticas, fianzas, etc. El objetivo de la Administración Europea es el intento de alcanzar una ciudad unificada, democrática y multirracial (178).

11. OO.PP.-UE: *MISIÓN DE VERIFICACIÓN DE LA COMUNIDAD EUROPEA (MVCE) Y LA FUERZA ESPECÍFICA DE LA UE PARA AYUDA HUMANITARIA (EUEAH)*

Las misiones que encabezan este epígrafe se realizaron por la Unión Europea (UE) en tanto que la UEO recibía su impulso y reordenación. Este proceso no permitía prever una operatividad plena en cierto tiempo, con lo cual la UE carecía, en la práctica, de su pilar de seguridad más allá del papel. La guerra de Yugoslavia obligó a que realizara sus primeras OO.PP. sin contar con él, en tanto era desarrollado y alcanzaba la eficacia esperada.

La *Misión de Verificación de la Comunidad Europea (MVCE)*, se creó con la entrada en vigor de los Acuerdos de Brioni de 7 de julio de 1991, celebrados entre la UE, las autoridades federales yugoslavas, Eslovenia y Croacia. La misión inició con la firma del MOU de 13 de julio de 1991 entre los sujetos anteriormente enumerados, con una vigencia prevista de tres meses. El 14 de octubre se amplió la vigencia del MOU hasta la finalización de la Conferencia de La Haya, creada por los Acuerdos de Brioni para la negociación de la autodeterminación de las repúblicas implicadas, con el objeto de buscar y promocionar una solución duradera para el conflicto de Yugoslavia (179).

Su fin (180) era controlar la evacuación de las tropas del Ejército Federal Yugoslavo (serbio) del territorio de la República de Eslovenia. Para alcanzarlo se utilizaron varios instrumentos. En primer lugar, la mediación y negociación local entre contendientes. Se pretendió obtener el cese total del fuego en cada zona, así como la creación de las condiciones para una vuelta a una relativa normalidad en las poblaciones afectadas directamente por la guerra.

---

(178) DE LARA CIMADEVILLA, Manuel, «Reconstrucción de Mostar por la Unión Europea», *Boletín de Información del CESEDEN*; n.º 239 (1995), p. 8.

(179) MARTÍNEZ ESPARZA VALIENTE, Juan Antonio, y otros, *Manual de Operaciones de Paz*, op. cit., p. 98.

(180) Cf. HERGUETA GARNICA, Javier, «Mediación sobre el terreno en el conflicto croata-yugoslavo», *Cuadernos de la Escuela Diplomática*, n.º 9 (1995).

En segundo lugar, la limitación y fin de las hostilidades implicaba la división del frente en sectores y la asignación de cada uno de ellos a un grupo de observadores, que ponían en conocimiento de los mandos contendientes el inicio de cualquier ataque, en su mayoría incontrolados, para que se ordenara su cese inmediato. El éxito de esta medida se conseguía en parte poniendo de manifiesto la mala fe de una o de las dos partes, forzándolas a corregir su actuación, al tiempo que evidenciaba la violación de los acuerdos de treguas suscritos, con la consiguiente repercusión pública. El sistema presentaba, lógicamente, enormes deficiencias.

El tercer momento determinaba la verificación de encuentros entre las partes y la estabilización del frente. Para que fuera efectivo era preciso que se hubiera conseguido un alto el fuego. Cumplido este requisito, cada grupo de observadores iniciaba una serie de reuniones entre los contendientes en los que se acordaba la retirada de cuerpos de la zona del combate, el intercambio de prisioneros, cadáveres o heridos, la desmilitarización de enclaves, la retirada de minas o *microdesarme*, etc.

Por último, se hacía preciso alcanzar la normalización de la vida cotidiana en las zonas de guerra, ya que el frente se había consolidado en la inmediatez de poblaciones croatas. La vida de los habitantes de estas zonas se desarrollaba en unas condiciones muy difíciles. Para conseguir su alimentación y asistencia sanitaria inmediata, así como el suministro de bienes de primera necesidad, muchas veces repartidos entre los contendientes (electricidad, gas, agua) junto con los observadores, generalmente reclutados entre las FF.AA. de la UE, participaban en estas negociaciones representantes de las autoridades civiles, organismos de asistencia y ONGs.

La *Fuerza Específica para Ayuda Humanitaria de la UE* (FEUEAH) se creó por la Cumbre de Jefes de Estado y de Gobierno de Birmingham, de octubre de 1992. Colabora con el *Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados* (ACNUR) en la prestación de ayuda humanitaria en Eslovenia, Croacia y Bosnia-Herzegovina, sin que ambos esfuerzos se verifiquen en las mismas zonas, sino a distancia. Depende de la *Agencia Humanitaria de la Comunidad Europea* (AHCE). Sus funciones son las siguientes:

*... programa de distribución directa de alimentos en Croacia; logística de transporte; programa coordinado de productos higiénicos; asistencia psico-social; programas médicos; progra-*

*mas complementarios de alimentos, vestuario, calzado y varios; programas de trabajos de emergencia; seguridad e información logística; apoyo y coordinación de ONGs; suministro de información a ECHO y países miembros, y coordinación con agencias internacionales (181).*

El asesoramiento del Administrador de la UE en Mostar tiene origen en el Acuerdo de Washington de 1 de marzo de 1994 para la constitución de la Federación croata-musulmana de la República de Bosnia-Herzegovina, por el que se creaba la Administración de la UE en esta ciudad durante un plazo de dos años. Dadas las enormes implicaciones militares que derivaban de la situación, fue preciso formar una asesoría militar para asistir al Administrador europeo en materias tales como desactivación de minas, demoliciones, orden público, etc.

---

(181) *Ibid.*, p. 100.

## LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA. LA INTERVENCIÓN Y LA INJERENCIA HUMANITARIA

Por Juan M. García Labajo (1)  
*Teniente Coronel Auditor*

### 1. INTRODUCCIÓN

Dijo hace ya algunos años el Director General de la UNESCO —la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura—, mi compatriota el Sr. Mayor Zaragoza, que «la biología no condena a la humanidad a la guerra», o sea, que no hay ninguna razón genética que imponga el comportamiento belicoso del hombre. También los juristas podemos afirmar, por nuestra parte, que el Derecho Internacional tampoco alienta este comportamiento, sino que antes bien los prohíbe expresamente.

Pero las leyes son espejo de las costumbres y las normas jurídicas tributarias de la realidad. El Derecho no puede ni debe ignorar la existencia del fenómeno bélico, sino antes bien regularlo, con una doble finalidad. En primer lugar, con el fin, precisamente, de conseguir evitarlo o de ponerlo fin una vez producido o de impedir que se reanude después de haber cesado hostilidades. Son las normas del llamado «*ius ad bellum*», relativas al desarme y a la prohibición del uso de la fuerza.

La segunda finalidad del Derecho de la Guerra consiste precisamente en aminorar sus consecuencias, mediante la protección de las víctimas de los conflictos armados. Son las normas del «*ius in bello*» o de Derecho Internacional Humanitario en un sentido amplio, que abarca tanto el Derecho de La Haya, relativo a la conducción de las hostilidades, como

---

(1) Conferencia pronunciada por el autor en el Seminario Internacional sobre «Misiones de Paz de cara al siglo XXI», organizado por el Ministerio de Defensa de la República Oriental del Uruguay en la localidad de Punta del Este, del 8 al 10 de mayo de 1997.

el Derecho de Ginebra, relativo a la protección de los heridos, enfermos y náufragos, de los prisioneros de guerra y de la población civil.

Sin entrar para nada en el tema del desarme ni en aquel otro relativo al Derecho Internacional Humanitario y su relación con las Operaciones de Mantenimiento de la Paz, centraremos ahora nuestra atención en la cuestión referente a la prohibición del uso de la fuerza.

## 2. LA PROHIBICIÓN DEL USO DE LA FUERZA

Al hablar de la prohibición del uso de la fuerza, debe comenzar por advertirse que el Derecho Internacional clásico admitía de un modo prácticamente ilimitado el derecho de las Naciones a hacer la guerra, de manera que ésta aparecía como la última ratio en la autoprotección de los intereses colectivos. En el Derecho Internacional contemporáneo, en cambio, se ha proscrito el empleo de la fuerza por los Estados y se ha institucionalizado el «ius ad bellum». El Derecho Internacional niega hoy a los Estados el uso o la amenaza de la fuerza y confía a la Organización de Naciones Unidas y, en su caso, a Organizaciones regionales, la adopción de medidas, incluso coercitivas, para restablecer la paz si esta fuere transgredida

Este siglo xx final de milenio en que nos ha tocado vivir ha sido en verdad un siglo nada pacífico y aun en estos momentos finiseculares alrededor de una veintena de conflictos armados se mantienen activos. Muchos de ellos resultan prácticamente desconocidos para la opinión pública occidental, porque no le son culturalmente próximos y suscitan indiferencia en los medios de comunicación. Son las llamadas «guerras olvidadas».

Hoy el fenómeno bélico sigue existiendo, es cierto, pero desde la óptica del Derecho el cambio sustancial con respecto a épocas pasadas que se ha inaugurado en este siglo y que seguramente trascenderá al milenio que viene y se desarrollará en él más perfectamente, es que a la guerra se le opone hoy, conceptual e institucionalmente, toda una «conciencia jurídica de ilicitud».

### 2.1. *El pacto Briand-Kellog*

El primer texto internacional en que se consagra esta idea de declarar la guerra «fuera de la ley» fue el «Tratado de renuncia a la guerra

como instrumento de política internacional», firmado en París el 27 de agosto de 1928, más conocido con el nombre que ha pasado a la historia de «Pacto Briand-Kellog», en homenaje a Aristides Briand, Ministro de Asuntos Exteriores de Francia y al Secretario de Estado norteamericano Kellog, que fueron quienes lo impulsaron, con posterior adhesión de prácticamente todos los países entonces existentes de la Comunidad Internacional: 63 estados eran Partes en el Pacto en 1939. En él emiten los Estados, en nombre de sus respectivos pueblos, la declaración solemne de condenar al recurso a la guerra para la resolución de las controversias internacionales y de renuncia a la misma como instrumento de política nacional en sus relaciones recíprocas.

El Pacto Briand-Kellog tuvo la virtualidad de fundamentar jurídicamente, como ley internacional previa, los «crímenes contra la paz», es decir, el planeamiento, preparación, iniciación o ejecución de una guerra de agresión o en violación de tratados internacionales, que fueron sometidos en sus respectivos Estatutos al enjuiciamiento de los Tribunales Militares Internacionales de Nuremberg y Tokio al final de la II Guerra Mundial. Pero no pudo antes, naturalmente, evitar por sí solo el estallido del conflicto.

## 2.2. *La Carta de San Francisco*

La conmoción producida en la sociedad internacional por la II Guerra Mundial llevó a los redactores de la Carta de las Naciones Unidas, hecha en San Francisco el 26 de junio de 1945, a rechazar desde su primer párrafo del Preámbulo el uso de la fuerza en las relaciones internacionales: «Nosotros los pueblos de las Naciones Unidas, resueltos a preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra, que por dos veces durante nuestra vida ha infligido a la Humanidad sufrimientos indecibles...».

Consecuente con esta declaración, el art. 2.4 de la Carta establece, como es bien sabido, que «los Miembros de la Organización, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas». Hay, pues, una prohibición expresa del uso o amenaza de la fuerza, que es a su vez consecuencia del principio fundamental recogido en el apartado 3 de ese mismo artículo, a cuyo

tenor «los miembros de la Organización arreglarán sus controversias internacionales por medios pacíficos de tal manera que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia».

El art. 107 de la Carta, incluido en el Capítulo XVII, relativo los «Acuerdos transitorios sobre Seguridad» constituye una primera excepción a esta prohibición general del uso de la fuerza: «Ninguna de las disposiciones de esta Carta invalidará o impedirá cualquier acción ejercida o autorizada como resultado de la Segunda Guerra Mundial con respecto a un Estado enemigo de cualquiera de los signatarios de esta carta durante la citada guerra». Esta excepción, que tiene su base en la necesidad de posibilitar la acción de los Aliados frente a un eventual resurgimiento del militarismo alemán o japonés, ha caído en desuso y no está ya en vigor, pues los propios antiguos Estados del Eje forman hoy parte de la Organización.

### 2.3. *La legítima defensa*

La segunda excepción a la prohibición del uso de la fuerza está constituida por la legítima defensa. El art. 51 dispone que «ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales».

La legítima defensa puede ser, pues, individual o colectiva, lo que significa que un Estado está legitimado para responder con la fuerza en este concepto no sólo cuando sufre él mismo un ataque armado, sino también cuando este ataque se dirige contra otro Estado víctima, del que recibe una previa petición de asistencia o con el que le una un vínculo convencional en este sentido.

He aquí la base jurídica en la que descansan las grandes alianzas militares, como Tratados regionales de asistencia mutua. El art. 5 del Tratado del Atlántico Norte, hecho en Washington el 4 de abril de 1949, instituyente de la OTAN contiene una referencia al art. 51 de la Carta y lo mismo hacía el art. 5 del disuelto Pacto de Varsovia; lo propio hay que decir de otros pactos regionales defensivos, como pueden ser el Tratado de Río de Janeiro de 1947, Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca; o la Carta de Bogotá de 1948, por la que se crea la Organización de Estados Americanos.



Presupuesto indefectible para el ejercicio de este derecho a la legítima defensa individual o colectiva ha de ser la existencia de un previo ataque armado —una «agresión», en los términos definidos en la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, que luego veremos—. No caben, pues, las acciones armadas ejecutadas como «represalia», frente a otras violaciones distintas al ataque armado o al desconocimiento de otros derechos cualesquiera, según ha establecido la Resolución 2.625 (XXV) de la propia Asamblea General, de 24 de octubre de 1970; ni tampoco la llamada «legítima defensa preventiva», como reacción ante un hipotético ataque inminente, según se deduce claramente de la jurisprudencia del Tribunal Internacional de Justicia, establecida en su Sentencia de 27 de julio de 1986, en el asunto sobre las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua.

Por lo demás, sigue diciendo el art. 51 que «las medidas tomadas por los Miembros en el ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». La Resolución 3.784 (V) de la Asamblea General, de 17 de noviembre de 1950, determina que el Estado que inicia una acción de legítima defensa habrá de hacer una declaración pública en este sentido dentro del plazo de 24 horas desde el comienzo de las hostilidades.

#### 2.4. *El sistema de seguridad colectiva*

La Carta de Naciones Unidas no se ha limitado a prohibir la amenaza y el uso de la fuerza, sino que ha diseñado también un mecanismo de reacción para los casos de transgresión de la norma, que es lo que conocemos bajo la denominación de «sistema de seguridad colectiva» y que entraña una auténtica institucionalización del «ius ad bellum», el cual queda en su virtud reservado a la sociedad internacional organizada.

Efectivamente, tras afirmarse en el Preámbulo de la Carta la resolución de los pueblos de las Naciones Unidas «a unir nuestras fuerzas para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales», y a asegurar «que no se usará la fuerza armada sino en servicio del interés común», el art. 1.1 afirma que uno de los propósitos de Naciones Unidas es

«mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz».

Las competencias a este respecto vienen atribuidas al Consejo de Seguridad, órgano compuesto, según el art. 23 de la Carta, por representantes de quince estados miembros; de los cuales, cinco de ellos son «miembros permanentes» —la China, Francia, Rusia, el Reino Unido y los Estados Unidos— y los otros diez elegidos por la Asamblea General por período de dos años no reelegible para el siguiente, teniendo en cuenta los criterios de contribución a la Organización y de distribución geográfica equitativa. En cualquier caso, las decisiones sobre todas las cuestiones de fondo han de ser tomadas por el voto afirmativo de nueve miembros, incluidos los cinco miembros permanentes (art. 27).

«A fin de asegurar una acción rápida y eficaz por parte de las Naciones Unidas —dice el art. 24 de la Carta—, sus Miembros confieren al Consejo de Seguridad la responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa en nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad». Debe además señalarse el carácter obligatorio de las decisiones que adopte al respecto el Consejo de Seguridad en esta materia, de manera que «los Miembros de las Naciones Unidas convienen en aceptar y cumplir las decisiones del Consejo de Seguridad de acuerdo con esta Carta» (art. 25).

Ante toda amenaza a la paz que surja en cualquier parte del planeta, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, compete en primer término al Consejo de Seguridad determinar su existencia, haciendo las recomendaciones o decidiendo las medidas que serán tomadas de conformidad con los arts. 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (art. 39), todo lo cual se ha visto en el pasado, durante el período de la guerra fría, frecuentemente obstaculizado por el veto de alguno o algunos de los miembros permanentes.

La determinación de la existencia de una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, la hace el Consejo de Seguridad casuísticamente, a la luz de todas las circunstancias de cada supuesto en concreto. No obstante, el Consejo de Seguridad cuenta para ello, como directriz, con los principios fundamentales contenidos en la Resolución 3.314 (XXIX) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1974, sobre definición de la agresión, constituida en línea de principio por el uso de la fuerza armada por un Estado contra la soberanía, la integridad

territorial o la independencia política de otro Estado y que por sí misma, debido a la actual existencia de armas de destrucción en masa, entraña la posible aneja de un conflicto mundial.

A estos mismos fines de determinación por el Consejo de Seguridad de la existencia en cada caso una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, debe también ser tenida en cuenta la «Declaración de principios de Derecho internacional que rigen las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas», aprobada por Resolución 2.625 (XXV) de la Asamblea General, de 24 de octubre de 1970.

El art. 40 previene las llamadas «medidas provisionales cautelares». «A fin de evitar que la situación se agrave» —dice el precepto—, el Consejo de Seguridad, antes de hacer recomendación o decidir la aplicación de medida alguna, «podrá instar a las partes interesadas a que cumplan con las medidas provisionales que juzgue necesarias o aconsejables». Tales medidas provisionales se adoptan con mero carácter cautelar, para que no empeore el conflicto y, por tanto, no perjudicarán los derechos, las reclamaciones o la posición de las partes interesadas. Habitualmente consisten en la cesación o alto el fuego y paralización de los beligerantes en las posiciones que ocupen.

A diferencia de las recomendaciones, que no tienen carácter obligatorio, las medidas coactivas previstas en los arts. 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales (Capítulo VII de la Carta) obligan a todos los Miembros de las Naciones Unidas y pueden ser de dos tipos. En primer lugar, las medidas previstas en el art. 41 que no implican el uso de la fuerza y que «podrán comprender —en enumeración no exhaustiva—: la interrupción total o parcial de las relaciones económicas y las comunicaciones ferroviarias, marítimas, aéreas, postales, telegráficas, radioeléctricas y otros medios de comunicación, así como la ruptura de las relaciones diplomáticas». Por ejemplo, este fue recientemente el caso de la Resolución 661 (1990) del Consejo de Seguridad, de 6 de agosto de 1990, que imponía a Irak las llamadas «sanciones económicas» o «embargo económico».

En segundo lugar, las medidas adoptadas por el Consejo de Seguridad pueden ser también medidas de acción coercitiva que implican el uso de la fuerza, conforme a lo previsto en el art. 42. En efecto, ante una eventual inadecuación de las medidas del art. 41, el sistema de seguridad colectiva da un paso cualitativo, al señalar que «si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el art. 41 pueden ser

inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales. tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres de Miembros de las Naciones Unidas».

Son las que llamó entre nosotros el General Fernández Flores «guerras de policía», que se llevan a cabo, no por tropas propias de la ONU —que no existen en realidad—, sino por las que los Estados miembros se comprometen a poner a disposición del Consejo de Seguridad cuando éste lo solicite, proporcionándole «las fuerzas armadas, la ayuda y las facilidades, incluso el derecho de paso, que sean necesarias para el propósito de mantener la paz y la seguridad internacionales». A este fin se concluirán convenios especiales sobre el número y clase de las fuerzas, su grado de preparación y su ubicación general, así como también la naturaleza de las facilidades y la ayuda, entre el Consejo de Seguridad y los Estados miembros u Organizaciones regionales (art. 43).

En efecto, el Consejo de Seguridad está facultado para decidir si la acción coercitiva será ejercida por todos los Miembros de Naciones Unidas o por algunos de ellos, que podrán hacerlo además directamente o mediante su acción en los organismos internacionales apropiados de que formen parte (art. 48). En todo caso, antes de requerir el Consejo a un Miembro no representado en él a que provea de fuerzas armadas, le invitará a participar en las decisiones relativas al empleo de sus contingentes (art. 44).

Conforme a las previsiones de la Carta, para asesorar y asistir al Consejo de Seguridad en todas las cuestiones relativas a las necesidades militares del Consejo para el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales, al empleo y comando de las fuerzas puestas a su disposición, a la regulación de armamentos y al posible desarme», se establece un Comité de Estado Mayor, integrado por los Jefes de Estado Mayor de los miembros permanentes o sus representantes, así como los de los demás miembros que eventualmente sean invitados a asociarse a las labores del Comité, el cual «tendrá a su cargo, bajo la autoridad del Consejo de Seguridad, la dirección estratégica de todas las fuerzas armadas puestas a disposición del Consejo» (art. 47).

Desvanecido a poco de acabar la II Guerra Mundial el espíritu de entendimiento entre ellas y habiendo adquirido las dos superpotencias intereses mundiales de carácter hegemónico y antagónico, el sistema de

seguridad colectiva no pudo funcionar durante la época de la guerra fría, pues todos los conflictos afectaban, de una u otra manera, a un miembro permanente, particularmente a las superpotencias, de manera que el veto o la amenaza de veto impidieron la reacción insstitucional prevista en la Carta (279 vetos se produjeron durante aquella época en el Consejo de Seguridad).

De hecho, sólo con ocasión de la Guerra de Corea en 1950 emprendieron las Naciones Unidas una acción propiamente coercitiva. Y ello gracias a la ausencia del delegado de la URSS en el Consejo de Seguridad, disconforme con la presencia en el órgano de los representantes de China Nacionalista: 19 de los Estados miembros de las Naciones Unidas pudieron contribuir con sus fuerzas, bajo el mando unificado de los Estados Unidos, a hacer frente al ataque de Corea del Norte.

### 3. LA INTERVENCIÓN Y LA INJERENCIA HUMANITARIA

#### 3.1. *Las operaciones clásicas de mantenimiento de la paz*

La crisis del sistema de seguridad colectiva previsto en el Capítulo VII de la Carta de San Francisco llevó a la Organización de las Naciones Unidas, durante la época del bipolarismo, a la instauración de un mecanismo alternativo de carácter preventivo —y no coercitivo como el que está previsto en dicho Capítulo—, constituido por las Operaciones de Mantenimiento de la Paz («peace keeping», en la terminología anglosajona).

Se trata, cabalmente, del envío al lugar donde se produce el conflicto de contingentes de Fuerzas Armadas con un fin pacificador, previo el consentimiento de los Estados en cuyo territorio deben actuar. Desarrollan tales contingentes operaciones de vigilancia, con el fin de garantizar el cumplimiento de medidas de alto fuego o de separación o retirada de tropas, de manera que se persigue así rebajar la temperatura de los conflictos y amortiguar las crisis internacionales, asegurando la paz mientras se da tiempo a los negociadores políticos para intentar un arreglo. Tales contingentes son puestos voluntariamente a disposición de las Naciones Unidas por los Estados que quieran contribuir y seleccionados por el Secretario General.

Prescindiendo de hacer ahora una reseña histórica de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz y la tipología de las mismas, sólo me

interesa destacar en este momento que desde su primera aparición en 1956, en el curso de la crisis del Canal de Suez, hasta la finalización de la guerra fría, se organizaron trece operaciones, casi todas relacionadas con el conflicto de Oriente Medio —salvo la del Congo (1960) y Chipre (1964)—.

Dentro de ellas podemos distinguir entre «Misiones de Observación», constituidas principalmente por Oficiales, en la mayoría de los casos desarmados y «Fuerzas de Emergencia», integradas por Unidades de *Infantería Ligera* y que desarrollaron operaciones tradicionales, en las que se limitaban esencialmente a vigilar y ayudar a mantener las treguas y acuerdos de alto el fuego, a controlar los términos de armisticios y acuerdos de paz, a observar las líneas fronterizas y a asistir a la retirada de tropas, contribuyendo así a evitar una reanudación de las hostilidades.

En cuanto a la base jurídica de estas Operaciones de Mantenimiento de la Paz, no se trata, como decimos, de acciones coercitivas de las previstas en el Capítulo VII de la Carta, pero en cambio van más allá del mero arreglo pacífico de controversias a que se refiere el Capítulo VI, mediante la negociación, la investigación, la mediación, la conciliación, el arbitraje, el arreglo judicial o medios similares, entre los que no puede incluirse desde luego la actuación de fuerzas armadas. Por eso dijo con cierto humor y en expresión que ha hecho fortuna el segundo de los Secretarios Generales de Naciones Unidas, Dag Hammarskjöld, que se fundamentaban en un «Capítulo 6 y medio» de la Carta, referente al mantenimiento de la Paz. En realidad, se trata, como ha señalado el último Secretario General, Boutros Gali, de unas «funciones adicionales implícitas» que la Carta autoriza —pues nada se opone a ello— para el mantenimiento y restablecimiento de la paz y seguridad internacionales.

Desde el punto de vista institucional las Operaciones de Mantenimiento de la Paz son organismos subsidiarios del Consejo de Seguridad para el desempeño de sus funciones, de los previstos en el art. 29 de la Carta, que se crean en la propia Resolución por la que se aprueba la Operación y donde se describe esta última en términos generales de carácter político.

Con base en la Resolución, el Secretario General elabora un «Mandato», en el que se contienen previsiones sobre el mando de la Fuerza —que recaerá, según los casos sobre un Representante Especial del Secretario General o un Comandante en Jefe— su entidad, los Estados invitados a participar y las condiciones de financiación; conviene subrayar

que los Estados miembros de la Organización pueden hacer el ofrecimiento voluntario de sus contingentes, pero sin que tengan derecho a exigir su participación en la Operación, que decide como antes hemos dicho el Secretario General, en base a criterios de representación geográfica equitativa, sin que, por lo general —aunque nada lo prohíbe— se incluyan contingentes de países miembros permanentes del Consejo de Seguridad ni de los que, por razones geográficas o de otro tipo, tengan un interés particular en la situación.

El contenido del Mandato se desarrolla luego en los llamados «Términos de referencia», donde se expresan con más detalle los cometidos y la composición de la Fuerza. En tanto que las «Directrices para la Misión» proporcionan a los participantes información básica de carácter operativo y administrativo. Especial mención merecen las «Reglas de Enfrentamiento», que contienen pautas de conducta para el uso de la fuerza como último recurso y con fines exclusivos de autodefensa contra un ataque, incluyendo aquí la tentativa de desalojar de sus posiciones a los miembros de la Operación.

Por lo que se refiere al estatuto jurídico de los contingentes que integran la Operación, simplemente debemos advertir ahora de la existencia, en este sentido, de otros dos tipos de instrumentos jurídicos. En primer lugar, los Acuerdos de Participación, que se suscriben entre el Secretario General y los Estados contribuyentes a la Operación, siendo de señalar que la Asamblea General ha aprobado recientemente un Modelo de Acuerdo entre las Naciones Unidas y Estados Miembros que aportan personal y equipo a operaciones de las Naciones Unidas de mantenimiento de la paz (documento A/46/185).

Y en segundo lugar, el Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas (SOFA), que suscriben también las Naciones Unidas con el Estado receptor o Estado anfitrión, pues ya dijimos que nota característica de las Operaciones de Mantenimiento de la Paz es la exigencia del previo consentimiento de los Estados en cuyo territorio han de desarrollarse. Se establecen en los SOFA,s los derechos y obligaciones de los participantes en relación con el país anfitrión: aspectos jurisdiccionales, privilegios e inmunidades, régimen aduanero, etc...

A este respecto debe subrayarse que, siendo las Operaciones, como antes dijimos, organismos subsidiarios del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, gozarán sus miembros de las prerrogativas e inmunidades establecidas en la Convención sobre Prerrogativas e Inmunidades de las Naciones Unidas, de 13 de febrero de 1946, ratificada hoy por

más de ciento veinte Estados, si bien puede que el Estado afectado por una determinada Operación no sea parte en la Convención, o incluso que dicha Operación entrañe relaciones con una entidad que no sea un Estado.

En cualquier caso, con ocasión de las primeras Operaciones, el Secretario General dictó un Reglamento o Estatuto de las Fuerzas de Emergencia de Naciones Unidas, 20 de febrero de 1957, que se ha aplicado después con las adaptaciones necesarias en los Acuerdos relativos a distintos SOFA,s. Por otra parte, existe también, aprobado por la Asamblea General un «Modelo de Acuerdo sobre el Estatuto de las Fuerzas entre las Naciones Unidas y los países receptores» (documento A/45/594, de 9 de octubre de 1994), con la finalidad de servir de base para este tipo de Acuerdos y sujeto a las modificaciones que en cada caso se convengan entre las partes. Destacaremos ahora tan sólo el principio fundamental de la «ley de la bandera», conforme al cual los miembros de los contingentes nacionales estarán sometidos, en lo penal y en lo disciplinario, a la jurisdicción exclusiva de sus respectivos Estados.

Los Acuerdos tienen normalmente una corta vigencia de seis meses, lo que exige una frecuente renovación, pues un hecho repetitivo que se constata en relación con las Operaciones de Mantenimiento de la Paz es que se sabe cuándo empiezan, pero no cuándo van a terminar. Como certeramente se ha señalado en relación con la Fuerza de las Naciones Unidas para el Mantenimiento de la Paz en Chipre (FNUCH), instaurada en 1964, hoy «soldados canadienses siguen patrullando la misma línea verde que patrullaron sus padres».

Por último, debe señalarse que la preocupación de la Comunidad Internacional por la seguridad del personal participante en las operaciones, ha llevado a adoptar recientemente, con el fin de prevenir los ataques contra el mismo y de castigar a quienes los hayan cometido, la «Convención sobre la seguridad del personal de las Naciones Unidas y el personal asociado», hecha en Nueva York el 9 de diciembre de 1994, pendiente todavía para la mayoría de los Estados del cumplimiento de los trámites constitucionales internos necesarios para la ratificación.

### 3.2. *La desestructuración del sistema de seguridad colectiva*

El término de la guerra fría suscitó la legítima esperanza de que los conflictos disminuirían considerablemente. No ha sido así y han segui-



do estallando conflictos armados en diferentes partes del mundo, que se han cobrado la vida de víctimas, en su mayoría personas civiles y niños, desafortunadamente.

Tampoco ha supuesto, en contra de lo que pudo pensarse en un principio, una vuelta a los mecanismos del sistema de seguridad colectiva prístinamente diseñados en la Carta de San Francisco. Al menos en la primera intervención armada de carácter colectivo emprendida por la comunidad internacional, tras el bipolarismo, con ocasión de la invasión de Kuwait, la técnica utilizada en la Resolución 678 (1990) del Consejo de Seguridad, de 29 de noviembre, fue la de autorizar a los Estados para que utilizaran la fuerza contra Irak, con el fin de restaurar la paz y seguridad internacionales en la zona, si éste no cumplía antes de un plazo determinado anteriores resoluciones del propio Consejo que le instaban en síntesis a retirarse de Kuwait.

Pero las fuerzas que contendieron victoriosamente frente a Irak no eran contingentes nacionales puestos a disposición de la ONU, sino fuerzas multinacionales pertenecientes a diversos Estados que cooperaban con Kuwait, cumpliendo las resoluciones del Consejo de Seguridad. Mantenían no obstante las mismas la exclusiva dependencia de sus mandos nacionales, sin intervención ni control alguno por parte del Comité de Estado Mayor ni del propio Consejo de Seguridad.

Tal intervención multinacional, basada desde luego en el Capítulo VII de la Carta, constituye un híbrido entre la acción coercitiva del Consejo de Seguridad prevista en el art. 42 y la legítima defensa colectiva de los Estados prevista en el art. 51 e implica una verdadera desestructuración del sistema de seguridad colectiva en tanto que sistema integrado, que ha dejado así paso a un sistema de privatización de uso de la fuerza por los Estados con previa autorización del Consejo de Seguridad, que ha renunciado a ejecutar por sí mismo el Capítulo VII de la Carta mediante las llamadas «guerras de policía», sustituidas así por las que se han venido en llamar «guerras por representación» o «acciones por procuración».

### 3.3. *La intervención humanitaria*

Lo que sí que ha traído en cambio el fin de la guerra fría ha sido una revitalización y aun una explosión de las acciones del llamado «Capítulo 6 y medio de la Carta», creándose en estos últimos años más de trein-

ta operaciones, frente a los trece de los cuarenta años anteriores. Además no se trata ya sólo de amortiguar las crisis internacionales, como en las operaciones clásicas de mantenimiento de la paz («peace keeping»), sino de contribuir en el curso de un conflicto armado —generalmente de carácter interno— a la consecución de la paz («peace making») o la consolidación de esta última tras la finalización del conflicto («peace building»).

En consecuencia las fuerzas participantes no se limitan sólo a desarrollar misiones militares de vigilancia y control, sino que desempeñan también, respondiendo al concepto de multifuncionalidad —«operaciones multiuso»—, otras posibles tareas de diverso tipo: de asistencia y protección humanitaria a las víctimas, principalmente entre la población civil y de ayuda a los refugiados; de control de la desmovilización, incluida la recogida del armamento y de desminado; de restablecimiento del orden público y de reconstrucción de infraestructuras y servicios, como la sanidad, los transportes o la policía civil; de promoción del desarrollo económico y social y de supervisión del respeto de los derechos humanos; de fortalecimiento de la estructura estatal y de las formas democráticas de gobierno, con organización incluso de procesos electorales; y otras tareas semejantes. Ello ha llevado también en ocasiones a la intervención, al lado del componente militar, de un componente civil y de Policía.

En vista del contenido de los mandatos correspondientes a esta clase de operaciones, que se han venido a llamar «de segunda generación», quizá no les convenga ya el nombre de Operaciones de Mantenimiento de la Paz, sino más bien el de «Operaciones de Paz» u «Operaciones de Pacificación», pues la precisión en el uso de todos estos términos sigue aun hoy sin haberse alcanzado. Desde el punto de vista militar, también les cabe el nombre de «intervención humanitaria», para destacar el hecho del empleo de medios militares en el curso o en relación con un conflicto armado en el que no se involucran, sino en el que se limitan a realizar misiones destinadas a la protección de la población civil contra los efectos de las hostilidades y a suministrar ayuda humanitaria, mediante la asistencia médica y la distribución de alimentos y medicamentos, principalmente.

En buena parte, el auge de este tipo de operaciones se explica en función del «descubrimiento» por parte de la ONU de las enormes posibilidades que ofrecen los Ejércitos para el desarrollo de la acción humanitarias, cumpliendo disciplinadamente tareas que ninguna organización

humanitaria hubiera podido realizar: el establecimiento de puentes aéreos para evacuaciones, el lanzamiento de socorros por medio de paracaídas, la llegada de convoyes a zonas extremadamente peligrosas, etc... Al propio tiempo los Estados han reparado también en las ventajas que les ofrece aportar voluntariamente contingentes militares para esta clase de operaciones: externamente, ganar protagonismo en la comunidad internacional, utilizando así a sus Fuerzas Armadas como un instrumento pacífico de su política exterior; internamente, mejorar la imagen del estamento militar ante la opinión pública —lo que se aprecia notoriamente en las encuestas— y, además, dotar a los miembros de sus Fuerzas Armadas de experiencia internacional, en contacto con otros contingentes y en el desarrollo de misiones en ambiente real de combate.

#### 3.4. *La injerencia humanitaria*

La técnica de la resolución habilitante del Consejo de Seguridad para el uso de la fuerza por los Estados se ha utilizado también en relación con las operaciones de paz, dando lugar así a las que se han venido en denominar «operaciones de tercera generación», en las que no se trata ya de mantener la paz ni de contribuir a ella o a su consolidación tras el conflicto, sino de imponerla por la fuerza frente a la acción de los beligerantes («peace enforcement» en la terminología anglosajona).

Teniendo en cuenta que prácticamente todas las operaciones aprobadas por Naciones Unidas difieren la una de la otra y, en consecuencia, los límites entre una y otra clase de operaciones aparecen imprecisos en la práctica y que, además, es frecuente que las operaciones evolucionen y muten su mandato inicial, podemos decir no obstante, generalizando, que estas operaciones de paz de tercera generación entran de lleno, sin duda en el Capítulo VII de la Carta, en cuanto suponen el uso de la amenaza de la fuerza con fines que exceden de los exclusivos de autodefensa y además puede incluso prescindirse en ellas de una de las características esenciales de las operaciones de mantenimiento de la paz: la necesidad del consentimiento del Estado o facción beligerante afectada por el desarrollo de la operación.

De lo que se trata aquí, fundamentalmente, es de proteger con el uso de medios militares las actividades de ayuda humanitaria a la población civil, dando así lugar al concepto paradójico de «guerra humanitaria». Cuando la población civil como tal es objeto de ataque por los belige-

rantes y se llevan a cabo impunemente grandes matanzas entre ella, cuando se recurre al hambre como método de combate y se deniega a las organizaciones humanitarias la posibilidad de prestar sus asistencia a las víctimas del conflicto, surge entonces para los demás Estados el derecho-deber de injerencia humanitaria: lo que se ha llamado, en expresión bastante gráfica, el «derecho de mirar» hacia el conflicto, con el correlativo deber de no mirar para otro lado, haciendo ojos ciegos a los actos de inhumanidad.

El art. 1 común a los cuatro Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 expresa la obligación de las Altas Partes Contratantes de «respetar y hacer respetar» el Derecho Internacional Humanitario. Por su parte, los arts. 62 del IV Convenio, 70 del Protocolo Adicional I y 18.2 del Protocolo Adicional II en relación con los conflictos armados, internacionales o internos, establecen el principio de que cuando la población civil esté padeciendo privaciones extremas por la falta de abastecimientos indispensables para su supervivencia, tales como víveres y suministros sanitarios, se emprenderán, con el consentimiento de la Alta Parte contratante interesada, acciones de socorro en favor de la población civil, de carácter exclusivamente humanitario e imparcial; la necesidad del concurso de su consentimiento faculta al Estado en cuestión para negociar y acordar los términos de la operación de socorro, pero no para oponerse arbitrariamente a ella.

Ahora bien, en la medida en que esta injerencia humanitaria puede suponer el uso de la fuerza, dicho derecho no se reconoce a los demás Estados *individualmente*, sino *institucionalmente* a la *Comunidad Internacional organizada*. Dice así el art. 89 del Protocolo Adicional I que en situaciones de violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, los Estados Partes se comprometen a actuar, conjunta o separadamente, en cooperación con las Naciones Unidas y de conformidad con su Carta.

De ahí que en estos casos, el Consejo de Seguridad, tras determinar que tales violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, autoriza a los Estados a que emprendan acciones con el fin de asegurar la prestación de asistencia a las víctimas del conflicto, utilizando los medios militares si es necesario, con el fin precisamente de restablecer la paz y la seguridad internacionales. En efecto, tales acciones militares, que se desarrollan en el curso de un conflicto armado que enfrenta a otras partes, pueden consistir, a título de ejemplo, en el establecimiento

de «corredores humanitarios», con protección militar de los suministros de ayuda humanitaria, la creación de «zonas seguras» y consiguiente establecimiento de zonas de exclusión de los beligerantes en torno a ellas, la interdicción del uso del espacio aéreo, etc...; se trata, en definitiva, del establecimiento de un entorno seguro para que pueda llevarse a efecto la distribución de la ayuda humanitaria.

Pueden además llevarlas a cabo los Estados estas acciones militares, haciendo uso de la autorización del Consejo de Seguridad, conjuntamente o en solitario, o encomendar incluso su ejecución a Organismos regionales (como la OTAN en Bosnia-Herzegovina). El resultado vario que ha deparado en otras partes el desarrollo de este tipo de operaciones — en Irak, con la población Kurda, en Somalia o en Ruanda—, ha vuelto más bien escéptica a la Comunidad Internacional en cuanto a ellas y ha suscitado la oposición, más o menos velada, del Comité Internacional de la Cruz Roja, por cuanto a su parecer la acción humanitaria así realizada es sin duda imparcial, pero no puede ser neutral, desde el momento en que se interfiere militarmente en el desarrollo de la guerra. Y la neutralidad es uno de los principios fundamentales de la acción humanitaria en la doctrina del Comité Internacional de la Cruz Roja, para el que la ONU, o los Estados autorizados por ella, no pueden hacer al mismo tiempo la paz y la guerra.

## INFILTRACIÓN POLICIAL Y PROVOCACIÓN DEL DELITO

Por Juan José López Ortega  
Magistrado

### SUMARIO

1. NOCIONES GENERALES. 2. LA PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA: LA DOCTRINA DE LA *ENTRAPMENT DEFENSE*. 3. EL DELITO PROVOCADO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO. 4. INFILTRACIÓN Y PROVOCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. 5. LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INFILTRACIÓN POLICIAL.

#### 1. NOCIONES GENERALES

Hoy en día constituye una realidad unánimemente aceptada la afirmación de que los métodos convencionales de investigación son insuficientes para combatir ciertas formas de delincuencia. Las extraordinarias dificultades que presenta la represión de la delincuencia organizada e internacional ha puesto de manifiesto que una manera certera de combatirla consiste en introducirse en la estructura de la propia organización criminal. Las autoridades recurren a la infiltración policial, entablando relación con el autor previsible de la infracción, para intervenir en el proceso mismo de realización de la actividad delictiva. Sin embargo, la admisibilidad de estas técnicas de investigación no deja de plantear serias dudas desde la perspectiva del respeto a los derechos de la persona y a los principios del proceso debido. Desde esta perspectiva, esta intervención se centra en el examen de las condiciones de admisibilidad de la infiltración policial en los Estados Unidos y en Europa, a partir del examen de la jurisprudencia y legislación de los diferentes países.

Sin embargo, antes de hacerlo conviene describir en qué consiste esta *técnica de investigación criminal*. En realidad, dentro de la denominación genérica de operación encubierta se designan una gran *variedad de supuestos*. En los Estados Unidos el departamento de policía en Nueva York ideó las «*operaciones cebo*» (decoy operations), en las que un agente de policía hace el papel de una víctima potencial— un vagabundo, un comerciante, un anciano o un conducto de taxi, por poner sólo algunos ejemplos— situándose en lugares escogidos por su elevado nivel de riesgo, a la espera de convertirse en objeto de alguna agresión. Otras veces estos procedimientos se utilizan para poner a prueba la integridad de un determinado sector de población (*integrity test*). La policía, por ejemplo, ha ensayado dejar abandonada una maleta en una estación de autobuses, acechando a las personas que pretendían apoderarse de ella. Asimismo se ha recurrido a este tipo de operaciones para evaluar la honestidad de determinadas clases de funcionarios, incluso los mismos agentes de policía. En los años ochenta, por ejemplo, conmovió a la opinión pública norteamericana una operación preparadaa por una sección especial del FBI dirigida a comprobar la integridad de ciertos miembros de la clase política; en este caso los agentes utilizaron una sociedad ficticia del medio oriente, que aparentemente intentaba introducirse en el sector inmobiliario norteamericano ofreciendo importantes comisiones a cambio de obtener apoyos y facilidades para sus inversiones. Como resultado de esta operación, alrededor de veinticinco personas fueron acusadas de *corrupción*, entre ellas un senador, seis diputados y varios altos funcionarios y abogados de los distritos de Nueva York, Filadelfia y Columbia.

También en Europa la utilización por la policía de la técnicas de infiltración ha adquirido mayor relieve, debido a la frecuencia creciente con que la policía acude a provocar la infracción delictiva como medio de obtener las pruebas fehacientes de la actividad criminal. Esta tendencia se observa, sobre todo, ante el aumento continuo de los grandes tráfico y, en especial, del tráfico ilícito de drogas. Para combatir esta forma de delincuencia la policía recurre a formas muy diversas de infiltración, como por ejemplo la *falsa compra y la falsa venta, las entregas vigiladas y controladas o la infiltración en redes y grupos criminales*. En las falsas operaciones de compra y venta el agente encubierto se presenta al sospechoso, según los casos, como un comprador o un vendedor potencial, en ocasiones incluso exhibiendo importantes sumas de dinero (flash-roll). Las entregas vigiladas y controladas consistene en

permitir la circulación de mercancías prohibidas, aunque bajo la vigilancia de los agentes, que pueden tener una intervención más activa colaborando en el proceso de entrega, transportando o guardando los géneros prohibidos. Por último, la infiltración en redes o grupos criminales se distingue de las anteriores en que constituye una modalidad de encubrimiento, que presenta un carácter permanente, dirigida a obtener informaciones sobre los delitos cometidos o en preparación, aunque respecto de los otros supuestos presenta la particularidad de que, en este caso, la actuación policial no tiene por objetivo una transacción determinada, sino que persigue un fin mucho menos preciso, recabar información de manera indiscriminada.

Por tanto, según los casos, la infiltración policial puede ser de corta o larga duración, el contacto entre el agente y el autor potencial puede ser más o menos intenso y la participación de aquél en el hecho delictivo más o menos directa, favoreciendo la comisión del delito y provocando su ejecución. No obstante, todas las operaciones de infiltración presentan algunas *características comunes*, básicamente, las tres siguientes: la *disimulación*, es decir, la ocultación de la condición de agente oficial y de sus verdaderas intenciones; el *engaño*, puesto que toda operación de infiltración se apoya en una puesta en escena que le permite al agente obtener la confianza del sospechoso; y, finalmente, la *interacción*, una relación directa y personal entre el agente y el autor potencial.

Se puede afirmar que, como una regla general, la jurisprudencia y la doctrina condicionan la admisibilidad de estas actuaciones policiales a que las autoridades no provoquen la realización de la actividad delictiva. La policía, cuya tarea principal es luchar contra la delincuencia, no puede contribuir a la realización del delito, induciendo al sospechoso a ejecutar al infracción. En su actuación, ha de limitarse a crear la ocasión para que el delito se cometa, en condiciones tales que sea posible constatar su realización e identificar a sus autores, pero en ningún caso incitar a su realización haciendo nacer en el provocado la resolución criminal. Lo decisivo es, por tanto, que el designio criminal haya surgido en el autor libremente, sin ninguna intervención del agente de policía.

No obstante, distinguir entre provocación delictiva e infiltración no es ni mucho menos una tarea sencilla, sobre todo cuando en el momento de producirse la intervención policial todavía no existen elementos objetivos que permitan establecer que la ejecución de la actividad criminal ya había comenzado. Por ello, no es extraño que la doctrina y la juris-



prudencia de todos los países hayan realizado un importante esfuerzo para concretar las condiciones de admisibilidad de las operaciones policiales de infiltración. Como seguidamente comprobaremos, tanto en el Derecho angloamericano como en el continental, se ha desarrollado a favor del acusado un sistema de protección contra la provocación delictiva, con el que se pretende evitar que ciudadanos inocentes, normalmente respetuosos con las leyes se vean forzados a delinquir por la actuación abusiva de los agentes encubiertos.

## 2. LA PROVOCACIÓN POLICIAL EN LA JURISPRUDENCIA NORTEAMERICANA

En el Derecho norteamericano, aunque se acepta pacíficamente que la policía puede dar facilidades para la comisión del delito, proporcionando una ocasión adecuada para su ejecución, no se admite que el agente incite su comisión, haciendo surgir en el individuo la resolución criminal. Se distingue entre una actividad encaminada a procurar una oportunidad para ejecutar el delito, que es considerada lícita, y otra, ilegal, dirigida a originar en el sospechoso la intención delictiva. Si se sobrepasa este límite y la actuación policial hace nacer la decisión de cometer la infracción, que de otro modo no se habría traducido en el hecho delictivo, cabe que el provocado sea absuelto.

En su concepción tradicional, los Tribunales norteamericanos han venido aplicando la doctrina de la *entrapment defense* desde una óptica subjetiva, considerando por un lado que en el origen de la intención delictiva se encuentre la intervención del agente provocador y, por otro, que en el provocado no existiese una predisposición para delinquir. Así, pues, en un primer nivel se examina si el designio criminal ha sido originado por la acción de la policía, es decir, si ésta con su comportamiento ha incitado a la realización del delito; posteriormente, se considera si el sospechoso se encontraba o no predispuesto a cometer la infracción. De tal modo que si existió incitación por la policía, y la acusación no logra demostrar que existiese tal predisposición en el sospechoso el acusado será absuelto.

Estos criterios fueron aplicados, por vez primera, en el caso *Sorrells c. United States* (287 U.S. 435 (1932), referido a un supuesto de suministro de alcohol en la época de la prohibición. Un agente de policía, ocultando que actuaba oficialmente, realizó una visita al sospechoso, con quien había servido en la misma división durante la Primera Guerra Mundial. El agente invocó esta circunstancia para ganarse su confianza

y pedirle que le proporcionase alcohol. A pesar de ello, en un primer momento rehusó proporcionárselo. Sólo después de reiterar la petición, insistiendo en ella de manera persistente terminó por aceptar y le entregó medio galón. Para el Tribunal Supremo el acusado había sido incitado y provocado por un agente de policía a cometer un delito, para el que no tenía predisposición. La segunda decisión importante en esta materia es la dictada en el caso *Sherman c. United States* (356 U.S. 369 (1958)). Los antecedentes de este asunto se refieren a un policía que estableció contacto con el acusado en la consulta de un doctor, especializado en el tratamiento de la toxicomanía: El agente se dirigió al sospechoso y le pidió droga. El acusado, en un primer momento, rehusó proporcionársela, pero ante la insistencia del policía terminó accediendo. El Tribunal Supremo consideró que se había producido una provocación ilegal, puesto que no existía prueba de que el acusado estuviese vinculado al tráfico ilegal de la droga.

Por el contrario, en el caso *United States c. Russell* (411 U.S. 423 (1973)) el Tribunal Supremo anuló la absolución pronunciada por un Tribunal de Apelación. El agente encubierto había establecido contacto con el acusado, de quien se sospechaba que se encontraba involucrado en la fabricación y venta de estupefacientes. El agente colaboró con el sospechoso y, antes de detenerle, le proporcionó un producto esencial para la fabricación de la droga. Para el Tribunal de Apelación, que había absuelto al acusado, la actuación del agente encubierto resultaba inaceptable y contraria a los principios del proceso debido. En cambio, para el Tribunal Supremo la existencia de predisposición excluía la ilicitud de la provocación. También en el caso *Hampton c. United States* (425 U.S. 484 (1976)) el Tribunal Supremo de los Estados Unidos rechazó la invocación de la cláusula del proceso debido en relación con una condena por venta de droga a un agente del gobierno, examinando la solución del caso desde la perspectiva tradicional de la incitación y la predisposición al delito.

La doctrina norteamericana ha criticado enérgicamente la aplicación del test subjetivo para determinar si existe una provocación ilegal, por las facilidades que se conceden a la acusación para demostrar la existencia de una predisposición al delito. La consecuencia es que la policía, una vez tiene la certeza de poder acreditar la predisposición del provocado, puede recurrir a toda clase de maniobras para demostrar la culpabilidad del autor, sin el riesgo de ver censurada su actuación. Por ello se propugna la sustitución del test subjetivo por otro de carácter objetivo

basado en el control de la acción policial, en lugar de centrarse, como hasta ahora, en la eventual predisposición del acusado. El fundamento de la exclusión de la punibilidad residiría, entonces, en la consideración de que los poderes públicos, en su actuación están obligados a respetar ciertas reglas mínimas, para no inducir a una persona, que normalmente observa las leyes, a cometer una infracción, que no se habría realizado de no haberse producido la intervención policial. De acuerdo con ello, un comportamiento de la policía que hubiera de estimarse objetivamente intolerable determinaría, sin más, la absolución del provocado.

La aplicación del test objetivo para determinar si la intervención del agente infiltrado se ha mantenido dentro de los límites marcados por la cláusula del proceso debido exige atender, por una parte, a la licitud del fin propuesto y, por otra, de los medios empleados para conseguirlo.

Atendiendo al fin perseguido por la actuación policial, la admisibilidad de este medio de investigación se condiciona a que se dirija contra un sospechoso, suficientemente individualizado, sin que sea lícito hacer objeto de investigación a personas tomadas al azar. Además, se consideran ilícitas las intervenciones que se concentran en una persona determinada, *acosándola hasta conseguir hacerla delinquir*. Las investigaciones deben tener por objeto la persecución de una actividad delictiva y no dirigirse contra una persona, a la que se selecciona deliberadamente por sus condiciones, particularmente, propicias para obtener la condena.

Atendiendo a la licitud de los medios empleados, se considera que la incitación no debe ser utilizada más que como un recurso excepcional, que obliga a agotar, previamente y sin resultado, otras vías convencionales de investigación. Se admite que el agente infiltrado, dentro de ciertos límites, pueda verse obligado a realizar actividades estrechamente relacionadas con el hecho delictivo, como por ejemplo vender, comprar, transportar o fabricar estupefaciente, pero la cláusula del proceso debido se considera violada cuando se ejecutan actos susceptibles de causar un grave daño a la sociedad. La minimización de los riesgos es, por tanto, un principio esencial para discernir entre las conductas autorizadas y las conductas no permitidas a los agentes de policía. Se consideran inadmisibles las peticiones reiteradas, las promesas de carácter sentimental, las ofertas de ganancias excepcionales, o la invocación a los sentimientos, como la camaradería, la piedad o el pretexto de padecer un sufrimiento intolerable. Por último, si la incitación conlleva la violación de los derechos constitucionales también es inadmisibile.

### 3. EL DELITO PROVOCADOR EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

En Europa, prácticamente todos los países europeos recurren a los agentes infiltrados para introducirse en las organizaciones criminales relacionadas con los grandes tráfico. Ya se ha señalado que, como regla general, la jurisprudencia europea condiciona la licitud de estas intervenciones policiales a que los agentes no provoquen la infracción. Así sucede, por ejemplo en Bélgica donde se considera que las informaciones obtenidas por medio de la provocación no pueden ser consideradas como pruebas de cargo y utilizadas contra las personas que han realizado materialmente la infracción (Cass. 27 febrero 1985). Idéntico principio se aplica en otros países como el Reino Unido, Noruega, Holanda y Suiza. En otros, en cambio, los códigos de procedimientos prohíben expresamente recurrir a esta práctica policial. Este es el caso, por ejemplo, de Austria, Liechestein, Finlandia o Suecia. Por último, un tercer grupo de países como, Francia, Italia, Dinamarca y España han optado por incorporar a sus legislaciones una regulación legal de las operaciones encubiertas.

En España, la construcción jurisprudencial sobre el delito provocado se remonta a los años cincuenta. Surge de la propia realidad criminal, de la necesidad de dar respuesta a determinados caso, en los que el hecho delictivo surge a estímulos de un agente provocador. Durante una primera etapa, que se extiende hasta la década de los setenta (SSTS 22 junio 1950, 15 junio 1956, 27 junio 1967), se perfila el contenido sustancial de la figura del delito provocado, que es concebido como el resultado de la incitación del agente provocador, cuya actividad está guiada por el objetivo de formular denuncia contra el provocado, lo que de entrada excluye cualquier posibilidad de que se pueda alcanzar el resultado desaprobado por la norma. La consecuencia para el Tribunal Supremo es la exclusión de la punibilidad, dada la ausencia de voluntariedad en la acción delictiva y la falta de auténtica materia digna de reprobación penal. La irresponsabilidad se afirma tanto respecto del provocado como del provocador, pues repudia la idea de que pueda adoptarse una solución diferente para cada uno de ellos.

En un momento posterior, en los años setenta (SSTS. 18 abril 1972, 20 febrero 1973 y 14 de junio 1975), ante el progresivo incremento de los casos relacionados con el tráfico ilícito de drogas, se produce el comienzo de una nueva orientación jurisprudencial, que persigue declarar la responsabilidad del incitado cuando el designio de cometer el delito

ha surgido sin ninguna intervención de la policía, es decir, cuando la provocación no persigue producir el hecho delictivo, sino descubrir los cauces por los que venía fluyendo la actividad criminal. La responsabilidad se exige al autor teniendo en cuenta que el hecho criminal no ha surgido a estímulos del provocador, sino que existiendo con anterioridad, aunque de manera oculta, la intervención policial se limita a poner al descubierto las anteriores actividades delictivas, por ejemplo la tenencia de droga destinada al tráfico. Esta doctrina, que parte de la distinción entre el delito provocado y la actividad delictiva preexistente descubierta por la intervención del agente encubierto se consolida definitivamente en la década de los noventa con la única salvedad de que la jurisprudencia más reciente sitúa el fundamento de la exclusión de la responsabilidad en la noción de proceso equitativo en el principio del Estado de derecho.

#### 4. INFILTRACIÓN Y PROVOCACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

A pesar de que el fundamento de la exclusión de la responsabilidad en los supuestos de provocación delictiva tiene una base constitucional, el Tribunal Constitucional todavía no ha tenido ocasión de examinar con detalle las implicaciones constitucionales de la incitación al delito; cuando lo ha hecho en relación con dos casos de extradición (STC. 11/1938 y ATC 899/1985) no ha añadido nada nuevo a la doctrina tradicional.

Por el contrario, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en la sentencia de 15 de junio de 1.992, caso *Lüdwig Lüdi c. Suiza* si se ha pronunciado sobre la conformidad de las operaciones de infiltración con las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En este caso, el demandante había sido objeto de la acción de un agente encubierto, que había simulado una falsa operación de adquisición de droga. Durante la investigación fueron intervenidas las conversaciones telefónicas del demandante, que una vez detenido, nada más conocer el contenido de las escuchas, confesó su implicación en el tráfico ilícito. El demandante solicitó la comparecencia como testigo del agente infiltrado, para demostrar que había sido objeto de una provocación, pero el tribunal rechazó su convocatoria basándose en la necesidad de garantizar su anonimato. La demanda, fue estimada por la violación del artículo 6 del Convenio, ya que el demandante no dispuso de la oportunidad de inte-

rrogar al agente encubierto, cuyos informes fueron decisivos para establecer su culpabilidad. Sin embargo, al margen de los problemas relativos a la administración de las pruebas —la eficacia probatoria del testimonio anónimo proporcionado por el agente infiltrado— en este caso se cuestionaba la validez de la misma operación encubierta como técnica de investigación utilizada por la policía en la represión del tráfico ilícito de drogas. En concreto, el demandante alegaba la violación del derecho a la vida privada, señalando que el agente infiltrado se había valido de medios desleales y del engaño para obtener informaciones que le concernían y para influir en su comportamiento.

La Comisión tradicionalmente había rechazado la aplicación del artículo 8 del Convenio cuando se invocaba en relación la intervención de un agente encubierto. Así en un caso seguido contra Alemania (Comisión, Decisión 7 octubre 1985 (no publicada) en la que un condenado por tráfico ilícito de drogas se quejaba de haber sido incitado por la actuación de un agente encubierto a pasar a la acción, la Comisión estimó que esta práctica no constituía una injerencia en la vida privada, ya que el afectado es quien voluntariamente entra en contacto con el agente y acepta la transacción que éste le propone. Idéntica doctrina restrictiva había sido aplicada en los casos de vigilancias clandestinas realizadas por los servicios secretos contra organizaciones pacifistas (Decisión 4 de marzo 1991 (no publicada).

Sin embargo, en este caso la Comisión matiza su propia jurisprudencia y, admitiendo como regla general que la utilización de un agente encubierto, en cuanto tal, no constituye una injerencia en la vida privada, si esta técnica de investigación se combina con una intervención telefónica, su naturaleza se modifica, pues en todo o en parte las palabras pronunciadas por el sospechoso son provocadas por la relación trabada por el agente infiltrado. Partiendo de este presupuesto, la Comisión considera aplicable el artículo 8 del Convenio a la infiltración policial y estima que resulta indispensable una disposición legal que regule esta particular forma de intromisión en la vida privada (Memoria de la Comisión, 30 septiembre 1986). Pero el Tribunal no se ha decidido a aceptar la tesis de la Comisión. Al contrario, ha considerado que el recurso a un agente encubierto no afecta por sí, ni en combinación con las escuchas telefónicas, a la esfera privada, en el sentido del artículo 8 del Convenio, puesto que desde el momento que el demandante aceptó procurar la droga era consciente de que realizaba un acto criminal y corría el riesgo de ser objeto de prácticas encubiertas.

En mi opinión, el sentido de esta decisión deberá ser revisado en el futuro, teniendo en cuenta que la intervención de un agente encubierto, a diferencia de otras técnicas de investigación, permite abarcar numerosos aspectos de la vida privada de la persona y, por ello, afecta muy intensamente a la vida privada del investigado. No obstante, su impacto varía según la clase de infiltración. Es lógico pensar que la intensidad de la ingerencia es menor en el supuesto de una falsa adquisición de droga, donde el contacto que se establece entre el supuesto comprador y la persona que busca concluir la trasacción presenta un carácter momentáneo, se basa en relaciones esporádicas y generalmente de muy corta duración. Pero, en el caso de las denominadas entregas controladas, o cuando se trata de la infiltración en redes organizadas, se requiere una intervención más activa del agente, que debe recurrir a engaños muy elaborados para sorprender la confianza de las personas investigadas. En estos casos, a diferencia de lo que sucede en la simple operación de compra, suele tratarse de operaciones de muy larga duración, por lo que el riesgo de que el agente obtenga informaciones extrañas al objeto de la misión es todavía mayor. Estas modalidades de infiltración policial, que constituyen una inferencia más intensa en la esfera individual, son las que deberían ser objeto de regulación legal y de acuerdo con el principio de proporcionalidad, su aplicación debería reservarse a los casos de criminalidad grave y sólo ponerse en práctica cuando los medios tradicionales de investigación resulten insuficientes.

## 5. LA LEGISLACIÓN EUROPEA EN MATERIA DE INFILTRACIÓN POLICIAL

No es extraño, por tanto, que varios países europeos, recientemente, se hayan decidido a incorporar a sus legislaciones la regulación de ciertas operaciones encubiertas relacionadas con la represión del tráfico ilícito del drogas. Por orden cronológico: la Ley danesa 748, de 1 de diciembre de 1989; la Ley italiana 162, de 26 de junio de 1990; la Ley Francesa 1264, de 19 de diciembre de 1991; y, por último, la Ley Orgánica 8 de 23 de septiembre de 1993, que introduce el artículo 263 bis en la Ley de Enjuiciamiento Criminal española. Todas ellas se refieren a las operaciones autorizadas y a las condiciones establecidas para establecer la autorización.

La admisibilidad de estas técnicas se limita, por lo general, a las investigaciones relativas al tráfico de estupefacientes. Las operaciones

autorizadas se refieren a la circulación o entrega vigilada de sustancias prohibidas. En Italia, además, se autoriza a recurrir a la falsa adquisición de droga con la finalidad de obtener pruebas de la infracción. La Ley danesa no describe las operaciones permitidas, limitándose a autorizar a la policía, ante la sospecha seria de que el delito está a punto de cometerse, a ofrecer ayuda o a adoptar medidas para provocar su perpetración. En Dinamarca, además, no se limita la utilización de estas técnicas a las investigaciones relacionadas con el tráfico de estupefacientes, sino que se permite recurrir a ellas para descubrir cualquier delito castigado con más de seis años de prisión, siempre que los métodos convencionales de investigación resulten inadecuados. Junto a ello, se consagran reglas de proporcionalidad estableciendo que los medios empleados no deben producir la consecuencia de aumentar la amplitud del delito o su gravedad.

Todas las legislaciones obligan a los investigadores a comunicar la puesta en práctica de estas técnicas al Ministerio Público o a la autoridad judicial. Además, la legislación danesa les impone una obligación específica, referida a la necesidad de comunicar a la defensa el uso de las técnicas autorizadas. El principio de equidad y el respeto a los derechos de la defensa obliga a la policía a informar al investigado de todos los aspectos relevantes del caso, entre ellos la utilización de los procedimientos de infiltración.

## CONCLUSIONES

Quisiera concluir esta intervención con una breve reflexión de política criminal. En mi opinión, en la incitación al delito se representa la constante tensión entre la eficacia en la persecución penal y el respeto a la legalidad. Es cierto que en el momento actual el tráfico de drogas se presenta, ante la opinión pública, como un verdadero azote, directamente vinculado, además, a la transmisión del SIDA y a la comisión de hechos violentos. La respuesta inmediata es el endurecimiento de la política criminal, que se traduce en una intervención penal omnicompreensiva, caracterizada por la extensión desmesurada de los tipos penales y por la utilización de medios de dudosa legalidad en la lucha contra este tipo de criminalidad.

Pues bien, es preciso recordar que la garantía del proceso debido exige prescindir de las prácticas irregulares en la obtención de las pruebas. La Constitución atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad la



misión de proteger el libre ejercicio de los derechos y entre sus funciones se encuentran las de investigar los delitos, descubrir a los culpables y asegurar las pruebas (arts. 283 Ley de Enjuiciamiento Criminal y 11 Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de 2/1986, de 13 de Marzo); pero entre sus atribuciones no están comprendidos los medios de comprobación constitucionalmente ilícitos o reprobables, como son los tendentes a la provocación del delito, sea cual sea la finalidad perseguida. Por ello, resulta difícil admitir que el principio del Estado de derecho se concilie con los procedimientos de investigación basados en la incitación a la comisión del delito, para seguidamente tenerlo en cuenta a los fines de su represión. En este contexto, es en el que, a mi modo de ver, hay que situar el rechazo a la figura del delito provocado, generalizado en todo el derecho continental como una consecuencia de la necesidad de asegurar a los inculpaos el derecho a un proceso equitativo.

#### ORIENTACIÓN BIBLIOGRÁFICA

- BOLSLY, H., «La régularité de la preuve en matière pénale», *Journal des Tribunaux*, 1992.
- DE NAUW, A., «La provocation à l'infraction par un agent de l'autorité», *Revue de Droit Penal et de Criminologie*, 1980.
- MASSET A. «Límites de certains modes de preuve» en «Les droits de la défense en matière pénale». E. Jeune Barreau de Liège (1985).
- PRADEL, J., «Trafic de drogue, provocation délictueuse des agents de l'autorité et permission de la loi», *Recueil Dalloz Sirey*, 1992.
- RUIZ ANTÓN, «El delito provocado, construcción en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1982.
- SCHOLL, L., «La provocation policière en Droit américain», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*, 1989.
- SCREVENS, R., «Le crime organisé à caractère international: problèmes de preuves», *Revue de Droit Pénal et de Criminologie*.
- VALKENEEER, Ch., «L'infiltration et la Convention européenne des droits de l'homme», *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, 14-1993.

## TEXTOS COMPLEMENTARIOS DE LA LEY PENAL MILITAR ALEMANA

Preliminar de Antonio Millán Garrido  
Traducción de María Elisa del Valle Pérez  
*Universidad de Cádiz*

### SUMARIO

I. PRELIMINAR. II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA: A) *Ámbito de aplicación del Derecho penal militar*. B) *Evolución hacia la Ley penal militar*. C) *Derecho penal común y Derecho penal militar*. D) *Ejecución y cumplimiento*. III. LEY DE INTRODUCCIÓN A LA LEY PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA: A) *Introducción*. B) *Contenido de la Ley*. IV. COMENTARIOS A LA LEY DE INTRODUCCIÓN A LA LEY PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.

#### I. PRELIMINAR

Cuando los Acuerdos de París, de 23 de octubre de 1954, devolvieron la soberanía a Alemania Occidental (restablecida el 5 de mayo de 1955, tras el cese formal de la ocupación el 20 de abril), se reconoció la necesidad de que la nueva República Federal contase con unas fuerzas armadas con las que pudiese no sólo defender dicha soberanía, sino atender a las obligaciones internacionales derivadas de su integración en la Comunidad Europea de Defensa y en la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

Surgió, así, el nuevo ejército alemán y, con él, la necesidad de dotarle de apoyatura constitucional y de un régimen jurídico específico, acorde con la propia realidad sociopolítica.

La primera de las exigencias se concretó en la reforma operada en la Ley Fundamental de 1949 por la Ley de 19 de marzo de 1956, que, a través de la modificación de ocho preceptos y la adición de otros nueve,

incorporó al texto las previsiones necesarias en orden a la configuración constitucional de las fuerzas armadas alemanas.

El régimen jurídico del nuevo ejército se inició el mismo día, con la promulgación de otra ley de 19 de marzo de 1956, reguladora del estatuto jurídico de los miembros de las fuerzas armadas, la denominada «Ley de los Soldados» (*Soldatengesetz*), a la que seguiría la «Ley del Servicio Militar» (*Wehrpflichtgesetz*), de 21 de julio de ese mismo año 1956.

Del contenido de la reforma constitucional y de las dos primeras leyes del Ordenamiento jurídicopenal militar alemán dió cuenta, en su momento, el profesor Rodríguez Devesa, siempre atento a la legislación comparada y, en especial, a la alemana, que, en esta materia, ofrece, según observaba el maestro desaparecido, «el más alto interés, por cuanto tratan de conjugar una extraordinaria experiencia militar clásica con determinadas exigencias políticas y la peculiar estructura de los ejércitos modernos» (1).

En ese mismo año 1956 se acometió también la elaboración conjunta, por los Ministerios de Defensa y Justicia, de un proyecto de ley penal militar, que, enviado, el 22 de noviembre, al *Bundesrat* e informado por éste, es remitido por el Gobierno, a mediados de diciembre, al *Bundestag*, donde el 6 de febrero de 1957 inicia la andadura parlamentaria hasta su promulgación, como Ley penal militar (*Wehrstrafgesetz*), el 30 de marzo de 1957.

La Ley penal militar (*WSrG*) es un texto de sólo cuarenta y siete preceptos, a cuyo reducido número se llega, al margen de la depurada técnica utilizada, por la adopción de dos principios que rompen la tradición alemana en esta materia y, en concreto, con el Código penal militar de 20 de junio de 1872, reformado en 1926 y en 1935 y cuya última versión —la de 1940, vigente al terminar la Segunda Guerra Mundial— fue derogada por Ley, del Consejo de Control establecido por los aliados, de 20 de agosto de 1946.

Los dos principios a que me refiero son el de especialidad y el que consagra la separación, en el ámbito jurídicomilitar, entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario.

El principio de especialidad supone, en el plano sustancial, el reconocimiento de los postulados básicos del Derecho penal, y, en la vertien-

---

(1) Vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, «La legislación militar de la República federal alemana», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 2 (1956), pp. 59-67.

te formal, el criterio de limitar la ley penal militar a aquellos particularismos necesarios para la tutela del potencial militar defensivo del Estado.

La concreción de la Ley penal militar a lo estrictamente punitivo comporta su depuración del Derecho disciplinario, contenido, en el Ordenamiento alemán, en la ya aludida «Ley de los Soldados» (*Soldatengesetz*), en su versión de 1975, en la Ordenanza disciplinaria militar (*Wehrdisziplinarordnung*), de 1974, y en la Ordenanza sobre el procedimiento de reclamación (*Wehrbeschwerdeordnung*), de 1972.

Pues bien, la primera versión castellana de la Ley penal militar alemana fue, también en esta ocasión, del profesor Rodríguez Devesa, quien, además, ofrece una rigurosa introducción sobre la génesis, tramitación parlamentaria y contenido del nuevo texto, traducido del incorporado a la obra *Wehrstrafrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1957 (2).

La Ley penal militar alemana fue objeto, desde su promulgación, de modificaciones y reformas, más o menos sustanciales, que, sin embargo, no alteraron su estructura originaria. Tales modificaciones, que motivaron la nueva redacción de 24 de mayo de 1974, hoy en vigor, afectaron a todo el articulado. Concretamente, de los cuarenta y ocho párrafos que integraban la Ley, tres habían sido suprimidos (§§ 8, 26 y 47), se habían añadido dos (§§ 1a y 14a) y una treintena presentaban alteraciones en su contenido.

Ello justificó el que, en 1983, elaborase una nueva traducción de la Ley penal militar alemana, sobre el texto inserto en la recopilación *Werhrpflicht und Soldatenrecht* (introducción y notas de W. Boehm-Tettelbach, Deutscher Taschenbuch Verlag, 1982, pp. 197-211), que me fue facilitada amablemente por el profesor Wolfgang Schoene (3).

La traducción, al margen de la valoración que pueda merecer, resultó especialmente oportuna, pues permitió su actualizada utilización en los trabajos preparatorios del Código penal militar de 1985, respecto al cual, la influencia del Derecho alemán ha sido sobradamente destacada.

---

(2) Vid. J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, «La Ley penal alemana de 30 de marzo de 1957», introducción, traducción y notas, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 4 (1957), pp. 69-86.

(3) Cfr. A. MILLÁN GARRIDO, «La Ley penal militar de la República federal de Alemania», nota introductoria y traducción, en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 42 (1983), pp. 111-127; y en *Revista de Derecho Público*, núm. 95 (1984), pp. 283-301.

De hecho, fue esta versión, junto a la original alemana, la incluida en la documentación parlamentaria (4).

Iniciada la tramitación del proyecto de Código penal militar, aparecería la tercera y, por ahora, última versión de la Ley penal militar alemana, debida al Dr. Eduardo Calderón. Es de destacar su brillante estudio preliminar y la cuidada traducción, realizada con la supervisión del Dr. Wolfgang Schoene, por entonces profesor invitado en la Universidad balear, en la que no faltan numerosas anotaciones filológico-jurídicas aclaratorias del trabajo, que, por otra parte, incluye el texto alemán en paginación paralela (5).

Desde 1984, la Ley penal militar no ha sufrido modificación alguna, de forma que siguen estando plenamente vigentes tanto esta traducción como la mía.

Esta fue la razón por la que, cuando a comienzos de este año académico 1996-1997 y en el marco del Curso de Doctorado que, sobre técnicas metodológicas en la investigación jurídica, impartí en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cádiz, la Licenciada María Elisa del Valle Pérez, residente en Hürth (Alemania), me propuso la traducción como modalidad del trabajo académico a la que dedicar su atención en el curso, le sugerí la posibilidad de trabajar, no ya en la Ley penal militar alemana, respecto a la que, según queda dicho, se cuenta con dos versiones rigurosamente vigentes, sino en otros textos complementarios de dicha Ley, mucho menos conocidos, pero cuyo estudio y traducción podían resultar de interés, aun cuando la pretensión fuese meramente informativa.

Uno de dichos textos es la Ley de Introducción a la Ley penal militar (*Einführungsgesetz zum Wehrstrafgesetz*), promulgada en la misma fecha, esto es, el 30 de marzo de 1957, que, originariamente, modificaba, a fin de hacerlas compatibles con las nuevas normas punitivas castrenses, la Ley de Tribunales de Menores (art. 1º), la Ley de Ejecución penal (art. 2º) y el Reglamento del Registro de antecedentes penales (art. 3º), establece normas para el caso de suspensión de condena impuesta a un soldado por delito cometido antes de su incorporación a filas (art. 4º)

---

(4) Cfr. *Derecho penal militar*, Documentación parlamentaria núm. 31, tomo II: «Documentación extranjera, jurisprudencial y bibliográfica», Madrid, 1984, pp. 1549-1561.

(5) Vid. E. CALDERÓN SUSÍN, «La Ley penal militar alemana de 1974. Comentarios y notas», en *Cuadernos de la Facultad de Derecho de Palma de Mallorca*, núm. 8 (1984), pp. 119-153.

y en orden al cumplimiento de penas privativas de libertad por soldados «menores de edad» (art. 5º) y determina los supuestos de interrupción del cumplimiento de la condena por enfermedad (art. 6º). Asimismo, prevé el desarrollo reglamentario en materia de cumplimiento de penas (art. 7º) y la entrada en vigor tanto de la Ley penal militar como de esta Ley introductoria (art. 8º).

La Ley ha sufrido, desde 1957, diversas modificaciones sustanciales. Así, los artículos 2º y 3º han quedado sin contenido tras la promulgación de la Ley del Registro Central Federal (*BZRG*), que ha asumido, en su texto, los particularismos incorporados por la Ley introductoria en la Ley de Ejecución penal y en el Reglamento del Registro de antecedentes penales. El artículo 4º resultó afectado por la Ley de Reforma del Derecho penal (*StrRG*) y por la Ley introductoria al Código de Leyes Penales (*EGStGB*). Al artículo 5º le dió nueva redacción la Ley de 21 de agosto de 1972.

Todas estas alteraciones normativas propiciaron la revisión íntegra de la Ley introductoria, llevada a cabo por la Ley de Modificación del Derecho penal (*StrAndG*), de 13 de abril de 1986, que, incluso, introdujo un nuevo precepto: el artículo 6º.

Es, lógicamente, esta versión revisada la que ha sido objeto de traducción por la Licenciada del Valle Pérez, quien me propuso completar el texto, para su mejor entendimiento, con los comentarios extraídos de una obra ya clásica: la *Wehrstrafgesetz* de Joachim Schölz, continuada por Enric Lingens. Creo que la idea fue acertada y que tales comentarios resultan de suma utilidad como complemento de la norma.

Los textos objeto de este trabajo se inician, además, con una introducción al Derecho penal militar de la República federal de Alemania, que, aun sin formar parte material de dicha Ley ni revestir naturaleza normativa, constituye un valiosísimo instrumento para su correcta interpretación en cuestiones nucleares o básicas, que se abordan a través del ámbito de aplicación de la Ley penal militar, de sus antecedentes, de la relación —de especialidad— entre Derecho penal común y Derecho penal militar y de la ejecución de la condena o cumplimiento de la pena.

Espero y deseo que estos textos, traducidos con minuciosidad y rigor, comporten una información complementaria que contribuyan al mejor entendimiento de la Ley penal militar alemana, constituyendo, en definitiva, una nueva y válida aportación en el marco del Derecho militar comparado.

## II. INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA (6)

### A) *Ámbito de aplicación del Derecho penal militar*

— El Derecho penal militar de la República federal de Alemania está contenido en la Ley penal militar (*WStG*) de 30 de marzo de 1957 (en versión aprobada el 24 de mayo de 1974), así como en la Ley introductoria a la Ley penal militar (*EGWStG*), promulgada en la misma fecha.

— En la Ley penal militar se tipifican y sancionan los delitos tendentes a la protección de los bienes y derechos y en interés de los deberes constitucionales del Ejército de la República federal de Alemania. Fue por este motivo por el que el legislador no incluyó dichas figuras delictivas en el Código penal común, sino que las reunió en una ley especial y las tipificó como «delitos militares». Además, la Ley penal militar contiene, en su primera parte, algunos principios legales especiales, que son de aplicación a todos aquellos delitos cometidos por un soldado.

— La especial referencia de las disposiciones de esta Ley a la vida militar rige, en principio, sólo para los soldados del Ejército de la República federal de Alemania (§ 1, párrafo 1 *WStG*). Además, las disposiciones se aplicarán igualmente a los delitos cometidos por mandos militares, no soldados, cuando supongan una infracción de sus deberes (§§ 30 a 41 y 1, párrafo 2 *WStG*). Por otro lado, las figuras delictivas recogidas en la segunda parte de la Ley penal militar son de aplicación a personas no militares, en tanto que éstas sean responsables, como autores, cómplices o instigadores, de un delito militar cometido por un soldado (ej.: una desertión).

### B) *Evolución hacia la Ley penal militar*

— También en el pasado, el Derecho penal militar alemán estuvo contenido en leyes especiales, separadas del Derecho penal común. Después de las «Cartas articuladas» de la Edad Media y de los «Artículos de Guerra» de la Edad Moderna, los Estados territoriales alemanes dictaron, en el siglo XIX, leyes propias.

---

(6) Tanto este texto como el siguiente han sido traducidos de los insertos en la recopilación *Der Bundesminister der Verteidigung, Verwaltung und Recht*, vol. II - 7, Bonn, 1997, pp. 231-234 y 251-253.

La primera ley que entró en vigor para todo el Reino Alemán fue el Código penal militar (*MSiGB*) promulgado el 1 de octubre de 1940, si bien dicho texto no lograba todavía deslindar el ilícito penal del ilícito disciplinario.

El Código penal militar fue revisado detenidamente en 1926 y modificado, en sus previsiones para tiempo de guerra, a través de un Decreto de 10 de octubre de 1940. En 1945, tras la derrota, dicha disposición fue abolida mediante una Ley del Consejo de Control de los aliados.

— La Ley penal militar de la República federal de Alemania del año 1957 estableció normativamente la distinción, en el ámbito militar, entre el ilícito penal y el ilícito disciplinario. El Derecho disciplinario (material y formal) fue relegado a sus leyes específicas. La Ley penal militar contiene, desde entonces, exclusivamente, disposiciones legales de naturaleza penal.

### C) *Derecho penal común y Derecho penal militar*

— La condición estrictamente punitiva del Código penal militar comporta su íntima conexión con el Derecho penal común. Según el § 3, párrafo 1, de la Ley penal militar, el Derecho penal común será de aplicación a todos aquellos delitos cometidos por soldados, siempre y cuando la Ley penal militar no determine lo contrario. De la misma forma, será de aplicación a las infracciones cometidas por soldados menores o semi-adultos, en tanto lo dispongan así los preceptos especiales de la Ley de Tribunales de Menores (*JGG*).

Esto quiere decir sustancialmente que las infracciones previstas en la segunda parte de la Ley penal militar sólo comportarán responsabilidad penal y serán sancionadas con las penas correspondientes cuando el soldado hubiese procedido, en su actuación, de forma antijurídica y de manera culpable, esto es, consciente de su actuar negligente o doloso. Además, de la misma forma que se debe determinar si un soldado ha cometido un delito militar o una infracción común, ha de concretarse si concurren, según las circunstancias del caso, causas de atenuación o exclusión de la culpabilidad.

— Dado que el § 3, párrafo 1, establece la aplicabilidad del Derecho penal común, salvo que algún precepto de la Ley penal militar determine lo contrario, varias disposiciones del propio texto punitivo castrense



deben ser consideradas con carácter previo. Tal consideración procederá tanto si se trata de delitos militares como de infracciones comunes.

Entre las disposiciones divergentes de la Ley penal militar, hay que destacar especialmente:

a) *Circunstancias de exclusión de la culpabilidad*

El § 6 de la Ley penal militar excluye, como causa de inculpabilidad, el miedo, contemplado en el § 35 del Código penal (*StGB*). Esto será así siempre y cuando el soldado, con base en su deber militar, tuviese la obligación de afrontar el peligro personal derivado de la circunstancia de riesgo.

Según el § 7 de la Ley penal militar, no se considerará circunstancia atenuante el que el delito se perpetre en estado de embriaguez, cuando el hecho tenga lugar durante la prestación del servicio o cuando de trate de una infracción de Derecho internacional de Guerra.

El § 5 de la Ley penal militar establece que si un soldado, cumpliendo órdenes, comete un delito sólo se le considerará culpable cuando sea consciente de la ilegalidad del acto o ésta fuera notoria, atendidas las circunstancias conocidas por el sujeto.

b) *Arresto penal (§§ 9 a 12 WStG)*

En el § 9 de la Ley penal militar se prevé, para los delitos cometidos por soldados, además de la prisión, el arresto penal como forma especial de pena privativa de libertad. Su duración se establece entre un mínimo de dos semanas y un máximo de seis meses.

El arresto penal se cumplirá en instalaciones militares de las fuerzas armadas federales, para que, siempre que sea posible, el soldado prosiga con su proceso formativo y educacional.

Esta pena privativa de libertad de corta duración persigue el objetivo de la resocialización del penado. Éste es, asimismo, el fundamento del § 10 de la Ley penal militar, que establece la no aplicabilidad del régimen de multas del Derecho penal común respecto a aquellas infracciones cometidas en el ámbito militar, cuando el mantenimiento de la disciplina requiere la imposición de una sanción privativa de libertad. Cuando no corresponda una pena superior a seis meses, se impondrá el arresto

penal (§ 12 WStG). También podrá imponerse en los supuestos de penas privativas de libertad necesarias por razones de interés general, cuando así lo requiera el mantenimiento de la disciplina (§ 47 WStG).

c) *Remisión condicional de la pena de prisión y del arresto penal*

Según los §§ 14 y 14a de la Ley penal militar, si se tratase de soldados, los tribunales pueden negar la suspensión de condena o el arresto penal condicional en consideración al mantenimiento de la disciplina. También se aplicará para el caso en que, y ello con base en el Derecho común, se ampliasen las condiciones de cumplimiento de la suspensión condicional de la pena.

D) *Ejecución y cumplimiento*

— Existe la posibilidad de que las sanciones penales de privación de libertad impuestas a soldados de las fuerzas armadas federales no sean ejecutadas por la Justicia penitenciaria común, sino por las autoridades de las fuerzas armadas federales. El ámbito de la actuación de tales autoridades se encuentra determinado en el artículo 5° de la Ley Introductoria a la Ley penal militar.

— Según esta ley, el arresto penal impuesto a un soldado de las fuerzas armadas federales será siempre ejecutado por las autoridades militares. Sin embargo, si el condenado a arresto penal hubiese perdido su condición de soldado cuando procediese el cumplimiento, el mismo tendrá lugar en instituciones penitenciarias comunes.

— Además de esta disposición preceptiva para el cumplimiento del arresto penal, el artículo 5.2 de la Ley Introductoria a la Ley penal militar prevé la posibilidad de que las autoridades comunes soliciten a las autoridades responsables de las fuerzas armadas federales la ejecución de penas privativas de libertad que no excedan de seis meses por soldados pertenecientes a dichas fuerzas armadas, así como también el cumplimiento del arresto de menores previsto en la Ley de Tribunales de Menores.

— El régimen de ejecución de la pena por parte de las autoridades militares se determina en el Decreto que regula la ejecución penal en el ámbito de las fuerzas armadas federales.

### III. LEY DE INTRODUCCIÓN A LA LEY PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

#### A) *Introducción*

Lo esencial de la Ley de Introducción a la Ley penal Militar es que constituye el complemento de defensa jurídico-penal de la Ley de Tribunales de Menores (art. 1º). En realidad, no deberían regir disposiciones diferentes en función de si los menores o jóvenes son o no soldados. Pero se ha demostrado que existen una serie de preceptos que necesitan ser adaptados a las especialidades del servicio militar. La innovación más destacada la constituye la ayuda a la educación o formación, a través del superior disciplinario, mediante unas reglas o medidas educativas. Éstas, en cualquier caso, exigen un gran cuidado y escrupuloso respeto del superior, aunque, al mismo tiempo, dejen un amplio margen a éste en su labor o asistencia y cuyo éxito, sin duda alguna, dependerá básicamente de su esfuerzo.

Las normas que regulan la forma de llevar a cabo la ayuda formativa por el superior disciplinario están recogidas en el Nr. B 164 de la Normativa del Servicio Central, ZDv 14/3.

Los artículos 2º y 3º de la Ley de Introducción a la Ley penal militar han quedado suprimidos debido a que tanto la Ley de Ejecución penal (*Straftilzungsgesetz*) como la Normativa del Registro de Antecedentes Penales (*Strafregisterverordnung*) han sido derogadas por la Ley del Registro Central Federal (*Bundeszentralregistergesetz*).

El artículo 5º de la Ley de Introducción a la Ley penal militar contiene importantes prescripciones básicas para la ejecución y cumplimiento de la pena. El mismo se integra con el artículo 7º de la misma Ley, que determina el Ordenamiento de ejecución de las fuerzas armadas federales.

#### B) *Contenido de la Ley*

##### **Artículo 1º** (*Modificación de la Ley de Tribunales de Menores*)

[Las modificaciones están hoy recogidas en la Normativa del Servicio Central, 14/2, capítulo 4. *Vid.* el comentario de Schölz-Lingens a este precepto, que se inserta tras el texto de la Ley].

##### **Art. 2º** (*Modificación de la Ley de Ejecución Penal*)

[Sin contenido]

**Art. 3º** (*Modificación del Reglamento del Registro de Antecedentes Penales*)

[Sin contenido]

**Art. 4º** (*Delitos premilitares*).- Si se cometiese un delito antes de la incorporación al servicio militar y se acordase la suspensión de la condena impuesta (§§ 56 a 58 StGB) durante el tiempo de permanencia en filas, serán de aplicación al soldado las siguientes disposiciones especiales:

1. Los terminos de la remisión condicional (§§ 56b a 56d StGB) han de considerar los particularismos del servicio militar. El juez debe tener en consideración tales particularismos en lo referente a la suspensión de la condena impuesta al soldado con anterioridad a su incorporación a filas.

2. Un soldado podrá ser nombrado, a título honorífico, ayudante condicional (§ 56d StGB). Este soldado no estará sujeto a las instrucciones del tribunal durante la vigilancia del condenado.

3. En la vigilancia realizada por un ayudante condicional, que no sea soldado, quedan excluidas aquellas cuestiones para las que son competentes los superiores militares del condenado. Tendrán preferencia las medidas adoptadas por el superior en el ámbito disciplinario.

**Art. 5º** (*Cumplimiento de penas privativas de libertad y arresto de soldados de las fuerzas armadas federales menores de edad*).

1. El arresto penal de soldados de las fuerzas armadas federales se llevará a cabo por las autoridades competentes para su cumplimiento.

2. Las autoridades competentes podrán solicitar el cumplimiento tanto de la pena privativa de libertad (de no más de seis meses) como del arresto por soldados de las fuerzas armadas federales menores de edad. En cualquier caso, la privación de libertad se considerará arresto penal.

**Art. 6º** (*Interrupción del cumplimiento de la pena en caso de enfermedad*).- La autoridad competente interrumpirá el arresto penal o la pena privativa de libertad, cuando éstas sean ejecutadas por autoridades de las fuerzas armadas federales, si no existieran razones preponderantes en contra de dicha interrupción, cuando:

1. El condenado cayese en demencia.

2. Existiese el temor de que la ejecución podría provocar un peligro inmediato o inminente para la vida del condenado, o

3. El condenado fuese ingresado en una institución sanitaria de las fuerzas armadas federales o en otro centro hospitalario.

En estos supuestos es de aplicación el §58, párrafos 2 y 3, frase 1,

de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (*Strafprozeßordnung*).

**Art. 7º** (*Disposiciones reguladoras del cumplimiento de penas*).

1. El Gobierno federal será competente para aprobar las disposiciones que regulen el cumplimiento de penas ordenado por autoridades de las fuerzas armadas federales o la ejecución del arresto penal por autoridades comunes. Ello se realizará con la aprobación del Consejo federal (*Bundesrat*). Tales disposiciones regularán el cómputo del tiempo de cumplimiento, los términos del internamiento, el tratamiento y organización, el régimen de trabajo, los permisos, la privación de privilegios, las relaciones con el exterior, el orden y la seguridad en el cumplimiento y el procedimiento sancionador por infracciones del régimen establecido.

2. Mediante Decretos podrán establecerse limitaciones a las leyes fundamentales reguladoras de la integridad física y la libertad personal (§ 2, párrafo 2, frases 1 y 2) y del derecho al secreto postal (§ 10, párrafo 1).

**Art. 8º** (*Entrada en vigor*).

1. La Ley penal militar y esta Ley introductoria entrarán en vigor un mes después del día de su publicación oficial.

2. El § 43 de la Ley penal militar, en lo que se refiere al sabotaje, no entrará en vigor antes de que se promulgue la Cuarta Ley de modificación del Derecho penal.

#### IV. COMENTARIOS A LA LEY DE INTRODUCCIÓN A LA LEY PENAL MILITAR DE LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA (7)

##### Artículo 1º.

A través del artículo 1º de la Ley de Introducción a la Ley penal militar, la Ley de Tribunales de Menores ha visto notablemente ampliado su contenido. El número 1 del precepto incorpora, conforme al § 112 de la Ley de Tribunales de Menores, una cuarta parte en dicho texto legislativo, con disposiciones especiales para los soldados de las fuerzas armadas federales; el número 2 establece que la cuarta parte anterior, con la conclusión y el reglamento de transición o normativa transitoria

---

(7) J. SCHÖLZ y E. LINGENS, *Wehrstrafgesetz*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, pp. 283-290.

de la Ley de Tribunales de Menores, pasa a ser la quinta; el número 3, por último, reforma el párrafo 3 del § 115 de la Ley de Tribunales de Menores, autorizando al Gobierno federal para aprobar las disposiciones legales necesarias para hacer efectivas las nuevas medidas educativas o de instrucción para los soldados.

Los particularismos para menores y semi-adultos previstos en la Ley penal militar fueron objeto de intensos debates durante los trabajos preparatorios y en los informes previos de la Ley de Introducción. Dichos particularismos partían de la base de que sólo se debe entrar en el sistema del Derecho penal para jóvenes en la medida en que dicha actuación se imponga de forma definitiva a causa de las peculiaridades del servicio militar (Razonamiento Oficial al art. 1º EGWSrG). Partiendo de ese principio, era lógico que las propuestas, presentadas de forma aislada, de restablecer el § 50 del Código penal militar de 1940 fueran rechazadas. El Código, que había previsto la punición de las infracciones militares con independencia de la edad del infractor, siempre se había regido por los mismos principios y ello con base en la consideración de las dificultades o necesidades que comporta el servicio militar. Tampoco fue tomada en cuenta la propuesta de sustituir, al menos, el tratamiento diferenciado de la Ley penal de semi-adultos por el tratamiento de igual medida para todos los soldados semi-adultos. A pesar de que la interpretación encontró reconocimiento general, esto es, que ciertas razones disciplinarias podrían justificar una equiparación de soldados semi-adultos, el legislador optó por no introducir en el sistema una modificación tan profunda y posiblemente con tan graves consecuencias para el desarrollo general del Derecho penal juvenil, prosperando la tesis de que por motivos puramente disciplinarios no debían marginarse principios consagrados y logros obtenidos a través de mucho años en el ámbito de la penalidad juvenil. De igual forma, se descartó una regulación (al menos, en lo atinente a la delincuencia menor, que, precisamente, es la más relevante en orden a la disciplina de la tropa) que posibilitase el tratamiento penal unitario, tal como acontece con el arresto penal militar como forma de pena adicional uniforme tanto en el Derecho penal común como en el Derecho penal juvenil. Se temió, especialmente, que la introducción de un nuevo tipo de pena, al lado de la, hasta ahora, única sanción punitiva de la Ley de Tribunales de Menores (la pena de menores), posiblemente afectaría de una manera sustancial al ámbito de aplicación y al carácter de otras medidas de la Ley para soldados menores, advirtiéndose del riesgo de que el arresto penal no fuera aplicado sólo

en los casos en los que el sistema legislativo general no contemple un tratamiento correcto para los soldados condenados, así como que, posiblemente, alteraría el ámbito de aplicación de las demás sanciones propias del Derecho penal juvenil, en el que la experiencia demuestra que no son adecuadas las penas privativas de libertad de corta duración (Razonamiento Oficial al art. 1º EGWSrG). Por eso, la Ley se ha limitado, por un lado, a adaptar la aplicación de medidas educativas y de sanción, así como la vigilancia de la suspensión de la condena impuesta, a los particularismos y exigencias del servicio militar, y, por otro lado, a prever unas nuevas medidas educativas (asistenciales o ayuda formativa por el superior disciplinario). Dichas medidas han sido establecidas con el fin de crear un cierto equilibrio que haga innecesaria la aplicación a soldados de numerosas disposiciones de la Ley de Tribunales de Menores. Una exposición más detallada de los motivos del legislador para el establecimiento de un Derecho penal militar especial para menores y semi-adultos se contiene en el repetido Razonamiento Oficial al artículo 1º de la Ley de Introducción.

La parte cuarta de la Ley de Tribunales de Menores contiene preceptos especiales para soldados menores o semi-adultos de las fuerzas armadas federales. Dicha parte adapta el Derecho penal juvenil, en sus diversos aspectos, a las peculiaridades del servicio militar (§§ 112a a 112c JGG). En este aspecto, las medidas adoptadas son importantes. Los preceptos procesales de los §§ 112d y 112e de la Ley de Tribunales de Menores son, en cambio, tan sólo consecuencia de la referida adaptación. Para más detalles de los §§ 112a a 112e de la Ley de Tribunales de Menores, véanse los comentarios a dichos preceptos. Aquí, aparte de lo expuesto, sólo se pretende destacar cómo el Derecho penal juvenil sustantivo, con las particularidades señaladas en el §112a de la Ley, rige plenamente para los delitos premilitares.

### **Arts 2º y 3º.**

Los artículos 2º y 3º se encuentran sin contenido porque la Ley de Ejecución Penal y el Reglamento del Registro de Antecedentes Penales fueron derogados. Con ello quedaron sin contenido las disposiciones especiales sobre cancelación de arrestos penales y notificación de su cumplimiento, que habían sido introducidas con los preceptos derogados. La Ley Federal del Registro Civil comprende ahora también los

arrestos penales junto a los conceptos de «pena», «privación de libertad» y «sustitución de las penas privativas de libertad».

#### **Art. 4º.**

I. El artículo 4º, redactado conforme a lo previsto en el § 13 de la Ley de Reforma del Derecho Penal y en el § 28 de la Ley de Introducción al Código de las Leyes Penales, contempla los delitos e infracciones penales cometidos antes de la incorporación al servicio militar. Este artículo prevé los particularismos en las condiciones de prestación del servicio militar. Los mismos están recogidos en el § 14, párrafos 2 a 4, de la Ley penal militar y en el § 112a, párrafos 3 a 5 de la Ley de Tribunales de Menores. Objetivamente, esta regulación no es sino consecuencia de los principios penales que rigen las infracciones cometidas en el período premilitar (§ 14, párrafos 2 a 4 *WSiG*).

II. Respecto a la interpretación de los párrafos 1 a 3, véanse las notas marginales 4 y siguientes al § 14 de la Ley penal militar. En cuanto a la determinación del momento en el que se comete un delito, comparense las notas marginales 14 a 17 al § 1 de la Ley penal militar.

#### **Art. 5º.**

I.1. Este precepto, redactado conforme a lo previsto en la Ley sobre el Nuevo Orden del Derecho Disciplinario de las Fuerzas Armadas Federales, de 21 de agosto de 1972 (*Boletín Oficial*, parte 1ª, p. 1481), se fundamenta, según la justificación oficial del borrador de la Ley penal militar y de su Ley Introdutoria, en la regulación de la competencia de la ejecución, conforme al § 13 de las Leyes que afectan a la supresión de la jurisdicción militar desde el 17 de agosto de 1920 (*Boletín Oficial del Imperio*, parte 1ª, p. 1579) y al § 15, párrafo 2, del Código penal militar, en la edición de 16 de junio de 1920 (*Boletín Oficial del Imperio*, parte 1ª, p. 275). En el régimen normativo anterior, las autoridades militares tenían atribuida, respecto a los soldados, una competencia obligatoria de ejecución en el contexto de la todavía existente jurisdicción militar para todas las penas privativas de libertad (excepto el presidio) y también una competencia facultativa, es decir, dependiente de solicitud de ejecución de las autoridades comunes, con lo cual la so-



licitud de ejecución era admisible en penas impuestas por los tribunales comunes, y ello tanto en arrestos penales como en otras penas privativas de libertad de hasta seis semanas.

2. La nueva formulación del § 87.b, párrafo 2, de la Ley Fundamental separa, igualmente, la competencia de ejecución obligatoria (párrafo 1) de la facultativa (párrafo 2), pero distribuye, no obstante, dentro de estas competencias, el reconocimiento de las penas de otro modo que antes. La Ley encuentra su fundamento sustancial en el hecho de que las penas privativas de libertad de corta duración, impuestas a soldados que prestan el servicio militar, deberían ser, en función de las circunstancias, ejecutadas en el ámbito castrense, ya que, sólo así, «las necesidades militares respecto a la educación y formación de los soldados serían tomadas en consideración» (Razonamiento Oficial al artículo 6°). Lo mismo puede decirse del arresto juvenil.

3. No se ven afectados por la nueva regulación:

a) La competencia de ejecución de la autoridad común sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad por soldados (puesto que después del artículo 5° no se estableció ninguna competencia de ejecución de las autoridades de las fuerzas armadas federales alemanas) y por reservistas, incluidas las ejecuciones de arrestos penales.

b) La competencia de ejecución de la autoridad común (§ 451 del Texto Normativo sobre las Autoridades del Proceso Penal y §§ 82 y 110 de la Ley de Tribunales de Menores) sobre el cumplimiento de cualquier pena privativa de libertad (por tanto, se incluyen los arrestos penales) por soldados o antiguos soldados.

c) De forma análoga, está en vigor para la ejecución del arresto de menores.

4. La transición de la competencia de ejecución que se produjo desde el anterior artículo 6° hasta el 5° vigente, sobre la autoridad de ejecución de las fuerzas armadas federales, fue efectiva tan sólo cuando el Ministerio de Defensa determinó, a través de una publicación oficial, dónde estaban y cuáles eran las necesidades propias de una organización ejecutora para las fuerzas armadas federales. La competencia de las autoridades de las fuerzas armadas federales depende, en estos momentos, tan sólo de los condicionamientos normativos establecidos por este artículo 5°.

II. El arresto penal se encuentra caracterizado, en el § 9.1.2 de la Ley penal militar, por su duración, realizándose, además, en dicho párrafo una advertencia en el sentido de que el soldado que lo cumple

debe ser favorecido, en cuanto sea posible, respecto a su formación e instrucción. Para que este objetivo pueda lograrse, el artículo 5.1 determina que el arresto penal de soldados será ejecutado por las autoridades de las fuerzas armadas federales. Con ello, queda establecida la competencia obligatoria de ejecución por parte de dichas autoridades durante la prestación del servicio militar por el condenado. Más detalles sobre la participación en el servicio y la ocupación o empleo de los soldados durante los arrestos, se encuentran en el § 2.2, así como en los §§ 3.6 y 10.1 de la Normativa sobre competencia de las fuerzas armadas federales y la ejecución penal. La participación en el servicio es, según tal Normativa, fundamento de la ejecución unitaria. Además, el Razonamiento Oficial al proyecto del Gobierno establece expresamente que las exigencias legales sobre el fomento de la formación en los soldados durante los arrestos sólo decaerían si el soldado fuese expulsado de filas durante la prestación del servicio militar.

III. Según el artículo 5.2, la pena privativa de libertad no superior a seis meses y los arrestos de menores a soldados serán llevados a cabo por las autoridades de las fuerzas armadas federales, a solicitud de las autoridades competentes. Con ello, se confiere a las autoridades militares una competencia de ejecución facultativa, tanto si se trata de una pena impuesta por infracciones cometidas antes de la incorporación a filas, como si son penas impuestas por infracciones, militares o no, perpetradas durante la prestación del servicio militar. El que las autoridades de ejecución formulen o no la propuesta de cumplimiento es algo que se deja a su libre criterio. La autoridad de ejecución podrá instar la solicitud cuando el condenado, según su personalidad y el delito cometido, fuese considerado apto para la ejecución militar.

Por ello, es preciso distinguir diferentes situaciones:

1. Si las autoridades de ejecución formularan la propuesta de solicitud, las penas de privación de libertad y el arresto de menores serán ejecutados por las autoridades del Ejército alemán como arresto penal. Los preceptos de la Normativa sobre competencia de las fuerzas armadas federales y la ejecución penal son válidas, por lo tanto y en principio, para la ejecución de la pena privativa de libertad, el arresto penal y el arresto de menores (§ 1 *BwVollzO*). Asimismo, rigen en lo concerniente a la participación en las guardias y en el trabajo u ocupación.

2. La pena de menores no se ejecutará, en ningún caso, por las autoridades de las fuerzas armadas federales y sí, según el § 17, párrafo 1, de la Ley de Tribunales de Menores, en un centro penitenciario co-

mún. La ejecución por tales autoridades sólo procedería, en principio, debido a la limitación de la competencia de ejecución facultativa sobre penas de privación de libertad no superior a seis meses, cuando la condena sea exactamente de seis meses (§ 18.1, frase 1ª JGG). En cualquier caso, tampoco esa pena sería ejecutada por las autoridades de las fuerzas armadas federales, como acontecía ya bajo la vigencia del anterior artículo 5, párrafo 2º. El texto actual no habla ya de «otras penas privativas de libertad» (como sería el arresto penal), ejecutables a petición de las autoridades de las fuerzas armadas federales, sino de «pena privativa de libertad». En este sentido se expresa también el § 38 del Código penal, en contraposición al extenso concepto descrito con anterioridad. También la Normativa sobre competencia de las fuerzas armadas federales y la ejecución penal limita, en el § 1, su ámbito de aplicación a la ejecución de la pena privativa de libertad, el arresto penal, el arresto de menores y el arresto disciplinario.

IV. Para la ejecución de los arrestos penales por reservistas o antiguos soldados, a través de las autoridades comunes, son de aplicación las disposiciones relativas a la ejecución de la pena privativa de libertad (§ 167 de la Ley de Ejecución Penal). Los §§ 168 a 170 de la Ley de Ejecución Penal prevén prerrogativas, por ejemplo, en el régimen de visitas, *circulación de documentos y utilización de prendas personales de vestir*, así como para realizar compras. Tal régimen especial se justifica por la naturaleza de los arrestos penales como forma de privación de libertad menos grave y también para no situar al antiguo soldado en una posición sustancialmente peor que la que tendría un soldado en activo que cumpliera su arresto en las fuerzas armadas federales.

## Art. 6º.

I. Este precepto fue introducido como consecuencia de la reforma operada por la 29ª Ley de Modificación del Derecho Penal, de 13 de abril de 1986 (*Boletín Oficial*, parte 1ª, p. 393). Hasta entonces, no estaba regulada la interrupción en el régimen general del cumplimiento de la pena; el § 455 del antiguo texto normativo de las Autoridades del proceso penal preveía exclusivamente el aplazamiento de la ejecución de la pena. Ahora la autoridad competente (§ 451, párrafo 1, *StPO*) interrumpirá, por principio, la ejecución de la pena junto con las autoridades de las fuerzas armadas federales, mientras que antes, con el § 455, párrafo

4, del derogado texto normativo de las Autoridades del proceso penal, tal interrupción se dejaba a su libre criterio. No se llevará a cabo la interrupción tan sólo cuando a la misma se opusiesen razones de fuerza mayor (especialmente de seguridad pública), así como cuando existan sospechas fundadas de que el condenado ha cometido otros delitos presumiblemente graves o que, con la interrupción, el condenado eludiría cumplimientos posteriores. Sobre la interrupción del cumplimiento, véanse los §§ 45 y 46 de la normativa sobre la competencia de ejecución penal, así como el § 18 de la normativa sobre competencia de las fuerzas armadas federales y la ejecución penal. Sobre el período de tiempo de la interrupción, véase el § 461 del texto normativo sobre las Autoridades del proceso penal.

II. Contra la resolución de la autoridad competente, el condenado puede recurrir a los tribunales: § 462 del texto normativo sobre las Autoridades del proceso penal, que regula el procedimiento.

#### **Art. 7º.**

I. El párrafo primero permite a las autoridades (conforme a lo dispuesto en el artículo 5º) conseguir una ejecución unitaria de la pena privativa de libertad hasta seis meses, la pena de arresto y el arresto de jóvenes por soldados de las fuerzas armadas federales. Esto se consigue con un reglamento, básico y uniforme, que está dirigido fundamentalmente a salvaguardar la efectiva prestación del servicio militar. El párrafo primero permite, desde dicha premisa, regular la ejecución de la pena de arresto por las autoridades comunes (compárese este artículo 7º con el 5º).

II. El Reglamento sobre el cumplimiento de la pena privativa de libertad, la pena de arresto, el arresto de jóvenes y el arresto disciplinario, por las autoridades de las fuerzas armadas de la República federal de Alemania, se aprobó el 29 de noviembre de 1972 (*Boletín Oficial*, parte 1ª, p. 2205).

#### **Art. 8º.**

En el apartado primero de este artículo (y también en el § 12, apartado 1, de la Cuarta Ley de Modificación del Derecho Penal, de 11 de

junio de 1957) se dispone que la Ley entrará en vigor un mes después del día de su promulgación. El día de la promulgación es, según el § 82 de la Ley Fundamental, el día de su publicación en el *Boletín Oficial del Gobierno Federal*. Así, en el caso de la Ley penal militar y en el de su Ley introductoria fue el 30 de marzo de 1957 y, en el de la Cuarta Ley de Modificación del Derecho Penal, el 13 de junio de 1957. Por ello, la entrada en vigor de la Ley penal militar y de su Ley introductoria fue el 1° de mayo de 1957 y la de la Cuarta Ley de Modificación del Derecho Penal, el 14 de julio de 1957.

## LA JURISDICCIÓN MILITAR: ¿JURISDICCIÓN ORDINARIA O ESPECIAL?

Por Juan Antonio Navas Córdoba

*Doctor en Derecho*

*Profesor de Derecho Procesal de la Universidad de Sevilla*

### SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN. 2. PROBLEMÁTICA DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES. 3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL CARÁCTER ESPECIAL. 4. LA PRESENCIA DEL CGPJ EN EL GOBIERNO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. 5. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES, COMO ÓRGANOS ORDINARIOS. 5.1. LA CÚSPIDE DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. 5.2. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES INFERIORES. 5.2.1. *Garantía al juez predeterminedo por la ley: Jueces y Vocales Togados.* 5.2.2. *Situación de los Vocales Militares.* 6. A MODO DE CONCLUSIÓN. 7. ABREVIATURAS.

### 1. INTRODUCCIÓN

Suele afirmarse que donde hay un Derecho Militar surge una Jurisdicción para aplicarlo. Si lo consideramos así, y aquél cuya autonomía la sitúa García Gallo (1) con la formación de los Ejércitos permanentes, se podría hablar de la ancestral justicia militar. Pero, si bien la Justicia Militar es inherente a los ejércitos, no es menos cierto que la concepción y orgánica actual dista mucho de la originaria, en que la justicia militar se ejercitaba por el Mando Militar, cuestión basada en el viejo aforismo de «el que manda debe juzgar».

---

(1) GARCÍA GALLO, Alfonso, *Manual de Historia del Derecho español*, Madrid, 1975, p. 263.

En el derecho vigente, y tras la tercera codificación militar (2) producida a raíz de la vigente Constitución Española, los parámetros sobre los que se asienta la Justicia Militar han mutado hacia unas directrices que esquemáticamente se podrían cifrar en:

a) Desvinculación de los órganos jurisdiccionales del mando militar;

b) Consagración normativa de los principios de inamovilidad, responsabilidad y sumisión legal;

c) Inserción en la cúpula de la organización jurisdiccional de la militar; y

d) Acentuación de las garantías del justiciable en el proceso penal.

No obstante, puede que todavía sea conveniente hacer algún re- toque más en nuestra Jurisdicción Militar, aunque la situación actual nos permite situar a la Jurisdicción Militar como muy próxima a una *Jurisdicción Ordinaria especializada, en consonancia con los dispuesto en toda nuestra normativa legal y al reiterado criterio hermenéutico de nuestro Tribunal Constitucional*. Pues, como dice Rodríguez-Villasante y Prieto (3), «quizás ningún texto legal español ha expresado con mayor acierto la naturaleza de la Jurisdicción Militar que el preámbulo de la LO 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuando comienza: “La Jurisdicción Militar tiene su origen en la misma génesis de los Ejércitos permanentes y ha sido siempre una jurisdicción especializada, carácter que se deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce”».

---

(2) Al precedente texto legal integral del CJM de 1945 fue necesario plantear una inmediata reforma-adaptación a los principios rectores establecidos en la Constitución de 1978. Ésta constituyó el punto de partida para la tercera gran reforma de la Justicia Militar, en el deseo de aproximarla a la ordinaria. Tras sucesivas normas adaptadoras con carácter de urgencia, el Derecho Militar vigente se conforma por los textos legales siguientes: Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas; Ley Orgánica 13/1985, de 19 de diciembre, del Código Penal Militar; Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar; Ley Orgánica 6/1988, de 5 de abril, de creación del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa; Ley 9/1988, de 21 de abril, de Planta y Organización Territorial de la Jurisdicción Militar; Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar; Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, y, finalmente, Real Decreto 1396/1992, de 20 de noviembre, de aprobación del Reglamento de Establecimientos Penitenciarios Militares.

(3) RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis: «Régimen Disciplinario Militar», *Revista Ejército* n.º 672, mayo 1996, p. 36.

Y en este marco es donde situamos el objeto de este artículo, pretendiendo, dentro de la problemática y oscuridad existente presentada por la trilogía de la doctrina, del ordenamiento castrense y de la jurisprudencia, ubicar en sus justos términos el carácter actual a conferir a la Jurisdicción Militar.

\* \* \*

El principio de unidad jurisdiccional constituye un postulado básico en la concepción y dibujo constitucional de la actividad jurisdiccional. Asimismo, el Poder Judicial del Estado, único de los tres poderes clásicos que recibe dicha calificación en el texto constitucional, es igualmente único, organizándose en distintos Tribunales, Audiencias y Juzgados, con arreglo a lo establecido en las leyes, a los que corresponde en exclusiva, conforme a las normas competenciales, el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado —art. 117,3 CE—.

El mismo precepto de la Norma Suprema, que establece el precitado principio de unidad jurisdiccional, realiza el reconocimiento expreso de la Jurisdicción Militar, única Jurisdicción «especializada» que se admite constitucionalmente. Tal ubicación significa, por una parte, que dicho reconocimiento se efectúa sin merma de la unidad del Poder Judicial, pues así lo dispone en su primer artículo la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, la doctrina (4) así lo entiende y la jurisprudencia lo ratifica (5): la Jurisdicción Castrense es integrante del Poder Judicial del Estado.

---

(4) Son de este parecer, entre otros: ALAIZ VILLAFILA, Carlos, «El ámbito estrictamente castrense como marco constitucional de la competencia de la Jurisdicción Militar, en tiempo de paz», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 181; BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Juez Ordinario predeterminado por la Ley*, Madrid, 1990, p. 49; FERNÁNDEZ BENITO, Alfredo, «La determinación del estatuto personal de Vocales y Jueces Togados: Un imperativo constitucional», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 168; FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «El marco constitucional. La Jurisdicción Militar: su organización y competencia», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, p. 41.

De opinión contraria: CANOSA USERA, Raúl, «Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar», *Poder Judicial* n.º 34, jun, 1994, pp. 9 a 37; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, «Toque de silencio por la Justicia Militar», *Revista de Administración Pública* n.º 127, ene-abr. 1992, pp. 7 a 43.

(5) Entre otras, las Sentencias de la Sala de Conflictos de 13 de julio de 1988 (RA. 10136 a 10321), y de 5 de julio de 1989 (RA. 9569).



Sin embargo, y en correlación con el conjunto de normas de desarrollo de la CE, dicha integración de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial no ha supuesto la total desaparición de su especialidad (6).

Precisamente, el reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Militar ha de significar que la primera referencia ha de ser este texto supremo (7), y no otros, como la LOPJ, porque la Jurisdicción Militar tiene sus propios textos que la regulan, que son de igual rango normativo que el anterior —LOPJ—; luego, excepto en los supuestos de inconstitucionalidad, tan adecuada es la normativa contenida en los textos militares como en los denominados comunes.

Pues bien, con el fin de conciliar ese doble requisito constitucional (8), unidad y especialidad, entre los diversos modelos organizativos posibles, adoptó el legislador la solución de incardinar la Jurisdicción Militar en el vértice de la organización judicial, es decir, en el Tribunal Supremo, con la creación de la Sala de lo Militar, sujeta en su régimen y en el *status* de sus miembros a las mismas normas que las demás Salas, manteniendo, no obstante, en los niveles inferiores, una separación orgánica entre la Jurisdicción común y ordinaria.

Por supuesto, existen divergencias entre la llamada Jurisdicción Militar y la Jurisdicción Ordinaria. Sin embargo, y pese a que algún sector doctrinal e incluso, al menos terminológicamente, la jurisprudencia, suele tildar a la Militar como especial, no sólo normativamente se ha logrado una efectiva integración en el Poder Judicial del Estado, sino también una aproximación, cada día más apoyada por nuestro TC, a la ordinaria, lo que nos hace calificar a la Jurisdicción Militar, más que de especial, de Jurisdicción especializada.

---

(6) JIMÉNEZ VILLAREJO, José Luis, «La Jurisdicción Militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales (LO. 4/1987 y LO. 2/1989)*, Tomo I, Ministerio de Defensa, Secretaría General Técnica, Madrid, 1995, p. 66. Según este autor, sus especialidades no se pueden fundamentar sólo en la reserva constitucional que realiza la CE, al circunscribir el ámbito de la Jurisdicción Militar al estrictamente castrense y al estado de sitio.

(7) En este sentido son elocuentes las palabras de PEDRAZ PENALVA sobre que la simple exclusión de la LOPJ de órganos como los Tribunales Militares no connota su exclusión del Poder Judicial. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Del Consejo General del Poder Judicial y de la selección de sus miembros», *La Ley* n.º 4018, dic. 1996, p. 4.

(8) Vid. *Memoria Legislativa (1986-1989)*, Ministerio de Defensa, Madrid, 1989, pp. 248 y ss.

## 2. PROBLEMÁTICA DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES

Hemos de partir de la existencia de una única fuente de la potestad jurisdiccional, la existencia de un único pueblo en quien reside la soberanía (9), del que emanan todos los poderes y, entre ellos, la potestad jurisdiccional (10).

El efecto de las jurisdicciones especiales radica, fundamentalmente, en que los justiciables no gozan de las mismas garantías propias de los procesos seguidos ante la Jurisdicción Ordinaria, ni los miembros que la integran, en general, tienen la independencia, preparación técnica, sentimiento de su función y demás virtudes características de quienes, por vocación, ante todo, se consagran a la tarea de administrar justicia (11), por lo que, en la actualidad, no pueden tener cabida en la Constitución.

No obstante, y en puridad, las diferentes clases de jurisdicciones obedecen simplemente a una mera comodidad del léxico (12), queriendo expresar, más bien, la variedad de órganos a los que el Esta-

---

(9) Respecto de esta afirmación se detecta una divergencia, a nuestro entender, sin repercusiones, por cuanto mientras la LOPJ —art. 1— decreta que «La Justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey...», la LOCOJM —art. 1— dispone sólo que «La Justicia Militar (...) administra justicia en nombre del Rey...», evitando toda referencia a su origen. Estamos en desacuerdo con que la razón de tal diversidad esté en una jerarquía normativa *de facto* entre ambas normas, LOPJ y LOCOJM, pese a ser ambos textos orgánicos, como afirma JIMÉNEZ VILLAREJO —en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, *ob. cit.*, p. 63—, sino que el legislador militar no ha debido considerar procedente repetir, precisamente por ser una norma militar directamente nexionada con la Constitución, y por la larga tradición tan poco popular de las Fuerzas Armadas, el origen popular de la potestad Jurisdiccional Militar.

(10) *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, «La Unidad jurisdiccional, su consideración como garantía de la independencia judicial», en *Libro Homenaje a Jaime Guasp*, Granada, 1984, p. 437.

(11) VILLAR Y ROMERO, José M.ª, «Unificación de fueros: el problema de las jurisdicciones especiales», *Revista de Derecho Privado*, 1954, pp. 992 y 993. En cambio, otros autores cifran el carácter especial en sus órganos, cuyo conocimiento no era extensible a la generalidad de unos determinados asuntos de un orden sino, singularmente, a un grupo señalado de personas o para conocer en determinado tiempo o por particulares circunstancias de lugar. PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales. Organización, funcionamiento, gobierno*, Pamplona, 1986, p. 151.

(12) Dentro de la variedad terminológica, AROZAMENA habla de especies jurisdiccionales, distinguiendo la «jurisdicción judicial» —lo que se entiende como la jurisdicción ordinaria—, la jurisdicción constitucional y la jurisdicción militar. AROZAMENA SIERRA, Jerónimo: «El principio de unidad jurisdiccional», en *Estudios sobre la CE*, homenaje a García Enterría, Tomo IV, coordinado por Martín Retortillo, Madrid, 1991, pp. 3025 y ss.

do dota de postestad jurisdiccional (13). Se hace, pues, conveniente hablar, más que de una diversidad de jurisdicciones, de una diferenciación de tribunales, y acerca de ellos es sobre lo que ha de reflejarse la unidad jurisdiccional.

Definitivamente, en realidad, no existe pluralidad de jurisdicciones; lo que sí existe son clases de órganos jurisdiccionales a los que se les atribuye su ejercicio (14).

Partiendo de ello, si descartamos, por ser deseo constitucional — art. 117,6—, toda posibilidad de existencia de tribunales excepcionales, ya que chocaría de plano con la garantía al juez ordinario predeterminado por la ley, solamente se podrá barajar la terminología utilizada por la doctrina tradicional de tribunales ordinarios (o, como utilizaba el precedente CJM, de fuero común), tribunales especializados y tribunales especiales.

Ante todo, el principio de unidad jurisdiccional no está reñido con una especialización de los órganos, siempre que ésta responda a condiciones objetivas y legales, y no a motivos soterrados de discriminaciones (15). Teniendo en cuenta que el límite entre la especialización y lo especial, o, lo que es lo mismo, que lo fundamental para que un órgano jurisdiccional especializado no se transforme en especial, radica en el estatuto de su personal jurisdicente, que ha de ser el mismo de los Tribunales Ordinarios (16), criterio, por supuesto, maximalista, ello nos conduce a decir que todo gira en torno al *status* del personal que administra la justicia.

Sin entrar a debatir, en este momento, sobre si el estatuto personal de los miembros de la Justicia Militar cumple los requisitos para su consideración de ordinario, especializado o especial, sí se ha de poner de relieve que la unidad jurisdiccional pregonada por el art. 117,5 CE, fundamentada en la «organización» y en el «funcionamiento» de los Tribunales, no nos obliga, en primer lugar, a una

---

(13) PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, Leonardo, *Derecho de Tribunales. Organización...*, *ob. cit.*, pp. 147 y 149.

(14) Opinión seguida por BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Juez Ordinario predeterminado*, Madrid, 1990, p. 48; GÓMEZ COLOMER, Juan L., «Principios y garantías del proceso penal militar», en *Delitos y procedimientos militares*, CDJ, sep. 1994, p. 332.

(15) ALMAGRO NOSETE, José, «El Derecho Procesal en la nueva Constitución», *RDP Iberoamericana* n.º 4, 1978, p. 849.

(16) MONTERO AROCA, Juan, *Introducción al Derecho Procesal. Jurisdicción, acción y proceso*, Madrid, 1979, pp. 31 y ss.

identidad organizativa, sino a una organización básica y común, que siga los principios inspiradores o configuradores de esa unicidad; e igualmente, respecto al funcionamiento, que éste no ha de ir más allá de acreditar las garantías procesales constitucionalizadas en el art. 24 CE, o las expresadas en el Título destinado al Poder Judicial, y que no puede suponer identidad de funcionamiento (17).

En definitiva, si la Jurisdicción Militar normativamente ha de garantizar al encausado todas las garantías que establece el art. 24 CE (18), y la única permisividad del principio de unidad jurisdiccional de nuestra Constitución es acerca de su estructura orgánica, la cuestión radicaría en determinar si los Órganos jurisdiccionales militares cumplen los presupuestos que permitan tal efecto. Para ello, analicemos aquellos puntos que pueden quebrarla y coadyuvan a tildarla como especial, centrándonos, fundamentalmente, en la postura que adopta el Tribunal Constitucional ante ella, las repercusiones del gobierno de la Jurisdicción Militar y la efectividad de la garantía al juez ordinario predeterminado por la ley en el ámbito castrense, como primera garantía que envuelve el proceso.

### 3. POSICIÓN DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE EL CARÁCTER ESPECIAL

Desde su creación, el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en determinados momentos sobre la Jurisdicción Militar, en orden a justificar su existencia, una idea común en su doctrina, como es «que la Justicia Militar no es un fin en sí, sino tan sólo un medio para mantener la eficacia de los Ejércitos (19)», buscando (...) la paridad de tratamiento de ambas jurisdicciones —castrense y ordinaria» (20).

---

(17) En este sentido AROZAMENA SIERRA, Jerónimo, *El principio de unidad jurisdiccional*, ob. cit., pp. 3039 y ss.

(18) Como ya puso de manifiesto el TC, en Sentencias n.º 22/1982, de 12 de mayo; n.º 75/1982, de 13 de diciembre, y n.º 36/1983, de 11 de mayo, entre otras, las garantías que conforman el artículo 24 de la Constitución pertenecen por derecho a todo encausado, con independencia de la Jurisdicción.

(19) FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, «La Jurisdicción Militar en la doctrina constitucional (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de marzo de 1991)», RGD n.º 562-563, jul-ago. 1991, pp. 5847 y 5848.

(20) STC n.º 60/1991, de 14 de marzo.

Es obvio el reconocimiento constitucional de la Jurisdicción Militar; no obstante, la Jurisdicción castrense está estructurada y afianzada en términos no siempre coincidentes con los propios de la Jurisdicción Ordinaria (21), de tal forma que existen en aquella peculiaridades y singularidades, que estriban en diferencias tanto sustantivas como procesales respecto de la Jurisdicción Ordinaria (22), plasmadas en su Derecho Penal y Procesal Militar (23), las cuales son el resultado de la organización profundamente jerarquizada del Ejército, donde la unidad y la disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la Institución por el art. 8 de la Constitución (24).

En cualquier caso, la singularidad del ordenamiento militar está constreñida forzosamente a que el derecho sustantivo, penal y disciplinario, así como el proceso penal y disciplinario militar, deban acomodarse a la Constitución (25), y, por tanto, hayan de seguir fielmente todos los principios inspiradores contenidos en ella.

La doctrina del Tribunal Constitucional suele utilizar el término de especial al referirse a la Jurisdicción Militar, pero en rigor entendemos que, en el desarrollo de la misma, no permite encajar ninguna pauta que la sitúe al margen de las que configuran la Ordinaria.

En este sentido, y no obstante la conceptualización de la Jurisdicción Militar como especial, «frente a la regla general de la Jurisdicción Ordinaria, no consiente interpretaciones que llevan más allá de lo que se define—para los supuestos de normalidad— por referencia al ámbito estrictamente castrense (26)», es decir, que, en principio, esta denominación proviene porque la Jurisdicción Militar—en el orden penal— ha de reducir su ámbito al conocimiento de los delitos que puedan ser calificados como estrictamente castrense (27), concediendo a la ordinaria un carácter residual.

Por ello, el supremo intérprete de la Constitución se ha visto

---

(21) *Vid.* STC n.º 97/1985, de 29 de julio.

(22) *Vid.* STC n.º 180/1985, de 19 de diciembre.

(23) *Vid.* STC n.º 107/1986, de 24 de julio.

(24) *Vid.* STC n.º 180/1985, de 19 de diciembre.

(25) *Vid.* STC n.º 97/1984, de 19 de octubre.

(26) STC n.º 111/1984, de 28 de noviembre.

(27) *Vid.* STC n.º 60/1991, de 14 de marzo. En equivalentes términos se expresa el legislador a través de la Exposición de Motivos de la LO 4/1987, de 15 de julio, al decir que la especialidad de la Jurisdicción Militar le «deriva de la naturaleza del Derecho que aplica y del ámbito institucional en que se ejerce».

necesitado de perfilar dicho concepto indeterminado, siempre a la luz de los preceptos constitucionales y, en particular, de los arts. 8 y 30 CE (28). En esta dirección, determina las coordenadas del calificativo «estrictamente»; como el concepto más complejo de delimitar, el cual no sólo se dirige al órgano jurisdiccional, para que éste aplique de forma estricta las normas atributivas de competencia, sino también al propio legislador, limitando el margen de configuración del ámbito de la Jurisdicción Militar (29). Así pues, de ese concepto limitador, el adjetivo «castrense» representa menor problemática, ya que su alcance no ha de ir más allá de entenderlo siguiendo a Calderón Susin, como todo aquello relativo a las Fuerzas Armadas (30), sin que sea identificativo de un mundo aparte.

En cuanto a las indicaciones al legislador, que al fin y a la postre es quien ha de llenar de contenido el ordenamiento jurídico castrense, por un lado, le prescribe que nunca «su contenido normativo —se está refiriendo al art. 117,5 CE— puede ser integrado por disposiciones infraconstitucionales de carácter legal o reglamentario (31)», teniendo dicho artículo un valor interpretativo de la regulación legal y deduciéndose un claro carácter restrictivo con que la Constitución admite la Jurisdicción Militar, al declarar que ésta queda reducida al ámbito estrictamente castrense (32).

Así, este precepto ha establecido límites y exigencias estrictas a la Ley reguladora de la Jurisdicción Militar.

Por otra parte, y en base al propio art. 117,5 CE, se le impone al legislador una transformación radical de la configuración y alcance de la Jurisdicción castrense, dejándola sometida a los principios constitucionales de independencia del órgano judicial, derecho de defensa y demás garantías sustanciales del proceso, reduciéndole su ámbito competencial a límites muy estrechos y eliminando su anterior hipertrofia competencial (33). Todo ello vedará tanto la creación de un fuero privilegiado, que excluya el sometimiento de los miembros de las FA.s a los Tribunales Ordinarios, con la sujeción indebida al conocimiento por los Tribunales Militares de cuestiones

---

(28) Vid. STC n.º 60/1991, de 14 de marzo.

(29) *Idem*.

(30) CALDERÓN SUSÍN, Eduardo, «En torno a los límites constitucionales de la Competencia de la Jurisdicción Militar», *REDEM* n.º 53, ene-jun. 1989, p. 99.

(31) STC n.º 60/1991, de 14 de marzo.

(32) Vid. STC n.º 4/1990, de 18 de enero.

(33) Vid. STC n.º 60/1991, de 14 de marzo; STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

que, por no ser estrictamente castrenses, deben corresponder, en todo caso, a aquellos (34) sobre los que realmente reposa la *vis atractiva* (35), los Tribunales Ordinarios que constituyen el fuero atrayente.

A los órganos de la Jurisdicción Militar, las directrices son muy precisas; se les impone unas pautas de actuación, de tal forma que éstos no sólo han de realizar una ajustada a Derecho aplicación de las normas competenciales, sino que también han de sujetarse, en todo momento, y en todas sus actuaciones, a los principios, reglas y normas de la Constitución, Leyes Ordinarias y Código de Justicia Militar, otorgándose al encausado todas las garantías procesales del art. 24 CE (36).

En resumen, al legislador se le impuso una nueva estructuración de la organización jurisdiccional militar, sobre las premisas restrictivas del art. 117,5 CE, debiendo en su configuración ser escrupuloso en seguir los principios constitucionales, en equivalentes términos a los de la denominada ordinaria.

Luego se colige, a nuestro parecer, que, según el TC, el carácter de especial se lo concede *a priori* como medio de distinción frente a la común u ordinaria, sin más carga incriminadora que cercenar toda posibilidad de que su ámbito competencial pueda ir más allá de lo estrictamente castrense, pese a que su contenido responda a criterios de oportunidad política (37).

Todo lo cual significa que se otorga al vocablo «especial» de la Jurisdicción Militar un contenido muy diverso a la antigua conformación de «especial». Hoy supone sólo un elemento diferenciador de lo que en el lenguaje jurídico se califica como ordinaria, pues la definición de «especial» (38) nunca puede significar el dibujo del

---

(34) *Vid.* STC n.º 60/1991, de 14 de marzo.

(35) *Vid.* STC n.º 75/1982, de 13 de diciembre.

(36) *Vid.* STC n.º 22/1982, de 12 de mayo.

(37) Incluso algún autor entiende que, en el afán de realizar una interpretación sumamente restrictiva, se han dejado fuera del ámbito castrense ciertas acciones, que, aun siendo de naturaleza común, repercuten de forma directa en bienes jurídicos muy sensibles en las Fuerzas Armadas. SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier, «Preferencia de la Jurisdicción Penal Militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales...*, Tomo II, *ob. cit.*, p. 962.

(38) Cuestión que también puede desprenderse de la reiterada jurisprudencia constitucional; así, cuando especifica que, «como jurisdicción penal especial, la Jurisdicción Militar ha de reducir su ámbito al conocimiento de los delitos que pueden ser calificados como de estrictamente castrenses» —STC n.º 60/1991, de 14 de marzo—; o, al referirse

ejercicio de una potestad jurisdiccional donde las garantías del encausado se minorizan frente a la ordinaria (39). Propugnamos se destierre la denominación de jurisdicción especial a la militar, pues su utilización, en el mejor de los casos, puede llevar a confusión, cuando no subyazca un deseo malévolo, al incriminarle ese carácter, de propiciar su erradicación.

A mayor abundamiento, el referido Tribunal va paulatinamente decreciendo en la utilización de esta terminología, de tal forma que, y aún a sabiendas del valor de una estadística, mientras en sus orígenes era frecuente designar a la Jurisdicción Militar como especial, hoy es menos frecuente que al referirse a ella la tilde de esa forma. Lo cual se ha de entender como que la Jurisdicción castrense camina en una dirección inexorable a su total configuración como una Jurisdicción Ordinaria para el ámbito restringido militar.

Finalmente, y en base a que la Jurisdicción Ordinaria, por medio de sus Órganos Jurisdiccionales, en el marco del art. 53,2 de la CE, se le atribuye la protección jurisdiccional de los derechos y libertades públicas (40), y, por otra parte, se confiere (41) a la Jurisdicción Militar esa tutela en el seno de las Fuerzas Armadas, por medio de los Órganos Judiciales castrenses (42), a través de un procedimiento preferente y sumario —art. 518 LPM—, de tal forma que cubre esa garantía, al igual que en el resto del ordenamiento común por el procedimiento de la Ley 62/1978, de 28 de diciembre, ello es

---

a la transgresión del principio al juez ordinario predeterminado, dice «si se atribuye un asunto determinado a una jurisdicción especial y no a la ordinaria» —STC n.º 66/1986, de 23 de mayo; n.º 111/1984, de 48 de noviembre—; o al decir que «la Jurisdicción Militar, como jurisdicción especial (...) frente a la regla general de la Jurisdicción ordinaria...» —STC n.º 111/1984, de 28 de noviembre—; o al presentar fuera de la ordinaria sólo a lo excepcional, diciendo «la prohibición constitucional de jueces excepcionales o no ordinarios» —STC n.º 153/1988, de 20 de agosto—.

(39) La Jurisdicción castrense ha de cumplir todas las garantías contempladas en el art. 24 CE. *Vid.* STC n.º 36/1983, de 11 de mayo.

(40) *Vid.* STC n.º 4/1990, de 18 de enero.

(41) *Vid.* Sentencias Sala de Conflictos de 5 de julio de 1989 (RA. 9569 y 9570), y de 31 de diciembre de 1990 (RA. 10386).

(42) Precisamente, la composición de los Tribunales Militares que conocerán por este procedimiento —arts. 41,3 y 51,3 LOCOJM— es de tres miembros eliminando los Vocales Militares, no técnicos en Derecho, a fin de que, según JIMÉNEZ VILLAREJO, «encuentren menos dificultades en los intérpretes para ser reconocidos como "Tribunales Ordinarios", (...) que pueden conocer del recurso instituido por el art. 53,2 de la Constitución». JIMÉNEZ VILLAREJO, José. *Potestad disciplinaria militar y control jurisdiccional*, Madrid, 1991, pp. 98 y 99.



lo que permite deducir a algún autor (43) y al TC (44) el carácter ordinario de sus órganos, en su estricto ámbito de competencia.

Así se ha configurado una Jurisdicción Militar, singular, con especialidades, a la que el supremo intérprete de la Constitución reiteradas veces califica de especial, pero que a la hora de darle contenido a ese carácter se puede ver: que la Jurisdicción Militar ha de cumplir los principios constitucionales; que el legislador militar, en su producción normativa, sigue los estrictos límites que fija la CE en su art. 117,5; que toda actuación judicial militar ha de girar con idénticas garantías procesales que una actuación ordinaria; y, finalmente, que cualquier tropelía competencial repercutiría en la garantía básica que representa para el justiciable el juez ordinario predefinido, y cuyo cumplimiento es tan exacto y constitucional como en la Jurisdicción Ordinaria, así recientemente constatado por el TC (45), y que, no obstante, seguidamente analizaremos.

En definitiva, hasta este momento del examen, sólo terminológicamente se puede calificar de especial a la Jurisdicción Militar para distinguirla frente a la llamada Ordinaria, pues su configuración, eso sí con ciertas especialidades, se podría decir que es tan ordinaria y constitucional como la propiamente así tildada.

#### 4. LA PRESENCIA DEL CGPJ EN EL GOBIERNO DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

El principio de la unidad jurisdiccional viene a significar que todos los jueces y magistrados que sirvan a los órganos jurisdiccionales han de estar sujetos a un estatuto orgánico, de tal naturaleza que garantice su independencia (46).

Con la idea de salvaguardar esta independencia de jueces y magistrados de las posibles injerencias del Poder Ejecutivo, considerada como más atacable en los sistemas en que la dependencia de la judicatura es directa del Gobierno, surgió el CGPJ (47). Así, el CGPJ es

(43) GARCÍA BALLESTER, Pascual, «Jurisdicción Militar y Constitución Española», *REDEM* n.º 58, jul-dic. 1991, p. 154.

(44) STC n.º 113/1995, de 6 de julio.

(45) *Vid.* STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

(46) *Vid.* MONTERO AROCA, Juan, *La Unidad Jurisdiccional...*, *ob. cit.*, p. 439.

(47) ALMAGRO NOSETE, José, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*, Tomo I, Madrid, 1993, pp. 99 y ss.

garantía de independencia judicial por la posición que ocupa de autonomía y no subordinación a los demás poderes del Estado.

En la Jurisdicción castrense, la existencia de un CGPJ Militar o su total gobierno por el CGPJ, sin lugar a dudas, daría más confianza a aquellas voces que proclaman cierta administrativización de la Jurisdicción castrense (48), por las prerrogativas que en el nombramiento de sus miembros como militares tiene el Ejecutivo; girando sobre ello uno de los más serios interrogantes que pesan sobre la Jurisdicción Militar, en cuanto a su independencia.

En primer lugar, pese a quedar integrados normativamente los órganos de la Jurisdicción Militar en el Poder Judicial, la CE, en su art. 122, apartados 1 a 3, relativo al CGPJ, no tiene en cuenta para nada los órganos judiciales castrenses ni su personal; y más, en iguales términos se expresó la LO reguladora del CGPJ de 10 de enero de 1980 (49), en la que también se prescinde por completo de toda mención a los órganos judiciales castrenses, pudiendo representar, en principio, una contradicción al estar constitucionalmente integrados en el citado Poder Judicial. La Jurisdicción Militar, pues, no se halla vinculada por el art. 122 CE, lo que significa que su independencia orgánica no la ha de lograr por la vía del estatuto orgánico dispuesto en la LOPJ, sino por el previsto en la LOCOJM.

Así, la CE consagra la independencia de cada juez a la hora de impartir justicia, pero como ha puesto de manifiesto el TC (50), ésta no impone «la existencia de un autogobierno de los jueces (...), lo único que resulta de la regulación constitucional es que se ha querido crear un órgano autónomo que desempeñe determinadas funciones, cuya asunción por el Gobierno podría enturbiar la imagen

---

(48) Entre otros, *vid.* CANOSA USERA, Raúl, «Configuración constitucional de la Jurisdicción Militar», *Poder Judicial* n.º 34, jun. 1994, pp. 9 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal* —con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ—, Valencia, 1995, pp. 61 y ss.; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, «Un toque de silencio por la Justicia Militar», *RAP(B)* n.º 127, ene-abr. 1992, pp. 7 y ss.; RAMÍREZ SINEIRO, José M., «La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: Consideraciones de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Poder Judicial* n.º 33, mar. 1994, pp. 160 y ss.

(49) Derogada por la vigente LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, que regula el Consejo General del Poder Judicial dentro de los órganos de gobierno del Poder Judicial, en su Libro II, siguiendo la misma pauta.

(50) STC n.º 108/1986, de 29 de julio.

de la independencia judicial, sin que de ello se derive que ese órgano sea expresión del autogobierno de los jueces».

Luego, nuestra norma suprema exige el gobierno de los órganos jurisdiccionales, a través de un órgano autónomo que no esté viciado por la presencia del Ejecutivo. Pues de lo contrario, ciertamente estas funciones de gobierno podrían verse enturbiadas por estar depositadas en el Ejecutivo, ya que le sería factible conseguir una influencia sobre los Tribunales, por el posible favorecimiento de algunos jueces a través de nombramientos, ascensos, por las eventuales molestias al sufrir inspecciones, e incluso perjuicios por la imposición de sanciones (51).

También en esta misma dirección, como dice Almagro Nosete (52), «la potestad de gobierno de los Jueces y Tribunales, aunque necesariamente debe radicar en el propio Poder Judicial, puede encomendarse, en especial, a determinados órganos jurisdiccionales». No obstante, nuestro ordenamiento establece un plus al crear un órgano específico exento de funciones jurisdiccionales y con atribuciones estrictamente de gobierno de los Órganos Jurisdiccionales.

Por tanto, nos encontramos con la afirmación, por un lado, que el gobierno de los órganos jurisdiccionales, ha de ser ejercido por un órgano autónomo, que no necesariamente tiene que ser el CGPJ, y, por otro, que este gobierno puede ser ejercido por un órgano jurisdiccional en particular.

Luego veamos el supuesto de la Jurisdicción Militar. El caso de la Jurisdicción Militar consiste en que las funciones de este órgano de gobierno de la magistratura (53), se encomienda a la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central (54) (órgano de gobierno de

---

(51) Vid. OLIVA SANTOS, Andrés de la, «La nueva LOPJ: Análisis jurídico y constitucional», *RDPR Iberoamericana* n.º 1, 1978, p. 35.

(52) ALMAGRO NOSETE, José, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil*. Tomo I, Madrid, 1993, pp. 63 y 64.

(53) En la actualidad son muchos autores que tildan peyorativamente el gobierno del CGPJ como de «pseudogobierno» —MONTERO AROCA, Juan, *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I, Parte General —con otros autores—, Barcelona, 1994, pp. 61 y ss.—; de «gobierno restringido» —GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, A., «El Poder Judicial en la Constitución», *La Ley*, 1989, pp. 1067 y 1068—; de «independencia perdida» —OLIVA SANTOS, Andrés de la, *La nueva Ley Orgánica del Poder Judicial...*, *ob. cit.*, pp. 7 a 53, expresamente 28 a 48—; de «autogobierno relativo» —JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *La Jurisdicción...*, *ob. cit.*, pp. 68 y 69—.

(54) La Sala de Gobierno del TMC tendrá las atribuciones de gobierno del propio Tribunal de los órganos inferiores —art. 35 LOCOJM—. Sus acuerdos gozan de

los Tribunales Militares), en conjunción con el propio CGPJ, y ciertas atribuciones al Ministro de Defensa (55). Incluso, dentro de las funciones de este gobierno tripartita, el CGPJ es el que ostenta la posición de órgano supremo y más relevante en el gobierno de la Jurisdicción castrense.

Cierto sector doctrinal (56) pone en tela de juicio el sistema de gobierno establecido por nuestro derecho positivo castrense para la Jurisdicción Militar. No es considerada totalmente independiente del Ejecutivo, pues «... las declaraciones formales y programáticas difícilmente van a corresponderse con la realidad, porque ni tales principios ni el tímido estatuto contenido en el Título VIII pueden garantizar la independencia material del juzgador cuando éste, en su carrera militar y, a la postre, en su promoción dentro de la Jurisdicción castrense, sigue vinculado a las decisiones que, respecto de él, adopten las Autoridades y Mandos Militares (57)», por lo que entienden que el gobierno de la Jurisdicción Militar está depositado en manos del Ministerio de Defensa.

· Al respecto, según nuestro parecer, esta declaración se ha de atemperar. Obviamente, el que el gobierno de los Jueces resida en órgano distinto del Ejecutivo supondrá un incremento en las garantías que vigilan la independencia judicial, pero *ab initio* no se puede decir que el TMC sea órgano ejecutivo, no que siga directrices de éste y, por supuesto, se ha de suavizar aquellas afirmaciones que centran en el Ministerio de Defensa el gobierno de la Jurisdicción Militar, pues supondría desvalorizar las atribuciones que tiene el

---

ejecutoriedad, siendo recurribles en alzada ante CGPJ, salvo disposición contraria de la LOCOJM, sirviendo supletoriamente las normas de la Ley de Procedimiento Administrativo.

(55) En el gobierno de los órganos jurisdiccionales militares se entremezclan funciones que, en los Tribunales comunes, asumen las Salas respectivas de Gobierno y las ejercidas por el CGPJ, pues únicamente existe la Sala del Tribunal Militar Central — sistema criticado por ROJAS CARO, José, *Derecho procesal...*, *ob. cit.*, p. 131—, salvo en lo que afecta a la del Tribunal Supremo.

(56) Son de esta opinión CANOSA USERA, Raúl: *Configuración...*, *ob. cit.*, p. 30; también en «A propósito del Juez Militar (Comentario a la STC 204/1994, de 11 de julio)», *Poder Judicial* n.º 37, pp. 345 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho...*, *ob. cit.*, p. 66; MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, Madrid, 1987, p. 25; PARADA VÁZQUEZ, Ramón, *Un toque...*, *ob. cit.*, p. 12; RAMÍREZ SINEIRO, José M., *La estructura orgánica...*, *ob. cit.*, p. 166; SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La Jurisdicción Militar. De jurisdicción especial a jurisdicción especializada*, Granada, 1996, pp. 167 y ss.

(57) MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Idem*.

CGPJ sobre la Jurisdicción castrense y, sin lugar a dudas, desnaturalizar las facultades gubernativas que están depositadas en la Sala de Gobierno del TMC.

Quizá no se pueda pensar que se establezca, con la fórmula (58) heterogénea dispuesta a través de la Sala de Gobierno del TMC, CGPJ y Ministerio de Defensa, un sistema de gobierno de los Tribunales Militares igual al establecido para los Tribunales Ordinarios. Es diverso, compartido, y mejorable, pero lo que no se puede negar es que constituye una modalidad de gobierno no inconstitucional, y cuya fórmula será mejor o peor que la determinada por el CGPJ (59), pero lo primordial es interrogarse si cumple

---

(58) Ya fue calificada como «primer ensayo del autogobierno de la magistratura» la fórmula establecida por el Decreto de 8 de mayo de 1873, por el que el gobierno era compartido, de tal forma que al Supremo se le atribuía las competencias sobre la provisión de las vacantes por ingresos y ascensos de los magistrados, jueces y fiscales, mientras al Ejecutivo le correspondía las provisiones de vacantes por traslado. BECENA, Francisco, *Magistratura y Justicia*, Madrid, 1928, p. 403.

(59) En la actualidad, más que nunca se alcanzan múltiples voces desde dentro de la Magistratura, que ponen en tela de juicio el modelo establecido por la LOPJ, poniendo de relieve los graves problemas que lleva el sistema de cuotas en la composición del CGPJ, en el que, directa o indirectamente, se nota la mano del Ejecutivo, incurriendo precisamente en aquella situación no deseada y contraria a la independencia judicial, como era «... convertirse en órgano de defensa de intereses corporativistas o estamentales...», conclusión del III Congreso de la Magistratura —RUIZ VADILLO, Enrique, «Algunas consideraciones sobre el III Congreso Extraordinario de la Magistratura», *BIJM* n.º 1325, oct. 1983, p. 17—. Por eso, la comparación lineal de dos sistemas no es totalmente correcta. Por un lado, el sistema del CGPJ se halla politizado, lo cual afecta a designaciones, ascensos y sanciones, que se ve coadyuvado por las afinidades políticas de las asociaciones profesionales y los nuevos sistemas de presión sobre los miembros de la judicatura —dícese de tipo *ex intra*, grupos de presión, opinión pública, medios de comunicación, movimientos privados, instituciones financieras, partidos, sindicatos, etc., y *ad intra*, como ambiciones de protagonismo social, deseos de ascensos rápidos, logros de cargos relevantes en el ámbito político, etc.—; todo ello nos lleva a que no sea válido el constante sistema de referencia que se fija en la L.O. frente a la Militar. Evidentemente que existe cierta jerarquización y militarización en la Jurisdicción Militar, pero habría que valorar si estos tintes, basados en unos valores de disciplina, abnegación, compañerismo, son más descalificables que los enunciados en el sistema judicial ordinario, que parece ser se apoyan en valores más mundanos. Finalmente, las decisiones críticas del órgano de gobierno —CGPJ— sobre inspecciones y criterios de calificación de los jueces y magistrados, como última garantía, están sometidas al control de la legalidad, por lo que «el órgano de gobierno es controlado por los gobernados» —MONTERO AROCA, Juan, «La función jurisdiccional y el status de jueces y magistrados», *Justicia* 86, p. 26—, mientras que ese control de aquellas resoluciones emitidas en el seno del gobierno de los órganos de la Jurisdicción Militar cae fuera de ella misma, perteneciendo a los Tribunales de *fuego común*. Cfr. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Del CGPJ y de la selección de sus miembros», *a Ley* n.º 4018, abr. 1996, pp. 1 a 12.

su objeto como es garantizar la independencia funcional judicial militar.

Veamos cada uno de los tres órganos de gobierno.

Las atribuciones del TMC (60), en cuanto Sala de Gobierno, vienen contempladas en los arts. 35 LOCOJM y 25 LPM. Esta ostenta funciones (61), sin perjuicio de las que la Ley encomienda al CGPJ, que en el fuero común están depositadas en el CGPJ. Las actuaciones del TMC como Sala de Gobierno, son administrativas e instrumentales, en cuanto están al servicio de las que desarrollan como Sala de Justicia para que los Jueces y Tribunales realicen su función con la máxima eficacia y con absoluta independencia (62), por ello no se puede generalizar y predicar su independencia.

Sin embargo, del estatuto orgánico de los miembros de la Jurisdicción Militar (63), el punto más polémico es el de los ascensos, por lo que puede llevar en ello de dependencia de la Administración, origen de la atribución a los Tribunales Militares de su falta de dependencia orgánica.

---

(60) A este respecto, *vid.* SÁNCHEZ GUZMÁN, Eugenio, «Del gobierno interno de los Tribunales y Juzgados Togados Militares», en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, *ob. cit.*, pp. 999 a 1012.

(61) Las atribuciones de la Sala de Gobierno son:

- el gobierno interno del propio Tribunal;
- ejercer la potestad disciplinaria judicial militar;
- la inspección de los TMT y de los Juzgados Togados;
- establecer anualmente los turnos de suplencia de los Vocales Togados del Tribunal entre Auditores Presidentes de los TMT;
- solicitar el anuncio y provisión de vacantes que se produzcan en los órganos jurisdiccionales militares;
- ejercer la potestad disciplinaria judicial y resolver los recursos interpuestos contra las sanciones disciplinarias judiciales;
- proponer el nombramiento e informar del cese o suspensión de los Vocales del propio TMC, de los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los TMT, y de los Jueces Togados;
- recibir juramento o promesa y dar posesión de cargos judiciales;
- confeccionar los informes solicitados así como la Memoria anual sobre la situación de la Administración de Justicia Militar.

(62) SÁNCHEZ GUZMÁN, Eugenio, *Del gobierno...*, *ob. cit.*, p. 1003.

(63) Esta materia ya ha sido analizada exhaustivamente por: FERNÁNDEZ BENITO, Alfredo, «La determinación del estatuto personal de vocales y Jueces Togados: Un imperativo constitucional», en *La Jurisdicción Militar*, CGPJ, Madrid, 1992, pp. 157 a 168; RAMÍREZ SINEIRO, José M., «La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar: Consideraciones acerca de su constitucionalidad con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», en *La Jurisdicción Militar*, *ob. cit.*, pp. 131 a 154; SAN CRISTÓBAL REALES, Sara, *La Jurisdicción Militar...*, *ob. cit.*

Sobre el tema de los ascensos de los militares del Cuerpo Jurídico, pensamos que el problema no radica, originariamente, en el TMC como órgano de gobierno, sino en las Juntas Superiores del Cuerpo Jurídico Militar, en las Juntas de Evaluación Permanentes y en las Juntas de Evaluación Eventual, reguladas en el R.D. n.º 832/1991, de 17 de mayo (64), que si son órganos colegiados asesores y consultivos del Ministerio de Defensa, y cuya configuración está asentada en una dependencia jerárquica, ya que su presidencia la ostenta el Secretario de Estado de Administración Militar o el Director de Personal del Ministerio de Defensa, o incluso la Presidencia y la composición, como es el caso de las Juntas Eventuales, son actos discrecionales del Secretario de Estado.

De estos parámetros no se puede deducir otra cuestión, que las actuaciones de estos órganos administrativos, mediatizan y chocan frontalmente con los principios sustentados por la LOCOJM en cuanto a la independencia funcional de la Jurisdicción castrense; desde el momento que la carrera profesional de los militares componentes de la judicatura militar son evaluados por los órganos de la cúpula militar, obviando en muchos casos su trayectoria científica y jurisdiccional.

No nos es ajeno al entendimiento, como ha puesto de relieve la jurisprudencia, que las actuaciones de estas Juntas Evaluadoras como encargadas de realizar las evaluaciones y calificaciones de los militares del Cuerpo Jurídico de la Defensa, que ulteriormente serán

---

(64) Estos órganos regulados en el RD. 832/1991, de 17 de mayo (de dudosa constitucionalidad, por posible infracción del principio de jerarquía normativa), tienen una composición —art. 2.º, 8.º RD. 832/1991— sometida a la cúpula del Ministerio de Defensa, que forma parte de ella; valoran los méritos, en base a los informes personales que elabora cada Jefe del evaluado anualmente, en los términos establecidos por el Ministro de Defensa, por la OM n.º 74/1993, de 8 de julio, así como la Instrucción n.º 11/1994, de 31 de enero, sobre el historial militar. De estos órganos colegiados: la Junta Superior del Cuerpo Jurídico de la Defensa resolverá sobre las evaluaciones para ascenso al empleo de Oficial General; e informará sobre los expedientes disciplinarios extraordinarios que afecten a los miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa; la Junta de Evaluación Permanente, evaluará y clasificará al personal del Cuerpo Jurídico de la Defensa, salvo el que afecte a Oficial General, también determinará: la asignación de destinos de especial responsabilidad o cualificación; la insuficiencia de facultades profesionales e informa sobre la insuficiencia de condiciones psicofísicas; y, finalmente, la Junta Eventual de Evaluación realizará su evaluación encaminada a determinar la aptitud para el ascenso al empleo superior y la selección para ciertos cursos de capacitación. En definitiva, emitirá informe sobre cualquier asunto que le solicite el Ministro de Defensa o el Secretario de Estado de Administración Militar.

los promovidos a los empleos superiores por el Ministro de Defensa, tienen por objeto estimar los méritos para ocupar un determinado empleo militar, «de modo que sólo después, cuando según el sistema de los arts. 37, 47, 54, (...) y demás concordantes de la LO 4/1987, alguno de ellos, con empleo militar suficiente, sea designado para un puesto judicial militar, ... (65)».

Pero si tenemos en cuenta que las propuestas para los diversos nombramientos se realiza sobre miembros del Cuerpo Jurídico que ya ostentan el rango militar para ese puesto o poseen la aptitud para él, está claro que, en definitiva, quien tiene el resorte para mediatizar la progresión de aquel que resulte incómodo es el propio Ejecutivo, aunque sea por la vía de la clasificación y ascenso más rápido, a fin de apartarlo de un cargo jurisdiccional. Es decir, los órganos de gobierno de la Jurisdicción Militar propondrán o resolverán sobre algo que se puede hallar viciado por el Ejecutivo, quien es, en definitiva, el responsable de estas situaciones, a veces, anómalas de postergación por razones no de cualificación sino por motivos más dudosos.

En cuanto a las actuaciones y atribuciones del Ministro de Defensa (66), en el gobierno de los que ejercen la Justicia Militar, casi

(65) STS Sala 3.ª, de 2 de abril de 1993 (RA. 2760); en el mismo sentido, STS Sala 3.ª, de 30 de septiembre de 1993 (RA. 6471). Estas resoluciones fueron consecuencia de recursos planteados frente al citado Real Decreto sobre la infracción del principio de jerarquía normativa.

(66) En este orden el Ministro de Defensa, en el gobierno de la Jurisdicción Militar, en paz, tiene las siguientes atribuciones:

— Presentación de terna al CGPJ para cubrir la vacante del TS, de entre los Consejerosogados y Generales Auditores con aptitud para el ascenso —art. 27 LOCOJM—

— Nombramiento del Auditor Presidente del TMC, por Real Decreto —art. 37 LOCOJM— (dicho sea de paso, única facultad pura).

— Nombramiento de Vocales Togados del TMC, de entre la terna propuesta por la Sala de Gobierno del TMC, de entre los Generales Auditores y Coroneles con aptitud para el ascenso.

— Nombramiento del Auditor Presidente y Vocales Togados de los TMT, a propuesta de la Sala de Gobierno del TMC, en los términos que reglamentariamente se desarrolle (aun sin tal desarrollo) —art. 47 LOCOJM—.

— Nombramiento de los Jueces Togados Militares a propuesta de la Sala de Gobierno del TMC —art. 54 LOCOJM—.

— Designación del número de Juzgados Togados Militares y nombramiento de aquellos que han de desempeñar dicho cargo para asistir a las Unidades desplazadas al extranjero, a propuesta de la Sala de Gobierno del TMC —art. 63 LOCOJM—.

— Intervención en las causas de cese, dispuestas en el art. 66 LOCOJM; aunque son todas causas objetivas, o como dice RODRÍGUEZ VILLASANTE en «La inspección de los



siempre quedan objetivizadas o mediatizadas por la actuación de un órgano de gobierno, normalmente la Sala de Gobierno del TMC, por lo que no se debe obtener otra conclusión que no sea que el gobierno de la Jurisdicción Militar no está en manos del Ministro de Defensa, aunque sí su injerencia en la orgánica judicial castrense siempre está presente.

No obstante, existe un punto muy polémico, a modo del anterior, como es el nombramiento del Auditor Presidente del TMC, el cual es por designación directa del Ministerio de Defensa, sin propuesta ni la mínima intervención de órgano judicial.

Pese a esto, tanto sobre la asignación de este cargo como el de los demás miembros, ha salido al paso el Tribunal Supremo, justificando tales intervenciones de la Administración Militar en base «... a las peculiaridades de las Fuerzas Armadas, y a los cometidos que también por imperativo constitucional —art. 8.º, e inciso final del art. 117,5 de la Constitución— están llamadas a cumplir en el ámbito de la sociedad española, y a la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que desempeña un papel particularmente relevante el mantenimiento de la disciplina, que no se dan en el ámbito y actuación de la Jurisdicción Ordinaria, y que explican la mayor intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en las asignaciones de destinos judiciales militares (67)».

---

órganos judiciales militares», en *Comentarios...*, *ob. cit.*, Tomo I, p. 658, siempre se le incorpora alguna formalidad como garantía de objetividad, a través de la participación de un órgano de gobierno ajeno al propio Ministro de Defensa.

— Suspensión provisional de las funciones de los Auditores Presidentes y Vocales Togados de los Tribunales Militares y Jueces Togados Militares —art. 66 Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, del Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas—, previo informe favorable de la Sala de Gobierno del TMC —art. 67 LOCOJM—.

— Imposición de sanciones disciplinarias militares a los componentes de los Tribunales Militares y Juzgados Togados Militares, en su condición de militar y cuando no actúen en ejercicio de su cargo; si aquélla es pérdida de destino, se requiere informe favorable de la Sala de Gobierno del TMC; si fuese pérdida de puestos de escalafón, suspensión de empleo o separación del servicio, sólo será oída en el expediente la Sala de Gobierno del TMC —art. 12 y 123 LOCOJM—. Es decir, la responsabilidad disciplinaria militar de aquellos que ejercen funciones judiciales, y cuya corrección se atribuye al Ministro de Defensa, es exclusivamente por actuaciones al margen de la función judicial.

— Instar a la Sala de Gobierno en las funciones inspectoras de los órganos judiciales.

(67) STS Sala 3.ª, de 2 de abril de 1993 (RA. 2760).

En definitiva, a esta postura del ordenamiento castrense, la jurisprudencia (68) le ha dado visos de legitimidad, justificando que la mayor intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en la asignación de los destinos y en los nombramientos de los miembros de los órganos jurisdiccionales militares, en contraste con la establecida por la LOPJ, para la Jurisdicción común, están motivadas en las peculiaridades de las FA,s, y en los cometidos constitucionales llamados a cumplir en nuestra sociedad, así como en la organización tan profundamente jerarquizada del Ejército.

Efectivamente éste —Ministro de Defensa— tiene funciones que, en comparación con las del Ministro de Justicia sobre los miembros de la carrera judicial, son sin par; y, según San Cristóbal Reales (69), la Jurisdicción Militar se halla en el mismo estado que se encontraba la Jurisdicción Ordinaria antes de 1980, con la creación del CGPJ, aquellas pueden conducirnos a que la independencia funcional de los jueces militares esté velada; pese a que no estemos de acuerdo con la aseveración que sostiene la total ineficacia de la Sala de Gobierno del TMC y que la misma esté doblegada a los designios del Ministro de Defensa. Pero lo que sí hemos de resaltar es la mediatización que existe en el funcionamiento de la Jurisdicción Militar, como hemos visto, en cuanto a ascensos, nombramientos y destinos por parte del Ejecutivo, ya fuere antes en la designación en el empleo militar necesario para ulteriormente ocupar el puesto judicial o incluso en la designación entre los seleccionados por la Sala de Gobierno del TMC. En definitiva, creemos que es excesivo e injustificable el peso específico del Ministro de Defensa en el gobierno de la Jurisdicción Militar, y origen de todo el mal que aqueja a esta potestad jurisdiccional.

En cuanto a las atribuciones del CGPJ (70) en el gobierno de la Jurisdicción castrense, han de ser valoradas en sus justos términos y no infravaloradas.

Así, en primer lugar, se deposita en el CGPJ las funciones de

---

(68) *Vid.*, además de la anterior resolución, la STS Sala 3.ª, de 30 de septiembre de 1993 (RA. 6741).

(69) SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La Jurisdicción Militar...*, *ob. cit.*, pp. 167 y ss.

(70) *Vid.* STS Sala 5.ª, de 29 de octubre de 1992 (RA. 8503).

inspección de Juzgados y Tribunales Militares (71). Dicha inspección es única sobre el TMC, mientras que sobre los TM y Juzgados Togados es compartida, y puede ser instada: por el mismo CGPJ, quien designará para su realización a un miembro de la Sala de Gobierno del TMC —art. 125 LOCOJM—; por el propio TMC, designando alguno de sus miembros o juez del Juzgado Central Militar —art. 126 LOCOJM—; y, finalmente, por el Ministro de Defensa —en términos equivalentes a lo previsto en el art. 171,4 LOPJ para el Ministro de Justicia—, siempre vía TMC —art. 127 LOCOJM—; en cualquiera de los casos, el informe del resultado será elevado al CGPJ, el cual podrá adoptar las medidas que considere oportunas a resultas de dicha inspección, por lo que el CGPJ es la cúspide en la titularidad inspectora de los órganos judiciales militares, siendo supletorias las del TMC y del Ministro de Defensa.

En segundo lugar, el CGPJ también está vinculado con la Jurisdicción Militar —art. 9 LOCOJM, coincidente con el art. 14 LOPJ, respecto a Jueces y Magistrados— al tener atribuida la competencia de garantizar su funcionamiento independiente frente a toda conculcación.

En un tercer punto, en el CGPJ se depositan las facultades sancionadoras-disciplinarias-judiciales de los miembros de los órganos judiciales castrenses (72), con la imposición de sanción correspondiente a falta grave y muy grave —art. 421 LOPJ—, rigiéndose, enteramente, por los arts. 415 al 427 LOPJ (73), por lo que la responsabilidad disciplinaria de quienes ejercen cargos judiciales, fiscalías y secretarías relatoras, será exigida de acuerdo a lo dispuesto para Jueces y Magistrados en el Capítulo III del Título III del Libro IV de la LOPJ, con ligeras salvedades.

Finalmente, el CGPJ, a través de su Pleno, ha de resolver los recursos de alzada planteados contra los acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 30 LPM.

---

(71) *Vid.* al respecto: RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José L., *La inspección de los Órganos Judiciales Militares*, *ob. cit.*, pp. 643 a 670.

(72) *Sobre este punto vid.* RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, José Luis, «Responsabilidad disciplinaria judicial militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales...*, *ob. cit.*, Tomo I, pp. 671 y ss.

(73) Al ser derogados los arts. 129 a 134 y 136 a 142 de la LO 4/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, por la Disposición Adicional 1.ª de la LO 16/1994, de reforma de la LOPJ.

En resumen, y como ha puesto de manifiesto el TS (74), el control gubernativo de la Jurisdicción Militar se atribuye a los órganos que le son propios, y en no poca medida, al CGPJ, al que se le conceden las cuatro funciones, arriba desglosadas, como son la protectora, inspectora, sancionadora y revisora (75).

Realmente, en conjunto, se puede ver afectada la independencia por el sistema de gobierno adoptado por el legislador para la Justicia Militar. Partiendo de la constitucionalidad de los Jueces y Vocales Togados Militares, los titulares de los Órganos Judiciales Militares tienen cierta dependencia del Ministro de Defensa, por medio de su Secretario de Estado para la Administración Militar en cuanto que son militares de carrera (76). Este estatuto es lo que ha llevado al legislador a adornarlos en el ejercicio de sus funciones judiciales, de todas aquellas garantías requeribles constitucionalmente, y equiparables al estatuto orgánico de jueces y magistrados, declarando su independencia, inamovilidad, responsabilidad y sometimiento únicamente al imperio de la ley —art. 8 LOCOJM—. Igualmente, realiza la declaración formal de que sus nombramientos, designaciones y ceses, se han de hacer en la forma prevista en la Ley y no podrán ser separados, suspendidos, trasladados ni retirados, sino en los casos y con las garantías establecidas en las leyes —art. 66, 67 LOCOJM—. Declaraciones normativas que para algunos autores no gozan de eficacia (77).

El otro problema, anejo al gobierno de la Jurisdicción Militar, es la diversidad de funciones de los miembros del Cuerpo Jurídico

---

(74) *Vid.* STS Sala 5.ª de 29 de octubre de 1992 (RA. 8503).

(75) También, sobre este aspecto considera PEDRAZ PENALVA, que «el campo de actuación del CGPJ en el orden judicial militar es, al menos teóricamente, más amplio de lo que pudiere pensarse». PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Del Consejo General del Poder Judicial...*, *ob. cit.*, p. 4.

(76) La interpretación que realiza FERNÁNDEZ BENITO de la dependencia como militar, le lleva a considerar que sólo un Vocal o Juez Togado se encuentra sometido al Régimen Disciplinario Militar, como militar que es, cuando se halle cesado provisionalmente o de permiso reglamentario y fuera de su territorio, pues en otro caso puede reasumir inmediatamente sus funciones por lo que no le sería de aplicación. FERNÁNDEZ BENITO, Alfredo, *La determinación del estatuto personal...*, *ob. cit.*, p. 163.

(77) Algunos autores entienden que la independencia de los textos legales castrenses sólo es nominativa sin ser realmente efectiva. *vid.* CANOSA USERA, Raúl, *Configuración...*, *ob. cit.*, pp. 28 y ss.; GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal* —con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ—, *ob. cit.*, pp. 66 y 67; criterio también expresado en los respectivos votos particulares a las SSTC n.º 204/1995 o n.º 113/1995.

Militar. Éstos no sólo desempeñan funciones jurisdicentes (78), sino también, entre otras, en las Fiscalías Jurídico-Militar, en las Secretarías como Relatores, y en la Asesorías Jurídicas. Por lo que podrían ser apartados de la función jurisdicente, trasladándolos incluso en aras de una clasificación ventajosa y su ulterior ascenso.

Por tanto, estamos de acuerdo (79), con que es preciso estructurar en escalas diversas dentro del Cuerpo Jurídico Militar, segregando de entre estas funciones la jurisdiccional, sin posibilidad de trasiegos.

Se hace, pues, visible cierta quiebra de la independencia orgánica; sin embargo, para pregonar la falta de independencia de los Jueces Militares, se hace preciso apoyarla más en la independencia del juez, que es la que exige nuestra CE (80).

(78) Los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa, dependiendo de su empleo, pueden desempeñar las funciones y cargos siguientes:

Órgano	Funciones judiciales	Fiscalía	Secretaría
TS	Consejero Togado o General Auditor	Consejero Togado	Cuerpo Secretarios Judiciales
TMC	Consejero Togado (*) General Auditor	General Auditor	COR o TTE COL Auditor
TMT	COR Auditor (*) TTE COL o CTE Auditor	COR o TTE COL Auditor	CTE o Capitán Auditor
JTMC	COR Auditor	Ejercidas por el del TMC y TMT, respectivamente	CTE o Capitán Auditor
JTMT	TTE COL, CTE, Capitán Auditor	o sus subordinados	Capitán o TTE Auditor

(\*) Ostenta el cargo de Presidente del Tribunal.

(79) Esta opinión de reestructuración del Cuerpo Jurídico Militar, atendiendo a las diversas funciones que cumple, ha sido puesto de manifiesto de formas diferentes, pero con el mismo objeto por: CANOSA USERA, Raúl, *A propósito...*, ob. cit., p. 351; MILLÁN GARRIDO, Antonio, *Competencia y Organización Militar*, ob. cit., p. 26; OLIVEROS ROSSELLO, José, *La garantía del Juez legal militar...*, ob. cit., pp. 640 y ss.; RAMÍREZ SINEIRO, José Manuel, *La estructura orgánica de la Jurisdicción Militar...*, ob. cit., p. 148.

(80) A este respecto estamos de acuerdo con que «la formación, la conciencia y la personalidad del Juez son condiciones o virtudes tan necesarias o más aún que las garantías formales, para conseguir esa independencia imprescindible para el logro de la Justicia». GARCÍA LOZANO, Carlos, «Principios fundamentales del ejercicio de la potestad jurisdiccional militar», en *Comentarios*, ob. cit., tomo I, p. 176.

En cualquier caso, es preciso tener presente que todos conocen el deber y los resortes para poner de relieve cualquier conculcación de la independencia judicial, por lo que, incluso, las desnaturalizaciones de las funciones determinadas en los textos legales debe de ponerse de manifiesto, siendo depositarios de este deber el CGPJ — art. 9 LOCOJM—, el Ministerio Fiscal Jurídico Militar —art. 9 LOCOJM— y, en general, «todos», como prescribe el art. 6 LOCOJM (81); y aunque el citado precepto, a diferencia de su concordante art. 12 de la LOPJ, no establezca para los Jueces Militares su independencia interna respecto de sus órganos de gobierno, «el buen sentido, la interpretación sistemática y el principio de unidad del ordenamiento jurídico (82)» hacen determinar la vigencia de la misma, acogida por el reseñado vocablo «todos».

A modo de resumen, el sistema de gobierno de la Jurisdicción castrense, sin lugar a dudas, es un modelo apoyado en las propias peculiaridades de la Jurisdicción Militar y, en todo caso, ello no puede ser el único elemento que sirva para tildarla de especial. Creemos que el sistema de gobierno de la Justicia Militar presenta ciertas quiebras, en cuanto a la excesiva administrativización en nombramientos, ascensos y provisión de vacantes; que no establece suficientes garantías de independencia judicial (83), no obstante, se puede caer en error si sólo nos apoyamos en que la independencia judicial está más condicionada por la «forma» de cómo se administra la justicia de por «quién» la administra (84).

No obstante, estas dudas han sido restañadas por el TC, al decir que «el principio de independencia jurídica, no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones juris-

---

(81) Pero es más, si se tutela convenientemente la condición de titular de la Potestad Jurisdiccional, el que la atribución de las funciones de gobierno del Poder Judicial, vengan atribuidas a la Administración del Estado, no convierte al Juez, *per se*, en funcionario de la misma. JIMÉNEZ VILLAREJO, José L., *La Jurisdicción...*, *ob. cit.*, p. 65.

(82) Son los argumentos para justificar la vigencia, también en el ámbito castrense, de la reseñada independencia *ad intra* frente de sus órganos de gobierno, utilizados por JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *Algunos aspectos...*, *ob. cit.*, p. 22.

(83) Pese a que la primera y más importante medida, garantía de la independencia judicial de los órganos jurisdiccionales militares, exigencia necesaria de dicho principio constitucional, fue la separación de las funciones de mando y jurisdicción, pues aquélla es fruto de una actividad ejecutiva y ésta es consecuencia de la exclusividad atribuida al Poder Judicial.

(84) Cfr. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, «La Jurisdicción Militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales...*, *ob. cit.*, Tomo I, p. 69.

dicionales, sino precisamente por el *status* que les otorga la ley en el desempeño de los mismos (85)», así como que para la Administración de Justicia el sometimiento a las normas de conducta de organización militar y el disfrute de «su condición de militar, no constituye, por sí misma, un atentado al derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías, en cuanto equivale a una derogación del principio de independencia (86)».

Por todo ello, y pese a que, por una parte, no se ha de devaluar las atribuciones efectivas que tiene el CGPJ sobre el gobierno de los órganos judiciales militares, y, por otra, a no optimizar en exceso del sistema de autogobierno de la magistratura, etendemos que a uno de los pilares sobre el que se asienta la independencia, como es la inexistencia de toda intromisión del Poder Ejecutivo en el gobierno de la Jurisdicción Militar, se le hace preciso erradicar las funciones en esta materia de la omnipresente figura del Ministro de Defensa. Esto se puede lograr por dos vías, una con la creación de un CGPJ Militar (87), el cual asuma las mismas funciones que tiene en la actualidad el CGPJ y las del Ejecutivo, o en la asunción de éstas por el CGPJ, cuestión más fácil; pero requiriendo la presencia en él como miembro de pleno derecho de algún vocal procedente del Cuerpo Jurídico de la Defensa (88).

En definitiva, es necesario el total alejamiento del Ministro de Defensa en las funciones de gobierno de la Jurisdicción castrense, para retirar cualquier sombra de duda sobre la independencia de la Jurisdicción Militar, ante cuya situación no es de extrañar las elocuentes palabras de Jiménez Villarejo (89) al decir, que «estamos ante uno de los flancos débiles de la nueva estructura de la Jurisdic-

---

(85) STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

(86) *Idem*.

(87) A modo del Consejo de la Magistratura Militar, existente en Italia como órgano de gobierno de la Jurisdicción Militar italiana.

(88) Aspecto propuesto por FERNÁNDEZ BENTO, Alfredo, *La determinación del estatuto personal de Vocales y Jueces Togados...*, *ob. cit.*, p. 168; en equivalentes términos, PEDRAZ PENALVA, ERNESTO, *Del Consejo General del Poder Judicial...*, *ob. cit.*, p. 4.

(89) JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *Potestad Disciplinaria Militar y Control Jurisdiccional*, *ob. cit.*, pp. 60 y 61. De opinión contraria es GARCÍA BALLESTER, Pascual, *Jurisdicción Militar...*, *ob. cit.*, p. 172; al expresarse en el sentido de existir «una identidad esencial» entre las causas que garantizan la inamovilidad establecidas por el estatuto de los miembros del Cuerpo Jurídico en funciones judiciales en la LO 4/1987, y las fijadas en la LOPJ para la Carrera Judicial.

ción Militar». Para ello, se hace preciso la modificación de la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y textos concordantes.

## 5. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES, COMO ÓRGANOS ORDINARIOS

El principio de unidad jurisdiccional exige la inexistencia de cualquier manifestación jurisdiccional que no goce de las garantías de la Jurisdicción Ordinaria, tanto desde la perspectiva del órgano jurisdiccional como de las garantías del justiciable, girando la clave en torno a la independencia de los órganos judiciales, la cual se consigue en la organización judicial ordinaria, entendiéndose ésta como aquella prevista por la Ley con carácter general, tanto respecto de sus órganos como de su competencia y procedimiento (90). Esta independencia, siguiendo a Gimeno Sendra (91), se erige como causa legitimadora de la Jurisdicción, y se configura como una de las notas esenciales en la garantía del juez ordinario predeterminado por la ley (92): Esta garantía se ha de presentar desde una doble óptica, la positiva, por cuanto significa el derecho de todo ciudadano a su disfrute, y negativa, en cuanto se excluye toda posibilidad de presencia del juez excepcional o incluso del juez especial (93).

A sabiendas, como dice Burgos Ladrón de Guevara (94), que la interrelación existente entre el juez ordinario y el juez especial «... no deviene por razón de su estructura jurídica, sino por la vul-

---

(90) ALMAGRO NOSETE, José, «El Derecho Procesal en la nueva Constitución», *RDPR Iberoamericana* n.º 4, 1978, p. 849; Fernández Segado, Francisco, *El marco constitucional...*, *ob. cit.*, p. 24.

(91) GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho Procesal*, *ob. cit.*, —con MORENO CATENA y CORTÉS DOMÍNGUEZ—, p. 57.

(92) De opinión contraria es Díez-PICAZO, quien considera que el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley incluye la independencia, es decir, cabe el respeto a la predeterminación y no ser independiente, y viceversa. Díez-PICAZO GÓMEZ, Ignacio, «El derecho fundamental al Juez Ordinario predeterminado por la Ley», *REDC* n.º 31, ene-abr. 1991, p. 92.

(93) Es mayoritaria la doctrina y la jurisprudencia del TC, que considera que el concepto de Juez ordinario es contrapuesto a Juez especial. Así, ALMAGRO NOSETE, José: *Fundamentos de Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, p. 54; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *El derecho fundamental...*, *ob. cit.*, p. 120.

(94) BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Juez ordinario...*, *ob. cit.*, p. 130.



neración que su designación, aun siendo conforme con una norma legal, lleva consigo, si ésta es contraria a lo preceptuado en el art. 24,2 de la CE».

La sistemática del art. 24,2 de la CE parecía dirigir el derecho del juez ordinario predeterminado por la ley únicamente al ámbito penal, pero el TC procedió a deshacer tal apariencia restrictiva, haciéndolo extensivo a los otros órdenes jurisdiccionales (95), e incluso a la Jurisdicción Militar, al declarar de los jueces castrenses, que éstos «... han de ajustarse, en todo momento, en sus actuaciones a los principios, reglas y normas de la Constitución (...) y en el que deben otorgarse al encausado las garantías procesales que el art. 24 reconoce (96)».

Vista, pues, la aplicabilidad al ámbito castrense, la cuestión ha de girar en torno a la constitucionalidad de la configuración que el ordenamiento castrense ha dado como juez ordinario predeterminado por la ley a sus Tribunales Militares.

Para ello, en la orgánica judicial castrense, se ha de diferenciar entre dos estadios perfectamente escindidos: el adoptado en la cúspide de la misma, es decir, en la Sala V del Tribunal Supremo, y el segundo en el resto de los niveles jurisdiccionales, es decir, en los Tribunales Militares —Central y Territoriales— y en los Juzgados Togados —Centrales y Territoriales—.

## 5.1. LA CÚSPIDE DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

La doctrina mayoritaria entiende que la orgánica dispuesta al establecer la Sala de lo Militar en el TS no solamente consigue dar respuesta al principio de la unidad jurisdiccional (97) y a una integración en el Poder Judicial (98), sino que, al conferirse a sus miem-

---

(95) Vid. STC n.º 31/1983, de 27 de abril o STC n.º 101/1984, de 8 de noviembre.

(96) STC n.º 22/1982, de 15 de octubre.

(97) Criterio mostrado por FERNÁNDEZ SEGADO, FRANCISCO, *El marco...*, ob. cit., p. 41; JIMÉNEZ VILLAREJO, JOSÉ L., «Algunos aspectos de la nueva organización de la Jurisdicción Militar», *REDEM* n.º 53, ene-jun. 1989, p. 17; MILLÁN GARRIDO, ANTONIO, *Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar*, Madrid, 1987, p. 25, y en «Introducción» *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, ob. cit., p. 55; ROJAS CARO, JOSÉ, *Derecho Procesal...*, ob. cit., p. 110.

(98) Díez-PICAZO, LUIS M.ª, *Régimen constitucional del Poder Judicial*, Madrid, 1991, p. 37.

bros, a todos los efectos y de forma permanente, la condición y el estatuto personal de Magistrado del Tribunal Supremo, pasando a la situación de retirado o equivalente y sin retorno a la situación de actividad en las FA,s —art. 28 LOCOJM—, se les integra en el cuerpo único de jueces y magistrados, al margen de su origen (99), lo que supone, en el más alto nivel de la Jurisdicción, el establecimiento del orden jurisdiccional militar.

Podría abonar esta conformación de un nuevo orden jurisdiccional (100) la forma de resolución de los conflictos jurisdiccionales. De tal suerte que, a diferencia del supuesto normal de resolución de los conflictos de jurisdicción surgidos entre cualquier orden de la Jurisdicción Ordinaria y los órganos de la Jurisdicción Militar, resuelto por la Sala de Conflictos dispuesta en el art. 39 LOPJ, si aquél se ha producido entre los órdenes del Tribunal Supremo, se produce una conversión del conflicto jurisdiccional en competencial, siendo, por tanto, competente para su resolución la Sala prevista en el art. 42 LOPJ y no la del artículo antes reseñado (101). Todo ello hace que la doctrina considere que en este nivel jerárquico se produce una integración de la Jurisdicción Militar en la Ordinaria (102), adicionándose un nuevo orden jurisdiccional, el Militar.

De esta configuración, concedida al vértice de la Jurisdicción castrense, se obtiene una premisa importante, básica para ponerla en relación con el resto de los órganos jurisdiccionales de la orgánica castrense, que se apoya en la siguiente consideración: si, a nivel de Tribunal Supremo, se considera que la Jurisdicción Militar se integra en la Ordinaria y constituye un nuevo orden jurisdiccional, avalado, por un lado, por la propia LOPJ en su precepto 53, disponiendo que dicho Tribunal es el superior en todos los órdenes, salvo en

---

(99) Los procedentes del Cuerpo Jurídico Militar son elegidos por el CGPJ, de una terna presentada por el Ministro de Defensa —art. 27 LOCOJM—.

(100) *Vid.* JIMÉNEZ VILLAREJO, José L., «La Jurisdicción Militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, *ob. cit.*, p. 68.

(101) A raíz de los Autos de la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, dictados el 13 de julio de 1988.

(102) BLAY VILLASANTE, Francisco, «La cúspide de la Jurisdicción Militar», en *Comentarios a las Leyes Procesales...*, *ob. cit.*, Tomo I, p. 314; GIMENO SENDRA, Vicente, *Introducción al Derecho...*, *ob. cit.*, p. 66; JIMÉNEZ VILLAREJO, José L., *La Jurisdicción Militar*, *ob. cit.*, p. 68; también del mismo autor en *Algunos aspectos...*, *ob. cit.*, p. 17; ROJAS CARO, José, *Derecho Procesal Penal Militar*, Barcelona, 1991, p. 111; SÁNCHEZ DEL RÍO Y SIERRA, Javier, «Los conflictos de jurisdicción», *Comentarios a las Leyes Procesales...*, *ob. cit.*, Tomo II, p. 955.

materia de garantías constitucionales y, por otro, en el conocimiento de la Sala V de aquellos ilícitos penales militares que objetivamente le vengan atribuidos por los textos legales militares, a través de un proceso penal militar o contencioso-disciplinario, atendiendo los principios y garantías constitucionales, en equivalentes términos al resto de Tribunales y Juzgados Militares, se colige que la diferencia está, exclusivamente, en el *status* conferido a unos y a otros (103); es decir, que los primeros —los del TS— se rigen por el mismo que los Tribunales Ordinarios, y los segundos por el singular atribuido a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa.

En definitiva, el límite, que separa a la Jurisdicción castrense de ser en su conjunto un nuevo orden jurisdiccional, en el *status* de los miembros que componen los Órganos Judiciales Militares en sus niveles inferiores. Luego, si en su estatuto fuese igual, o, aún siendo diverso, se pudiera calificar de ordinario a los Jueces Militares, porque se cumpliesen todos los principios y garantías constitucionales, obviamente, la Jurisdicción Militar se habría de considerar también como integrada en la ordinaria y, en puridad, debiera constituir «el orden militar».

## 5.2. LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES MILITARES INFERIORES

Lo primero en poner de relieve, por la innovación y judicialización que supuso la reforma postconstitucional, es la *tecnificación* de las funciones judiciales en las FA,s, reforzando la presencia de los miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa en los distintos órganos judiciales, en algunos con carácter de exclusividad, como sucede en los supuestos de los Juzgados Togados, mientras en otros compartidas con Militares legos en Derecho, como en el caso de los Tribunales Militares, siguiendo el estilo tradicional en la Administración de Justicia castrense.

Esta nota característica (104) se consideró conveniente mante-

---

(103) Así, en este sentido, GIMENO SENDRA considera que el carácter de Tribunal Ordinario sólo es predicable de la Sala de lo Militar, y no del resto de los Tribunales Militares. Expresado recientemente por este autor en su voto particular de la STC 113/1995, de 6 de julio.

(104) La Exposición de Motivos de la LO 4/1987, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, justifica constitucionalmente la composición mixta de los Tribunales Castrenses, de tradición en la Justicia Castrense, apoyándose en la Institución del Jurado.

nerla, en aras a la participación de los no profesionales del Derecho en la justicia penal (aunque especialistas de la milicia) —hoy más que nunca constitucionalizada por la vigencia de la institución del jurado, art. 125 CE (105), y dibujada en el ámbito castrense a través del escabinado o tribunal mixto de técnicos y legos en Derecho—. Hallamos, pues, su justificación en su *iter* histórico y en la conveniencia de la presencia en los Tribunales de expertos en la milicia, aunque sea la institución del jurado quien dé cobertura constitucional.

### 5.2.1. *Garantía al juez predeterminado por la Ley: jueces y vocales togados*

Esta garantía constitucional (106) es recogida por primera vez

---

(105) Son diversas las opiniones sobre la justificación del escabino militar, así, para JIMÉNEZ VILLAREJO es considerada como «poco feliz» su justificación a través del jurado, toda vez que este sistema, en el ámbito castrense, lo que persigue es «complementar en la administración de la justicia militar el punto de vista técnico-jurídico con el estrictamente castrense»; para GÓMEZ GOLOMER, su justificación la halla en el principio clásico «el que manda debe juzgar», que necesita unos conocimientos específicos para juzgar los delitos militares; más ambiguo es FERNÁNDEZ BENITO, quien basa su justificación en «la propia esencia de la Jurisdicción Militar»; o ROJAS CARO, cuya motivación la define como «inexacta»; y la mezcolanza que realiza SÁNCHEZ GUZMÁN, al decir que «no se ampara, aunque respeta, en esa tradición histórica de composición de los Consejos de Guerra, sino que se justifica por la vía de la asimilación de estos Tribunales a la institución del jurado y del escabinado»; finalmente, LORCA NAVARRETE lo considera injustificable, porque la Constitución alude al «ciudadano» y no a los «gremios o clases profesionales»; FERNÁNDEZ BENITO, Alfredo, *La determinación del estatuto...*, *ob. cit.*, p. 167; GÓMEZ COLOMER, Juan L., *Principios y garantías...*, *ob. cit.*, p. 326; JIMÉNEZ VILLAREJO, José L., *Algunos aspectos de la nueva...*, *ob. cit.*, p. 20; LORCA NAVARRETE, Antonio, «El jurado y el escabinado. La opción de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, sobre Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar», *La Ley* 1987, Tomo 4, p. 1125; ROJAS CARO, José, *Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, p. 120; SÁNCHEZ GUZMÁN, Eugenio, «El Tribunal Militar Central», en *Comentarios a las Leyes Procesales...*, *ob. cit.*, p. 337.

(106) Sobre esta materia *vid.* BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Juez Ordinario Predeterminado por la Ley*, Madrid, 1990; DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, «El derecho fundamental al Juez Ordinario Predeterminado por la Ley», *Revista de Derecho Constitucional* n.º 31, ene-abr. 1991, pp. 75 a 123; JIMÉNEZ VILLAREJO, José, «El Juez Ordinario Predeterminado por la Ley», en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, *ob. cit.*, pp. 83 a 94; MONTORO PUERTO, M., «La tutela efectiva y Juez Ordinario Predeterminado por la Ley», en *Poder Judicial*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 2113 y ss.; OLIVEROS ROSSELLO, José, «La garantía del Juez legal militar: problemas de predeterminación», en *Delitos y procedimientos militares*, CDJ. CGPJ, sep. 1994, pp. 635 a 649; RUIZ RUIZ, Gregorio, *El Juez Ordinario predeterminado por la Ley*, Madrid, 1991.

en la Constitución de Cádiz de 1812 (107). En nuestra vigente Constitución el art. 24,2 dispone que todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley.

Se trata de una garantía básica que pretende evitar manipulaciones de otros poderes del Estado en orden a la designación de jueces exprofesos o jueces especiales, que romperían el principio de exclusividad jurisdiccional y la gran conquista de las sociedades occidentales actuales, como es la independencia (108). Ello comporta que nadie puede ser juzgado sino por juez preconstituido y establecido legalmente, con los presupuestos que se le determinan como son la independencia, inamovilidad y responsabilidad; se evita así la existencia y configuración de jueces *ad hoc* y *ex post facto*, y la prohibición de cualquier órgano jurisdiccional que no pueda calificarse como ordinario, o como el Tribunal Constitucional denomina excepcional, especial o no ordinario (109).

Para Montero Aroca (110), el análisis de esta garantía se ha de vertebrar en una triple vertiente: desde un punto de vista competencial, su significado es representar la *vis attractiva* sobre asuntos no atribuidos concretamente a otros órganos jurisdiccionales; desde una perspectiva constitucional de unicidad jurisdiccional, se atiende a que sus jueces y magistrados tengan un estatuto personal regulado por la LOPJ; y, finalmente, bajo la óptica constitucional de juez legal, lo que nos conduce a la expresión significativa de juez independiente e imparcial.

No obstante este tríplice, nuestro Tribunal Constitucional (111) llenó de contenido este derecho fundamental, conformándolo, en

---

(107) Su art. 247 disponía: «Ningún español podrá ser juzgado en causas civiles y criminales por ninguna Comisión, sino por Tribunal competente, determinado con anterioridad en la ley».

(108) ALMAGRO NOSETE, José, *Instituciones de Derecho...*, ob. cit., pp. 54 y ss.

(109) El TC, en su doctrina, utiliza diversas terminologías para indicar los órganos jurisdiccionales que son contrarios a la garantía del Juez Ordinario predeterminado por la Ley, así prohíbe la creación de jueces especiales, excepcionales o jueces *ad hoc* —S. n.º 44/1985, de 22 de marzo; Auto n.º 421/1990, de 28 de noviembre y S. n.º 138/1991, de 20 de junio—, o también (como denomina) jueces excepcionales o no ordinarios —S. n.º 153/1988, de 20 de julio, y Auto n.º 1309/1988, de 12 de julio—.

(110) MONTERO AROCA, Juan, *La unidad jurisdiccional...*, ob. cit., pp. 448 y 449.

(111) *Vid.* STC n.º 47/1983, de 31 de mayo, en el mismo sentido más recientemente STC n.º 148/1987, de 28 de septiembre; ATC n.º 421/1990, de 28 de noviembre; STC n.º 55/1990, de 28 de marzo.

uno de sus primeros pronunciamientos, sobre bases formalistas, por los presupuestos siguientes:

- que el órgano judicial haya sido creado previamente por una norma jurídica;
- que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia, con anterioridad al hecho motivador del proceso judicial, y
- que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional.

Esta garantía no sólo significa que el órgano jurisdiccional haya sido creado previamente por la norma jurídica, sino también exige que la composición del órgano judicial venga determinada por la Ley, y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros constitutivos del órgano correspondiente, sin que pueda alterarse arbitrariamente sus componentes. Es decir, esta exigencia se ha de concretar en: la existencia de una predeterminación legal de procedimiento de designación; que dicho procedimiento sea lo suficientemente objetivo como para garantizar la independencia e imparcialidad de los jueces y magistrados; y, finalmente que, al mismo tiempo, ese procedimiento sea, de hecho, respetado.

En definitiva, se está determinando, en contraposición al juez-órgano, lo que se ha dado en llamar juez-persona (112).

Para el estudio de esta garantía, en el ámbito castrense, se ha de visualizar, como lo realiza la doctrina mayoritaria, en tres órdenes: el primero, en la predeterminación de sus órganos; el segundo, en la reserva de ley, y, finalmente, y quizá el tema más espinoso, el de su carácter o no ordinario.

Ante todo, se ha de poner de relieve, como logro del legislador militar, que en la precedente normativa castrense no era predicable esta garantía de los órganos de la Justicia Militar (113).

---

(112) OLIVA SANTOS, Luis de la: *Los verdaderos Tribunales en España: Legalidad y Derecho al Juez predeterminado por la Ley*, Madrid, 1992, p. 120.

(113) Se clasificaban en fijos y accidentales. Entre los fijos, unos estaban creados específicamente con función jurisdiccional (tal era el caso del Consejo Supremo de Justicia Militar), y otros compartían ésta con otros de orden puramente militar y administrativo, reuniendo todas las funciones en una sola persona, que resultaba investida de todas estas atribuciones por el nombramiento para su cargo militar (tal los Capitanes Generales, que eran propiamente las Autoridades Judiciales Militares). Entre las accidentales, estaban los Consejos de Guerra, tanto Ordinarios como de Oficiales Generales, que se reúnen por disposición de la Autoridad Judicial para fallar una causa determinada, y que se disuelven una vez cumplida su misión.

Posteriormente, y en cumplimiento del precepto constitucional, se llevó a cabo una primera aproximación a los principios constitucionales, con la reforma militar en la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, la cual en este aspecto y dentro de la tecnificación de los órganos judiciales militares, creó los Juzgados Togados Militares (114), siendo desempeñados por Jefes y Oficiales de los Cuerpos Jurídicos Militares (hoy Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa), que sustituyeron a los Jueces Instructores Militares.

Los Juzgados Togados son mantenidos posteriormente por la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar, cuyo art. 3 (115) declara sonoramente que «todo órgano judicial militar, en el ámbito de su competencia, será juez ordinario predeterminado por la ley», además de ser un propósito expresado en su propio preámbulo, y en la doctrina jurisprudencial (116).

Esta Ley desarrolla el estatuto personal de los Órganos Judiciales Militares, reproduciendo, según García Ballester (117), textualmente los preceptos constitucionales, con redacción casi idéntica a la que aparece en la LOPJ para los miembros de la carrera judicial, ya que no es preciso someterse a una misma regulación, porque la «... no pertenencia al cuerpo único de jueces y magistrados de carrera previsto en el art. 122,1 CE, no vulnera el art. 24,2 CE (118)», y prosiguiendo el mismo pronunciamiento, entiende que lo importante es el estatuto del personal, pues fuera del cuerpo único también conviven otros tribunales.

En cualquier caso, adelantadas las buenas intenciones del derecho positivo, de algún autor y de la jurisprudencia, hagamos un breve examen, siguiendo el esquema expuesto. En cuanto a su predeterminación está delimitada tanto en la LO 4/1987 de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar como en la LO 2/

---

(114) Vid. *Memoria de la Legislativa (19(2)-1986)*, ob. cit., pp. 277 y ss.; FORASTER SERRA, Miguel, «La Organización de la Jurisdicción Militar en España», *RGD* n.º 547, abr. 1990, p. 2446, y en «La Reforma de la Justicia Militar Española», *RGD* n.º 543, dic. 1989, p. 8112.

(115) El contenido de este precepto no deja de ser una declaración de intenciones para RUIZ RUIZ, Gregorio, *El derecho al Juez Ordinario predeterminado por la Ley*, Madrid, 1991.

(116) STC n.º 32/1991, de 26 de noviembre; STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

(117) GARCÍA BALLESTER, Pascual, *Jurisdicción Militar...*, ob. cit., p. 155.

(118) STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

1989, Procesal Militar, donde también contiene preceptos que la completan. En estos textos se determinan las normas competenciales objetivas, territoriales y funcionales, e incluso las normas de reparto (119).

En el segundo punto, sobre el carácter formal que ha de revestir estas normas de predeterminación, pese a que vienen contempladas en Leyes Orgánicas, no es una exigencia constitucional (120), pues, respecto a la Jurisdicción Militar, sólo prescribe en su art. 117,5, que «La Ley regulará...».

En la otra dirección normativa, se requiere que el medio legislativo para delimitar cuál será el Juez en cada caso, sea la Ley en sentido estricto, y no el Decreto Ley, ni disposiciones emanadas del poder ejecutivo (121).

Es por ello que, si ha sido objeto de polémica el diferir el nombramiento del Auditor Presidente, Vocales Togados y los Jueces Togados a la vía reglamentaria —arts. 47 y 54 párrafo II LOCOJM—, situación que, coloca en «... desventaja a la Jurisdicción Militar desde el punto de vista de la independencia (122)» frente a la ordinaria, sin embargo, siguiendo con este mismo autor, ello no permite hablar de quiebra de la garantía de órgano de la Jurisdicción castrense predeterminado por la Ley.

Finalmente, es, quizás, la cuestión más controvertida el carácter ordinario o no del Juez Militar, por cuanto el reconocer éste al Juez de la Jurisdicción Militar podría suponer un reconocimiento a la integración de la Jurisdicción castrense en la Ordinaria.

Partiendo, de que la conceptualización de juez ordinario ha de hacerse en atención a la configuración que realiza la Constitución y, de su consideración formal por los textos legales castrenses, existen dos sectores diferenciados.

Por un lado, el doctrinal (123), no unánime, que conceptúa a los

---

(119) Vid. arts. 23 a 31 para la Sala V del TS, arts. 32 a 42 para el TMC, arts. 44 a 51 para TMT y arts. 53 a 62 para los Jueces Togados, todos ellos de la LOCOJM; igualmente, vid. arts. 34, 38 y 60 LPM.

(120) Igual criterio expresa Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *El derecho fundamental...*, ob. cit., p. 97.

(121) En este sentido se ha definido la STC n.º 101/1984, de 8 de noviembre.

(122) JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *El Juez Ordinario...*, ob. cit., p. 94; también en términos equivalentes Oliveros Rossello, José, *La garantía del Juez Legal Militar...*, ob. cit., p. 642.

(123) Entre otros, GIMENO SENDRA, José, *En su voto particular a la STC n.º 113/1995*; SAN CRISTÓBAL REALES, Susana; *La Jurisdicción...*, ob. cit., pp. 286 y 289. De



órganos jurisdiccionales castrenses como no ordinarios, apoyándose, esencialmente, en las serias dudas sobre si ostentan el grado de independencia colectiva o sistema de autogobierno del Poder Judicial, al objeto de preservarlos primordialmente de las injerencias del Poder Ejecutivo, toda vez que, en materia de nombramientos, ascensos y régimen disciplinario se hallan sometidos a la Administración Militar.

Y, por otro lado, la dirección jurisprudencial de nuestro órgano supremo de interpretación constitucional.

El TC (124) comenzó perfilando el derecho al Juez ordinario predeterminado por vía negativa, dibujando su vulneración por la atribución a la jurisdicción especial de algún asunto que correspondiese a la ordinaria.

Ulteriormente, identificaría el juez ordinario con su integración en la Jurisdicción Ordinaria (125).

Pero es a partir de la promulgación de nuestra LOCOJM en julio de 1987, destacando la STC n.º 199/1987, de 16 de diciembre, cuando se ha de reflexionar, particularmente, la dirección seguida por el Tribunal Constitucional, desterrando la precedente posición de identificar el Juez ordinario con el integrado en la Jurisdicción Ordinaria, y pasando a estimar que el Juez ordinario es el Juez determinado, en su jurisdicción y competencia, por la Ley. Lo que viene a significar que, el Juez ordinario predeterminado es independiente de la Jurisdicción en la que esté integrado (126).

En la actualidad, hemos de decir que ciertas dudas que se cernían sobre la constitucionalidad del estatuto de los jueces militares han sido satisfechas a través de la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 204, de 11 de julio de 1994 (127). Nuestro supremo in-

---

opinión contraria son GARCÍA BALLESTER, Pascual, *Jurisdicción Militar...*, ob. cit., p. 160; JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *El Juez Ordinario predeterminado...*, ob. cit., p. 92; o ROJAS CARO —en *Derecho Procesal...*, ob. cit., pp. 152 y 153—, quien diría que Juez Ordinario no significa su pertenencia a la Jurisdicción Ordinaria, sino que el Juez Militar lo es su estricto ámbito competencial, aunque también pone en tela de juicio su independencia.

(124) Así, STC n.º 75/1982, de 13 de diciembre; STC n.º 111/1984, de 28 de noviembre; STC n.º 105/1985, de 7 de octubre.

(125) Vid. STC n.º 111/1984, de 28 de noviembre.

(126) Vid. JIMÉNEZ VILLAREJO, José, «El Juez Ordinario predeterminado por la Ley», en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, ob. cit., pp. 83 a 94.

(127) En cualquier caso, la respuesta del TC no responde a todos los aspectos problemáticos que abarca el estatuto de los jueces militares, sino que su respuesta es parcial y superficial, según CANOSA USERA, Raúl, «A propósito de la independencia del juez militar», *Poder Judicial* n.º 37, marzo 1995, pp. 349 y ss.

térprete constitucional ha venido a cerrar esta página, sobre la antinomia de que sería suficiente que «... el *status* jurídico del juzgador no reúna las condiciones que, en sí mismo y como tal *status*, exigidas por el art. 24,2 CE, para que se entendiese una vulneración inmediata y directa de dicho derecho fundamental —la independencia—... (128)», lo cual no se ha producido en el supuesto de los órganos jurisdiccionales militares, declarando así que el Juez Togado Militar es Juez ordinario predeterminado por la ley, siendo con arreglo a su configuración estatutaria, independiente en el ejercicio de sus funciones.

Sin embargo, persistían las reticencias, pues esta resolución además de venir acompañada por dos votos particulares (129), ha sido duramente criticada por un sector doctrinal (130).

Tras lo cual se ha rubricado el rumbo del Tribunal con un nuevo pronunciamiento en la STC n.º 113/1995, de 6 de julio. Esta sentencia da cobertura a las inquietudes mostradas en los aludidos votos particulares de la anterior STC n.º 204/1995, las cuales se cifraban, en lo incompleto del pronunciamiento, en la inseguridad potencial que se produciría en una posterior resolución emitida por el Pleno del Tribunal, ya que lo que se debió resolver fue si los Juzgados y Tribunales Militares poseen el suficiente grado de independencia frente al Ejecutivo, necesario para poder ser configurados como órganos jurisdiccionales «ordinarios», a los efectos de poder conocer de lesiones de derechos fundamentales.

Y precisamente, estas zozobras han sido zanjadas por la reseñada sentencia, dictada por el Pleno del referido Tribunal, al decir que «... la referencia que a los Tribunales Ordinarios hace el artículo 53,2 de la CE, toda vez que en dicha mención cabe, dentro de la materia propia de su estricta competencia y sólo en ella, los Tribunales Militares... (131)».

Así, tras esta última, la dirección adoptada definitivamente por el TC es indubitada; de tal suerte que, si la Jurisdicción Militar cumple lo dispuesto en el art. 117,5 CE, y se ha adaptado legalmente a los principios constitucionales, carecería de sentido apartarla de la

---

(128) STC n.º 204/1994, de 11 de julio.

(129) De CARLOS DE LA VEGA BENAYAS y VICENTE GIMENO SENDRA.

(130) Vid. al respecto CANOSA USERA, Raúl, *A propósito de la independencia del Juez Militar (Comentario a la STC 204/1994, de 11 de julio)*, *ob. cit.*

(131) STC n.º 113/1995, de 6 de julio.

protección de las libertades y derechos fundamentales referidos en el art. 53,2 CE, siempre y cuando esta protección se demande en el ámbito estrictamente castrense. Por consiguiente, los Tribunales Militares han de considerarse Tribunales ordinarios siempre que su conocimiento se cifiñe al restringido ámbito castrense. Igualmente a esta resolución se ha planteado tres votos particulares, los cuales, con alcance diferente, discrepan del sentido de la resolución del TC (132).

En definitiva, la Ley 4/1987, de 15 de julio y la LO 2/1989, establecen un sistema de constitución de los Órganos Judiciales Militares que garantiza su predeterminación (133), por lo que la respuesta a la cuestión de si la función jurisdiccional ejercida por los Jueces Togados, en razón de su estatuto personal, responde a la exigencia del artículo 2 de nuestra Constitución, es afirmativa; así, de acuerdo a la reiterada doctrina del TC, no se vulneran los derechos fundamentales del Juez Ordinario predeterminado por la Ley.

### 5.2.2. Situación de los vocales militares

Gran incidencia y duda entraña la pervivencia del Militar en los Órganos Jurisdiccionales Militares como Vocal de los Tribunales Militares.

Sobre ellos, fundamentalmente las normas vigentes castrenses —LOCOJM en sus arts. 6, 8, 9, 11, 68, y LPM en sus arts. 51, 53, 59— se esmeran en establecer un sistema de constitución de los órganos judiciales que garanticen su predeterminación, de tal forma que, al encontrarse imbuidos en un ámbito jerarquizado, se logre la independencia e imparcialidad de los miembros con clara relevancia en los Vocales Militares.

---

(132) Efectivamente, el motivo de la discrepancia es diverso; mientras Gimeno Sendra entiende que el único órgano jurisdiccional militar merecedor del calificativo de ordinario es la Sala V del Tribunal Supremo a los efectos del art. 53,2 CE; VIVES ANTÓN estriba su disensión en que el conocimiento del recurso de amparo aludido excede el ámbito estrictamente castrense, que el art. 117,5 confina a la Jurisdicción Militar; y, para CRUZ VILLALÓN la divergencia radica no en el fallo sino en la fundamentación de la sentencia.

(133) MILLÁN GARRIDO, Antonio, «Algunas consideraciones generales sobre la LO 4/87, de 15 de julio, de la competencia y organización de la Jurisdicción Militar», *REDEM* n.º 53, ene-jun. 1989, p. 119.

Esta independencia se basa, esquemáticamente (134), en la confección de listas por cada Ejército y destino en el territorio de cada Tribunal que reúna las condiciones exigidas por la Ley; listas que no se variarán en el año judicial y que se harán públicas en el BOE y/o BOD —art. 39,1 LOCOJM—.

Asimismo, se apoya en la insaculación de los Vocales Militares —art. 39,3 LOCOJM—, la cual se realizará inmediatamente después de señalarse el día en que comiencen las sesiones de la vista —art. 293 LPM—, previa citación de las partes, a presencia del Auditor Presidente del Tribunal, y dando fe el Secretario Relator.

Finalmente; por todo lo expuesto, hay que subrayar que no sólo se halla legalmente predeterminado el nombramiento de los Jueces Togados y Vocales Togados de los Tribunales Militares, sino también la selección de los Vocales Militares (135).

Sin embargo, parece haber dudas en cuanto a la independencia de los Vocales Militares; así, algún autor (136) se decanta por la inexistencia de garantías para la protección de este principio en los Vocales Militares, en su ejercicio de administración de justicia. Con ello estamos en desacuerdo, pues, desde el momento que el militar es insaculado para conformar el Tribunal Militar, hasta la firma de la sentencia, se encuentra protegido por equivalentes garantías (137) y tiene los mismos derechos y deberes que el Vocal Togado (138), siendo su asistencia a la vista obligatoria (139).

---

(134) Para mayor exhaustividad, *vid.* MENDOZA FERNÁNDEZ, Javier de, «Tribunales Militares Territoriales», en *Comentarios a las Leyes Procesales Militares...*, *ob. cit.*, Tomo I, pp. 343 a 364.

(135) ÁLVAREZ ROLDÁN, Luis B., «La nueva Jurisdicción Militar (Comentarios a la Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar)», *REDEM* n.º 53, ene-jun. 1989, p. 79; JIMÉNEZ VILLAREJO, José, *Algunos aspectos...*, *ob. cit.*, p. 24; ROJAS CARO, José, *Derecho Procesal...*, *ob. cit.*, pp. 119 y 120; SAN CRISTÓBAL REALES, Susana, *La Jurisdicción Militar...*, *ob. cit.*, p. 256.

(136) FERNÁNDEZ DE BENITO, Alfredo, *Determinación del estatuto...*, *ob. cit.*, pp. 167 y 168.

(137) En los debates parlamentarios llevados a cabo sobre el artículo 11 LOCOJM, que considera acto de servicio preferente en las FA,s la intervención de los militares en la Administración de Justicia, se consideró innecesario precisar que el militar en sus intervenciones en la administración de justicia no se halla sujeto a obediencia jerárquica.

(138) Salvo el de redactar la sentencia, que como lego en derecho se le ha dispensado legalmente de ese deber, lo cual no deja de ser un problema si disintiera con el criterio de la mayoría y descase poner de manifiesto su discrepancia.

(139) Su inasistencia injustificada conllevaría la comisión de una falta grave —art. 418,9 LOPI—.

Así, en el informe realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (140), con relación a la independencia e imparcialidad de las intervenciones de los militares como componentes de los Tribunales castrenses, se llega a la conclusión, en aras del art. 6,1 del *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos*, que, a pesar de su pertenencia a la institución militar, no pueden recibir órdenes e instrucciones de ningún tipo relativas a sus funciones jurisdiccionales (141).

## 6. A MODO DE CONCLUSIÓN

A modo de síntesis, hemos de apreciar las divergencias que se producen entre un amplio sector doctrinal y la dirección seguida por el Tribunal Constitucional, el cual viene sistemáticamente refrendando los contenidos de los textos legales militares.

No obstante, como hemos puesto de manifiesto, la doctrina, a veces, es contradictoria, no existe uniformidad. Por consiguiente, es dubitativa en si integra o no el Poder Judicial; si se quiebra o no el principio de unidad jurisdiccional; si los Tribunales Militares son ordinarios o no; si son o no independientes los órganos jurisdiccionales militares, etc. Incluso, encontramos sectores doctrinales (142) que declaran a la Jurisdicción Militar como Ordinaria, construyendo un nuevo orden jurisdiccional.

En cambio, siguiendo a la jurisprudencia, se puede decir, hoy, que la Jurisdicción Militar no se puede considerar especial, pese a su utilización terminológica, sino especializada, circunscrita a su ámbito de competencia, el «estrictamente castrense». Ésta cumple escrupulosamente todos los principios y garantías constitucionales. Su singularidad le proviene, exclusivamente, de ser portadora de

---

(140) Particularmente la Sentencia de 8 de junio de 1976 (caso Engel y otros). Vid. GARCÍA BALLESTER, Pascual, *Jurisdicción Militar...*, ob. cit., pp. 161 y 162.

(141) *Ibidem*, p. 162.

(142) GARCÍA BALLESTER, Pascual, *Jurisdicción Militar...*, ob. cit., p. 160; también, en este sentido, HERNÁNDEZ MUNTIEL, al decir que al utilizar la expresión «Juez Ordinario» en el art. 3 LOCOJM está suponiendo «la consideración de la JM no como Jurisdicción especial, incompatible con la unidad jurisdiccional, sino como especialidad de la jurisdicción única, al igual que podríamos hablar de jurisdicción civil, penal, contencioso-administrativo o laboral». HERNÁNDEZ MUNTIEL, Arturo, «En torno a la nueva Jurisdicción Militar», *REDEM* n.º 55, ene-jun. 1991, p. 180.

unos textos legales sustantivos —CPM—, orgánicos —LOCOJM— y procesales —LPM—, que, como se pone de manifiesto por el Tribunal Constitucional, contiene preceptos que gozan de total constitucionalidad, siendo un error tomar como sistema cartesiano de referencia otros textos legales de desarrollo constitucional, y no la Constitución, para alegar el incumplimiento de los principios que establece nuestra norma suprema. Los Tribunales Militares son ordinarios en su ámbito de jurisdicción y competencia; regidos por miembros del Cuerpo Jurídico Militar, los cuales, aun cuando no pertenezcan a un cuerpo único, no tiene importancia; lo vital es su *status*, en el que los nombramientos, ascensos y destinos, aunque sean efectuados por el Ejecutivo, no lo desnaturaliza si están reglados.

Frente a esta situación, nuestra postura la situamos en los términos genéricos de que no se puede apoyar la doctrina en la inexistencia de un CGPJ Militar, en el estatuto peculiar de los Jueces Militares y en la participación del militar en el escabinado, para, peyorativamente, tildar a la Jurisdicción Militar de especial y no de ordinaria.

Partimos del carácter ordinario de los Tribunales Militares, reconocido, así, por el Tribunal Constitucional; sin embargo, consideramos que, pese a todos los buenos augurios del supremo intérprete, la independencia orgánica de la Jurisdicción Militar está mediatizada por la excesiva influencia del ejecutivo en cuanto a sus ascensos y nombramientos. Y cifrando esencialmente ésta en la decisiva intervención de las Juntas de Clasificación, en cuanto militares que son, igualmente justificada por el Tribunal Supremo.

Entendemos, pues, que toda la problemática de la Jurisdicción Militar estriba en el suave hedor que fluye sobre esta garantía; por eso; entendemos que la distancia que existe entre la Jurisdicción castrense y su consideración como Jurisdicción Ordinaria especializada es, precisamente, las atribuciones del Ministerio de Defensa frente a los miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa en cuanto militares, que pueden incidir directamente en su independencia orgánica.

Concluimos que, si es posible, en los trabajos de reforma que se llevan a cabo por parte de la Escuela de Estudios Jurídicos de la Defensa, se siga esta dirección, propugnando la inmediata asunción de las funciones del Ministro de Defensa por el CGPJ, en cuanto a

nombramientos, designaciones y ceses de los miembros del Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa que realicen funciones jurisdicentes; para lo cual es conveniente la escisión, en el Cuerpo Jurídico, de los miembros en función jurisdicente de entre las variopintas funciones, no porque atente a su independencia, sino por cuanto, sin la preparación adecuada jurisdicente por estar alejados de ellas, pueden pasar a ocupar cargos de esta índole.

Finalmente, en todo caso, deben permanecer en el CGPJ todas la funciones disciplinarias de aquellos que realizan funciones jurisdicentes militares mientras permanezcan en la misma (143).

Así pues, creemos que la Jurisdicción castrense se ha de entender, tras la reforma indicada, como una Jurisdicción Ordinaria especializada, cuya especialidad se detecte en su régimen orgánico y estatutario y en su normativa singular, pero, repito, siempre bajo la más estricta constitucionalidad y poniendo a salvo las actuales dudas doctrinales.

## 7. ABREVIATURAS

Art.	Artículo.
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia.
BJM	Boletín Judicial Militar.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CDJ	Cuadernos de Derecho Judicial.
CE	Constitución Española.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
CJM	Código de Justicia Militar.
COR	Coronel.
CPM	Código Penal Militar.
CTE	Comandante.
FA,s	Fuerzas Armadas.
JM	Jurisdicción Militar.
JTMC	Juzgado Togado Militar Central.
JTMT	Juzgado Togado Militar Territorial.
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal.
LOCOJM	Ley Orgánica de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

---

(143) Criterio también expresado por OLIVEROS ROSSELLO, José, *La garantía...*, ob. cit., p. 649.

LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
LPM	Ley Procesal Militar.
NEJ	Nueva Enciclopedia Jurídica.
O	Orden.
PJ	Revista Poder Judicial.
RAPB	Revista de Administración Pública.
RD	Real Decreto.
RDJ	Revista de Derecho Judicial.
RDPB	Revista de Derecho Público.
RDPR	Revista de Derecho Procesal.
REDC	Revista Española de Derecho Constitucional.
REDEM	Revista Española de Derecho Militar.
RGD	Revista General del Derecho.
R.O.	Real Orden.
SM	Su Majestad.
TC	Tribunal Constitucional.
TMC	Tribunal Militar Central.
TMT	Tribunal Militar Territorial.
TTE	Teniente.
TTE COL	Teniente Coronel.
TS	Tribunal Supremo.



## CUESTIONES CONCURSALES DE LOS DELITOS DE COBARDÍA, DESLEALTAD, Y CONTRA EL DECORO MILITAR CON FIGURAS DEL CÓDIGO PENAL DE 1995

Por E. Rovira del Canto  
*Vocal Togado del T.M.T. Tercero*  
*Profesor de Derecho Penal - Universitat*  
*Internacional de Catalunya*

### SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. DELITOS DE COBARDÍA: a. Supuestos; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP y situación actual. III. DELITOS DE DESLEALTAD: 1. INFORMACIÓN MILITAR FALSA: a. Precepto y Supuestos; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación concursal actual. 2. INDISCRECIÓN: a. Precepto; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación concursal actual. 3. EXCUSA INDEBIDA DE DEBERES MILITARES: a. Precepto; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP y situación actual. 4. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE PRESOS: a. Precepto; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación actual. IV. DELITOS CONTRA EL DECORO MILITAR: 1. AGRESIÓN PÚBLICA: a. Precepto; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación concursal actual. 2. EXPOLIACIÓN: a. Precepto y Supuestos; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación actual. 3. USO INDEBIDO DE UNIFORMES, DIVISAS, DISTINTIVOS Y CONDECORACIONES: a. Precepto; b. Delimitación con otras figuras en el CPM; c. Cuestiones concursales con el antiguo CP; d. Situación actual. V. CONCLUSIONES.

---

Comunicación presentada a la Ponencia «Reglas aplicables al CONCURSO DE LEYES en el ordenamiento penal español. Estudio del art. 8 del nuevo Código Penal, art. 5 del Código Penal Militar, y art. 12.1, párrafo segundo, de la Ley Orgánica 4/1987». Jornadas de Estudio sobre «PROBLEMAS DE APLICACIÓN DEL CÓDIGO PENAL MILITAR COMO CONSECUENCIA DE LA VIGENCIA DEL NUEVO CÓDIGO PENAL», organizado por el T.M.C. y celebrada en la sede de la Fiscalía General del Estado. Madrid, 27 y 28 de mayo de 1.996.

## I. INTRODUCCIÓN

La sistemática utilizada en la presente comunicación no se limita a un mero análisis comparativo directo entre supuestos delictivos castrenses y ordinarios, si bien esa es su finalidad, sino que se ha estimado preciso el partir de la determinación de cada una de las acciones punibles objeto de análisis concursal, y seguidamente, en su caso, establecer su delimitación de otros supuestos afines contemplados en el propio Código Penal Militar, para a continuación efectuar un análisis concursal con aquellos supuestos delictuales con los que tenía correspondencia, en caso de haberla, de los previstos en el Código Penal de 1.973, y, finalmente, exponer aquellos tipos delictivos comunes del Código de 1.995 con los que tienen correspondencia y la existencia o no de problemas concursales actuales por, a tenor de lo dispuesto en el art. 8 del nuevo Código Penal, la aplicación preferente del principio de especialidad sobre el de la gravedad punitiva, aportando en un último apartado de conclusiones un esquema penológico comparativo.

En cuanto a los supuestos delictivos analizados, todos ellos afectan al honor militar en alguna de sus básicas manifestaciones: el valor, la lealtad o el decoro exigibles a todo militar por el hecho de serlo, constituyéndose éstos en los bienes jurídicos protegidos, respectivamente, en los delitos de Cobardía, deslealtad, o contra el decoro militar. Y si bien es cierto que tales virtudes o deberes castrenses no tienen protección en el Código Penal común, a diferencia de otros supuestos, ello no es óbice para que un muy similar por no decir prácticamente idéntico bien jurídico sí se encuentre protegido en la legislación punitiva ordinaria (como es el caso de la lealtad militar y la probidad del funcionario público), o encontrándose subsidiariamente protegido por la norma penal militar devenga en objeto de principal protección penal frente al castrense, con la consecuente aplicación de la norma punitiva común (como es el caso de la lealtad y de la fe pública referente al delito de información militar falsa, como se verá).

## II. DELITOS DE COBARDÍA

a. Supuestos: Bajo el término de «Cobardía», usado como rúbrica en el Capítulo I del Título VI, de los «Delitos contra los Debe-

res del Servicio», del Libro II del CPM, se recogen una serie diversa de conductas o acciones punibles unidas por tal vínculo común de la falta del valor exigible a todo militar en determinadas circunstancias, normalmente de riesgo o peligro personal, recogiendo además tal término expresamente en los propios tipos; podemos agrupar todas ellas en los siguientes supuestos:

1. Acciones por cobardía: El abandono de puesto, la desobediencia a permanecer o situarse en el mismo, y el incumplimiento de misión (arts. 107, y 108 los supuestos atenuados)

2. Realizar actos demostrativos de cobardía susceptibles de infundir pánico o producir grave desorden en la propia fuerza (art. 109 con variación de penas según la situación).

3. Simulación o autoproducción de enfermedad o lesión o emplear otro engaño para excusarse de su puesto o misión en combate (art. 110).

4. Las Capitulaciones deshonorosas o excesivas (arts. 111 y 112).

5. Otras violaciones de deberes militares (art. 113).

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: La ausencia no ya de una intención dolosa sino del elemento subjetivo del injusto en el que se constituye la ausencia de valor, es decir la cobardía, en la realización de cualquiera de las conductas previstas en los preceptos indicados, supondrá no la ausencia de antijuricidad en la conducta del sujeto activo sino su punición por otros preceptos del CPM en protección de otros bienes jurídicos castrenses distintos del deber de valor militar.

Así las acciones contempladas en el art. 107 en cuanto sean cometidas dolosamente pero sin motivación en la cobardía son susceptibles de constituir un delito de quebrantamiento del deber de presencia, abandono de servicio o de puesto de centinela de los arts. 121, 144.1 y 2, 145 o 146.1 y 2, un delito de desobediencia del art. 102, o incluso un delito de incumplimiento de misión del art. 131. Y su comisión negligente podría constituir un delito contra la eficacia del servicio de los previstos en el art. 158.

En relación al art. 110, la ausencia de tal elemento subjetivo del injusto en la conducta del sujeto activo hace que devenga en aplicación el delito de deslealtad previsto en el art. 117 que analizaremos más adelante; si la pretensión no es el infringir un deber con-

creto o específico sino el ausentarse o el cumplimiento global del servicio estaremos en presencia bien del supuesto del art. 121 de quebrantamiento del deber de presencia o del delito de desertión previsto en el art. 120.

En relación a las conductas de los arts. 111 y 112, si tales acciones se realizan para favorecer al enemigo el hecho sería susceptible de sanción conforme al art. 49.3 como delito de traición; si lo son por falta de adopción de medidas preventivas, un delito de incumplimiento de deberes inherentes al mando del art. 132; y si fuera negligente constituiría un delito contra la eficacia del servicio del art. 155.

Por último, respecto al tipo residual del art. 113, constituirá este delito la violación del deber castrense del valor, no la de otros deberes militares que se encuentran protegidos en los arts. 150, 169, 173 y 174.

c. Cuestiones concursales con el CP antiguo y situación actual: Las presentes conductas de los arts. 107 a 113 no tenían ni tienen correlativas previsiones punitivas en la legislación penal ordinaria, por lo que no existían ni existen problemas concursales.

### III. DELITOS DE DESLEALTAD

#### 1. INFORMACIÓN MILITAR FALSA

a. Precepto y Supuestos: El artículo 115 del CPM contempla tres modalidades delictuales inicialmente distintas, vinculadas no obstante entre sí no sólo por ser contrarias al deber de lealtad respecto a los actos y asuntos del servicio, sino además unidas por constituir todas ellas conductas dolosas de falseamiento o alteración de la verdad; así sanciona el párrafo primero con la pena de uno a seis años de prisión dos supuestos: al «militar que sobre asuntos del servicio diere a sabiendas información falsa» (supuesto de información militar falsa propiamente dicho), y «o expidiere certificado en sentido distinto al que le constare» (modalidad de expedición de certificado falso), estableciendo a continuación que «en tiempo de guerra, se impondrá la pena de tres a diez años»; y en el párrafo segundo establece una tercera modalidad, de «desnaturalización o

alteración de información o certificación militar», al sancionar «cuando en su información o certificado el militar, sin faltar sustancialmente a la verdad, la desnaturalizare, valiéndose de términos ambiguos, vagos o confusos, o la alterare mediante reticencias o inexactitudes» con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión, o de uno a seis años en tiempo de guerra.

Establece asimismo un tipo agravado de primer grado en su párrafo tercero sancionado con la pena señalada para los supuestos anteriores en su mitad superior «si hubiere mediado precio, recompensa o promesas», otro de segundo grado en el párrafo cuarto al permitir la imposición, además de la pena de prisión, de la pena de pérdida de empleo «atendida la gravedad y trascendencia de los hechos», y un supuesto de atenuación de la pena en su párrafo quinto al establecer «la pena inferior en grado cuando el culpable se retractare, manifestando la verdad a tiempo de que surta efecto».

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: Teniendo presente que el término «información» comprende tanto las informaciones propiamente dichas como los informes, tanto orales como escritos, pero siempre de carácter oficial, no los ajenos al servicio o a asuntos del servicio, el elemento peculiar de distinción con otras figuras afines de revelación o facilitación de informaciones o certificaciones es la falsedad. Así, por un lado, si mediante una indiscreción o falta de reserva, dolosa o culposa, se da cuenta a terceros no autorizados de informes o certificados que contengan cuestiones o datos sobre asuntos relativos al servicio, de una trascendencia grave, pero no falsos, estaríamos en presencia del delito previsto en el *art. 116* de este mismo Texto legal, y en cuyo análisis concursal se entrará posteriormente, sancionado con una pena inferior a la prevista para las modalidades delictivas del párrafo primero del *art. 115*, e idéntica, de tres meses y un día a tres años, a la prevista para el tipo básico del supuesto de desnaturalización o alteración de información o certificación militar.

Pero también la importancia del contenido de la información o certificado, aunque sea falso, puede motivar el que el hecho sea constitutivo de un delito más grave que los expuestos; así si lo que se revela o facilita es una información o certificado, de contenido verídico o falso, susceptible de perjudicar a la seguridad nacional, la defensa nacional, los medios técnicos o sistemas empleados por las FAS o las

industrias de interés nacional estaríamos en presencia de un delito de traición del *art. 50*, espionaje (si el sujeto activo fuera un extranjero) del *art. 52*, o de un delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional de los *arts. 53, 54, o 56* (modalidad imprudente), o incluso un delito de atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional de los *arts. 59 y 60* cuando se falsea la información o la documentación oficial, legalmente clasificada o no respectivamente.

c. Cuestiones concursales con el CP antiguo: Delimitado en un sentido negativo el ámbito del *art. 115*, en cuanto al objeto al que se debe referir, esto es a una falsedad o alteración de informaciones o certificados propios del servicio o sobre asuntos del servicio que no afecten a la seguridad o defensa nacional, o vengan referidos a los medios técnicos o sistemas empleados por las FAS o a las industrias de interés nacional, en relación a la modalidad primera del *art. 115*, únicamente en los casos de informaciones o informes escritos, en tanto que integrables en el concepto de documentos oficiales, cabía su subsunción asimismo en el delito de falsificación de documentos públicos, oficiales, o de comercio del *art. 302 del antiguo CP*, siempre y cuando, además, se realizara la falsedad por alguno de los medios o supuestos previstos en el propio precepto, y sancionado con la pena de prisión mayor, esto es de 6 años y un día a 12 años, superior a la prevista por el precepto castrense indicado, por lo que de aplicar el principio de especialidad, como sostenía algún autor, supondría un favorecimiento punitivo de tal conducta realizada por un militar frente a la misma realizada por un funcionario público, equiparándola prácticamente a la misma acción realizada por un particular y punible conforme al *art. 303* con la pena de prisión menor, de 6 meses y un día a seis años, y multa.

En cuanto a la modalidad de expedir certificaciones falsas, también con la delimitación común a todo el *art. 115* ya expuesta, tenía su correspondencia con el delito del *art. 312* del antiguo CP que sancionaba al «funcionario público que librare certificación falsa de méritos o servicios, de buena conducta, de pobreza o de otras circunstancias análogas», pero que al imponer para este caso meramente las penas de suspensión y multa no suponía la existencia de problemas concursales entre ambos preceptos.

Y en cuanto a la tercera modalidad, de desnaturalización o alte-

ración de información o certificado, tal conducta no tenía correlativa previsión punitiva en la legislación penal ordinaria, por lo que tampoco existían problemas concursales.

d. Situación concursal actual: En el Código de 1.995, la falsificación dolosa de documentos públicos, oficiales y de comercio, cometida por funcionario público, única con la que puede tener correspondencia la modalidad primera del art. 115 del CPM, viene regulada en el art. 390, reduciéndose los medios de comisión de tal falsedad a cuatro supuestos, que de hecho coinciden, agrupan, o permiten integrar las previstas en el antiguo art. 302 en sus números 1, 2, 3, 4, 5, 6 y 9, y con una rebaja sustancial de la pena que queda en prisión de tres a seis años, multa de seis a veinticuatro meses e inhabilitación especial por tiempo de dos a seis años, desapareciendo el problema concursal a efectos de punición entre ambos preceptos castrense y común.

Y respecto a la segunda modalidad, de expedición de certificados falsos, su correlativo precepto es el 398, sin que aparezcan tampoco problemas concursales dada la pena de suspensión de seis meses a dos años con la que se sanciona en dicho precepto a «la autoridad o funcionario público que librare certificación falsa», a todas luces inferior a la prevista para el tipo castrense, y sin que, respecto a la desnaturalización o alteración de información o certificado, siga existiendo una correlativa previsión punitiva en la legislación penal ordinaria, por lo que tampoco existen problemas concursales.

## 2. INDISCRECIÓN

a. Precepto: El artículo 116 del CPM sanciona con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión al «militar que no guardase la discreción y reserva debidas sobre asuntos del servicio de trascendencia grave», indicando a continuación que «si la trascendencia no fuera grave, se corregirá por vía disciplinaria».

Si bien se puede calificar la acción punible en el presente supuesto no tanto como una conducta omisiva de un deber propio del servicio, sino más propiamente como una conducta activa de revelación de información sobre actos o asuntos del servicio, y en la

que incluso se puede incluir tanto su realización dolosa como culposa a tenor de la forma de expresarse el precepto y los propios términos utilizados de no guardar la discreción y reserva debidas, suponiendo ello infracción de tal deber impuesto por el art. 45 de las Reales Ordenanzas para las FAS, que es el bien jurídico protegido, lo que no ha quedado todavía delimitado claramente ni doctrinal ni jurisprudencialmente es el alcance del término «de trascendencia grave», no tanto para su diferenciación con supuestos penales afines más gravemente penados, respecto de los cuales como veremos no existen tantos problemas en cuanto que es por la importancia del objeto o materia sobre la que recae la acción en lo que radica su distinción, sino para su delimitación con el ámbito disciplinario.

Es de esperar, no obstante, que en breve una resolución de la Sala V del Tribunal Supremo ponga fin a tal indeterminación, dado que en la actualidad está conociendo por vía casacional del único supuesto hasta ahora enjuiciado de este tipo delictivo, y sobre el cual recayó sentencia del Tribunal Militar Territorial Tercero de fecha 30.01.96, y a la cual se presentaron dos votos particulares distintos, del Vocal Togado designado Ponente del procedimiento, que es quien además realiza la presente comunicación, y de uno de los Vocales Militares, precisamente sobre la conceptualización, matiz y alcance de tal término.

Y tal extremo, entendía el Vocal Togado discrepante, no viene referido exclusivamente a la importancia, a la entidad del asunto divulgado, interpretándose, desde una acepción gramático-usual de «trascendental», como un calificativo exclusivo de éste, ni tampoco, por otro lado, referido únicamente al efecto que tal divulgado produce (si bien «trascendencia» según el Diccionario de la Real Academia significa «resultado o consecuencia de índole grave o muy importante», pues constituiría una redundancia el término legal de «trascendencia grave» dejando de facto sin contenido este último calificativo de «grave» y sin posibilidad de delimitación entre el ámbito penal y el disciplinario tal quebranto del deber de lealtad, y, además y principalmente, porque, efectivamente, se trata de un delito de simple actividad y no de resultado, no precisando de una afectación o perjuicio sustancial del servicio), sino que se trata de un predicamento sobre el hecho, sobre la acción de falta de fidelidad en sí misma, es decir no sólo sobre la importancia o entidad



suficiente del asunto del servicio objeto de revelación, que debe tenerlo, sino además sobre las circunstancias que concurren en tal acto, y principalmente, referido a la «trascendencia», la forma y el lugar donde se produce la acción, el grado o alcance de conocimiento del asunto por terceros, la identidad y número de los mismos, y que determinen, todo ello en conjunto, el calificativo de «grave», esto es la aptitud, el ser susceptible o idónea tal acción, para afectar y causar un perjuicio de suficiente entidad, material o moral o de prestigio, para las Fuerzas Armadas o para la realización del propio servicio.

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: De lo expuesto anteriormente se desprende que el supuesto del art. 116 constituye un tipo residual sancionador de actos de revelación de informaciones sobre asuntos del servicio no expresamente previstos en otros preceptos del CPM, por lo demás siempre más gravemente penados, como sucede cuando se trata de información clasificada o de interés militar susceptible de perjudicar la seguridad nacional, la defensa nacional, los medios técnicos o sistemas empleados por las FAS o las industrias de interés militar, constitutivo de delito de traición, o incluso espionaje, a tenor de los arts. 50 y 52 del CPM, o cuando se trata de información, clasificada o no, relativa a todos aquellos, susceptible de integrar los delitos de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y la defensa nacional previstos en los arts. 53 y 54 del mismo texto legal. Pero además, como tal delito de simple actividad y no de resultado, la existencia de un perjuicio para el servicio causado como consecuencia de la indiscreción queda inicialmente comprendida en el mismo, salvo que el daño sea grave y el incumplimiento del deber de reserva fuera doloso o al menos con negligencia o imprudencia temeraria, en tiempo de paz, pues en estos casos constituiría un delito contra la eficacia del servicio de los previstos en los arts. 157 o 158 del CPM.

c. Cuestiones concursales con el CP antiguo: Delimitado en los términos expuestos el ámbito del art. 116 del CPM, en cuanto al objeto al que se debe referir, esto es a informaciones sobre asuntos del servicio que no afecten a la seguridad o defensa nacional, o vengan referidos a los medios técnicos o sistemas empleados por las FAS o a las industrias de interés nacional, y en cuanto a las condi-

ciones de su realización, que configuren una «trascendencia grave», ciertamente aparecía una correspondencia delictual común en el supuesto previsto en el art. 367 del antiguo CP, en cuanto se preveía la sanción del «funcionario público o autoridad que revelare ... cualquier información de que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados», si bien al establecerse unas penas de suspensión y multa de 100.000.- a 200.000.- ptas., no suponía la existencia de problemas concursales entre ambos preceptos.

No obstante dicho art. 367, en su párrafo segundo, preveía un tipo cualificado «si resultare grave daño para la causa pública o para tercero» sancionándose con la pena de prisión menor e inhabilitación especial, esto es pena superior a la prevista en el precepto punitivo castrense citado, con el cual sí aparecerían problemas concursales, pues si bien el art. 116 no requería para su consumación, como hemos expuesto, la existencia de un daño para el servicio y no lo excluía de su ámbito cuando éste no fuera grave, si no consideráramos la lealtad como un deber fundamental castrense o la conducta indiscreta fuera por imprudencia no grave, no siendo aplicables en consecuencia los arts 157 o 158 del CPM, devendría nuevamente el tipo del 116 en aplicación.

d. Situación concursal actual: En el Código de 1.995, el antiguo art. 367 tiene su acomodo en el art. 417.1, dentro de los delitos contra la Administración Pública, en cuyo párrafo primero contempla el tipo básico de «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados» sancionándolo con las penas de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años, con lo que, en consecuencia, siguen sin existir problemas concursales entre los tipos penales castrense y ordinario. No obstante la misma situación de problemática concursal expuesta con anterioridad aparece respecto al tipo cualificado que se mantiene en su párrafo segundo al castigar con las penas de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial de tres a cinco años si de la revelación resultara grave daño para la causa pública o para tercero.

### 3. EXCUSA INDEBIDA DE DEBERES MILITARES

*a.* Precepto: El artículo 117 del CPM castiga con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión al «militar que se excusare de cumplir deberes militares produciéndose o simulando alguna enfermedad o lesión, o empleando cualquier otro engaño», estableciendo a continuación que «en tiempo de guerra, se impondrá la pena de dos a ocho años». La excusa indebida, en consecuencia, puede devenir mediante la realización de tres conductas diferenciables: de una producción real de enfermedad o lesión, de una simulación de tal enfermedad o lesión, o de la utilización de cualquier otro medio o método engañoso, comportamientos todos ellos dolosos con la finalidad de no cumplir deberes militares.

*b.* Delimitación con otras figuras en el CPM: Por un lado, la concurrencia de determinadas circunstancias subjetivas u objetivas en el momento de la realización de esta conducta, hace que constituya un delito más grave; así, si se realiza durante o con relación a un conflicto armado y por cobardía constituiría el delito del art. 110 del CPM: «El militar que, por cobardía, para excusarse de su puesto o misión en el combate, simulare enfermedad o lesión, se la producir o emplease cualquier otro engaño con el mismo fin, será castigado con la pena de cinco a quince años de prisión».

Por otro lado, si la finalidad no es el incumplimiento de uno o varios deberes militares del servicio específicamente considerado, y consecuentemente exigibles, sino de todos ellos en su conjunto, eximirse del cumplimiento del servicio militar, entonces constituye un delito contra los deberes de presencia y prestación del servicio militar, del Capítulo III de este mismo Título, concretamente en su sección 4ª, de inutilización voluntaria y simulación para eximirse del servicio militar, en los arts. 125 o 126 del CPM. Así el primero de ellos sanciona al «militar que, para eximirse del servicio, se inutilizare o diere su consentimiento para ser inutilizado por mutilación, enfermedad o cualquier otro medio», castigándolo con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión, o de tres a diez años en tiempo de guerra. Se sostiene asimismo que en caso de tentativa podrá imponerse la pena en la mitad inferior y que «en las mismas penas incurrirá el que, a sabiendas, procurare a un militar la inutilización a que se refiere el párrafo anterior, imponiéndose en su mi-

tad superior si se realizare el hecho mediante precio o cuando se tratase de personal sanitario», y en «su mitad inferior cuando el autor sea cónyuge, a ascendiente, descendiente o hermano del mutilado o inutilizado».

Y el segundo precepto por su parte castiga con las penas de cuatro meses a cuatro años de prisión, o de dos a ocho años en tiempo de guerra al «militar que, para eximirse del servicio u obtener el pase a otra situación administrativa, simulare una enfermedad o defecto físico», incurriendo en las mismas penas «el personal sanitario que facilitare la simulación».

c. Cuestiones concursales con el antiguo CP y situación actual: La presente conducta del art. 117 no tenía ni tiene correlativa previsión punitiva en la legislación penal ordinaria, por lo que no existían ni existen problemas concursales.

#### 4. INFIDELIDAD EN LA CUSTODIA DE PRESOS

a. Precepto: El artículo 118 del CPM establece que «el militar que facilitare la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos confiados a su custodia será castigado con la pena de uno a seis años de prisión». Y en su párrafo segundo recoge un tipo agravado cuando indica que «si en la evasión hubiere mediado violencia o soborno, la pena se impondrá en su mitad superior».

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: En el presente precepto únicamente se recoge la conducta dolosa, pues la forma culposa se encuentra tipificada en el artículo 161.2 del mismo texto legal, dentro de los delitos contra la eficacia del servicio, al sancionarse con la pena de tres meses y un día a seis meses de prisión al «militar que por negligencia: ... 2º. Diere lugar a la evasión de prisioneros de guerra, presos o detenidos, cuya conducción o custodia le estuviere encomendada». Por otro lado, el sujeto activo debe ser un militar que estuviere encargado de la custodia del fugado, pues en caso de no ser militar, o siéndolo no tuviera encomendada tal custodia, no constituye un delito contra los deberes del servicio, concretamente de deslealtad, sino, en su caso, un delito contra la Administración de Justicia Militar, de quebrantamiento de condena, previsto en el artículo 188,

sancionable bien como partícipe en las conductas previstas en los párrafos primero y segundo, o bien, según el caso, directamente, con la misma pena que el autor, y como favorecimiento, a tenor del párrafo tercero de dicho precepto; ahora bien, con unas penas (tres meses y un día a un año, o uno a seis años de prisión) naturalmente inferiores a las previstas en el art. 118.

c. Cuestiones concursales con el antiguo CP: Este supuesto delictivo tenía su paralelismo en el artículo 362 *del antiguo CP*, incluido en el Capítulo II del Título VII, entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, bajo la rúbrica «de la infidelidad en la custodia de presos», y a cuyo tenor se sancionaba al «funcionario público culpable de connivencia en la evasión de un sentenciado, preso o detenido, cuya conducción o custodia le estuviere confiada», diferenciando a efectos punitivos si el fugitivo se encontraba ejecutoriamente condenado (pena de prisión menor e inhabilitación especial) o en los demás casos -detenido, preso preventivo, o condenado pero no por sentencia firme- (pena de arresto mayor e inhabilitación especial). El bien jurídico protegido era asimismo el deber de fidelidad o probidad del funcionario público en el desempeño de sus funciones. Delito eminentemente doloso, a pesar de ciertas posturas doctrinales que consideraban factible su comisión culposa, tenía también su posible tratamiento respecto a muy concretas conductas de extraer del establecimiento penal o proporcionar la evasión, incluso culposas o de funcionarios no encargados de la custodia, en el correspondiente delito contra la Administración de Justicia previsto en el artículo 336, bajo la rúbrica «del quebrantamiento de condena y de la evasión de presos», y que sancionaba con penas de prisión menor o de arresto mayor según se hubiera empleado o no violencia, intimidación, o el soborno.

No se presentaban cuestiones o problemáticas concursales por cuanto la punición de la conducta conforme al art. 118 *del CPM* era más grave tanto respecto a los supuestos previstos en los arts. 161.2 y 188 *del mismo texto legal*, como respecto a los recogidos en los arts. 362 y 336 *del antiguo CP*, como hemos visto.

d. Situación actual: En el CP de 1.995, la indicada figura común de infidelidad en la custodia de presos ha desaparecido en su trata-

miento autónomo, constituyéndose en una modalidad del actual delito de «quebrantamiento de condena», prevista en el art. 471 en relación con el art. 470, dentro de los delitos contra la Administración de Justicia. A tenor de dichos preceptos, en relación con los arts. 70.1.1º y 4º del mismo texto legal, el funcionario público «que proporcione la evasión a un condenado, preso o detenido, bien del lugar en que esté recluido, bien durante su conducción» será castigado con las penas de un año a un año y seis meses de prisión y multa de veinticuatro a treinta meses, y «si se empleara al efecto violencia o intimidación en las personas, fuerza en las cosas o soborno» la pena de prisión de cuatro a seis años; y en ambos casos, además la accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público de tres a seis años, o de seis a diez años «si el fugitivo estuviera condenado por sentencia ejecutoria», supuesto este último que no debe ser tenido en consideración por no contemplarse en el art. 118 del CPM la posibilidad de favorecer la evasión de condenados.

A raíz de estos nuevos preceptos, dejando de un lado el que los sujetos favorecidos pudieran ser «condenados», por lo expuesto anteriormente, o «prisioneros de guerra», no contemplado tal término en el texto del precepto común, y que la posibilidad o no de su inclusión en algunos supuestos, plenamente controvertida, discutida, y que personalmente considero desacertada, bajo los términos de «presos» o «detenidos», es cuestión que no pretendo en la presente entrar a analizar para no desviarnos en exceso del objeto de la misma, y de otro lado el que entre el sujeto activo y el pasivo existiera una relación de parentesco como de las previstas en el art. 454 del CP de 1.995 lo que supondría la aplicación del supuesto atenuado del art. 470.3 de este texto legal, aparece que únicamente el tipo básico de favorecimiento en la evasión del párrafo primero del art. 118 del CPM, esto es cuando se realice con ausencia de violencia, en las personas o en las cosas, o soborno, y que además tampoco exista utilización de intimidación, resulta sancionado con una pena más grave que la prevista por el art. 471.1 en relación con el art. 470 ambos del CP de 1.995, y en consecuencia sin problemas concursales.

Ahora bien, en caso de concurrir una de tales circunstancias en el favorecimiento de la evasión, no obstante constituir alguna de ellas elemento o requisito para la apreciación del tipo agravado del párrafo segundo del citado art. 118, al tener que concurrir con el

art. 471 el nº 2 del art. 470, supuesto asimismo agravado, la pena a imponer según estos dos últimos preceptos es más grave que la prevista en el precepto penal militar: de cuatro a seis años de prisión (aparte la inhabilitación especial de 3 a 6 años), por contra la de tres a seis años de prisión (con la accesoria de pérdida de empleo). Por lo que en estos casos la sanción de tales conductas por el art. 118, párrafo segundo, del CPM, por aplicación de la regla 1ª del art. 8 y a tenor de lo dispuesto en el art. 9, párrafo primero, ambos del CP de 1995, resulta más benévola que su sanción conforme a los arts. 471 y 470.2 del texto punitivo común.

#### IV. DELITOS CONTRA EL DECORO MILITAR

##### 1. AGRESIÓN PÚBLICA A MILITAR

a. Precepto: El artículo 162 del CPM sanciona con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión al «Oficial General, Oficial o Suboficial que públicamente agrediese a otro militar».

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: tres elementos característicos de este delito nos permiten su diferenciación con otros supuestos delictivos previstos en el CPM; así el que el sujeto activo y el pasivo deben tener una misma graduación o empleo, e idéntico o superior al de suboficial, pues si el hecho fuere cometido por personal de tropa o marinería, aunque sea profesional, no es constitutiva de este delito, sino de falta disciplinaria; si hubiere una relación jerárquica o de superioridad entre aquellos no constituiría este delito sino uno de maltrato de obra a superior del art. 99.3 o bien uno de abuso de autoridad del art. 104, párrafo primero.

En segundo lugar su realización debe ser ajena a la ejecución de un acto de servicio de armas o del ejercicio de las funciones de mando propias del sujeto activo, puesto que en estos casos pudiera ser el hecho constitutivo bien de un delito contra la eficacia del servicio, en su modalidad de extralimitación en la ejecución de un acto de servicio de armas previsto en el art. 159, bien de un delito de extralimitación en el ejercicio del mando de los arts. 138 y 139.

Y por último, el término «agresión» se limita a la física o de maltrato de obra, es decir de utilización de vías de hecho, no las meras

agresiones verbales o no físicas o actitudes despectivas merecedoras más de un reproche disciplinario que penal, y con ausencia, por lo demás, de resultados lesivos de entidad susceptibles entonces de hacer prevalecer, como bien jurídico protegido, la integridad física de las personas frente al adecuado y propio comportamiento decoroso que debe observar todo militar de graduación.

c. Cuestiones concursales con el antiguo CP: En consecuencia con lo expuesto, si la agresión configura además un resultado lesivo de entidad, devienen en aplicación los delitos de lesiones previstos en la legislación ordinaria, al constituir la integridad física de las personas un bien jurídico de preferente protección frente al decoro militar. Ahora bien, limitado el ámbito del precepto penal militar, surgía la correspondencia inicial con aquellos supuestos comunes bien de agresión física con ausencia de resultados lesivos, o bien cuando éstos o no eran de entidad suficiente como para ser constitutivos de delito o eran de tal naturaleza que permitían su consideración como de menor trascendencia; y así en el antiguo CP las faltas contra las personas de golpear o maltratar sin causar lesión, o cuando se causan lesiones que no requieran más que una mera asistencia facultativa, previstas en los párrafos segundo y primero del art. 582, o el supuesto delictivo previsto en el párrafo segundo del art. 420, atendidas la naturaleza de la lesión y las demás circunstancias del hecho aún tratándose de lesiones que requerían tratamiento médico o quirúrgico, que al ser sancionables con uno a quince días de arresto menor o multa, uno a treinta días de arresto menor, y un mes y un día a seis meses de arresto mayor respectivamente, esto es, penas claramente menos graves que las previstas para el ilícito penal castrense, daba lugar a la no existencia de problemas concursales entre dichos preceptos.

Ahora bien, al ser susceptibles de incluirse en el tipo no sólo la agresión unilateral, sino también la bilateral, mutua o recíproca, e incluso la múltiple, como recoge la única sentencia dictada hasta la fecha sobre el delito del art. 162 del CPM, del Tribunal Militar Territorial Tercero de 22 de diciembre de 1.995 (no obstante existir una anterior de la Sala V del Tribunal Supremo de fecha 13 de junio del mismo año, recaída en el mismo procedimiento pero referida únicamente a la resolución por vía casacional de la declinatoria de jurisdicción planteada y desestimada por el Tribunal de Instancia), es refe-



rente a esta última posibilidad, en caso de una agresión múltiple y en determinadas circunstancias, que pudiera darse una correspondencia con el delito de peligro entonces previsto en el art. 424 del antiguo CP, de participación en riña confusa y tumultuaria, y que al sancionar con la pena de arresto mayor en grado máximo a prisión menor en grado medio, esto es de cuatro meses y un día a cuatro años y dos meses, supondría una sanción más leve en el ámbito castrense que en el ordinario, por lo que procedía más adecuadamente sancionar este supuesto por el delito común que por el especial.

d. Situación actual: En el Código Penal de 1995 esta conducta viene asimismo correlacionada, por lo expuesto, con las faltas contra las personas previstas en el art. 617.1 y 2, castigando con la pena de arresto de tres a seis fines de semana o multa de uno a dos meses al «que por cualquier medio o procedimiento, causare a otro una lesión no definida como delito en este Código», y con la pena de arresto de uno a tres fines de semana o multa de 10 a 30 días al «que golpear o maltratare de obra a otro sin causarle lesión», y con el delito de lesiones ordinarias de menor gravedad del art. 147.2 «atendidos el medio empleado o el resultado producido» sancionable con la pena de arresto de siete a veinticuatro fines de semana o multa de tres a doce meses, no existiendo tampoco en el presente problemas concursales entre los preceptos penales militar y ordinarios, al resultar siempre la conducta punible por el precepto especial, el art. 162, más gravemente penada.

Pero es que además, el delito de peligro de participación en riña confusa y tumultuaria, previsto en el nuevo Código en su art. 154, ha venido a ser sancionado con una pena inferior a la prevista por el art. 162 del CPM: prisión de 6 meses a 1 año o multa superior a 2 y hasta 12 meses, por lo que ya no existe tampoco para este supuesto en la actualidad problema concursal entre ambos preceptos.

## 2. EXPOLIACIÓN

a. Precepto y Supuestos: El artículo 163 del CPM recoge tres supuestos o subtipos delictuales distintos si bien vinculados entre sí por constituir todos ellos acciones contrarias al correcto y adecuado comportamiento exigible a todo miembro de las FAS respecto a los

combatientes del mismo bando heridos, enfermos o náufragos, y atentatorias contra el deber de respeto para con ellos, o los muertos en combate cualquiera que fuera su bando y con fundamento en la normativa internacional referente tanto a las leyes y usos de la guerra, como sucede en los delitos previstos en el Título II del Libro II del CPM, en donde más adecuadamente se ha sostenido por la doctrina debiera haberse incorporado este precepto, como a los Derechos Humanos en general; así el Convenio de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 04.11.1950, y parte del Derecho Humanitario Bélico, representado por los Convenios de Ginebra de 12.08.1949, a los que se adhirió España por Instrumento de 04.07.1952, y concretamente su Protocolo Adicional I de 08.06.1977, sobre protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales; también el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19.12.1966, y el Convenio Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes de Estrasburgo de 26.11.1987.

Así el *apartado primero* contempla el despojo de heridos, enfermos o náufragos de las FAS españolas o aliadas: «el militar que, en tiempo de guerra, y para apropiárselos, despojare de sus vestidos, dinero u otros efectos a un herido enfermo o náufrago perteneciente a las Fuerzas Armadas españolas o aliadas, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si el hecho se ejecutare con cualquier género de violencia física contra las indicadas personas, se impondrá la pena en su mitad superior».

Por su parte el *apartado segundo* recoge el denominado despojo de compañeros de armas muertos: «el militar que, en campaña, y para apropiárselos, despojare de dinero, alhajas u otros efectos personales que sus compañeros de armas muertos en el campo de batalla llevaran sobre sí, será castigado con la pena de dos a ocho años de prisión».

Y por último el *apartado tercero* establece que «se impondrá la misma pena al militar que mutilare un cadáver caído en acción de guerra o lo ultrajare».

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: Como se ha expuesto anteriormente, los supuestos previstos en los *apartados primero y segundo del art. 163* tienen su similitud con los delitos contra las leyes y usos de la guerra contemplados en el Título II del

Libro II del mismo cuerpo legal, arts. 69 a 78, concretamente con el previsto en el art. 77.2º, que sanciona con la pena de dos a ocho años de prisión al que «despojare de sus efectos en la zona de operaciones a un muerto, herido o enfermo, náufrago o prisionero de guerra con el fin de apropiárselos», imponiéndose la pena en su mitad superior «cuando con motivo del despojo se causaren lesiones o se ejercieren violencias que agravasen notablemente su estado»; su distinción, como ya se ha sostenido por algunos autores, radica en el sujeto pasivo o víctima de la acción punible, siendo en aquellos supuestos un militar del propio bando del sujeto activo («miembro de las FAS españolas o aliadas» o «compañero de armas»), mientras que en el art. 77.2, aunque no se especifica con claridad en el propio precepto, es el enemigo.

Respecto al *tercer supuesto del art. 163*, no tiene otra figura afín en el CPM, y engloba como sujetos pasivos tanto a los muertos del mismo bando como del enemigo.

c. Cuestiones concursales con el antiguo CP: con respecto a los supuestos previstos en los apartados primero y segundo del art. 163, no venía contemplado en el CP ningún supuesto delictual directamente correlativo con ellos, y en todo caso tales acciones podían tener indirectamente su encaje común entre los delitos contra la propiedad; así el tipo básico del apartado primero y el supuesto del apartado segundo, en el delito de Hurto del art. 514, sancionado con la pena de arresto mayor en grado máximo, esto es de cuatro meses y un día a seis meses, conforme al art. 515.2 *en relación con el art. 516.4*, siempre que el valor de lo sustraído superara las 30.000 ptas., constituyéndose en caso contrario en una mera falta del art. 587.1º; y el tipo agravado del inciso segundo del apartado primero del art. 163, en el delito de robo con violencia o intimidación del art. 500 *en relación con el art. 501.5º*, sancionado con la pena de prisión menor, esto es de seis meses y un día a seis años, o incluso en relación al *núm. 4º* de este precepto, cuando hubiere causación de lesiones susceptibles de ser calificadas como delito conforme al art. 420 del CP, sancionable entonces con la pena de prisión mayor, esto es de seis años y un día a doce años.

No obstante, tanto en uno como en otro caso, no se presentaban problemas concursales dado que la punición de las conductas conforme al art. 163, *apartado primero, inciso primero, y apartado se-*

gundo, del CPM era más grave que conforme a los arts. 514-515.2-516.4 del antiguo CP, y asimismo la del 163, apartado primero, inciso segundo, respecto al art. 500-501.5º o 4º.

Respecto a la conducta del apartado tercero del art. 163, sí tenía su correspondencia en el antiguo CP, concretamente en los arts. 340 y 577, relativos a la profanación de cadáveres, bien como tipo delictivo contra el respeto a los difuntos en el primer supuesto, sancionándose con la pena de arresto mayor y multa de 100.000.- a 500.000 ptas. al que «faltando al respeto debido a la memoria de los muertos ... practicare cualesquiera actos de profanación de cadáveres», bien como falta contra los intereses generales en el segundo supuesto, sancionándose con multa de 5.000 a 25.000 ptas. si los actos de profanación fueran «de carácter leve». No existiendo tampoco cuestión problemática concursal alguna dada la levedad de las penas del antiguo CP.

d. Situación actual: En el CP de 1.995 bajo la rúbrica de «Delitos contra la Comunidad Internacional» del Título XIV del Libro II, juntamente con los Capítulos dedicados a los delitos contra el Derecho de gentes y al genocidio, en el Capítulo III, y bajo la denominación «De los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado», arts. 608 a 614, se han incorporado inicialmente las figuras delictivas comunes correspondientes a las reguladas en los arts. 69 a 78 del CPM, consecuencia asimismo de la ratificación por España de los Protocolos Adicionales de 08.06.1977, publicada en el BOE de 26.07.1989, a los Convenios de Ginebra ya indicados anteriormente; no obstante siendo objeto de protección en tales supuestos delictivos únicamente las leyes y usos de la guerra, puesto que en numerosos supuestos se prevé que las penas se impondrán sin perjuicio de las que pudieran corresponder por los resultados, lesivos o dañosos, producidos, y considerar solamente la existencia de concurso de leyes entre los supuestos delictivos previstos en los arts. 69 a 78 del CPM y los contemplados en los arts. 608 a 614, los heridos, enfermos, náufragos y muertos del propio bando, sujetos pasivos de las conductas punibles de los párrafos primero y segundo del art. 163 del CPM, son asimismo, sujetos protegidos conforme al Protocolo Adicional I de 08.06.1977, y en consecuencia personas protegidas conforme al art. 608.1º del nuevo CP.

Y concretamente el art. 612.7º sanciona con la pena de prisión de tres a siete años, sin perjuicio de la pena que corresponda por los resultados producidos, al que «despoje de sus efectos a un cadáver, herido, enfermo, náufrago, prisionero de guerra o persona civil internada», siendo dicho precepto con el que entran claramente en concurso también las modalidades previstas en los citados párrafos primero y segundo del art. 163 del CPM; y si bien la pena prevista en el citado párrafo primero, tanto para el tipo básico como para el agravado, es más grave que la prevista en el art. 612 del nuevo CP, surge el problema concursal con la conducta prevista en el párrafo segundo del art. 163 al contemplar una pena en su extensión mínima de duración inferior (dos años) a la prevista para la conducta del art. 612.7 (tres años).

Además, a tenor del art. 616 del nuevo CP, se impondrá, cuando se cometiere por autoridades y funcionarios públicos, la pena de inhabilitación absoluta por tiempo de 10 a 20 años.

Por último, respecto a la conducta de profanación de cadáveres del apartado tercero del art. 163, tiene su correspondencia con la conducta prevista en el art. 526 del nuevo CP, que sanciona al «que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos,... ..profanare un cadáver...», con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana y multa de tres a seis meses, por lo que tampoco existe problema concursal en la actualidad a este respecto.

### 3. USO INDEBIDO DE UNIFORMES, DIVISAS, DISTINTIVOS Y CONDECORACIONES

a. Precepto: El artículo 164 del CPM sanciona con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión al «militar que usare pública e intencionadamente uniforme, divisas, distintivos o insignias militares, medallas o condecoraciones que no tenga derecho a usar».

b. Delimitación con otras figuras en el CPM: Delimitado el ámbito del art. 164 del CPM, como se ha sostenido por algún autor, a aquellas «conductas de uso indebido público con intención de obtener, aun temporalmente, el reconocimiento o atribuciones derivados de dicha utilización de uniforme, divisa, distintivo, insignia,

medalla o condecoración», no existen otras figuras afines en el CPM, contemplándose únicamente un supuesto similar más leve como infracción disciplinaria leve, tanto en el Régimen Disciplinario de las FAS (art. 8.6º) como en el específico de la Guardia Civil (art.7.17), de «ostentar insignias, condecoraciones u otros distintivos militares o civiles, sin estar autorizado para ello».

c. Cuestiones concursales con el antiguo CP: La presente conducta tenía su correlativa previsión punitiva ordinaria en el art. 324, párrafo primero, del antiguo CP, incluido en el Capítulo VII del Título III, entre las falsedades denominadas personales, en unión de los delitos de usurpación de funciones y de calidad, sancionándose con multa de 100.000 a 500.000 ptas. al «que usare pública e indebidamente título, diploma, nombramiento académico o profesional, uniforme, insignia o condecoración». Siendo el bien jurídico protegido, como sostiene reiterada jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo, el derecho de uso de las personas que peculiarmente ostentan un estado, cargo o clase oficiales y reglamentados, y cuyo goce está legalmente reservado a las mismas con limitación de la facultad de otras personas de poder vestir como quieran. Dado que dicho precepto era de carácter general frente al penal castrense y sancionado con pena menos grave, no existían problemas concursales entre ambos preceptos.

d. Situación actual: En el Código Penal de 1.995 esta conducta ha sido rebajada a la categoría de falta, concretamente entre las atentatorias contra el orden público, prevista en el art. 637, sancionándose con la pena de arresto de uno a cinco fines de semana o multa de 10 a 30 días al «que usare pública e indebidamente uniforme, traje, insignia o condecoración oficiales...», no existiendo tampoco en el presente problemas concursales entre los preceptos penal y ordinario, al resultar siempre la conducta punible por el precepto especial, el art. 164, más gravemente penada.

## V. CONCLUSIONES

A modo de resumen y como conclusiones de la presente comunicación podemos elaborar los siguientes cuadros comparativos de

concurso entre los tipos delictivos militares analizados con los supuestos afines expuestos del CP actual y el nuevo de 1.995:

**A. DELITOS DE COBARDÍA:**

Delito .....	Cobardía
Bien Jurídico Protec. ....	Deberes del Servicio (Valor)
Arts. CPM/CPa/CP 1995. ....	107 a 114
	—no problemas concursales—

**B. DELITOS DE DESLEALTAD:**

Delito .....	Información militar falsa		
Bien Jurídico Protec. ....	Lealtad	Fe Pública	Fe Pública
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	115	302	390
Pena T.B. ....	1 a 6 años	P.M.+ multa	3 a 6 años
Pena T.C. ....	3 a 10 años		
Pena T. Agravados .....	mitad superior	=(10.2)	=(22.3)
Pena T. Atenuados .....	inferior grado	=(318)	—

Delito .....	Certificación militar falsa		
Bien Jurídico Protec. ....	Lealtad	Fe Pública	Fe Pública
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	115	312	398
Pena T.B. ....	1 a 6 años	Susp.+ multa	Suspensión
Pena T.C. ....	3 a 10 años	—	—
Pena T. Agravados .....	mitad superior	=(10.2)	=(22.3)
Pena T. Atenuados .....	inferior grado	=(318)	—

Delito .....	Desnaturaliz. información o certificado		
Bien Jurídico Protec. ....	Lealtad		
Arts. CPM/CPa/CP 1995. ....	115 (pfo. 2)	—no problemas concursales—	
Pena T.B. ....	3m y 1d a 3a		
Pena T.C. ....	1 a 6 años		
Pena T. Agravados. ....	mitad superior		
Pena T. Atenuados .....	inferior grado		

Delito .....	Indiscreción		
Bien Jurídico Protec. ....	Lealtad	Probidad	Probidad
Arts. CPM/CPa/CP 1995. ....	116	367	417.1
Pena T.B. ....	3m y 1d a 3a	Susp.+ multa	Multa
Pena T.C. ....	—	P.m.	1 a 3 años

Delito .....	Excusa Indevida deberes militares		
Bien Jurídico Protec. ....	Lealtad		
Arts. CPM/CPa/CP 1995. ....	117	—no problemas concursales—	
Pena T.B. ....	3m y 1d a 6m		
Pena T.C. ....	2 a 8 años		

Delito .....	Infidelidad custodia presos y detenidos		
Bien Jurídico Proteg. ....	Lealtad	Probidad	Adm.Justicia
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	118	362	471/470
Pena T.B.....	1 a 6 años	A.M.	1 a 1,1/2 año
Pena T.C.....	3 a 6 años	P.m.	4 a 6 años

*C. DELITOS CONTRA EL DECORO MILITAR:*

Delito .....	Agresión Pública a militar		
Bien Jurídico Proteg. ....	Decoro	Integridad Física	Personas
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	162	582	617
Pena T.B.....	3m y 1d a 2 años	A.M.	1 a 6 F.S.

Delito .....	Despojo de heridos, enfermos y naufragos		
Bien Jurídico Proteg. ....	Decoro	Propiedad	D° Hum.Bélico
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	163.1	515-516.4°/501.5°	612.7°
Pena T.B.....	3 a 10 años	4m y 1d a 6m	3 a 7 años
Pena T.C.....	5 a 10 años	6m y 1d a 6a	—

Delito .....	Despojo de compañeros de armas muertos		
Bien Jurídico Proteg. ....	Decoro	Propiedad	D° Hum.Bélico
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	163.2	515-516.4	612.7
Pena T.B.....	2 a 8 años	4m y 1d a 6m	3 a 7 años
Pena T.C.....	—	—	—

Delito .....	Mutilación o ultraje de cadáveres		
Bien Jurídico Proteg. ....	Decoro	Respeto debido a los muertos	
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	163.3	340	526
Pena T.B.....	2 a 8 años	A.M. y multa	12 a 24 F.S.

Delito .....	Uso indebido de uniforme, insignias, ...		
Bien Jurídico Proteg. ....	Decoro	Veracidad	Orden Público
Arts. CPM/CPa/CP 1995 .....	164	324	637
Pena T.B.....	3m y 1d a 2a	Multa	1 a 5 F.S.



## **II. TEXTOS**

# **1. LEGISLACION**

## **JEFATURA DEL ESTADO**

*LEY ORGÁNICA 4/1997, de 4 de julio, sobre regulación del uso de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos.*

*aprueba el Reglamento General de evaluaciones, clasificaciones y ascensos del Cuerpo de la Guardia Civil.*

(Del BOE núm. 228, de 23-9-1997)

(Del BOE núm. 186, de 5-8-1997)

*LEY 6/1997, de 14 de abril, sobre organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.*

*REAL DECRETO 1249/1997, de 24 de julio, sobre organización del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional.*

(Del BOE núm. 197, de 1-8-1997)

(Del BOE núm. 90, de 15-4-1997)

## **MINISTERIO DE DEFENSA**

*REAL DECRETO 1424/1997, de 15 de septiembre, por el que se*

*REAL DECRETO 1250/1997, de 24 de julio, de constitución de la estructura del Mando Operativo de las Fuerzas Armadas.*

(Del BOE núm. 193, de 13-8-1997)

## **2. JURISPRUDENCIA**

## JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

Por Antonio Mozo Seoane  
*General Auditor*  
*Profesor Titular de Derecho Administrativo*

1. **Sentencia 1/1997, de 13 de enero. Sala Segunda («BOE» núm. 39, de 14 de febrero de 1997).**  
**Recurso de amparo 2.728/1992, contra Auto de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.**  
**Materia: Indemnización por residencia eventual. Ejecución de sentencia. Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva: intangibilidad de la cosa juzgada.**  
**Ponente: Sr. Mendizábal Allende.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

Don M. S. C., en escrito que presentó el 13 de noviembre de 1992 interpuso el recurso de amparo de que se hace mérito en el encabezamiento, diciendo que, en Sentencia que pronunció el 11 de marzo de 1991, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid le reconoció el derecho a percibir indemnización por residencia eventual en virtud de su asistencia al Curso de Estado Mayor impartido en Madrid entre el 15 de septiembre de 1985 y el 5 de octubre de 1987, condenando a la Administración del Estado a abonarle «los importes que resulten». Ante la tardanza de la Administración en dar cumplimiento a dicha Sentencia, instó de la Sala sentenciadora su ejecución. En el incidente que se abrió al efecto la Administración remitió un oficio en el que ponía de manifiesto que había conocido con posterioridad al pronunciamiento de la Sentencia que

el recurrente solicitó y obtuvo una determinada cantidad (87.192 pesetas) en concepto de traslado de residencia por la realización del mismo curso y proponía tres soluciones alternativas para la ejecución (indemnización por residencia habitual hasta la fecha en que el demandante realizó el traslado de residencia; descontar en el pago de aquella indemnización la cantidad recibida por traslado de residencia; hacer ese descuento en el momento de la fijación de la cuantía de aquella indemnización). Tras oír contradictoriamente a las partes, el 20 de julio de 1992 la Sala dictó Auto en el que declaró no haber lugar a proseguir la ejecución y dio por saldada la deuda de la Administración con el recurrente en materia de residencia, mediante el abono de 87.192 pesetas en concepto de indemnización por traslado de residencia. Este Auto fue confirmado en súplica en otro de 13 de octubre del mismo año.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

.....

2. Una vez perfilado el anverso formal del objeto procesal, éste se completa por su reverso, la pretensión, consistente en anular el Auto donde tal se dice, con su fundamento o *ratio petendi* que se pone en dos normas constitucionales, el principio de igualdad ante la Ley, quebrantado —se dice— por aplicar discriminatoriamente el Real Decreto 1.344/1984 y el derecho a obtener el cumplimiento íntegro y en sus propios términos de las decisiones judiciales. El primero de esos dos argumentos puede y debe ser rechazado *a limine*, en el umbral de esta Sentencia, puesto que —por su propia esencia— la discriminación, como tratamiento peyorativo, exige un factor de alteridad, la existencia del «otro» mejor tratado y, por ello, necesita para su consideración y enjuiciamiento un término de comparación que, por ser un hecho constitutivo de la pretensión (véase al respecto el art. 1.214 C.c.), ha de ser suministrado —no sólo alegado sino probado— por quien la esgrime (SSTC 307/1993, 80/1994, 321/1994 y 11/1995), elemento de juicio para comprobar si se da el sedicente agravio comparativo que debe venir referido a una situación jurídica concreta donde se encuentren otros ciudadanos o grupos de ciudadanos (STC 80/1994 y AATC 98/1986 y 940/1987), sin que baste una invocación abstracta genérica e indeterminada como aquí sucede. La queja se siluye así en una mera invocación de una des-

igualdad no identificada ni ponderable, reduciéndose a una discrepancia de criterio con la solución dada al caso por el Tribunal Superior de Justicia. En definitiva, se plantea una cuestión importante en el plano de la legalidad —el sentido y alcance, la interpretación del ya mencionado Real Decreto— pero sin una dimensión constitucional desde la perspectiva del art. 14 C.E.

3. Lo mismo ocurre con el tema principal, que no llega a trascender ese ámbito de la legalidad, ya que consiste en determinar si son compatibles, o no, las indemnizaciones por residencia eventual y por traslado de residencia. Ahora bien, no puede soslayarse que, tal y como ya hemos tenido ocasión de advertir en otras ocasiones (STC 102/1995), ambos niveles, el constitucional y el legal, se encuentran interrelacionados. Es precisamente la interpretación de aquella legalidad, sostenida por la Sala juzgadora en el Auto que dictó dando por ejecutada su sentencia, la causa directa e inmediata del efecto (modificación de la cosa juzgada) al cual se imputa la vulneración del art. 24.1 C.E.

El derecho que se configura en el sobredicho precepto constitucional exige, además de una respuesta razonable y razonada a la pretensión, que el pronunciamiento judicial sea cumplido, exigencia inherente a la efectividad que se predica de la tutela judicial. En tal línea discursiva hay que situar la norma constitucional donde se impone con el mayor énfasis la obligación de cumplir las Sentencias y demás resoluciones judiciales firmes que a todos nos incumbe (art. 118 C.E.), precepto que también tiene otros aspectos y cuyo alcance va más allá, trasciende su enunciado, como ha puesto de relieve la doctrina legal del Tribunal Supremo, con valor normativo complementario del ordenamiento jurídico. La garantía en que consiste la tutela judicial, con su complejidad de contenido, no tiene otro designio que la consagración práctica de los derechos cuya protección se impetra ante los Tribunales. No basta con acatar su opinión sino que hay que hacerla realidad. Lo contrario sería convertir las decisiones judiciales, y el reconocimiento por ellas de los derechos a favor de cualquiera de las partes, en meras declaraciones de propósitos o de buenas intenciones (por todas, STC 316/1994). De nada serviría obtenerlas, con todos los sacramentos procesales en un juicio formalmente impecable, si el solemne pronunciamiento que lo corone no llegara a tener reflejo en el mundo de los hechos. El derecho al cumplimiento o ejecución se integra, pues, por sí mismo, sin violencia conceptual alguna, en el más amplio de la tutela judicial.

Corolario de lo dicho es que la actividad jurisdiccional dirigida a esa

finalidad de ejecutar lo juzgado ha de respetar escrupulosamente el fallo o parte dispositiva y ejercitarse con energía e intensidad suficientes para superar los obstáculos que pudieran oponérsele (STC 153/1992). En tal sentido, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial encargado de ella, aunque sea el mismo que dictó la Sentencia, se aparte de lo mandado en el pronunciamiento a cumplir o se abstenga de adoptar las medias necesarias para conseguirlo (SSTC 306/1993 y 322/1994). Ello significa entonces que tal derecho tiene como presupuesto lógico y aun constitucional, la intangibilidad de la firmeza de las resoluciones judiciales y de las situaciones jurídicas allí declaradas (STC 135/1994), sin que, por lo mismo, puedan ser introducidas en el procedimiento de ejecución, para alterar el contenido de la parte dispositiva de la Sentencia, cuestiones no abordadas en ella ni decididas en el fallo que se trate de ejecutar o con las que éste no guarde una directa e inmediata relación de causalidad (SSTC 91/1993 y 219/1994).

4. Pues bien, dicho lo cual puede anticiparse ya que en este caso se ha desconocido el derecho fundamental de quien nos pide amparo a que la Sentencia a su favor, dictada el 11 de marzo de 1991 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo, fuera ejecutada en sus propios términos. En el curso del procedimiento para ello, la Sala sentenciadora tuvo conocimiento de que, con el mismo fundamento, el hoy demandante había solicitado y obtenido una indemnización por traslado de residencia. Una vez comprobada la doble percepción y la incompatibilidad existente entre uno y otro concepto retributivo, el Auto que se impugna en esta sede llega a la conclusión de que la obligación pecuniaria impuesta a la Administración en la Sentencia quedó configurada como una obligación de cumplimiento alternativo considerándole extinguida por el cobro de una de tales indemnizaciones.

Esta conclusión no sólo desconoce el contenido de la Sentencia en trance de ejecución, sino que por tal vía sesgada introduce una cuestión nueva no debatida en el pleito. El Auto donde la propone el Tribunal Superior de Justicia niega así al ganador del pleito lo que le había reconocido la Sentencia y lo hace con un instrumento inadecuado, reabriendo un debate ya concluso en momento inoportuno con temas no planteados ni sometidos a debate contradictorio en la fase procesal idónea y enervando así la efectividad de la tutela judicial en su vertiente del derecho a la ejecución de lo juzgado definitivamente con la cualidad de la firmeza. Buena prueba de ello es que, si la disyuntiva sobre la compatibilidad o incompatibilidad de los dos tipos de indemnización hubiera



sido planteada cuando debió serlo (en la fase de alegaciones de proceso) antes de dictarse Sentencia, el contenido de ésta habría sido tan distinto que conducía indefectiblemente a la desestimación del recurso contencioso-administrativo, como el propio Tribunal Superior de Justicia reconoce en su Auto de 20 de julio de 1992.

Cierto es que, al Tribunal Constitucional, no le corresponde, en vía de amparo, sustituir a la autoridad judicial en el cometido de determinar el modo de llevar a puro y debido efecto sus pronunciamientos ni, por lo tanto, examinar la corrección de las decisiones que, en cada caso, adopten aquéllos para la ejecución de lo resuelto, pero no lo es menos que le incumbe velar por que las decisiones que se adopten en el seno del procedimiento de ejecución lo sean de un modo razonablemente coherente con el contenido de la resolución que se haya de ejecutar, así como reparar, en su caso, las lesiones que sean fruto de decisiones arbitrarias e irrazonables o tengan su origen en la pasividad o desfallecimiento del órgano judicial encargado de la ejecución (SSTC 167/1987, 153/1992, 247/1993 y 251/1993) y, también como ocurre aquí y ahora, cuando desconozcan de la intangibilidad de la cosa juzgada.

### III. FALLO

Estimar el presente recurso de amparo y, en consecuencia:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho fundamental que asiste al demandante para obtener la tutela judicial efectiva en su vertiente de la ejecución de lo juzgado.

2.º Restablecerle en el disfrute de ese derecho, a cuyo fin declaramos la nulidad de los Autos pronunciados en el recurso núm. 589/89-03 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid los días 20 de julio y 13 de octubre de 1992.

**2. Sentencia 56/1997, de 17 de marzo. Sala Primera («BOE» núm. 92, de 17 de abril de 1997).**

**Recurso de amparo 3.199/1996, contra Autos del Tribunal Militar Central por los que se acordó y confirmó, respectivamente, la prórroga de la situación de prisión preventiva del recurrente.**

**Materia: Vulneración del derecho a la libertad personal: extemporaneidad de la resolución de prolongación de la medida cautelar inicialmente acordada.**

**Ponente: Sr. Cruz Villalón.**

## **I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO**

El demandante de amparo, que se encuentra encausado en el sumario seguido ante la Jurisdicción Militar por un delito de revelación de secretos (art. 53 del Código Penal Militar, en adelante CPM), fue detenido en fecha 18 de junio de 1995 por orden judicial siendo acordada judicialmente su situación de prisión preventiva en fecha 21 de junio de 1995, para ser acordada y sustituida en fecha 15 de julio de 1995 por la de prisión atenuada, hasta el 29 de septiembre de 1995 en que se volvió a acordar la prisión preventiva del recurrente. En fecha 17 de junio de 1996, encontrándose el actor en situación de prisión preventiva, el Fiscal Togado Militar, a requerimiento del Tribunal Militar Central, evacuó informe sobre la procedencia de prolongar la prisión preventiva del recurrente.

En fecha 24 de junio de 1996, el Tribunal Militar Central dictó Auto en el que acordó prorrogar la situación de prisión preventiva del recurrente hasta el límite temporal previsto en el art. 218 de la Ley Orgánica Procesal Militar, en adelante LOPM. Contra este Auto interpuso el actor recurso de súplica, que ha sido desestimado mediante Auto de fecha 9 de julio de 1996. Contra estas dos últimas resoluciones se dirige el actual recurso de amparo.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

1. La presente demanda de amparo fue admitida a trámite «únicamente en lo que respecta a la invocada lesión del derecho consagrado en el art. 17 C.E., por la eventual extemporaneidad de dicho acuerdo de prolongación de la medida cautelar» (ATC 340/1996, de 25 de noviembre). De ahí que, pese a que el recurrente, en el trámite de alegaciones (art. 2 LOTC), haya vuelto a imputar a las resoluciones del Tribunal Militar Central objeto de este amparo las diversas vulneraciones de derechos inicialmente puestas de manifiesto en su escrito de demanda, la

única cuestión sobre la que hemos de pronunciarnos por medio de la presente Sentencia es la relativa a dicha alegada infracción del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 C.E.), que el demandante estima producida al haberse decretado la prórroga de la medida de prisión pereventiva, a la que en la actualidad sigue sometido, una vez superado el plazo máximo de un año de duración de la prisión provisional establecido por el primer apartado del art. 218 LOPM sin que el mismo hubiera sido puesto en libertad o, alternativamente, se hubiera decretado la prórroga de dicha prisión en los términos del art. 218 LOPM. El quejoso solicita en el *petitum* de su demanda, en primer lugar, la nulidad de los referenciados Autos de 24 de junio y 6 de julio de 1996 del Tribunal Militar Central y, en segundo lugar, su inmediata puesta en libertad.

2. Tal y como ha quedado suficientemente detallado en los antecedentes, el demandante de amparo fue detenido el día 18 de junio de 1995 por orden de la autoridad judicial, que decretó su ingreso en prisión preventiva el 21 de junio siguiente con arreglo a lo previsto en los arts. 215 y ss. LOPM. El 15 de julio de 1995 pasó a la situación de prisión atenuada (art. 225 y ss. LOPM), en la que se mantuvo hasta el día 29 de septiembre de 1995, fecha en la que de nuevo fue decretada su prisión preventiva. El 17 de junio de 1996, el Ministerio Fiscal solicitó la prórroga de dicha situación, a lo que accedió la Sala de Justicia del Tribunal Militar Central, no sin antes prestar audiencia al recurrente, por medio de Auto de 24 de junio de 1996, posteriormente confirmado en súplica por otro fechado el 9 de julio del mismo año.

3. A estas dos últimas resoluciones, como se ha reseñado, se les imputa la lesión del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17 CE), por cuanto, a juicio del recurrente, la prórroga de la prisión preventiva que las mismas llevan a efecto fue acordada con posterioridad al vencimiento del plazo máximo de un año previsto en el párrafo primero del art. 218 LOPM, plazo que, según se sostiene en la demanda, comenzó a discurrir el mismo día en que se produjo su detención y que siguió su curso o, si se prefiere, no fue interrumpido, mientras se mantuvo en la situación de prisión atenuada, sin que deba tampoco olvidarse la circunstancia de que el año 1996, como bisiesto, contó con trescientos sesenta y seis días. En resumen, el plazo máximo fijado por el art. 218 LOPM se habría cumplido el día 16 de junio de 1996, sin que, con tal fecha, se hubiera producido la modificación de su situación de preso preventivo.

El Ministerio Fiscal solicita el otorgamiento del amparo al coincidir

plenamente con el recurrente en su modo de determinar el momento del cumplimiento del plazo máximo de un año establecido para el segundo de los supuestos previstos en el inciso primero del art. 218, párrafo primero, LOPM.

Las resoluciones judiciales impugnadas, en cambio, consideran inexistente la denunciada extemporaneidad de la prórroga al entender que, en el cómputo de los plazos máximos de la prisión preventiva a los que se refiere la LOPM, tan sólo han de tomarse en cuenta los días en que el imputado haya estado sometido a esta concreta y específica situación, sin que deban incluirse, pues, en aquel cómputo el tiempo de detención, ni tampoco el transcurrido en régimen de prisión atenuada.

4. El art. 17 CE, lejos de limitarse, sin mayores precisiones, al reconocimiento del derecho fundamental a la libertad personal («Toda persona tiene derecho a la libertad»), ha incorporado una pluralidad de específicas garantías de dicha libertad, expresiones todas ellas de la necesidad, históricamente contrastada, de salvaguardarla en situaciones muy cualificadas, por más que perfectamente legítimas. Tal es el caso de las numerosas garantías de las que los apartados 2 y 3 de dicho artículo rodean a la detención preventiva. Tal es el caso también de la cautela contenida en el inciso segundo del apartado 4: «Asimismo, por ley se regulará el plazo máximo de duración de la prisión provisional». Respecto de los diversos supuestos de privación de libertad el inciso segundo del art. 17.1 CE se pronuncia en términos taxativos: «Nadie puede ser privado de libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley».

Por medio, particularmente, de los sencillos términos del inciso segundo del art. 17. CE, acabados de reproducir, la Constitución se ha ocupado de una medida cautelar inserta en el proceso penal particularmente sensible, cual es el sometimiento a una situación de privación de libertad, como sin duda lo es esta medida (STC 41/1982, fundamento jurídico 2), de quienes, ante la ley, siguen siendo inocentes. Así, y ante todo, la Constitución ha venido a permitir la prisión provisional, haciéndola constitucionalmente legítima. Pero, al mismo tiempo, la ha sometido y la ha puesto en contraste con el derecho fundamental a la libertad personal, el cual debe operar como criterio general de una interpretación constitucionalmente adecuada del instituto en cuestión: «El art. 17.4 de la Constitución reconoce y consagra el derecho fundamental de toda persona a no ser privada preventivamente de su libertad más allá del plazo máximo señalado por la ley, o, dicho en términos positivos, a ser puesta en liber-

tad una vez transcurrido dicho plazo» (STC 32/1987, fundamento jurídico 3). Por tanto, en relación con la prisión provisional, la Constitución no se limita a reconocerla, dando por válido cualquier hipotético plazo máximo que, para su duración, el legislador pueda determinar (STC 8/1990, fundamento jurídico 3; 206/1991, fundamento jurídico 4); el inciso segundo del art. 17.4 CE, como se ha indicado, se inserta en la economía del entero art. 17 CE, comenzando por su primer apartado, siendo en ese más amplio contexto en el que debe ser comprendido; es ahí donde encuentra su lugar el criterio de razonabilidad del plazo (SSTC 127/84, fundamento jurídico 3; 8/1990, fundamento jurídico 4). Pero, con independencia de ello, y a los efectos de la presente demanda, es claro que el plazo máximo de duración de la prisión provisional que, por imperativo constitucional y como «garantía de la mediación legislativa» (STC 71/1994, fundamento jurídico 13), el legislador debe establecer es asumido como tal por la propia Constitución como tal plazo máximo, de tal forma que la ignorancia de dicho plazo se traduce, por fuerza, en una vulneración del derecho fundamental a la libertad personal (art. 17.1 CE): «aunque esos plazos puedan variarse por el legislador, mientras la Ley fije unos, es evidente que han de cumplirse y que ese cumplimiento, como se ha dicho, integra la garantía constitucional de la libertad consagrada en el art. 17 de la Constitución» (STC 127/1984, fundamento jurídico 3). De este modo, y como consecuencia de todo ello, resulta de absoluta evidencia que la forma de computar un plazo como el previsto en el art. 17.4, inciso segundo, CE, asume el carácter de una determinación de legalidad con trascendencia constitucional, habiéndolo implícitamente entendido así este Tribunal Constitucional de forma invariable en las resoluciones que venimos invocando.

5. La circunstancia de que el legislador haya cumplido el mandato constitucional de fijación del indicado «plazo máximo» en forma de un plazo máximo inicial prorrogable hasta un plazo máximo improrrogable o absoluto no desplaza, por así decir, a la garantía constitucional que nos ocupa a esta última y definitiva determinación temporal, de tal modo que todo lo que hasta ese momento ocurra venga a resultar indiferente desde la perspectiva del art. 17 CEy, más concretamente, de su apartado cuarto. Por el contrario, es de tener en cuenta, refiriéndonos concretamente ya a la legislación penal y procesal militar, que el plazo máximo inicial de la «prisión preventiva» es la regla, de tal modo que su prórroga reviste caracteres excepcionales (art. 218 LOPM). El agotamiento, pues, de ese plazo máximo inicial sin que se haya puesto fin a la medida

cautelar o, alternativamente, se haya aprobado su prórroga implica también, por más que su intensidad no sea la misma, una vulneración del art. 17.4 CE, y sin que la prórroga acordada con posterioridad pueda venir a subsanarla (SSTC 40/1987, fundamento jurídico 3; 103/1992, fundamento jurídico 3).

6. En el caso del presente recurso de amparo la cuestión litigiosa no se contrae a determinar si la prórroga de la medida de prisión provisional en la que aún hoy se encuentra el demandante (adoptada por Auto de 24 de junio de 1996) se acordó o no más de un año después de haberse decretado inicialmente la misma (mediante Auto de 21 de junio de 1995), pues el simple contraste de ambas fechas pone de manifiesto que el plazo del año efectivamente ha sido superado, sino en concreto la de dilucidar si el período de tiempo en que el recurrente estuvo en la situación de prisión atenuada (15 de julio a 29 de septiembre de 1995) debe o no computarse dentro del «plazo máximo de duración de la prisión provisional». De ahí también el que, a los efectos del problema que nos ocupa, resulten irrelevantes las cuestiones relativas al cómputo o no de los tres días que el recurrente estuvo sometido a detención, así como el carácter bisiesto de 1996: como se ha visto, es únicamente la inclusión o no del tiempo transcurrido en la situación de «prisión atenuada» el que puede determinar la temporaneidad o no de la prórroga de su situación de prisión y, por tanto, el respecto a la garantía prevista en el art. 17.4, inciso segundo, CE.

7. Determinado el problema al que debemos dar respuesta, se hace preciso proceder al previo análisis de dos extremos relativos a la situación de «prisión atenuada»: en primer lugar, si es «prisión preventiva» en el sentido de la legislación militar, pues sólo así podremos decir que los plazos previstos en el art. 218 LOPM le son aplicables; en segundo lugar, y con independencia de lo anterior, si es «prisión provisional» en el sentido del art. 17.4 CE, pues lo uno no tiene que llevar aparejado lo otro.

8. A partir de una consideración sistemática, la lectura de las Secciones tercera («De la prisión preventiva»), cuarta («De la prisión incommunicada») y quinta («De la prisión atenuada») del Capítulo VIII («De las medidas cautelares sobre personas») del Título II del Libro Primero de la LOPM pone de manifiesto que la situación de «prisión atenuada» aparece configurada como una variante, y uno un *aliud*, respecto de la «prisión preventiva». A partir de lo regulado en la referida Sección Tercera para la prisión preventiva, y con plena aplicación de lo que en ella se dispone, la Sección Quinta posibilita que «la prisión sea atenuada»

cuando en el preso concurren circunstancias que a juicio del Juez lo aconsejen. En qué consista esta atenuación es algo de lo que habremos de ocuparnos más adelante. Lo que de momento importa retener es que su régimen es, sin duda, el de la Sección Tercera con las especificidades de la Sección Quinta. Tal es el caso, singularmente, en lo relativo a los supuestos en los que la prisión procede (arts. 216 y 217 LOPM). Que dentro de este régimen deben comprenderse las previsiones del art. 218 LOPM relativas a los plazos de duración no debiera ser dudoso, so pena de entender que el legislador ha renunciado a prever plazo máximo alguno de duración de la prisión atenuada. Por otra parte, el Código Penal Militar expresamente equipara la prisión atenuada a la «rigurosa», como modalidades ambas de una misma «prisión preventiva», al disponer su art. 27 que, para el cumplimiento de condena, «se abonará el tiempo de prisión preventiva rigurosa o atenuada». La situación de «prisión atenuada» es, pues, «prisión preventiva» en el sentido genérico de la legislación penal y procesal militar.

9. Con independencia de lo anterior, sin embargo, resulta necesario plantearse si la garantía específica que el art. 17.4 CE, inciso segundo, CE, establece para la prisión provisional, debe proyectarse sobre todas las variantes de la «prisión preventiva» militar o si, por el contrario, deben quedar excluidas de la misma aquellas que, más allá de su *nomen iuris*, no merezcan intrínsecamente tal calificativo. Pues es concebible que, siendo aplicable el art. 218 LOPM a la prisión atenuada, la transgresión de dicho precepto no suponga necesariamente una vulneración del art. 17.4 CE. Ello podría ser así en el supuesto de que, como decimos, la atenuación que la situación de prisión preventiva sufriera con arreglo a lo previsto en los arts. 226 y 227 LOPM fuera de tal intensidad que nos encontrásemos ante una ficción jurídica.

Ciertamente, la atenuación que la situación de prisión preventiva sufre como consecuencia de lo previsto en los arts. 225 y ss. LOPM es muy considerable. Cabe, en efecto, recordar cómo, de forma incidental, y dando respuesta a una alegación distinta planteada en un supuesto distinto, hemos llegado a referirnos a la situación de prisión atenuada como una «figura intermedia entre la libertad y la prisión ordinaria» (STC 14/1996, F. 2). La prisión atenuada no sería, pues, la forma «ordinaria» de prisión, pero tampoco sería una situación de libertad.

Esta declaración incidental conduce a la respuesta de la cuestión que en este momento se nos plantea. La prisión provisional, en cuanto tiene como primordial finalidad la de asegurar la disponibilidad física del im-

putado con miras al cumplimiento de la Sentencia condenatoria que eventualmente pueda ser dictada en su contra, impidiendo de este modo que dicho sujeto pasivo de la imputación pueda sustraerse a la acción de la justicia durante el tiempo que inevitablemente ha de consumirse en la tramitación de cualquier proceso penal, se incluye, como hemos visto, en la categoría más general de las medidas cautelares de naturaleza personal, al igual que, por participar de idéntica finalidad, lo son también medidas tales como la libertad provisional, con o sin fianza, sin perjuicio de que el art. 234 LOPM excluya la primera de estas dos últimas variantes. En definitiva, pues, la prisión provisional a la que alude el art. 17.4 CE pertenece a una categoría más amplia, la de las medidas cautelares de naturaleza personal y que, como regla general, la Constitución no impide que se mantengan vigentes a lo largo de toda la tramitación del procedimiento, más allá obviamente de las exigencias generales de necesidad y proporcionalidad.

En este sentido, la Constitución ha singularizado la medida cautelar de la prisión provisional al rodearla de la especial garantía recogida en el segundo inciso del art. 17.4 CE, y a la que venimos refiriéndonos desde un principio, el plazo máximo de duración con entera autonomía de la duración del procedimiento. Ello, desde luego, no ha sido debido a un capricho del constituyente. A diferencia de otras medidas cautelares, en algunos casos ciertamente gravosos, en otros casos con repercusiones restrictivas sobre la libertad personal, la prisión provisional frente a la que reacciona el citado precepto constitucional implica una privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso segundo, CE, y no ya una restricción de la misma. Las restricciones a la libertad personal en que puedan traducirse las diversas medidas cautelares deben, ciertamente, ser contrastadas con el criterio general que se deriva del derecho fundamental a la libertad (art. 17.1 CE). Pero cuando se trata de una medida cautelar que se traduce en una privación de libertad, los poderes públicos deben observar las exigencias adicionales que se derivan del art. 17.4, inciso segundo, CE. A partir de aquí, por tanto, la cuestión es la de si la prisión preventiva militar, cuando resulta atenuada en los términos de los arts. 225 y ss. LOPM, debe continuar gozando de esta exigencia suplementaria de la que nos venimos ocupando o si, por el contrario, debe ser desplazada al régimen general de contraste con el art. 17 CE propio de las medidas cautelares que conllevan alguna restricción de la libertad.

10. La situación de prisión atenuada regulada en los arts. 225 y ss. LOPM es prisión provisional en el sentido del art. 17.4, inciso segundo,



CE. Dicho en otras palabras, el tiempo que el recurrente permaneció en prisión atenuada, es decir, los días transcurridos entre el 15 de julio y el 29 de septiembre de 1995, debieron ser computados a la hora de determinar el plazo máximo de duración de la prisión provisional en el sentido de dicho precepto constitucional. A esta conclusión resulta necesario llegar inevitablemente si nos atenemos, no a las disimilitudes con la situación de prisión «ordinaria» en el sentido de la STC 14/1996 o, si se quiere, con la de prisión «rigurosa» (art. 27 CPM), sino a las disimilitudes de la prisión atenuada con la situación de libertad. Ciertamente, es distinto el rigor del cumplimiento de la medida de prisión preventiva en el establecimiento militar que corresponda de aquél que tiene lugar, como prisión atenuada, en el respectivo domicilio, en el caso de los militares profesionales y paisanos (art. 226.1 LOPM); no tanto, sin embargo, en el caso de la que cumplen los militares no profesionales, también como prisión atenuada, «en las unidades a que pertenezcan» (art. 226.2 LOPM). Además de ello, y ya de forma indiferenciada, la prisión atenuada permite acudir al trabajo habitual, así como asistir a las prácticas religiosas (art. 227 LOPM). En esto, desde luego, se diferencia la prisión atenuada de la prisión ordinaria.

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional lo decisivo no son tanto las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la prisión preventiva rigurosa cuando las diferencias de la prisión preventiva atenuada con la situación de libertad. Desde dicha perspectiva forzoso es concluir que la prisión atenuada no es una situación de restricción de libertad, sino una situación de privación de libertad en el sentido del art. 17.1, inciso 2.º, y consiguientemente 4, inciso segundo, CE. Pues en este caso, sencillamente, la perspectiva se invierte. Mientras en las medidas cautelares restrictivas de la libertad, esta libertad es la regla y la medida personal la excepción, en el régimen de la prisión atenuada que prescriben los arts. 226 y 227 LOPM la sustracción de la libertad personal es la regla y su atenuación, como ya su propio nombre indica, la excepción.

En este sentido, y con una finalidad semejante, cual era la de dilucidar si la persona sometida a una sanción de arresto domiciliario podía instar el procedimiento de *habeas corpus* (art. 17.4, inciso primero, CE), hemos tenido ocasión de afirmar recientemente que «el Juez de Instrucción incurrió en un error manifiesto y notorio al considerar que el “arresto domiciliario” que sufría el demandante de amparo, como consecuencia de la sanción disciplinaria que le había sido impuesta, no implicaba la privación de su libertad», con la precisión de que ello es así

«aun cuando se imponga “sin perjuicio del servicio”» (STC 31/1985, fundamento jurídico 3).

En suma, la persona no recupera su situación de libertad porque el Juez Togado le pueda autorizar a acudir a su trabajo habitual o a asistir a sus prácticas religiosas (art. 227 LOPM). Sostener que la persona se encuentra en situación de libertad desde el momento en que puede ser autorizado a acudir a su trabajo o a cumplir sus obligaciones religiosas es algo que se compadece con dificultad con los presupuestos de un orden político que se comprende a sí mismo como un régimen de libertades (art. 10.1 CE).

11. Alcanzadas las dos conclusiones anteriores resulta inevitable la apreciación de que el mantenimiento del recurrente en situación de prisión preventiva, cuando menos, a partir del 21 de junio de 1996, sin que alternativamente hubiese sido prorrogada su situación en los términos del art. 218, párrafo segundo, LOPM, supuso una violación de su derecho fundamental a la libertad personal por vulneración de lo establecido en el inciso segundo del art. 17.4 CE, sin que, como ya se ha advertido, la decisión de dicha prórroga con fecha de 24 de junio de 1996 haya podido subsanarla. Procede, por tanto, estimar el amparo en lo que se refiere a la petición de declaración de nulidad de los Autos del Tribunal Militar Central de 24 de junio y 9 de julio de 1996.

12. El recurrente en amparo, sin embargo, ha solicitado también, como segundo punto de su *petitum*, su «inmediata puesta en libertad». En ausencia de una autónoma argumentación al respecto, debe entenderse que, en su apreciación, la nulidad de los referidos Autos determina esta segunda consecuencia. No es así como lo ha visto este Tribunal, cuando menos en los invocados casos en los que, al momento de dictar Sentencia, ya se ha producido la condena de los recurrentes (SSTC 40/1987, fundamento jurídico 4; 88/1988, fundamento jurídico 2; 103/1992, fundamento jurídico 5). En el supuesto actual, es claro que quien viene en petición de amparo no ha sido tan siquiera juzgado. No lo es menos, sin embargo, que se encuentra procesado y pendiente de juicio, acusado de un delito de revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional (art. 53 CPM). Como dijimos en la STC 88/1988, acabada de citar, «no correspondería a este Tribunal, sino, en su caso, al órgano judicial penal la adopción de la decisión sobre esa libertad, teniendo en cuenta las circunstancias concretas del caso. El otorgamiento del amparo sólo podría limitarse a reconocer el derecho de los recurrentes a que la decisión judicial sobre su situación

de libertad provisional se adoptase, en cuanto a los límites máximos, de acuerdo con lo previsto en el art. 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal» (fundamento jurídico 2).

En términos semejantes, procede declarar ahora que es al órgano judicial a quien corresponde determinar, en relación con el recurrente en amparo, la adopción o no de las medidas cautelares de naturaleza personal permitidas por el ordenamiento, una vez declarados nulos los Autos de 24 de junio y 9 de julio de 1996 que, extemporáneamente, acordaron y ratificaron, respectivamente, la prórroga de la prisión preventiva.

### III. FALLO

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Juan Alberto Perrote Pellón y, en consecuencia:

1.º Reconocer el derecho fundamental del recurrente a la libertad individual, sin que pueda ser excedido el plazo legalmente previsto para la prisión provisional.

2.º Declarar la nulidad de los Autos dictados por el Tribunal Militar Central de fechas 24 de junio y 9 de julio de 1996, por los que se acordó y confirmó, respectivamente, la prórroga de la situación de prisión preventiva del recurrente en amparo.

3.º Desestimar el recurso en todo lo demás.

**3. Sentencia 64/1997, de 7 de abril. Sala Segunda («BOE» núm. 114, de 13 de mayo de 1997).**

**Recurso de amparo 1.854/1994, contra sentencia de la Sección Primera de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia.**

**Materia: Supuesta vulneración de los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías.**

**Ponente: Sr. Viver i Pi-Sunyer.**

### I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO

El interesado, Cabo Primero de Ingenieros, ingresó como voluntario en el Ejército al amparo de la Ley de 22 de diciembre de 1955, que en

su art. 6 preveía que el número máximo de períodos bienales de reenganche de que pueden disfrutar los Cabos Primeros es de cuatro, de suerte que al cumplimiento del cuarto se producirá la licencia forzosa. Tras diversas incidencias, mediante resolución dictada en 30 de julio de 1991 por el Coronel de la Zona de Movilización de Murcia, en cumplimiento del acuerdo de la Capitanía General de la Región de Murcia de 17 de julio de 1991, se decreta la baja del interesado en la correspondiente Unidad.

Deducida la correspondiente impugnación contencioso-administrativa frente a las meritadas resoluciones de 17 y 30 de julio de 1991, así como contra la desestimación presunta por silencio de la alzada entablada contra aquéllas, por providencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 12 de diciembre de 1991, se procede a la notificación de la designación del Magistrado Ponente en el proceso núm. 1.482/91, bajo el que se tramitaba la referida impugnación, designación que recayó en don Nicolás Maurandi Guillén. Ulteriormente, y una vez formalizados los escritos de demanda y de contestación a ésta, por providencia, no notificada al interesado, de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, de 4 de marzo de 1994, se hace constar que, en virtud de la autorización conferida por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su sesión del día 1 de febrero de 1994, sobre constitución de dos Secciones en la citada Sala, y consecuente reparto de asuntos, el conocimiento del proceso núm. 1.482/91 correspondía a la Sección Primera, integrada por los Magistrados don José Abellán Murcia, Presidente; don Nicolás Maurandi Guillén y don Luis Federico Alcázar y Vieyra de Abreu, encomendándose la ponencia del mencionado asunto a este último y señalándose para votación y fallo el día 4 de marzo de 1994.

El asunto concluyó por la Sentencia, aquí impugnada, de 14 de marzo de 1994, cuyo pronunciamiento desestimatorio trae causa de la apreciación de no concurrencia en las resoluciones cuestionadas de la causa de nulidad prevenida en el art. 47.1 c) de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, al estimarse que la de Capitanía de 17 de julio de 1991, y de la que la de 30 de julio de 1991 se erigía en mera ejecución, había sido adoptada al amparo de los arts. 6 y 7 de la antes mencionada Ley de 1955.

## II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. Los extremos a los que el recurrente anuda la denunciada conculcación del art. 24.1 y 24.2 CE son, en primer lugar, la falta de notificación de la fecha para votación y fallo del proceso *a quo*, así como la no comunicación de la composición del órgano juzgador y del Magistrado a quien se asignó definitivamente la ponencia, distinto del inicialmente designado; en segundo lugar, la indebida sustracción de la facultad de articular la oportuna recusación del Magistrado Ponente, consecuencia de la denunciada omisión de comunicación; y, finalmente, los específicos términos a que se contrae el pronunciamiento recurrido, vulneradores de la tutela judicial efectiva por indebida selección de la norma aplicable y preterición de los informes que apoyaban la pretensión deducida en la vía contencioso-administrativa.

A juicio del recurrente la composición del órgano juzgador, trasunto del desdoblamiento en dos Secciones de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y de la consiguiente atribución del proceso *a quo* a la Primera, así como las específicas circunstancias concurrentes en el Magistrado Ponente, don Luis Federico Alcázar y Vieyra de Abreu, vulneran su derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley *ex art.* 24.2 CE. La denuncia vertida acerca de la privación de la facultad de articular la oportuna recusación se inscribe en el marco del derecho a un proceso con todas las garantías, cuyo contenido viene, entre otros, integrado con el derecho al Juez imparcial. Finalmente, las consideraciones expuestas sobre el desarrollo argumental y fallo alcanzado de la Sentencia impugnada deben enjuiciarse desde la óptica del derecho a la tutela judicial efectiva que el recurrente considera conculcado.

2. De acuerdo con una constante y reiterada doctrina constitucional, el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley «exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional» (STC 47/1983, fundamento jurídico 2.º; línea jurisprudencial desarrollada sin solución de continuidad por este Tribunal: entre otras muchas, SSTC 22/1982, 101/1984, 111/1984, 23/1986, 148/1987, 199/1987, y, como último pronunciamiento, STC 6/1997). En el caso presente, resultan incontrovertidas la jurisdicción y

competencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia para conocer de los autos de que esta *litis* trae causa, derivando la atribución de su conocimiento a la Sección Primera de la misma del oportuno Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que en su sesión del día 1 de febrero de 1994 (según consta en la providencia de la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 4 de marzo de 1994, y ratifica la certificación expedida por el Secretario de Gobierno de aquel Tribunal en 31 de enero de 1996, certificación registrada en este Tribunal el siguiente 7 de febrero) acordó la constitución en aquélla de dos Secciones, así como la adscripción a la misma, durante seis meses, de don Luis Federico Alcázar y Vieyra de Abreu, adscripción renovada por Acuerdo de 3 de noviembre de 1994. Precisamente, en el referido Magistrado, Ponente de la Sentencia objeto de este amparo, concurría, para los años judiciales 1993/1994, 1994/1995 y 1995/1996, la condición de Magistrado suplente, en virtud de los oportunos nombramientos de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, tal y como refleja la certificación antes meritada.

Pues bien, del precedente relato se desprende sin dificultad que el derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley no ha sido conculcado en el supuesto que nos ocupa por la atribución del proceso *a quo* a una de las Secciones, la Primera, en que se desdobló la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia y la subsiguiente reasignación de los turnos de ponencia, que condujo en el proceso núm. 1.482/91 al oportuno cambio de Ponente (providencias de 12 de diciembre de 1991 y 4 de marzo de 1994, en que se consignaban, respectivamente, los nombres del Ponente inicialmente designado y de aquél a quien finalmente se adjudicó la ponencia). La eventual incidencia, que pasamos a analizar de inmediato, que en los derechos fundamentales del interesado despliegue la concreta composición del órgano juzgador y determinación del Magistrado Ponente ha de ser enjuiciada, supuesta la omisión de la tempestiva comunicación de aquellos extremos, a la luz del derecho consagrado bajo la veste del «proceso con todas las garantías» del art. 24.2 CE, en concreto, según se ha expuesto, desde la vertiente de la imparcialidad del Juez, a cuyo aseguramiento se dirige, precisamente, el mecanismo de la abstención/recusación.

3. El caso que concita este proceso guarda un estrecho paralelismo con el resuelto por la STC 282/1993. De modo idéntico a como allí

acontecía, «la mencionada falta de notificación supone un incumplimiento de lo previsto en los arts. 202 y 203.2 LOPJ, que disponen, respectivamente, el deber de comunicar a las partes la designación de los Magistrados que no constituyan plantilla de la Sala y el de comunicarles igualmente el nombre del Magistrado Ponente», si bien la relevancia constitucional de la omisión de estos deberes del órgano judicial, cuya conexión con el derecho de las partes a recusar a los Magistrados que integran aquél (art. 202 LOPJ, STC 180/1991, fundamento jurídico 6.º) deviene inexcusable, implica su proyección «en el derecho a tener un proceso público con todas las garantías, el cual exige la presencia de un Juez imparcial» (STC 282/1993, fundamento jurídico 2.º).

La aludida imbricación de la facultad de articular la oportuna recusación en el derecho al Juez imparcial, como dimensión atinente al derecho a un proceso con todas las garantías, ha sido recientemente puesta de manifiesto por la STC 7/1997, cuyo fundamento jurídico 3.º, en lo que aquí interesa, se pronuncia así: «Este Tribunal ha incluido, en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías, el derecho a un Juez imparcial» (por todas, SSTC 145/1984 y 164/1988). «Desde el principio y con apoyo en la jurisprudencia del T.E.D.H. (asunto Piersack, de 1 de octubre de 1982, y De Cubber, de 26 de octubre de 1984), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad del criterio del Juez —o su mera sospecha— derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo» (STC 32/1994).

También es doctrina reiterada de este Tribunal que las causas de abstención y recusación tienden, precisamente, a asegurar la imparcialidad del Juez (por todas, SSTC 145/1988, 119/1990), siendo el incidente de recusación «el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión» (STC 137/1994, fundamento jurídico 2.º).

.....

4. Aplicando esta doctrina al caso presente, pocas dudas pueden albergarse acerca de la imposibilidad de articular la oportuna recusación (STC 230/1992, fundamento jurídico 4.º), dado el breve lapso que me-

dió entre el dictado de la providencia, no notificada al interesado, en que se consignaba la Sección a cuyo conocimiento se atribuyó el proceso *a quo* y el nombre del Magistrado Ponente (el día 4 de marzo de 1994) y la fecha de la correspondiente Sentencia (el 14 de marzo de 1994), lapso temporal en el que no se practicó ninguna otra actuación, formalmente comunicada al hoy actor. Asimismo, no es lícito presumir que éste pudo tener, por otros medios distintos de la exigida notificación judicial, *cabal y cumplido conocimiento de la composición del órgano juzgador* y del nombre del Magistrado Ponente (STC 119/1993, fundamento jurídico 4.º).

Así, pues, en principio, las precedentes consideraciones parecen tener virtualidad bastante para estimar, *prima facie*, vulnerado el art. 24.2 CE derivada de la real incidencia de la aludida falta de comunicación en el derecho de articular la pertinente recusación. Mas, para que tal constatación permita conducir efectivamente a la mencionada declaración de vulneración, preciso es que el actor razone acerca de la «conurrencia de una causa de recusación concreta, de cuyo ejercicio se ha visto impedido a causa de aquel desconocimiento y omisión», causa de recusación que, *ictu oculi*, no ha de resultar descartable, aun cuando su concreta virtualidad no puede ser prejuzgada en esta sede (STC 230/1992, fundamento jurídico 4.º; STC 282/1993, fundamento jurídico 3.º). Razonamiento que aquí se cifra por el interesado en la mera apelación a la condición de militar del Magistrado Ponente, que, en su sentir, permite concluir en la eventualidad de una relación amistosa con los titulares de los órganos de la Administración militar que dictaron las resoluciones impugnadas en vía contencioso-administrativa.

Pues bien, este argumento no puede ser acogido, dada la imperiosa necesidad de que, en contextos como el presente, para declarar conculcado el derecho al Juez imparcial el interesado ponga de manifiesto la concreta relación que media entre el componente del órgano judicial cuya parcialidad se denuncia y el objeto del proceso o su relación orgánica o funcional con el mismo o con las partes (STC 32/1994), relación que debe poner en cuestión la indispensable imparcialidad de aquél, sin que a estos efectos la mera exposición de suposiciones o de hipotéticos juicios de inferencia, concretados en alusiones genéricas y estrictamente especulativas, sea suficiente para considerar transgredido el derecho a un proceso con todas las garantías, cuya asunción, por el contrario, conduciría a la práctica paralización de la Administración de Justicia. La condición de militar del Magistrado no se halla en cuanto tal incluida en



ninguna de las causas de recusación previstas en los arts. 219 y 220 de la LOPJ, ni constituye tampoco elemento alguno que sin mayores precisiones permita poner en tela de juicio la imparcialidad del Juez.

Procede, pues, desestimar la pretensión de que sea declarada la vulneración del art. 24.2 CE.

5. Finalmente, aduce el interesado la violación del art. 24.1 CE por la Sentencia impugnada, en la medida en que su pronunciamiento desestimatorio de la pretensión por él articulada (el reconocimiento de su derecho de pase a la situación de reemplazo por herido, en lugar de la declaración administrativa de extinción del vínculo que le ligaba con la Administración militar) trae causa de la indebida aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1955, en lugar del Reglamento del Servicio Militar de 1986, norma, en su inteligencia, improcedentemente preterida, amén del desconocimiento del alcance de los informes médicos aportados al proceso en apoyo de la pretensión meritada.

La alegación no puede prosperar, pues, de conformidad con lo reiteradamente expuesto por este Tribunal, la selección e interpretación de las disposiciones aplicables, así como la valoración de las pruebas es tarea que compete en exclusión a los órganos del Poder Judicial *ex art.* 117 CE y este Tribunal, que no es una última instancia judicial ni un Tribunal de casación, no puede revisar salvo que las resoluciones impugnadas hayan incurrido en error patente, sean manifiestamente irrazonables o carezcan de toda motivación. Ninguna de estas circunstancias se produce en el presente caso, por lo que también por este motivo debe denegarse el amparo solicitado.

### III. FALLO

Denegar el amparo solicitado.

4. **Sentencia 119/1997, de 30 de junio. Sala Segunda («BOE» núm. 171, de 18 de julio de 1997).**

**Recurso de amparo 723/1995, contra sentencia de la Sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.**

**Materia: Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva:**

**inadmisión de recurso impeditiva del acceso a la justicia (control judicial de la actividad de la Administración).**

**Ponente: Sr. Vives Antón.**

## **I. RESUMEN DE LOS ANTECEDENTES DE HECHO**

Don J. G. C., como consecuencia de las heridas sufridas durante la pasada guerra civil, fue declarado Caballero Mutilado Permanente en acto de servicio, en virtud de Orden Circular, de 20 de mayo de 1977, de acuerdo con la Lcy 5/1976, de 11 de marzo.

Con fecha 23 de septiembre de 1991 solicitó del Ministerio de Defensa que se le abonaran las diferencias existentes entre los haberes que percibe el solicitante y la pensión establecida al personal acogido a la Ley 35/1980 (disposición adicional cuarta), desde el mes que empezaron a producirse hasta el mes en que quede igualada esta diferencia, derecho que le fue reconocido por la Dirección General de Personal del referido Ministerio por Orden de 10 de diciembre de 1991.

Contra la anterior resolución interpuso recurso de reposición el 29 de mayo de 1992, insistiendo en que se le abonaran las diferencias reclamadas y los intereses de demora.

Al no obtener respuesta a esta petición, formuló recurso contencioso-administrativo, que desembocó en la Sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 14 de enero de 1995.

La Sentencia citada, a pesar del allanamiento del Abogado del Estado, desestimó el recurso por falta de legitimación del actor para recurrir, ya que el acto impugnado no afectaba negativamente a su esfera jurídica, pues reconocía el derecho del recurrente al percibo de la diferencia de haberes, lo que conlleva el compromiso de satisfacerlos.

## **II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS**

.....

2. En la STC 294/1994 este tribunal tuvo la ocasión de resolver, desde la óptica del art. 24.1 CE, una cuestión sustancialmente idéntica a la presente, por lo que será éste el primer precepto objeto de valoración

en nuestra resolución, ya que en caso de estimarse el recurso resultaría innecesario pronunciarse sobre la también alegada violación del art. 14 CE.

Declaramos en la STC 294/1994 (fundamento jurídico 6.º) que «al considerar que en el caso no existe cuestión litigiosa se privó a los recurrentes de un pronunciamiento jurisdiccional sobre el fondo de su pretensión y se impide la revisión jurisdiccional del comportamiento pasivo de la Administración mediante la adopción de medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de una situación jurídica individualizada cuya legalidad la Administración había reconocido. Se deja, así, a los recurrentes inermes frente a la Administración y a las expensas de que ésta quiera, voluntariamente, hacer frente al cumplimiento de una obligación pecuniaria nacida de la Ley que exige, sin embargo, la previa existencia de crédito presupuestario suficiente. Situación que resulta incompatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido por la Constitución, pues la tensión entre la legalidad presupuestaria y la legalidad administrativa, no puede dar lugar a que el principio de legalidad presupuestaria deje de hecho sin contenido un derecho que la Constitución reconoce y garantiza».

En atención a lo expuesto, y habida cuenta la identidad sustancial entre uno y otro supuesto, procede dictar Sentencia estimando la demanda y otorgando el amparo solicitado.

### III. FALLO

Otorgar el amparo solicitado y, en su virtud:

1.º Reconocer a los recurrentes su derecho a la tutela judicial efectiva.

2.º Declarar la nulidad de la Sentencia dictada el 14 de enero de 1995 por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, objeto de este recurso de amparo.

3.º Restablecer a los recurrentes en la integridad de su derecho fundamental y, a tal efecto, retrotraer las actuaciones al momento procesal oportuno para que el órgano judicial dicte nueva resolución.

## JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Por Emilio Fernández-Piñeyro y Hernández  
*Comandante Auditor*  
*Doctor en Derecho*

### ÍNDICE TEMÁTICO

**I.—ASCENSOS DE MIEMBROS DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR QUE EJERZAN FUNCIONES JUDICIALES.**—La procedencia del Juez Togado Militar y su no pertenencia al «Cuerpo Único» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 de la CE no vulnera el art. 24.2 de la misma.—La CE no exige que toda la función jurisdiccional sea atribuida, en todo caso, a Magistrados y Jueces de carrera integrados en un Cuerpo Único.—El mandato contenido en el art. 122.1 no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 de la Constitución.—El principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino por el «status» que les otorga la Ley en el desempeño de las mismas.—La Ley Orgánica 4/1987 prevé, entre las causas por las que sólo cesará el Juez Togado, el ascenso, si conforme a esta Ley no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que se ocupa. Esta causa es lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de inamovilidad judicial.

**II.—ASOCIACIONES REIVINDICATIVAS.**—Validez del art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en cuanto prohíbe este tipo de asociaciones en el ámbito militar.

**III.—CUERPO DE ESPECIALISTAS.**—Los miembros del Cuerpo de Especialistas pueden realizar cuando sea preciso y en los términos reglamentariamente establecidos —además del cometido particular de su especialidad—, las funciones propias del cometido de mando, entre

las que pueden encontrarse las de instrucción de orden cerrado, educación física, instrucción a soldado en ejercicios de tiro, encargados de almacenes y de vehículos, etc.

**IV. ESCALAS TÉCNICAS DE LOS CUERPOS DE INGENIEROS DE LAS FUERZAS ARMADAS.**—Títulos necesarios para integrarse en dichas Escalas.

**V.—PENSIONES MILITARES.**—No cabe compatibilizar las pensiones de viudedad nacidas al amparo de la Ley 35/1980 y la del Título II de la Ley 37/1984.

**VI.—TRIENIOS.**—El tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios.

**VII.—VIVIENDAS MILITARES.**—Respecto de la vivienda no se tienen más derechos que los que otorga el condicionado de estipulaciones del contrato suscrito con el Patronato correspondiente.

## **I. ASCENSOS DE MIEMBROS DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR QUE EJERZAN FUNCIONES JUDICIALES**

Protección suficiente de los principios de independencia e inamovilidad.—Inexistencia de vulneración del derecho fundamental de «acceso a los cargos públicos» del art. 23.2 CE.—La procedencia del Juez Togado Militar y su no pertenencia al «Cuerpo Unico» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 de la CE no vulnera el art. 24.2 de la misma.—La CE no exige que toda la función jurisdiccional sea atribuida, en todo caso, a Magistrados y Jueces de carrera integrados en un Cuerpo Unico.—El mandato contenido en el art. 122.1 no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 de la Constitución.—El principio de independencia judicial no viene determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino por el «status» que les otorga la Ley en el desempeño de los mismas.—La Ley Orgánica 4/1987 prevé, entre las causas por las que sólo cesará el Juez Togado, el ascenso, si conforme a esta Ley no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que se ocupa. Esta causa es lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de inamovilidad judicial, pudiendo añadirse que tal argumento desautoriza la preten-

didada infracción del art. 23.2 de la Constitución por atentar contra la permanencia en los cargos o empleos públicos e infringir el límite de la «reserva de Ley» en él establecida.

**Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sección Quinta).**

**Sentencia de 17 de enero de 1997.**

**Ponente: Sr. D. Francisco Díaz Moreno.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Se interpone el presente recurso contencioso-administrativo contra la resolución del Ministro de Defensa de 18 de marzo de 1993 por la que se desestima el recurso de alzada deducido frente a las resoluciones del Secretario de Estado de Administración Militar n.º 431/10437/92, de 23 de julio, por las que se publica el orden de clasificación definitivo para el ascenso a Teniente Coronel Auditor, durante el ciclo de evaluación 1992/1993; n.º 431/10556/92, de 27 de julio, por la que se ascienden al empleo de Teniente Coronel Auditor a los Comandantes Auditores D. XXX y D. YYY; y la n.º 431/10690/92, de 27 de julio, por la que se ascienden al empleo de Teniente Coronel Auditor a los Comandantes Auditores que en la misma se relacionan. Se impugna, asimismo, al amparo del art. 39.2 de la Ley de la jurisdicción, las siguientes disposiciones de carácter general: Real Decreto 1622/1990, de 14 de diciembre; Orden del Ministerio de Defensa 24/1992, de 30 de marzo; resolución del Secretario de Estado de Administración Militar n.º 431/07926/92, y la Instrucción del Subsecretario de Defensa n.º 84/88, de 27 de diciembre.

SEGUNDO.—Los fundamentos jurídico-materiales del recurso pueden resumirse como sigue: los actos impugnados se dictan al amparo de los artículos 81 a 95 de la Ley 17/89, preceptos que aplicados a su caso, infringen, según entiende el recurrente, los arts. 24.2 y 117 de la CE, pues, a la sazón, se hallaba en el ejercicio de funciones judiciales como Vocal Togado del Tribunal Militar Territorial Primero, lo que supone la ingerencia de un poder distinto al judicial en el Estatuto Jurídico de Jueces y Magistrados, con merma de la independencia de los mismos. Independencia e inamovilidad consagrada en el art. 117.1 de la Constitución, como garantía del derecho fundamental «al Juez Ordinario predeterminado por la Ley» que recoge el art. 24.2 de la misma. Tal

garantía constitucional se traduce en la Ley Orgánica 6/85, del Poder Judicial, en una serie de mecanismos legales que permiten el ejercicio de la función con total independencia, cuales son, entre otros, la regulación de la provisión de destinos, la inamovilidad, la inmunidad y el régimen disciplinario. En la estructura orgánica de la jurisdicción militar, sin embargo, y no obstante lo previsto en el preámbulo y art. 8.º de la Ley O. 4/87, no existen esos mecanismos legales de salvaguarda de la independencia judicial, y, así, por ejemplo, según la Ley 17/89, todos los destinos se proveen por el sistema de libre designación, y en materia de promoción o de ascensos, el principio de inamovilidad está francamente disminuido o totalmente anulado. Vicios que afectan a los artículos 24 y 117 de la Constitución, y que debieran conducir a estimar inconstitucionales los citados preceptos de la Ley 17/89, o bien al planteamiento por la Sala de la correspondiente «Cuestión de inconstitucionalidad».

Los actos impugnados son a su vez contrarios al art. 23.2 de la Constitución, pues quebrantan el derecho fundamental de «acceso a los cargos públicos», extensivo a los cargos no representativos y al derecho de «permanecer» al frente de los mismos. El recurrente entiende que la Ley 17/89 y los reglamentos que la desarrollan en el aspecto analizado, vulneran, además, el citado precepto constitucional en tanto infringen el límite de la «reserva de ley» establecido en el mismo principio que no excluye, ciertamente, de las «remisiones normativas», pero siempre que las mismas restrinjan, efectivamente, el ejercicio de la potestad reglamentaria a un complemento de la regulación legal que sea imprescindible por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley, según doctrina constitucional. En el caso del demandante, según su criterio, se ha producido una total abdicación por parte del legislador en favor del titular de la potestad reglamentaria, y, así, la Ley 17/89 solamente precisa que la selección es el sistema indicado para ascender al empleo de Teniente Coronel de las Escalas Superiores (art. 83), añadiendo en su art. 59 las bases de la evaluación de forma tan genérica y con un contenido tan amplio que no permite siquiera precisar los criterios objetivos que deben servir de referencia para la evaluación, previsión que hay que buscarla en normas incluso de menor rango, como la O. M. 24/92.

Para el Abogado del Estado resulta obvio que el actor está sosteniendo la inconstitucionalidad de preceptos legales para cuyo enjuiciamiento los Tribunales de lo Contencioso carecen de jurisdicción, por lo que es evidente que por tal motivo el recurso debe ser inadmitido (art. 82 a.

de la Ley jurisdiccional). Aunque en la demanda se habla del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad, lo cierto es que no se solicita en el suplico de la misma tal actuación, aparte de que la constitucionalidad de los arts. 81 a 95 de la Ley 17/89 está fuera de toda duda, como además se pone de manifiesto en la resolución recurrida, razones por las que entiende que no es procedente tal planteamiento, solicitándose que se dicte sentencia inadmitiendo el recurso o, en su defecto, desestimándolo.

TERCERO.—Se plantea por el Abogado del Estado, en primer término, la inadmisibilidad del recurso, por falta de jurisdicción de la Sala, al apoyarse la impugnación en la pretendida inconstitucionalidad de los preceptos que se citan, de la Ley 17/89 y disposiciones que la desarrollan. Sin embargo y aunque tal no luzca en el suplico de la demanda, lo cierto es que está presente en ella la pretensión de que se formule por la misma la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad, lo que sí le está atribuido en virtud de lo dispuesto en el art. 35 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en relación con el art. 163 de la propia Constitución. Aparte de que como se declara en la Sentencia 102/84, de 12 de noviembre, el contenido normal del proceso es obtener resolución de fondo. Por lo cual y aun no faltándole fundamento a aquella alegación, procede la no estimación de la misma.

CUARTO.—La impugnación de los actos y disposiciones recurridas, directa o indirectamente, no se basan en una errónea o incorrecta aplicación de las mismas a los ascensos que se recurren, sino en la inconstitucionalidad de unas y otras. Para contestación a los argumentos empleados nada mejor que recordar la propia jurisprudencia constitucional. En la sentencia de 11 de julio de 1994, el Tribunal Constitucional formula las siguientes aseveraciones:

El reconocimiento por la CE de una jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense, no excepciona el ejercicio de los derechos reconocidos en el art. 24 de aquélla. La procedencia del Juez Togado Militar y su no pertenencia al «Cuerpo Unico» de Jueces y Magistrados de carrera previsto en el art. 122.1 de la CE no vulnera el art. 24.2 de la misma. Es de tener en cuenta, de una parte, que la CE no exige que toda la función jurisdiccional sea atribuida, en todo caso, a Magistrados y Jueces de carrera integrados en un Cuerpo Unico, y, de otra, es claro que el mandato contenido en el art. 122.1 no se proyecta necesariamente sobre la jurisdicción militar prevista en el art. 117.5 de la Constitución. Desde la perspectiva del art. 24 de la Ley Suprema es, pues, válida la



opción de la Ley O. 4/1987, que dispone que los Juzgados Togados Militares sean desempeñados por miembros del Cuerpo Jurídico de la Defensa. El principio de independencia judicial no viene, en efecto, determinado por el origen de los llamados a ejercer funciones jurisdiccionales, sino precisamente por el «status» que les otorga la Ley en el desempeño de las mismas. El Juez Togado Militar es independiente en el ejercicio de sus funciones, no estando sometido a instrucciones del poder ejecutivo, y sin que esta afirmación deba verse desvirtuada por la existencia de un específico régimen disciplinario que pueda serle aplicable en su condición de militar. Inamovilidad significa que, nombrado o designado un Juez o Magistrado conforme a su estatuto legal, no puede ser removido del cargo sino en virtud de causas razonables o limitadas y previamente determinadas. La L. O. 4/87 dispone entre las causas por las que sólo cesará el Juez Togado, el ascenso, si conforme a esta Ley no corresponde al nuevo empleo el destino judicial que ocupan. Esta causa debe considerarse lo suficientemente precisa y predeterminada como para que no pueda considerarse, por sí misma, que atente a la garantía de inamovilidad judicial, pudiendo añadirse por nuestra parte que tal argumento desautoriza la pretendida infracción del art. 23.2 de la Constitución por atentar contra la permanencia en los cargos o empleos públicos e infringir el límite de la «reserva de Ley» en él establecida, como se alega por la actora.

Y es que, como se dice en la Sentencia del T.C. 180/85, de 19 de octubre, la Jurisdicción Militar no puede organizarse sin tener en cuenta determinadas peculiaridades, como son la organización profundamente jerarquizada del Ejército, en el que la unidad y disciplina desempeñan un papel crucial para alcanzar los fines encomendados a la institución por el art. 8 de la CE.

En la Sentencia del T.S. de 2 de abril de 1993, se contraargumenta respecto de la pretensión de inconstitucionalidad de la L. O. 4/87 por atribuir competencias al Ministro de Defensa en materia de nombramientos y disciplinarios en relación con Jueces Togados y Tribunales Militares, cuya doctrina es de aplicación, sin duda, al caso que nos ocupa. Además, en la propia sentencia se considera inconsistente la alegación de inconstitucionalidad de la Ley 17/89 fundada en que, según los actores, somete a los miembros del Cuerpo Jurídico Militar al mismo régimen estatutario del personal militar de las Armas y Cuerpos del Ejército. Por otra parte, la Sentencia T.C. 17/81 de 1 de junio, entre otras, viene a decir que el Tribunal Constitucional es el único habilitado

para anular las Leyes y sólo cuando existan razones muy graves y sólidas, pues la regla general es que la Ley, como emanación de la voluntad popular, sólo puede en principio ser modificada por los representantes de esa voluntad. Por lo uno y lo otro, no se asume la petición de interponer cuestión de inconstitucionalidad respecto de los arts. 81 y siguientes de la Ley 17/89.

QUINTO.—Por todo lo razonado procede la desestimación del presente recurso y la confirmación de los actos impugnados, sin que se aprecien méritos de mala fe o temeridad para una expresa imposición de costas a las partes procesales.

## II. ASOCIACIONES REIVINDICATIVAS

Posibilidad de que la Administración analice la naturaleza jurídica de la entidad asociativa cuya inscripción se pretenda en el Registro administrativo a que se refiere la Ley 191/1964 de Asociaciones.—La relevancia constitucional de estas asociaciones debe ser contemplada desde el art. 28 de la Constitución, no desde el 22. Validez del art. 181 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas en cuanto prohíbe este tipo de asociaciones en el ámbito militar.

**Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 7.ª).**

**Sentencia de 30 de junio de 1997.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Gustavo Lescuro Martín.**

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Por resolución de 21 de marzo de 1991, la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, en uso de facultades delegadas del Ministro, denegó la inscripción en el Registro de Asociaciones de modificación estatutaria correspondiente a la «Hermandad de Personal de las Fuerzas Armadas en Situación de Reserva Transitoria», que afectaba, entre otros extremos, a su denominación que se sustituía por la de «Hermandad de Personal Militar en Situación Ajena al Servicio Activo», por entender la Administración que dicha modificación permitía que se asociaran militares en situación de reserva activa incidiendo así en la limitación establecida en las Reales Ordenanzas aprobadas por la

Ley 85/1978, de 28 de diciembre, habida cuenta de que el artículo 3.c) de los Estatutos acogía fines de carácter reivindicativo, lo que suponía impedimento para el acceso de tal pretensión asociativa al Registro de Asociaciones al encontrarse excluida de su ámbito material de aplicación. Dicha resolución fue confirmada en reposición por resolución del Ministro del Interior de 30 de septiembre de 1991, y promovido recurso contencioso-administrativo al amparo de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, es desestimado por sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 26 de septiembre de 1992, contra la que se interpuso el presente recurso de casación.

SEGUNDO.—Comienza la sentencia recurrida por declarar que en el ejercicio de la potestad administrativa no ha habido un exceso capaz de lesionar el derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución, pues aunque la Administración carece de facultad de calificación discrecional ante una petición de inscripción en el Registro de Asociaciones por tratarse de un acto reglado y corresponder a los Tribunales determinar la ilegalidad de la asociación, ello «no empece para que la Administración analice la naturaleza jurídica del ente moral cuya inscripción se pretende», comprobando así «que va a acceder al Registro de Asociaciones una entidad que no es propiamente una asociación sino un ente parasindical al tener entre sus fines uno que le da un carácter reivindicativo de forma que, de acceder a lo solicitado, contravendría normas de derecho necesario y prohibitivo (artículo 181 RR.OO.) y daría pie a un fraude no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la CE se soslayaría el artículo 28.1 de la misma en relación con el artículo 1.3 de la L.O. 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical».

Analiza a continuación la sentencia el alcance del artículo 3.c) de los Estatutos de la entidad recurrente (que atribuye a la Hermandad «Realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social»), artículo que ya figuraba en los Estatutos originarios, llegando a la conclusión, con cita de los artículos 1.1 de la Ley Orgánica 11/1985 y 7 de la Constitución, de que se trata «de un fin que convierte a la Hermandad en Asociación reivindicativa», surgiendo el problema cuando pueden integrarse en ella, según dispone el artículo 4 de los Estatutos, «los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil que estén en cualquiera de las situaciones ajenas al servicio activo de carácter definitivo e irreversible», ya que siendo la reserva una situación ad-

ministrativa de actividad, aunque distinta del servicio activo, ocurriría que militares en activo «van a poder formar parte de una asociación reivindicativa lo que supondría que al estar prestando servicios, los beneficios económicos o sociales que podría gestionar (es decir, defender y reclamar) serían los ligados a su condición profesional, de ahí que para ellos estemos ante una asociación prohibida a tenor del artículo 181 de las RR.OO., pues conforme a tal precepto sólo pueden asociarse o constituir asociaciones religiosas, culturales, deportivas o sociales».

Se refiere también la sentencia recurrida a la pretendida inconstitucionalidad del artículo 181 de las RR.OO. por infracción de los artículos 81.1 y 22 de la Constitución, declarando que no existe lesión del primero de dichos preceptos constitucionales, ya que la norma de las RR.OO. no tiene por objeto el desarrollo de ningún derecho fundamental, sino que se trata de un precepto que forma parte de la regulación del estatuto funcional de los militares con la finalidad de modular el ejercicio por dichos profesionales de ciertos derechos fundamentales; y tampoco aprecia la Sala de instancia que se haya producido vulneración del artículo 22 de la Constitución por entender que «la prohibición del artículo 181 de las RR.OO. tiene su enlace constitucional más que en el artículo 22, en el artículo 28.1 de la Constitución, en relación con el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985, pues el espíritu de ambos preceptos es no sólo prohibir la afiliación o fundación de sindicatos sino de entes asociativos que por ser reivindicativos en lo profesional vengan de hecho a sindicalizarse».

Por último, la sentencia impugnada niega la posibilidad de equiparar la situación de la Asociación recurrente a la de las Asociaciones judiciales autorizadas por la Ley Orgánica del Poder Judicial, con amparo en el artículo 127.1 de la Constitución.

TERCERO.—En el primer motivo de casación, al amparo del artículo 95.1.1.º de la L.J.C.A., se denuncia el exceso y abuso de jurisdicción por considerar que «en el proceso debía haberse debatido exclusivamente el deber de inscripción que imperativamente impone el artículo 22.3 de CE, sin entrar en el análisis de los Estatutos ni del carácter de la Hermandad, controversia que esta parte no planteó inicialmente y a la que se vio abocada por planteamiento de la contraria», ya que «de acuerdo con el propio artículo 22 de la C.E., la legalidad o ilegalidad de la asociación sólo puede predicarse de la tipificación delictiva de sus fines o medios, lo que indudablemente excluye tanto el ilícito civil como la infracción administrativa y necesariamente remite, en relación con el

artículo 173 del Código Penal, a la Jurisdicción Penal», de suerte que «todo lo que sea entrar a valorar la legalidad o ilegalidad de la asociación constituye constitucionalmente un exceso de jurisdicción», pues aunque la sentencia impugnada no haga «la más mínima referencia a la posible tipificación delictiva de la asociación», el análisis que efectúa de su naturaleza jurídica a la luz del artículo 181 de las RR.OO. «sólo podrá conducir a la consideración de la licitud o ilicitud de la asociación que debería debatirse y determinarse en procedimiento distinto del que ha dado lugar a este recurso, de acuerdo con el artículo 22.4 de CE, pues resolverlo en este mismo proceso habría sido incongruente». En definitiva, aduce la entidad recurrente que en el proceso resuelto por la sentencia impugnada «sólo se debatía la inscripción registral “a los solos efectos de publicidad” (artículo 22.3 de la CE) y todo lo que sea ir más allá de lo que la propia norma permite, en el mismo proceso, es, al menos, abuso de jurisdicción», criterio que, se afirma, ha seguido la propia Audiencia Nacional en las sentencias que se citan.

CUARTO.—Ante todo debe señalarse la imprecisión de que adolece la argumentación que sustenta el primer motivo de casación al manejar indistintamente conceptos jurídicos diferentes como son el exceso de jurisdicción, el abuso de jurisdicción, la incongruencia e incluso la inadecuación del procedimiento, pues, de un lado, se afirma que el procedimiento seguido en la instancia no habría sido el adecuado para revisar la licitud de la asociación y que resolver tal cuestión en este mismo proceso habría sido incongruente, alegaciones éstas que, aparte de su carácter condicional o hipotético, olvidan que ninguno de dichos vicios son denunciados al amparo del motivo elegido, ya que la inadecuación del procedimiento debe encauzarse por la vía del número 2.º del artículo 95.1 de la L.J.C.A., y la incongruencia por la del número 3.º. Por otra parte, la entidad recurrente invoca indistintamente el exceso y el abuso de jurisdicción, cuando, no obstante la dificultad de distinguirlos por su sentido literal, se trata de términos que hacen referencia, respectivamente, al indebido conocimiento de materias propias de otros órdenes jurisdiccionales o que corresponden a tribunales extranjeros (exceso) o de asuntos reservados a otros Poderes del Estado (abuso).

Pues bien, centrándonos en el exceso de jurisdicción, que es a lo que parece referirse la Asociación recurrente, el motivo no puede prosperar, ya que la sentencia recurrida se ha limitado a desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto al amparo de la Ley 62/1978 contra una resolución administrativa que denegó el acceso al Registro de Aso-

ciaciones de una determinada modificación de los Estatutos de la entidad recurrente, y ello por entender que dicho acto no había lesionado el derecho fundamental reconocido en el artículo 22 de la Constitución. Se trata, por tanto, de una decisión judicial adoptada dentro de los límites de la jurisdicción contencioso-administrativa, según aparecen establecidos en el artículo 24 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y, más concretamente, en el artículo 6 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sin que, por consiguiente, la Sala de instancia haya ido más allá de lo que supone el enjuiciamiento de la relevancia constitucional del acto administrativo recurrido, por más que haya examinado la naturaleza jurídica de la entidad, en función del fraude de la propia Constitución que aprecia y que constituye la *ratio decidendi* del fallo, en el que, contrariamente a lo que se afirma, no figura pronunciamiento alguno sobre la legalidad de la asociación, por lo que no cabe hablar de extralimitación jurisdiccional.

QUINTO.—Nada hay que resolver respecto del segundo motivo de casación, en el que, al amparo del número 3.º del artículo 95.1 de la L.J.C.A., se denuncian supuestas infracciones relacionadas con la denegación del recibimiento a prueba, la inadmisión de escrito de ampliación de la demanda y la falta de planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad del artículo 181 de las RR.OO., pues la entidad recurrente, tras exponer las razones que le asisten para considerar producidas dichas infracciones, curiosamente desiste de forma expresa de su invocación como motivos de casación.

SEXTO.—El motivo tercero, acogido al número 4.º del artículo 95.1 de la L.J.C.A., alega infracción de los artículos 22, 53 y 81 de la Constitución y de la Ley 191/1964, de Asociaciones, en lo que no está derogada por la propia Constitución, así como de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo sobre el derecho constitucional de asociación que, con profusión, se cita.

En la justificación del motivo se argumenta, en síntesis, que el artículo 22 de la Constitución ha sido infringido en un doble concepto. De un lado, en cuanto que no obstante el carácter imperativo de la inscripción registral a que se refiere dicho artículo, cuya denegación sólo estaría justificada, según la jurisprudencia que se cita, si la asociación peticionaria persiguiera fines o utilizara medios tipificados como delito o cuando pudiera ser conceptuada como secreta o paramilitar, sin que la Administración tenga facultades de calificación del título de constitución o de los estatutos más allá de las formalidades extrínsecas del do-

cumento, sin embargo, en el caso de autos la Administración sí entró a calificar, para lo que no tenía facultad, y la sentencia recurrida procedió a determinar posibles ilegalidades en un procedimiento en el que no correspondía hacerlo. De otro lado, se dice, el artículo 22 de la Constitución ha sido también infringido al extraer la sentencia del ámbito de aplicación de dicho precepto a la entidad recurrente calificándola de asociación «parasindical» o «reivindicativa», lo que, a juicio de la recurrente, lesiona dichos preceptos constitucionales en cuanto supone un límite del derecho de asociación de los militares que no respeta su contenido esencial y que, además, viene impuesto en una disposición que no tiene rango de Ley Orgánica. Se extiende también la argumentación del motivo en consideraciones que pretenden demostrar que de los fines de la Hermandad están excluidos los puramente sindicales y que a los efectos del pleito carece de relevancia la distinción entre la situación administrativa de reserva y la de reserva transitoria; y después de residenciar la infracción de la Ley de Asociaciones de 1964 en el hecho de haberse denegado la inscripción registral sin señalar defectos formales en los estatutos presentados, se cierra el desarrollo del motivo discrepando también de la argumentación de la sentencia en cuanto al referirse a la diferenciación entre jueces y militares afirma que la jerarquía y la disciplina no son valores propios de la organización judicial, lo que, según la recurrente, «es, cuando menos, erróneo».

El motivo debe ser desestimado. En primer lugar no puede apreciarse infracción del artículo 22 de la Constitución, pues al posibilitar la modificación estatutaria, cuya inscripción se pretende, que formen parte de la Hermandad miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil en situación de reserva, la entidad se constituye en asociación reivindicativa de carácter sindical, habida cuenta de que entre los fines que se le asignan en el artículo 3.º de sus estatutos figura el de «realizar las gestiones precisas para conseguir para sus miembros cuantos beneficios sean posibles, tanto en el aspecto económico como en el moral o social», siendo precisamente la promoción de los intereses de carácter económico y social la razón de ser de los sindicatos —artículo 7 CE y artículo 1.1 L.O.L.S.—, incidiendo así en la norma prohibitiva del artículo 181 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas que veda a los militares participar no sólo en sindicatos, como previene el artículo 1.3 de la L.O.L.S., sino también en asociaciones con finalidad reivindicativa, limitación que también afecta a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil por su naturaleza militar, declarada en el artículo 9 de la Ley Orgánica 2/

1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y reiterada, a propósito de su estructuración jerárquica por empleos y a efectos disciplinarios, en los artículos 13.1 y 15.1 de la misma Ley, cuyo régimen estatutario, además, es no sólo el establecido en la misma y en las normas que la desarrollen, sino también en el previsto en el ordenamiento militar, según dispone el artículo 13.2; naturaleza militar en la que insiste el artículo 4.º de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, cuando en su número 3 establece que «los miembros de la Guardia Civil, por su condición de militares, están sujetos al régimen general de derechos y obligaciones del personal de las Fuerzas Armadas, a las leyes penales y disciplinarias militares, así como a su normativa específica», régimen del que forman parte las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, pues en ellas se definen las obligaciones y los derechos de los miembros de la Institución Militar, según se dispone en su artículo 1.º; siendo consecuencia de todo ello la de que la inscripción pretendida no puede acogerse a la genérica cobertura del artículo 22 de la Constitución, sino que su relevancia constitucional debe ser contemplada desde la perspectiva del artículo 28 en el que, después de consagrar el derecho de libre sindicación, se establece que «La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar», pues la «asociación con finalidad reivindicativa», a la que se refieren las Reales Ordenanzas, encuentra encaje en la norma más específica del artículo 28 de la Constitución y no en el artículo 22, ya que debe entenderse que el artículo 28 no sólo permite la prohibición de los sindicatos militares en su sentido formal, sino también de cualquier tipo de asociación que por su naturaleza y fines pueda encuadrarse en un concepto sustantivo y material de sindicato, caracterizado por la índole de los intereses que protege, que es lo que aquí sucede al asumir la Hermandad recurrente la defensa de intereses económicos y sociales—tal y como se dice en el artículo 7 CE y en el artículo 1.1 L.O.L.S.— de miembros de las Fuerzas Armadas y del Cuerpo de la Guardia Civil en situación de reserva que, como se desprende del artículo 103 de la Ley 17/1989, no puede decirse que se trate de personal ajeno al servicio de forma definitiva e irreversible como lo está el que se halla en situación de reserva transitoria, según resulta del Real Decreto 1.000/1985, de 19 de junio, que la creó para el Ejército de Tierra, posteriormente ampliada a la Armada y al Ejército del Aire por el Real Decreto 741/1986, de 11 de abril. Si, por el contrario, se entendiera que el artículo 28 de la Constitución sólo permi-



te excluir del ámbito de las Fuerzas Armadas la acción de sindicatos formalmente constituidos como tales, se propiciaría un fraude que, según señala la sentencia recurrida, sería no tanto de Ley como de la propia Constitución, pues al amparo de la automaticidad del artículo 22.3 de la Constitución, bastaría a una asociación rehuir la denominación de sindical para soslayar la previsión del artículo 1.3 de la L.O.L.S., y poder desarrollar una acción que puede ser tan perturbadora para la disciplina de los Ejércitos como la que pudiera desarrollar cualquier sindicato. De ahí que para evitar, por encima de subterfugios formalistas, el ejercicio de actividades sindicales en las Fuerzas Armadas, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas prohíba no sólo los «sindicatos», sino también las «asociaciones con finalidad reivindicativa».

En definitiva, al ajustarse el Tribunal de Instancia en el fallo recurrido a las exigencias del deber que le venía impuesto por el artículo 11.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de rechazar una pretensión que entrañaba un fraude de Ley (artículo 6.4 del Código Civil), no cabe hablar de infracción del artículo 22 de la Constitución, que jugaba en este caso como mera norma de cobertura para eludir la prohibición de los artículos 1.3 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical y 181 de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, en relación con el artículo 28 del propio Texto Constitucional.

SÉPTIMO.—Tampoco puede aceptarse que la aplicación del artículo 181 de las Reales Ordenanzas implique la vulneración de los artículos 53.1 y 81 de la Constitución, según alega la entidad recurrente por entender que la prohibición impuesta a los militares por aquel precepto no respeta el contenido esencial del derecho de asociación, con infracción del artículo 53.1, mientras que el artículo 81 del Texto Constitucional resulta vulnerado al no tener rango de ley orgánica las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas, aprobadas por Ley 85/1978, de 28 de diciembre.

Ya hemos dicho que el artículo 181 de las Reales Ordenanzas no debe relacionarse con el artículo 22 de la Constitución, sino con el artículo 28, pero aunque no fuera así, el motivo carece de base jurídica para afirmar que su contenido esencial resulta lesionado por impedir a los miembros de las Fuerzas Armadas que participen en asociaciones con finalidad reivindicativa, cuando esta prohibición ha hallado amparo en el artículo 28 de la Constitución y en el artículo 1.3 de la Ley Orgánica 11/1985 que, según se ha expuesto, deben entenderse referidos a un concepto sustantivo o material, y no estrictamente legal o formal, de sindi-

cato, interpretación que, con arreglo al artículo 10.2 de la Constitución, encuentra fundamento en los tratados internacionales suscritos por España. Así, en el Convenio número 87, sobre libertad sindical, de la O.I.T., los sindicatos aparecen claramente caracterizados por sus fines, al reconocer en su artículo 2.º a los trabajadores el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, entendiéndose en el artículo 3.º por organización aquella que se crea para «fomentar y defender» sus intereses; y, por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 14 de noviembre de 1950, que reconoce en su artículo 11 la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos, añadiendo, sin emargo, que «El presente artículo no prohíbe que se impongan restricciones legítimas al ejercicio de estos derechos para los miembros de las Fuerzas Armadas...», pronunciándose en términos similares el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 19 de diciembre de 1966 y el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la misma fecha. No puede entenderse, pues, que la indicada restricción desnaturalice el derecho de asociación de los militares, ni que lo haga impracticable, lo dificulte más allá de lo razonable o lo despoje de su necesaria protección, como hubiera sido preciso para considerar afectado su contenido esencial, según ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Igual suerte desestimatoria debe seguir la supuesta vulneración del artículo 81 de la Constitución, ya que, aparte de que, como acertadamente señala la sentencia recurrida, el artículo 181 de las Reales Ordenanzas no tiene por objeto el desarrollo de ningún derecho fundamental, el reproche se disipa en todo caso si se tiene en cuenta que la Ley 85/1978 es anterior a la entrada en vigor de la Constitución y tanto la jurisprudencia del Tribunal Constitucional como la de este Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente que no se produce inconstitucionalidad sobrevenida por motivos formales, de modo que las normas preconstitucionales no devienen inconstitucionales porque la Constitución exija Ley Orgánica y ellas, obviamente, no tengan ese carácter.

OCTAVO.—Descartada, por lo ya expuesto, la infracción del artículo 22 de la Constitución, decae la pretendida vulneración de la Ley de Asociaciones de 1964, alegación que estaba condenada al fracaso al no citarse la norma o normas concretas de dicha Ley que se consideran infringidas y tratarse, en cualquier caso, de una cuestión de legalidad ordinaria no revisable en el proceso especial de la Ley 62/1978.

Por último, la crítica de la sentencia recurrida a propósito de la distinción entre jueces y militares en orden al asociacionismo profesional de los primeros, con la que se cierra la exposición del motivo que se viene analizando, carece de contenido casacional en cuanto tampoco se cita como infringida ninguna norma concreta invocable en el procedimiento especial elegido, sin que, por otra parte, quepa confundir las categorías de la Carrera Judicial y el régimen disciplinario de sus miembros con la estructura jerárquica y la disciplina propias de las Fuerzas Armadas.

NOVENO.—En el cuarto y último motivo, acogido al ordinal 3.º del artículo 95. de la L.J.C.A., se denuncia el error cometido en el Antecedente de Hecho primero de la sentencia recurrida al decir que el recurso contencioso-administrativo se interpone «contra la Resolución de 30 de septiembre de 1991 del Ministerio de Defensa».

Como bien supone la propia entidad recurrente, la objeción no puede ser tenida como un motivo de casación, ya que no se señala qué norma reguladora de la sentencia se considera infringida por el que en el mismo motivo se califica de «error material y sin duda involuntario», cuya rectificación bien pudo obtenerse al amparo del artículo 267 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. No se trata, pues, de una infracción denunciante por el cauce del número 3.º del artículo 95.1, por lo que el motivo debe rechazarse sin más consideraciones.

DÉCIMO.—Por lo expuesto, procede declarar no haber lugar al recurso de casación, debiéndose imponer las costas a la parte recurrente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 102.3 de la L.J.C.A.

### III. CUERPO DE ESPECIALISTAS

Los miembros del Cuerpo de Especialistas pueden realizar cuando sea preciso y en los términos reglamentariamente establecidos —además del cometido particular de su especialidad— las funciones propias del cometido de mando, entre las que pueden encontrarse las de instrucción de orden cerrado, educación física, instrucción a soldado en ejercicios de tiro, encargados de almacenes y de vehículos, etc.—No obstante, ninguna consideración se realiza sobre la obligación de los miembros del citado Cuerpo de Especialistas de realizar guardias de orden, de servicio y de seguridad, dado que, de una parte, ni el actor en su demanda ni la Sala Jurisdiccional en la sentencia ahora recurrida, hacen pronuncia-

miento alguno sobre el tema, y de otra, porque la propia Abogacía del Estado tiene interpuesto un recurso de casación en interés de Ley en relación con dicha cuestión.

**Tribunal Supremo (Sala 3.ª. Sección 1.ª).**

**Sentencia dictada en recurso de casación en interés de Ley de 28 de septiembre de 1992.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Mariano Oro-Pulido y López.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El recurrente en la instancia —Sargento Primero del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, Escala Básica— impugnó la resolución de 9 de abril de 1992 del Teniente General Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, confirmatoria de la resolución de 4 de octubre de 1991 del Capitán General de la Región Militar de Levante, que desestimó su petición de ser excluido de cometidos ajenos a su especialidad, como los de instrucción de orden cerrado, educación física, instrucción a soldados en ejercicios de tiro, encargados de almacenes y de vehículos, etc. La sentencia de la Sala Jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de Murcia —objeto ahora de impugnación— estimó el recurso jurisdiccional deducido, reconociendo el derecho del recurrente a que por la Administración militar fueran «asignados los cometidos propios de su Cuerpo, Escala y especialidad». El fundamento de dicha decisión descansa, en esencia, en que los «cometidos de mando y apoyo administrativo» —a que se refiere el artículo 17 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, sobre Régimen del Personal Militar Profesional de las Fuerzas Armadas— hay que entenderlos en relación a los específicos del Cuerpo de Especialistas de que se trate y no «en relación con el mando, preparación y empleo de la fuerza y del apoyo al Ejército de Tierra a que se refiere el artículo 14.1 de la misma Ley».

SEGUNDO.—La Administración del Estado considera gravemente dañosa para el interés general y errónea la referida sentencia en cuanto ha estimado que los miembros del Cuerpo de Especialistas no están capacitados, ni por lo tanto pueden serles encomendados, en ningún caso, otros cometidos militares distintos de los específicos de su Cuerpo o especialidad. No ofrece duda alguna la gravedad de la doctrina, en el supuesto de reiteración, en cuanto que la exclusión radical de los compo-

nentes del Cuerpo de Especialistas de los cometidos no directamente relacionados con su singularidad, comportaría que en determinadas Unidades Militares los cometidos litigiosos no pudieran realizarse sin un recargo de las funciones de los miembros del Cuerpo General de las Armas.

TERCERO.—Procede, pues, examinar si la doctrina de la sentencia recurrida es o no errónea. El problema litigioso gira en torno a la interpretación del citado artículo 17 de la Ley 17/89. El Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha entendido, en una interpretación restrictiva de dicho precepto, que los miembros del Cuerpo de Especialistas no pueden realizar otras funciones que no sean las propias de su especialización, mientras que el Abogado del Estado propugna, por el contrario, en una interpretación no tan reduccionista, que el ejercicio de los cometidos propios de su especialidad no excluye la realización, en ocasiones, de otras atribuidas genéricamente al Cuerpo General.

CUARTO.— El planteamiento expuesto exige, como cuestión previa, la transcripción del precepto discutido. Dice así: «Los Miembros del Cuerpo de Especialistas del Ejército de Tierra, agrupados en Escalas media y básica, tienen como cometidos el mantenimiento, abastecimiento y, en su caso, manejo de los sistemas de armas, equipos y demás medios materiales del Ejército de Tierra. *También desarrollan cometidos de mando y de apoyo administrativo*». La cuestión estriba, innecesario es resaltarlo, en cuanto al ámbito competencial contenido en este segundo párrafo, no así en cuanto al primero, dado que se limita a reseñar los cometidos propios del Cuerpo de Especialistas. Pues bien, la resolución impugnada entiende que dichos «cometidos de mando» están vinculados a la especialidad de que se trate.

QUINTO.—La interpretación apuntada no se corresponde con los demás preceptos de la citada Ley 17/89 ni con el resto de las disposiciones reguladoras de los derechos y obligaciones de los miembros de la Institución Militar. En efecto, después de clasificar el artículo 13 de dicha Ley los Cuerpos Específicos del Ejército de Tierra en Cuerpo General de las Armas, Cuerpo de Intendencia, Cuerpo de Ingenieros Politécnicos y Cuerpo de Especialistas, define —en lo que ahora interesa— las funciones de los Cuerpos Especiales de Intendencia y de Ingenieros en los artículos 15 y 16, respectivamente, reseñando éstos las propias y características de cada uno de dichos Cuerpos, para acabar ambos con la siguiente fórmula competencial común: «*También desarrollan cometidos de dirección en el ámbito de sus competencias*». Esta prescripción

contrasta con la utilizada al definir el marco de atribución del Cuerpo de Especialistas, pues, aparte de referirse a «cometidos de dirección» y no «de mando» como ocurre para este último Cuerpo, limita dichas funciones al entorno de su actividad propia —«de sus competencias»—, restricción que no se produce en la delimitación de los cometidos del Cuerpo de Especialistas, que no se circunscriben a ningún ámbito específico de competencia, sino que se refieren a los «cometidos de mando y de apoyo», que, con carácter genérico, están atribuidos —según el artículo 14— al Cuerpo General de las Armas.

SEXTO.—No a otra interpretación se llega por la vía del contenido de los artículos 98 de la Ley 85/78, de 28 de diciembre, reguladora de las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas y 27 del Real-Decreto 2945/83, de 9 de noviembre, ordenador de las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra. Aquel en cuanto autoriza al militar en el ejercicio del mando, a emplear a todo el personal a sus órdenes en los puestos y cometidos reglamentariamente establecidos y del modo más adecuado a las aptitudes de cada uno, así como, de no existir disposición concreta, a efectuarlo como considere más conveniente para el servicio, y el segundo de los preceptos citados en cuanto permite al Jefe de cada Cuerpo o Unidad, respetando la plantilla general asignada, hacer las adaptaciones precisas de personal y medios, cuando circunstancialmente no sean suficientes o adecuados.

SÉPTIMO.—En esta línea, interesa asimismo señalar, como elemento histórico, que el Cuerpo de Especialista, proveniente de la Escala de Suboficiales Especialistas, se regía por lo dispuesto en la Ley 14/82 de 5 de mayo, de Reorganización de las Escalas Básicas de Suboficiales y Especial de Jefes y Oficiales, cuyo artículo 10, después de referir que dicho personal desempeñará los cometidos propios de su especialidad, señala que «... *realizará todos aquellos servicios de campaña y guarnición que correspondan a los de su empleo de las Escalas de Mando en la unidad, centro o dependencias donde preste sus servicios*, cuyo Jefe podrá dispensarle de la prestación de los mismos cuando la función técnica a su cargo así lo aconseje».

OCTAVO.—Obligado, pues, resulta concluir que los miembros del Cuerpo de Especialistas pueden realizar cuando sea preciso y en los términos reglamentariamente establecidos —además del cometido particular de su especialidad—, las funciones propias del cometido de mando, entre las que pueden encontrarse las que se señalan en el fundamento primero de esta resolución. Interesa, sin embargo, resaltar, como no tie-

ne por menos que reconocer la propia Administración demandante, que ninguna consideración se realiza sobre la obligación de los miembros del citado Cuerpo de Especialistas de realizar guardias de orden, de servicio y de seguridad, dado que, de una parte, ni el actor en su demanda ni la Sala Jurisdiccional en la sentencia ahora recurrida, hacen pronunciamiento alguno sobre el tema, y de otra, porque la propia Abogacía del Estado tiene interpuesto un recurso de casación en interés de Ley en relación con dicha cuestión.

NOVENO.—Procede en consecuencia la estimación del presente recurso de casación en interés de Ley, respetando la situación jurídica particular derivada de la sentencia recurrida y sin especial imposición de costas.

#### **IV. ESCALAS TÉCNICAS DE LOS CUERPOS DE INGENIEROS DE LAS FUERZAS ARMADAS**

Títulos necesarios para integrarse en dichas Escalas.—Validez de lo dispuesto por el R.D. 796/1995, de 19 de mayo, en el sentido de que en estas Escalas sólo podrán integrarse los pertenecientes a las Escalas Medias del Cuerpo de Especialistas del respectivo Ejército siempre que, además, se encuentren en posesión de la titulación de Diplomado Universitario, Arquitecto o Ingeniero Técnico y sin que se admitan otras titulaciones equivalentes de la enseñanza militar.

**Tribunal Supremo (Sala 3.ª. Sección 7.ª).**

**Sentencia de 21 de enero de 1997.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda.**

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

PRIMERO.—Don XXX impugna en el presente recurso contencioso-administrativo determinados preceptos del Real Decreto 796/1995, de 19 de mayo, de constitución de Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de las Fuerzas Armadas, publicado en el B.O.E. del 7 de junio de 1995. En el escrito de demanda concreta su pretensión solicitando que se declare la nulidad de pleno derecho del artículo 2 y disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995, en el sentido de que la in-

tegración obligatoria que dichas normas regulan deberán tener en cuenta las equivalencias señaladas en el artículo 33 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional.

SEGUNDO.—El señor Abogado del Estado, parte recurrida en el proceso, invoca que concurre la causa de inadmisibilidad del recurso prevista en el artículo 82.b) en relación con el 28 de la Ley de la Jurisdicción, ya que se ignora cuál es el interés de la parte actora en el asunto. Sin embargo, don XXX acredita en el escrito de conclusiones con la certificación que aporta que es Capitán del Cuerpo de Especialistas (MMQ), Escala Media, del Ejército de Tierra, por lo que resultando afectado en sus intereses por la integración que establece el Real Decreto 796/1995, se encuentra legitimado para promover el presente recurso contra los preceptos contenidos en el artículo 2 y disposición adicional quinta, lo que implica estimar subsanado el defecto advertido por el señor Abogado del Estado y, en consecuencia, rechazar la causa de inadmisibilidad que alega.

TERCERO.—Como antecedentes necesarios para resolver la cuestión planteada debemos destacar que la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional, declaró a extinguir las Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos antes existentes. La disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993, de 23 de diciembre, ordenó que en los Cuerpos de Ingenieros Politécnicos del Ejército de Tierra, de Ingenieros de la Armada y de Ingenieros del Ejército del Aire, existiese, junto a la Escala Superior, una Escala Técnica. El apartado 4 de la citada disposición adicional previno que en las Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos se integrarán los componentes de las Escalas medias de los Cuerpos Especialistas de los respectivos Ejércitos que posean las titulaciones de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Diplomado Universitario que se exijan reglamentariamente para el ingreso de las nuevas Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos. El Real Decreto 796/1995, de 19 de mayo, de constitución de las nuevas Escalas Técnicas, estableció en su artículo 2 que en cada una de las Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros se integrarán los pertenecientes a las Escalas medias del Cuerpo de Especialistas del respectivo Ejército, siempre que se encuentren en posesión de las titulaciones que señala la disposición adicional quinta del presente Real Decreto. La aludida disposición adicional quinta relaciona las titulaciones exigidas para la integración en las Escalas Técnicas, agrupándolas según las Especialidades fundamentales que se especifican en el artículo 7 del Real Decreto.



CUARTO.—Don XXX entiende, en primer lugar, que el artículo 2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995 son nulos de pleno derecho por exigir unas titulaciones universitarias para la integración en las nuevas Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos que contradicen lo prevenido en la ley habilitante (apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993), que se refiere a las titulaciones que se exijan reglamentariamente para el ingreso en las nuevas Escalas. La cuestión ha sido ya resuelta por sentencia de esta misma Sala de 20 de enero de 1997, que decidió el recurso n.º 480/1995, interpuesto por el Instituto de Ingenieros Técnicos de España contra los mismos preceptos que ahora son objeto de impugnación por don XXX. La sentencia desestima la pretensión anulatoria, manteniendo (fundamento de derecho tercero) que el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993 otorgaba al Gobierno un apoderamiento para que por vía reglamentaria determinase los títulos específicos que debían exigirse para el ingreso en las nuevas Escalas Técnicas dentro de las titulaciones de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Diplomado Universitario. Se trataba, por tanto, de dictar una regulación «ex novo» de las titulaciones exigidas para la integración e ingreso en las nuevas Escalas Técnicas, puesto que las mismas habían sido creadas (o vuelto a constituir si se prefiere) en virtud de lo prevenido en la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993. El Gobierno estaba facultado para determinar, antes de la promulgación del nuevo Reglamento de Ingreso en las Fuerzas Armadas, qué títulos, dentro de las especialidades que ofrecen las titulaciones enumeradas, debían exigirse para la integración en las nuevas Escalas, ya que su constitución debía preceder lógicamente a la fijación de las condiciones para su ingreso. Cuando se promulgó el Real Decreto 796/1995 no existía norma legal o reglamentaria que delimitase los títulos necesarios para el ingreso de las nuevas Escalas Técnicas creadas por la Ley 14/1993. El Gobierno, que debía regular la constitución de dichas Escalas, ostentaba la potestad reglamentaria, que le concedía el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la mencionada Ley 14/1993, para precisar los títulos exigibles con el fin de realizar la integración. No existiendo determinados unos títulos específicos exigibles para el ingreso en las nuevas Escalas Técnicas, la potestad reglamentaria del Gobierno le permitía concretar cuáles eran los títulos necesarios para la integración y constitución de dichas Escalas. Por su parte, el Real Decreto 1.951/1995, de 1 de diciembre, por el que se aprobó el Reglamento General de ingreso y promoción en las Fuerzas

Armadas y la Guardia Civil, tampoco solucionó la cuestión de una manera definitiva, ya que se limitó a exigir para el ingreso en las Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los Ejércitos el título de Arquitecto Técnico o cualquier título oficial de Ingeniero Técnico establecido «conforme a lo que determine la convocatoria en cada caso» (artículo 18.1.d), con lo que no resolvió el problema de las especialidades de titulación que son exigibles para el ingreso en las Escalas que nos ocupan, sino que lo remitió, con una técnica que debemos criticar, a lo que determine la convocatoria en cada caso. En suma, el artículo 2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995 no son contrarios a las facultades reglamentarias atribuidas al Gobierno por el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993, lo que determinó la desestimación de este motivo del recurso promovido por el Instituto de Ingenieros Técnicos de España, como ahora debe determinar la desestimación del deducido por esta causa por don XXX.

QUINTO.—Don XXX solicita se declare la nulidad de pleno derecho de los preceptos que impugna por un segundo motivo, que es el de no haber tomado en cuenta para la integración obligatoria que regula el artículo 2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995 las equivalencias señaladas por los artículos 33 y 46 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, de Régimen del Personal Militar Profesional. El mencionado artículo 33, en el párrafo segundo de su apartado 1, establece que en cada uno de los grados indicados (básico, medio y superior) de la enseñanza militar, la incorporación a Escala determinada supondrá, con la atribución del primer empleo militar, la obtención de «una titulación equivalente», respectivamente, a las del sistema educativo general de Técnico Especialista, Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico y Licenciado, Arquitecto o Ingeniero. Por su parte, el artículo 46.2 exige para ingresar en los Centros Docentes Militares que especifica los títulos del sistema educativo general que reglamentariamente se determinen, teniendo en cuenta «las equivalencias señaladas en el artículo 33» de la Ley y los cometidos del Cuerpo y Escala a los que se tendrá acceso. La parte recurrente entiende que el que ha cursado una enseñanza militar de grado medio obtiene, en virtud de lo establecido en las anteriores normas, una titulación equivalente a la de Diplomado Universitario, Arquitecto Técnico o Ingeniero Técnico, y que, por consiguiente, el artículo 2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995 debieron incluir entre las titulaciones exigidas para la integración en las nuevas Escalas Técnicas de los Cuerpos de Ingenieros de los

Ejércitos a todos los que habían obtenido dicha titulación equivalente conforme a los artículos 33 y 46 de la Ley 17/1989 y, al no haberlo hecho así, los aludidos preceptos son nulos de pleno derecho por ser contrarios a los repetidos 33 y 46 de una norma con rango de ley. Debemos desestimar este segundo motivo del recurso que hace valer don XXX. El artículo 2 y la disposición adicional quinta del Real Decreto 796/1995 desarrollan lo establecido en el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993. Este precepto solamente ordena la integración en las nuevas Escalas Técnicas de los componentes de las Escalas medias de los Cuerpos Especialistas de los respectivos Ejércitos «que posean las titulaciones de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Diplomado Universitario» (añadiendo el requisito de la exigencia reglamentaria para el ingreso en las nuevas Escalas que ha sido objeto de análisis en el anterior fundamento de derecho de esta resolución). Como se advierte, la ley impone, para que sea posible la integración, que los componentes de las Escalas medias de los Cuerpos Especialistas de los respectivos Ejércitos posean las titulaciones de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Diplomado Universitario, sin admitir la extensión del ámbito de la norma a otras titulaciones equivalentes de la enseñanza militar. Para declarar la nulidad de pleno derecho de una norma reglamentaria es necesario que el contenido de dicha norma se manifieste en contradicción con el precepto de ley que le sirve de fundamento, lo que haría posible aplicar los artículos 26 y 28 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (que establecen la nulidad de pleno derecho de las disposiciones administrativas contrarias a las leyes). En el supuesto que enjuiciamos no se aprecia tal contradicción, ya que la ley habilitante (apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993) no permite incluir entre las titulaciones exigibles para la integración en las nuevas Escalas Técnicas las que sean equivalentes a las de Ingeniero Técnico, Arquitecto Técnico o Diplomado Universitario, sino solamente estas titulaciones, lo que hace decaer la pretensión de contradicción de los preceptos reglamentarios con la norma legal que desarrollan, no resultando de aplicación los artículos 33 y 46 de la Ley 17/1989, en cuanto los mismos no se ajustan a lo prescrito con carácter imperativo por el apartado 4 de la disposición adicional cuarta de la Ley 14/1993. Lo expuesto implica la desestimación del recurso deducido por don XXX, al no justificarse un motivo que dé lugar a la declaración de nulidad de pleno derecho de los preceptos impugnados.

SEXTO.—No concurren las circunstancias exigidas por el artículo 131 de la Ley Jurisdiccional a efectos de una especial imposición de costas.

## V. PENSIONES MILITARES

La Sentencia impugnada incurre en manifiesto error cuando desconoce que, conforme a la legislación aplicable, no cabe compatibilizar las pensiones de viudedad nacidas al amparo de la Ley 35/1980 y las del Título II de la Ley 37/1984.—En el art. 11 de la Ley 35/1980, relativo a pensiones de excombatientes de la zona republicana, se establece «las pensiones reconocidas al amparo de esta Ley serán compatibles con cualesquiera otros haberes del Estado y demás Entes Territoriales, de la Seguridad Social o de otros Entes Públicos que tengan fundamento en causas distintas...». De este precepto se infiere la incompatibilidad de la pensión de viudedad que dimana de esa Ley 35/1980, con la que se confirió a la actora conforme al Título II de la Ley 37/1984, pues ambas derivan de una misma causa, cual era el fallecimiento del causante que generaba pensión familiar por su condición de excombatiente, dado que, según se dispone en el art. 3.º de la Ley 35/1980, esas pensiones familiares se calculan tomando como base reguladora exclusivamente la retribución básica reconocida al causante y ésta lo es por los servicios prestados al Estado y no por la mutilación; siendo ese mismo servicio al Estado el que se reconoce como causa de la pensión del Título II de la Ley 37/1984.

**Tribunal Supremo (Sala 3.ª. Sección 1.ª).**

**Sentencia dictada en Recurso de Casación en interés de la Ley de 27 de septiembre de 1996.**

**Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique Cancer Lalanne.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—La Abogacía del Estado interpone recurso de casación en interés de Ley contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 13 de junio de 1994, que estimando el recurso contencioso-administrativo promovido por D.ª XXX

anuló la resolución del Tribunal Económico Administrativo Central, de 26 de octubre de 1990, sobre incompatibilidad del percibo simultáneo de pensiones de viudedad, declarando el derecho de la Sra. XXX a percibir la pensión solicitada al amparo de la Ley 37/1984, en régimen de compatibilidad con la percibida como viuda de mutilado de guerra, ex-combatiente del Ejército Republicano en la contienda de 1939 conforme a la Ley 35/1980; siendo a ese pronunciamiento de compatibilidad y a las razones que en la sentencia lo apoyan a lo que se circunscribe el presente recurso.

SEGUNDO.—Constan cumplidos los presupuestos legales que hacen normalmente viable este recurso, pues aparece interpuesto dentro del plazo del art. 103,b,3 de la L.J.C.A., legitimada la Abogacía del Estado a quien corresponde la defensa de los intereses generales de la Administración Estatal a que afecta la doctrina que se reputa errónea —los de la Hacienda Pública pagadora de las pensiones—, inimpugnabilidad de la sentencia por vía del recurso de casación ordinario al tratarse de un asunto de personal, art. 93,2,a) de la Ley J.C.A., y fundamentación de aquélla en normas estatales. Igualmente no parece que pueda ponerse en duda que el pronunciamiento puesto en entredicho por la Abogacía del Estado, es susceptible de trascender con efectos de futuro, al caso definitivamente resuelto, con fuerza de cosa juzgada, por la sentencia recurrida, pues a ello se refiere, el grave daño al interés general, exigido por el art. 102,b), 1 de la L.J.C.A., y esto es así porque la solución que se da al problema de la posibilidad de cobro simultáneo de pensiones de viudedad, supone una quiebra a los principios legales en que se asienta dicha simultaneidad de cobro, produciendo además un considerable daño económico al Tesoro, derivado no del montante del caso discutido, sino de la susceptibilidad de sucesiva generalización en el futuro a personas que se encuentren en similar situación.

TERCERO.—Debe entrarse, pues, a decidir si la sentencia impugnada había establecido una doctrina errónea, en los aspectos denunciados por la Abogacía del Estado. La doctrina sostenida al respecto por la Audiencia Nacional se contiene sustancialmente en su fundamento de Derecho tercero, cuyo tenor es el siguiente: «El art. 11.2 del R.D. 1033/85, de 19 de junio en su párrafo primero, en la redacción dada por el R.D. 2559/86, de 12 de diciembre, establece: “La percepción de la pensión será incompatible con la de otras pensiones abonadas con cargo a crédito de clases pasivas y que se hayan causado por hechos relacionados con la guerra civil 1936-1939 y al amparo de la legislación especial

en la materia, sin perjuicio de las pensiones de mutilación concedidas al amparo de las leyes 35/80, de 26 de junio y 6/82, de 29 de marzo, y del Decreto 670/76, de 5 de marzo". La Audiencia Nacional entiende, a la vista de la normativa aplicable, que la argumentación dada por la Administración demandada para denegar la pensión, que hacía referencia a que la que se reclamaba lo era de viudedad y no de mutilación, no es válida, pues la pensión de mutilación concedida al amparo de la Ley 35/80 no pierde su carácter por el hecho de que los derechos que de la misma se derivan se transmitan a los familiares, en este caso a la viuda; y que tal transmisión debe realizarse con las mismas condiciones. Es decir, que si el causante obtiene una pensión de mutilación al amparo de la citada Ley y ésta es compatible con la que pudiera haberse otorgado al amparo del Título II de la Ley 37/84, sigue poseyendo tal carácter de compatibilidad, en caso de transmisión de la misma a la viuda; y que si bien es cierto que ésta recibe el nombre de pensión de viudedad lo es por virtud de la Ley 35/80, de 26 de junio, que mejoró y amplió la reconocida inicialmente al amparo del Real Decreto-Ley 43/78, no habiendo motivo para diferenciar donde la Ley no lo hace". Frente a tal criterio la Abogacía del Estado sostiene la incompatibilidad del percibo simultáneo de las pensiones de viudedad reconocidas al amparo del Título II de la Ley 37/1984 y de la Ley 35/1980, partiendo de los principios que inspiran la legislación general de Pensiones del Estado en materia de compatibilidad de percepción de pensiones, del exacto significado de las normas específicas sobre compatibilidad establecidas en las leyes antes citadas 35/1980 y 37/84, y reglamento que la desarrolla, y de la propia inconsistencia de las argumentaciones de la sentencia impugnada.

CUARTO.—Para resolver la discrepancia hay que partir de que ciertamente es insuficiente la argumentación que se expresa en la sentencia recurrida, concerniente a que si la pensión de mutilación obtenida por el causante —el esposo fallecido— al amparo de la Ley 35/1980, era compatible según el art. 11 del Decreto 1033/1985, con la que pudiera otorgarse conforme al Título II de la Ley 37/1984, sigue poseyendo esa pensión tal carácter de compatibilidad en caso de transmisión de la misma a la viuda, y a que esa pensión de la Ley 35/1980 aunque esta Ley la llame de viudedad, en realidad lo es de mutilación. La inconsistencia de la argumentación deriva de que, en contra de lo que se dice en la sentencia, no se recibe por la viuda, por vía de sucesión, la pensión de mutilación del marido, que es personal y vitalicia, sino una nueva que surge con el fallecimiento del causante y sujeta a su propio régimen jurídico,

pues que, por otro lado, no cabe decir que esa pensión de viudedad venga a derivar como la de mutilación de las heridas que determinaron ésta, que obviamente sólo las sufrió el excombatiente afectado. Además tampoco cabe sostener que esa pensión familiar sea una pensión de mutilación, porque se entienda que todas las percepciones del D. Ley 43/1978, art. 3.º,2, p. 2.º y art. 3.º,4, p. 2.º de la Ley 35/1980, en razón de su origen primario deban calificarse como pensiones de mutilación, según parece sostener la sentencia recurrida, pues tales percepciones tienen un doble componente, susceptibles de someterse a tratamiento jurídico diferente, de un lado la retribución básica, de otro la pensión de mutilación propiamente dicha, y es con aquel primer componente con el que expresamente se liga la pensión familiar o de viudedad a efectos de determinación; de modo que la incompatibilidad puede ser referida a uno de esos conceptos, permaneciendo el otro compatible, como dispone el art. 11 del Decreto 1033/1985.

QUINTO.—Contemplado el problema desde la panorámica de la legislación citada, es de observar que la Legislación General de Clases Pasivas, parte del principio de que nadie puede ser retribuido dos veces por la misma causa, sin perjuicio de la posibilidad de optar por la más conveniente que se ofrezca al afectado, art. 25.2 del Texto Refundido de clases pasivas de 1987. De esta declaración de carácter general se infiere la incompatibilidad del percibo de dos pensiones de viudedad derivadas de un mismo causante salvo disposición en contrario. Esa norma en contrario no existe en la regulación específica de las percepciones ahora cuestionadas. En el art. 11 de la Ley 35/1980, relativo a pensiones de excombatientes de la zona republicana, se establece «las pensiones reconocidas al amparo de esta Ley serán compatibles con cualesquiera otros haberes del Estado y demás Entes Territoriales, de la Seguridad o de otros Entes Públicos que tengan fundamento en causas distintas...». De este precepto se infiere a incompatibilidad de la pensión de viudedad que dimana de esa Ley 35/1980, con los que se confirió a la actora conforme al Título II de la Ley 37/1984, pues ambas derivan de una misma causa, cual era el fallecimiento del causante don YYY que generaba pensión familiar por su condición de excombatiente, dado que según se dispone en el art. 3.º de la Ley 35/1980, esas pensiones familiares se calculan tomando como base reguladora exclusivamente la retribución básica reconocida al causante, y ésta lo es por los servicios prestados al Estado, y no por la mutilación; siendo ese mismo servicio al Estado el que se reconoce como causa de la pensión del Título II de la Ley 37/1984.

El art. 111.2 del Decreto 1033/1985 que desarrolla la Ley última-mente citada, lleva a la misma conclusión, pues dice «la percepción de la pensión será incompatible con la de otras pensiones abonadas con cargo al crédito de Clases Pasivas del Estado y que se hayan causado por hechos relacionados con la guerra civil 1936/1939, y al amparo de la legislación civil en la materia, sin perjuicio de las pensiones de mutilación concedidas al amparo de la Ley 35/1980, de 26 de junio y 6/1982 de 29 de marzo, y Decreto 670/1976, de 5 de marzo». Todos los requisitos para la incompatibilidad se dan en el caso de autos, pues las pensiones se abonan con cargo a créditos de Clases Pasivas, se causaron por hechos relacionados con la guerra civil de 1936-1939 y se reconocieron por leyes especiales destinadas a paliar los efectos de esa guerra. Y dado que la excepción referida a las pensiones de mutilación establecida conforme a la Ley 35/1980, no es extendible a las pensiones familiares que los mutilados excombatientes, incluso con grado militar alcanzado después del 18 de julio de 1936 (como es el caso) puedan causar, pues según se viene diciendo estas pensiones familiares no son de mutilación, sino por los servicios prestados al Estado por el causante fallecido, ya que su cálculo se vincula exclusivamente a las retribuciones básicas del causante que se reconocían por este concepto.

SEXTO.—En definitiva, la sentencia impugnada incurre en manifiesto error cuando desconoce que conforme a la legislación aplicable, no cabe compatibilizar las pensiones de viudedad nacidas al amparo de la Ley 35/1980 y la del Título II de la Ley 37/1984, por lo que procede dar lugar al recurso de casación en interés de Ley suscitado por la Abogacía del Estado.

SÉPTIMO.—La particular estructura procesal de este recurso de casación en interés de la ley excluye un pronunciamiento sobre las costas procesales.

## VI. TRIENIOS

El tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios.—Validez del art. 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, y Real Decreto 1494/1991, de 11 de octubre, sobre retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas.



**Tribunal Supremo (Sala 1.ª Sección 7.ª).**  
**Sentencia de 23 de mayo de 1997.**  
**Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel Goded Miranda.**

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—Por resolución de 4 de marzo de 1993 de la Dirección de Gestión de Personal del Ejército de Tierra (Ministerio de Defensa) se denegó a don XXX, Capitán del Cuerpo General de las Armas, Escala Superior, Especialidad Fundamental Infantería, su solicitud por la que reclamaba que se le efectuase un nuevo cómputo del tiempo para la determinación de los trienios, incluyendo la totalidad de los servicios prestados desde su ingreso en las Fuerzas Armadas, sin deducción alguna de tiempo en concepto de servicio militar obligatorio. El acuerdo de 21 de mayo de 1993 del Teniente General JEME desestimó el recurso ordinario formulado contra la resolución de 4 de marzo. Don XXX interpuso *contra dichos actos* recurso contencioso-administrativo, que fue estimado por sentencia dictada el 30 de mayo de 1995 por la Sala de este orden jurisdiccional del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que anuló las resoluciones impugnadas y reconoció al recurrente como situación jurídica individualizada el derecho a que el cómputo de trienios lo sea desde que ingresó en el correspondiente Centro militar de formación, *sin detraer a partir de dicha fecha período de tiempo* alguno por servicio militar obligatorio. Frente a la indicada sentencia el señor Abogado del Estado, en representación de la Administración General del Estado ha promovido el presente recurso de casación.

SEGUNDO.—El único motivo de casación, formulado al amparo del artículo 95.1.4.º de la Ley de la Jurisdicción, estima que la sentencia recurrida infringe por inaplicación el artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, que reguló las retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas. Antes de entrar en el examen del citado motivo casacional conviene recordar que su admisión se funda en el artículo 93.3 de la citada Ley Jurisdiccional, al responder el razonamiento seguido por el Tribunal de instancia para no aplicar el artículo 3.3, párrafo tercero, del Real Decreto 359/1989 al mecanismo de la denominada impugnación indirecta de las disposiciones generales, considerando que tanto dicho precepto como su equivalente, contenido en el Real Decreto 1.49/1991, de 11 de octubre (párrafo tercero del artículo 3.3) resultan contrarios a

normas con rango de ley que rigen la materia. Esto advertido, el presente recurso guarda sustancial identidad con los que ha resuelto esta Sala en sentencias de 30 de octubre y 6 de noviembre de 1995 y 11 de marzo de 1996, cuyos criterios debemos por tanto reproducir para resolver el problema planteado, tanto por el principio de unidad de doctrina como por entender que la expuesta se ajusta al ordenamiento jurídico.

TERCERO.—El párrafo tercero del artículo 3.3 del Real Decreto 359/1989, de 7 de abril, que reguló las retribuciones del personal de las Fuerzas Armadas, dispone que «el tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas correspondiente a la duración del servicio militar obligatorio no se computará para devengo de trienios». Idéntica norma contiene, también en el párrafo tercero de su artículo 3.3, el Reglamento General de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas aprobado por Real Decreto 1.494/1991, de 11 de octubre. Prescindiendo de los antecedentes normativos del mencionado precepto reglamentario (véase al respecto el fundamento de derecho tercero de la Sentencia de 11 de marzo de 1996), lo cierto es que, tanto en la Administración Civil del Estado como en las Fuerzas Armadas, los trienios se devengan por cada tres años de servicios (cfr. artículo 23.2.b de la Ley 30/1984 y artículo 3.3, primer párrafo, del Real Decreto 359/1989), entre los cuales no puede incluirse el tiempo de prestación del servicio militar obligatorio, pues, según establece el artículo 1.1 del Real Decreto 1.461/1982, de 25 de junio (sobre reconocimiento de servicios previos en la Administración Pública), «a efectos de perfeccionamiento de trienios, se computarán todos los servicios prestados por los funcionarios de carrera en cualquiera de las Administraciones Públicas citadas en el artículo 1 de la Ley 70/1978, de 26 de diciembre, sea el que fuere el régimen jurídico en que los hubieran prestado, excepto aquellos que tuvieran el carácter de prestaciones personales obligatorias», carácter que tiene el servicio militar obligatorio con arreglo al artículo 30.2 de la Constitución y a los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica 13/1991, de 20 de diciembre, del Servicio Militar). En la misma línea, el 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, dispone en el artículo 32.3, primer párrafo, que no se entenderá como de servicios al Estado «el tiempo que permanezca el personal correspondiente en filas prestando el servicio militar obligatorio, ni el tiempo equivalente a éste, si prestara dicho servicio militar en cualquiera otra forma o siendo alumno de alguna Escuela o Academia Militar». Por consiguiente, la exclusión del tiempo del servi-

cio militar obligatorio para el cómputo de los trienios se encuentra establecida con toda claridad en la normativa sobre retribuciones del personal militar, siendo coherente con la naturaleza de prestación personal obligatoria que reviste dicho servicio, lo que determina su consideración por el ordenamiento jurídico como tiempo no computable a efectos de trienios.

CUARTO.—La argumentación que lleva a la sentencia recurrida a considerar ilegal el precepto reglamentario que ampara las resoluciones administrativas impugnadas, consiste básicamente en entender que, si bien dicha norma podía hallarse justificada antes de que se aplicara al personal militar el estatuto retributivo de los funcionarios civiles, incurre en ilegalidad una vez que se ha producido tal aplicación, ya que con arreglo al artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, se computa a dichos funcionarios el tiempo del servicio militar cumplido después de su ingreso en la función pública (fundamento de derecho quinto de la sentencia recurrida en casación). El razonamiento no puede compartirse, pues la aplicabilidad de la Ley 30/1984 al personal de las Fuerzas Armadas viene dada mediatamente, bien por su carácter de norma supletoria (artículo 1.5 del citado texto legal), o por la remisión que a ella hace la disposición final segunda de la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989, que autoriza al Gobierno para adecuar el sistema retributivo del personal militar al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, adaptándolo a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, las peculiaridades de la carrera militar y la singularidad de los cometidos que tienen asignados, adaptación que efectuó el Real Decreto 359/1989. Pero por ninguna de estas dos vías es aplicable al personal militar el artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984, según el cual los funcionarios civiles pasan a la situación de servicios especiales cuando cumplan el servicio militar, pues el cumplimiento de dicho servicio por quienes ya están encuadrados en las Fuerzas Armadas no implica la alteración de la situación administrativa de actividad del interesado, con lo que mal puede entenderse que la norma reglamentaria cuestionada quebranta el principio de jerarquía normativa.

QUINTO.—Tampoco cabe apreciar que la repetida norma reglamentaria discrimine a los miembros de las Fuerzas Armadas en relación con los funcionarios civiles, ya que, según hemos declarado en las sentencias de 25 de octubre de 1993 y 10 de octubre de 1994, no existe en el presente caso la identidad de situaciones que constituye presupuesto indispensable para poder apreciar, en su caso, la infracción del artículo 14

de la Constitución. En efecto, así como la prestación del servicio militar determina el pase del funcionario público a la situación administrativa establecida en su régimen estatutario, según dispone el artículo 11.4 del Reglamento de la Ley del Servicio Militar de 21 de marzo de 1986 (vigente cuando se dictaron los actos impugnados), la condición de militar, en cambio, es causa de exclusión temporal del contingente anual de dicho servicio, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 52.3 del mencionado texto reglamentario, lo que comporta el hecho de que al militar se le abone como servicio en filas el tiempo de permanencia en el Centro de Enseñanza Militar (cfr. artículo 65 del Reglamento de 21 de marzo de 1986), mientras que el funcionario civil se ve obligado a optar entre demorar su preparación para el ingreso en la Administración o, previas las oportunas prórrogas, cumplir el servicio militar una vez ingresado, pasando a la situación administrativa de servicios especiales, prevista en el artículo 29.2.k) de la Ley 30/1984. Por tanto, el artículo 3.3, párrafo tercero, del Real Decreto 359/1989, y su equivalente del Real Decreto 359/1989, y su equivalente del Real Decreto 1.494/1991, se aplicará en la práctica sobre el período de preparación para el ingreso en la Carrera Militar, situación bien distinta a la de servicios especiales que regula la Ley 30/1984 para quien ya es funcionario. Tan sensibles diferencias impiden, por tanto, apreciar la existencia de discriminación con relación a los funcionarios de la Administración Civil del Estado.

SEXTO.—Por último, señala la sentencia recurrida que la norma reglamentaria que nos ocupa carece de sentido en el supuesto de militares del sexo femenino, pero, aparte de que éste no es el caso de autos, el hecho de que la disposición proyecte únicamente sus efectos sobre los militares del sexo masculino, en cuanto que sólo ellos se hallan sujetos al servicio militar obligatorio, no supone su invalidez, pues se trata de una obvia consecuencia de la no exigibilidad de dicho servicio a las mujeres, cuestión ajena al contenido de la norma.

SÉPTIMO.—Como consecuencia de cuanto queda expresado procede estimar el único motivo de casación invocado por el representante de la Administración y, declarando haber lugar al recurso, casar la sentencia de 30 de mayo de 1995, y, en su lugar, desestimar el recurso contencioso-administrativo promovido contra las resoluciones de 4 de marzo y 21 de mayo de 1993, originariamente impugnadas por ser conformes a derecho al aplicar el artículo 3.3, párrafo tercero, del Real Decreto 35/1989 y su equivalente del Real Decreto 1.494/1991, preceptos que asimismo son conformes al ordenamiento jurídico.

OCTAVO.—De conformidad con el artículo 102.2 de la Ley de la Jurisdicción cada parte satisfará las cosas que haya ocasionado en este recurso de casación, sin que se aprecien circunstancias que determinen una especial imposición respecto a las de instancia.

## VII. VIVIENDAS MILITARES

Corrección formal del Expediente de desahucio instruido.—La Ley 17/1989 no ha unificado plenamente las variadas modalidades de situación de reserva creadas a lo largo del tiempo para resolver problemas específicos (Auto del Tribunal Constitucional de 15-09-92 que declaró inadmisibile el recurso de amparo interpuesto contra la Sentencia del Tribunal Supremo de 10-03-92).—Respecto de la vivienda no se tienen más derechos que los que otorga el condicionado de estipulaciones del contrato suscrito con el Patronato correspondiente.

**Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León (Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en Burgos).**

**Sentencia de 1 de octubre de 1996.**

**Ponente: Sr. Collado García Lajara.**

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.—El actor solicita de la Sala dicte Sentencia por la que se anule la Resolución de 1-6-95, y deje sin efecto el acuerdo de desahucio del recurrente de la vivienda militar de apoyo logístico que actualmente ocupa, anulándose la calificación de la vivienda militar ocupada como logística por la Resolución 430/91 de 9 de octubre por no haberse dado el preceptivo trámite de audiencia al interesado causándole indefensión.

Por su parte, el Abogado del Estado solicita se dicte Sentencia desestimatoria, con imposición de costas procesales.

SEGUNDO.—De los autos y del expediente administrativo pueden extraerse los siguientes datos objetivos: (a) el 18-9-84 el actor suscribe con el Patronato de casas militares un contrato de arrendamiento especial por el que se le adjudica una vivienda; (b) mediante Orden 721/86, el actor pasó a la reserva transitoria; (c) el 10-11-92 el Director General gerente del IVFAS le comunicó al actor la obligación de desalojar la

vivienda de referencia en aplicación del RD 1751/90; (d) el 31-10-94 se le reitera la obligación de desalojo en atención a las previsiones del citado RD, concediéndole un plazo de 2 meses para ello; (e) mediante escrito de 15-11-94 el actor formula recurso de alzada contra lo anterior con la solicitud, tras las alegaciones que estimo oportunas, de que se declare improcedente el desalojo; que fue resuelto inadmitiendo el mismo; (f) el 1-2-95 el Director General Gerente del IVFAS acuerda la apertura de expediente de desahucio, designando instructor a D.<sup>a</sup> XXX, que le notificó al actor el correspondiente pliego de cargos el 6-2-95; contestado mediante escrito de 13-2-95; (g) la instructora formuló la propuesta de resolución de contrato de cesión de uso de la referida vivienda, notificado al actor el 13-3-95; contestando el actor mediante escrito de alegaciones el 17-3-95; (h) el 1-6-95 el referido Director General dicta la Resolución definitiva acordando el desalojo de la referida vivienda del actor; contra el que interpuso recurso ordinario ante el Secretario de Estado de Administración Militar, que lo desestima finalmente en octubre de 1995.

TERCERO.—Los motivos de fondo alegados por el actor son, en síntesis, los siguientes: (a) irregularidades observadas en la tramitación del expediente de desahucio; (b) falta de audiencia al interesado en dicho expediente; falta de motivación del pliego de cargos y falta de comunicación de la identidad del instructor; (c) falta del preceptivo trámite de audiencia al interesado cuando fue calificada la vivienda que habita como Logística por Resolución 430/15386/1991, de 9-10; (d) por no encontrarse dentro del supuesto de la Disposición Transitoria 1,4 del R.D. 1751/90 y (e) respecto de la temporalidad del arrendamiento y la buena fe.

Por consiguiente, contestando al punto (a) anterior hay que manifestar que, a la vista de lo actuado en el expediente administrativo no se han cometido las irregularidades alegadas como consta (y así se dice en el fundamento II anterior) en aquél, lo que no produce de ningún modo la nulidad radical, ni siquiera la anulabilidad con los efectos del art. 62 y 63 de la Ley 30/92 de 26-11.

En cuanto al apartado (b) no consta que el actor haya recurrido, a priori, la resolución referida donde alegar el motivo ahora expuesto, de tal forma que no existe acto administrativo, que revisar; máxime cuando el objeto procesal sólo versa sobre el desahucio de la vivienda que ocupa el demandante; lo que hacer rechazable este motivo a tenor del art. 40 en relación al art. 82 de la L.J.C.A.

CUARTO.—En el supuesto del apartado (c) la Sentencia de esta Sala de 26-1-96 en idéntico caso, aplicable a este pleito en atención a los principios de seguridad jurídica (art. 9,3 C.E.) y unidad doctrinal, dice que: «lo aquí discutido es un problema de estricta aplicación normativa, es decir, si el recurrente se halla incurso en el supuesto prevenido en el artículo 32.1 del R.D. 1751/90 en relación con su Disposición Transitoria 1.3, sobre el que descansa la Orden de desalojo de la vivienda; el R.D. 1751/90 en su artículo 16 establece la posibilidad que el Ministerio de Defensa facilite al personal militar de carrera de las Fuerzas Armadas vivienda militar de apoyo logístico, y el artículo 18 establece, entre otros requisitos que el militar que la solicite se encuentre en servicio activo; y el 18 establece que el personal militar de carrera no podrá acceder al uso de vivienda miliar de apoyo logístico cuando pierda la condición de militar de carrera, así como cuando pase a retirado, segunda reserva o situación distinta de la de servicio activo».

«Para paliar en cierta forma los efectos de este R.D., las Disposiciones Transitorias prevén una serie de situaciones en las que se permite continuar, al militar de carrera que deje de estar en situación de servicio activo».

«Esta Disposición Transitoria se aplicará a los que a la entrada en vigor se encuentren en servicio activo y les falten cinco o menos años para pasar a la situación de reserva por aplicación de lo dispuesto en la Ley 17/1989, salvo que pierdan la condición de militar, pasen a otra situación administrativa, *excepto la propia de reserva, a la que no corresponda el derecho a uso de vivienda militar de apoyo logístico*».

«No hay duda que la reserva transitoria es una situación administrativa, aun cuando no se recoja como tal en el artículo 96 de la Ley 17/89, puesto que el R.D. 1000/1985 que crea la situación de reserva transitoria, se está refiriendo constantemente a la misma como situación —debe entenderse situación administrativa—, y este Real Decreto no ha sido derogado por la Ley 17/89. En apoyo de esta afirmación debe traerse a colación la siguiente sentencia que se referencia, y en la que hace mención de otras».

«La sentencia del Tribunal Supremo de fecha 14-10-93 (Ar. 1993/7173), en la que se hace mención a las sentencias de fechas 16 y 17 de marzo de 1992, estima que el pase a la situación de Reserva Transitoria “presupone el ejercicio de una opción voluntaria para la ruptura de la relación de servicio con las Fuerzas Armadas, con la prácticamente conservación de sus emolumentos sin contraprestación de servicio y con la

posibilidad plena, además del ejercicio de otro empleo o profesión con la consiguiente incidencia en sus ingresos...”».

«A su vez, en dicha sentencia, se trae a colación el Auto del Tribunal Constitucional de fecha 15-9-92, que declara inadmisibile el recurso de amparo interpuesto contra la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 16-3-92, en la que se afirma que “... los funcionarios militares disponen de una situación administrativa *sui generis*, intermedia entre la situación activa y la situación de retirado. Dicha situación transitoria, es la de reserva, que en la actualidad regula el art. 103 de la Ley Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional. Esta Ley, contra lo que se afirma en la demanda de amparo, no ha unificado plenamente las variadas modalidades de situación de reserva creadas a lo largo del tiempo por la legislación militar para resolver problemas específicos. Concretamente mantiene, aunque sea de manera desigual y transitoria las situaciones de reserva activa (Dispos. Adicional 8.2 y la Ley 20/81 de 6 de julio), la de segunda reserva (Dis. Transitoria 1.<sup>a</sup>) y la de reserva transitoria (Disp. Adic. 8.3 y R.D. 1000/85 de 19 de junio), a la que se refiere la demanda de amparo”».

QUINTO.—Como sigue diciendo la referida sentencia: «Este no tiene respecto de la vivienda, más derechos que los que le otorga el condicionado de estipulaciones del contrato suscrito con el Patronato de Casas Militares, y en dicho contrato se estipula como condición primera, “que el tiempo de duración de ocupación de la vivienda quedará limitado al establecido reglamentariamente en cuanto a su situación militar, empleo y destino o se señale en el futuro en las normas que se dicten en relación con la clase de vivienda que se adjudica”, en definitiva, el contrato se condiciona a las sucesivas normas que en el futuro se promulguen respecto del Patronato de Casas Militares».

«Habiéndose dictado un nuevo Real Decreto que incluye la pérdida de vivienda por la situación expresa del recurrente, no se puede objetar ninguna causa de nulidad al acto administrativo que se dictó en el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, sin vulnerar otra norma superior jerárquica. Así lo entienden las sentencias mencionadas».

SEXTO.—Finalmente, no hay quiebra de los principios invocados en la demanda, pues estamos en presencia de un contrato administrativo y no de tipo civil, de naturaleza y efectos administrativos; de tal forma que el usuario de la vivienda dispone de ella en atención a una adjudicación en uso temporal mediante el pago de un canon, y de un precio privado; sin que se aprecie la falta de buena fe dadas las condiciones del



contrato suscrito entre la Administración y el actor y las previsiones normativas del R.D. invocado anteriormente, que pertenece a la esfera discrecional de la Administración, y al ejercicio de potestades (normativas y organizatorias) atribuidas por el ordenamiento jurídico.

## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

Por José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado del Consejo de Estado*

### SUMARIO:

1. EN MATERIA DE REGLAMENTOS; 2. EN MATERIA DE VALIDEZ E INVALIDEZ DE LOS ACTOS; 3. EN MATERIA DE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS; 4. EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

1. En materia de *reglamentos*, el Consejo ha recordado que «el término ejecución utilizado para clasificar los reglamentos o disposiciones de carácter general, necesitados del dictamen del Consejo de Estado, se aviene con los de completar, desarrollar y aplicar, sin que tal pluralidad de acepciones contemplan otro concepto distinto al de ejecución» (Dictamen 1773/97, de 14 de mayo de 1997).

2. Respecto a la *validez e invalidez de los actos administrativos*, se ha señalado que para apreciar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo por haberse prescindido total y absolutamente del procedimiento establecido es preciso que «la conculcación del procedimiento haya sido de tal magnitud que suponga la concurrencia de anomalías en la tramitación que consistan en defectos leves, de tal suerte que la falta de motivación no implica necesariamente la ausencia de un trámite esencial» (Dictamen núm. 926/97, de 3 de abril de 1997).

Además se ha sentado el criterio de que la prevaricación de un funcionario no contamina a todas sus actuaciones administrativas, sino sólo a las resoluciones dictadas con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad del acto realizado (Dictamen núm. 1497/97, de 17 de abril de 1997).

3. La materia de *contratos* ha sido objeto de numerosos dictámenes.

«El Consejo de Estado emite su consulta en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley de Contratos del Estado, de 8 de abril de 1965, aplicable al contrato a que se refiere el expediente, y coincide con la propuesta de resolución en el sentido de que procede resolverlo, puesto que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León ha declarado la nulidad, si bien no del acto de adjudicación mismo, sí de las resoluciones que le sirven de base; en concreto, de la resolución del Director general de Carreteras de 25 de febrero de 1991, por la que aprueba el proyecto y del acto de la Junta de Consejeros de 21 de marzo de 1991 por el que se autoriza su celebración.

»La suspensión definitiva de las obras acordada por la Administración es consecuencia indefectible del pronunciamiento jurisdiccional.

»El artículo 52.3 de la Ley de Contratos del Estado regula específicamente la suspensión definitiva de los trabajos. En tal caso, los artículos 55 del mismo cuerpo legal y 162 del Reglamento General de Contratación prevén que se indemnizará al contratista con el valor de las obras ejecutadas y el beneficio industrial de las dejadas de realizar. Además, y, en su caso, debe devolverse la fianza constituida si no existen causas para decretar su pérdida.

»En el caso presente, concurren los requisitos para la aplicación de los preceptos citados, pues la Administración ha decidido resolver el contrato para dar cumplimiento a la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de 31 de enero de 1996 y la empresa contratista ha cumplido correctamente su prestación. Por consiguiente, procede acordar dicha resolución, liquidar el contrato, abonando al contratista los trabajos ejecutados, reconocerle el derecho a percibir el 6 por ciento de las labores no realizadas, en concepto de beneficio industrial, y devolverle la fianza constituida.» (Dictamen núm. 4661/1997, de 7 de noviembre de 1997).

En relación al caso de que concurren varias causas de resolución del contrato, el Consejo ha señalado:

«El Servicio Instructor, el Servicio Jurídico y la Intervención General de la Administración del Estado encuentran el fundamento para tal resolución en el artículo 52.3 de la Ley de 8 de abril de 1965, de aplicación al presente contrato por la fecha en que se perfeccionó, y en el artículo 162 del Reglamento General de Contratación, de 25 de noviembre de 1975, que prevén que «si la Administración decidiese la suspensión definitiva de las obras o dejase transcurrir un año desde la suspensión temporal sin ordenar la reanudación de las mismas, el contratista tendrá derecho al valor de aquéllas efectivamente realizadas y al beneficio industrial de las dejadas de realizar», que se fija en el 6 por ciento del precio de adjudicación.

El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente que cuando concurren varias causas de resolución de un contrato debe estarse a la primera de las producidas en el tiempo para determinarla.

En el caso sometido a consulta, dos son las causas de resolución del contrato concurrentes, a saber: de una parte, la declaración de suspensión de pagos de la empresa A. S.A., producida el día 9 de enero de 1996, al así haberlo acordado el Juzgado de Primera Instancia número 36 de los Madrid; y, de otra parte, la suspensión temporal y total de las obras durante un año, lo que se produjo el 6 de marzo de 1997.

Es claro que la primera causa producida en el tiempo lo fué la declaración de suspensión de pagos de la empresa Austral Ingeniería S.A., de tal suerte que ésta, y no la otra, es la que debe fundar la resolución del contrato propuesta.

En consecuencia, procede la resolución del contrato, debiendo recibirse las obras que procediere y liquidarse aquél. En esta liquidación deberá tenerse en cuenta que el contratista tendrá derecho a que se le abonen las obras ejecutadas y que fueren de recibo, pero no el seis por ciento de las dejadas de ejecutar en concepto de beneficio industrial.

Por otra parte, habida cuenta la causa determinante de la resolución del contrato, la declaración de suspensión de pagos, no procede ni la imposición de penalidades al contratista, ni la incautación de la fianza prestada, ni la apertura de expediente contradictorio para depurar responsabilidades, como ya declaró este Consejo en su dictamen de 31 de enero de 1991 (expd-

te. número 55.563). (Dictamen número 4300/97, de 14 de noviembre de 1997).

4. También la materia de *responsabilidad patrimonial de la Administración Pública* ha sido abordada de forma reiterada por el Consejo.

Conviene resaltar las afirmaciones de que «no toda lesión física ocurrida en un ámbito militar, en horas de servicio, puede ser atribuida al funcionamiento de las Fuerzas Armadas, pues el hecho de que la lesión se produzca en acto de servicio, si bien es relevante a los efectos del deber de protección existente a cargo de la Administración Pública, no es suficiente para apreciar la imputabilidad de la lesión al funcionamiento de los servicios públicos exigida por el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre» (Dictamen núm. 1799/97, de 22 de mayo de 1997) y de que «los accidentes acaecidos durante la prestación del servicio militar o durante los períodos de formación en Centros Docentes militares, si provocan la muerte o determinadas lesiones definitivas, tienen su fórmula de compensación en el Real Decreto 1234/1990. Como regla general, la obtención de una indemnización o pensión a los que sufren daños personales realizando el servicio militar o como alumnos, según esta disposición, impide que sean beneficiarios de un nuevo resarcimiento fundado en las normas generales de la responsabilidad patrimonial» (Dictamen núm. 1897/97, de 22 de mayo).

### **III. BIBLIOGRAFÍA**

# **1. RECENSIÓN DE LIBROS**

ARAGONESES ALONSO, P.: *Proceso y derecho procesal (introducción)*. Editorial Edersa. Madrid, 1997; 583 págs.

La obra de Pedro Aragoneses *Proceso y derecho procesal* vio la luz por primera vez en 1960. Ahora, se ha reeditado. Se ha actualizado en lo menor, en la cita legislativa. Si no fuera por la importancia que tiene la norma escrita en el Estado legal vigente, me atrevería a decir que sólo está actualizada en lo anecdótico. En el resto, el libro es el mismo. Nadie piense que ello constituye demérito alguno. Antes al contrario, acredita que se trata de una auténtica obra jurídica que conserva toda su lozanía treinta y siete años después de escribirse.

Los libros que versan sobre el derecho pueden ser libros de leyes y libros jurídicos. Aquéllos son exposiciones de normas de derecho positivo, sujetos a los vaivenes y caprichos del Legislador, que rara vez perviven a los cambios normativos. Los libros jurídicos, por contra, se remontan a las ideas y, sin prescindir de las normas, construyen el cosmos jurídico con técnicas keplerianas, de tal suerte que, al penetrar en las honduras inmutables de los conceptos, se ven libres de las alteraciones derivadas de las cotidianas variaciones legales. A éste segundo género de libros, pertenece el de Pedro Aragoneses.

La obra consta de dos partes, a saber: el proceso y el derecho procesal.

La primera, atinente al proceso, lo inserta en la ciencia de la justicia; estudia el ejercicio de ésta, el proceso judicial, su naturaleza, fundamento y tipos, para culminar en el análisis de su unidad. Y todo ello lo hace exponiendo los distintos planteamientos doctrinales y metodológicos habidos entre los autores.

Interesa resaltar ante todo que Pedro Aragoneses analiza el proceso teniendo presente su razón de ser, su fin y su fundamento, que trasciende el estrecho parecer de «la aplicación de la norma», para incardinarse en la noción sustentadora del derecho: la Justicia. El autor es en esto fiel a la idea de su maestro Werner Goldschmidt, el gran procesalista ignorado hogaño y maltratado antaño por muchos que, bien disfrutaron indebidamente de sus escritos, bien, con una bajeza moral inigualable, lo abocaron a abandonar nuestro suelo patrio.



Pedro Aragonese se percata de que siendo el fin el creador de todo el derecho, éste, apenas creado, como el hijo de Cronos, niega ya a su propio creador; surgido de un fin, el derecho olvida pronto que su destino está en el cumplimiento de ese fin y pretende valer tan sólo por su propia existencia; es decir, quiere vivir como un fin en sí mismo, según su propia legalidad. Y, consciente de ello, el autor ve en el proceso el instrumento técnico que permite que el hijo con vocación de pródigo, que es el derecho, no abandone al padre, al fin que le dió vida, que no es sino la justicia.

La justicia no es, en el libro de Aragonese, una simple idea del derecho anterior a la Ley en el sentido que Sófocles puso en boca de Antígona al lamentarse ante el cuerpo muerto de su hermano Policines. La justicia, ahonda el autor, es un concepto técnico que justifica la propia existencia del proceso judicial, frente a la venganza o el duelo privado o judicial. En éstos, no hay justicia, sino simple eliminación de ofensas; ni en *El Cid* de Corneille, ni en *El delincuente honrado* de Jovellanos, hay justicia, por cuanto las pretensiones de los agraviados se ven encauzadas por la vía del duelo, que no es proceso judicial. La justicia, en cuanto concepto técnico, exige que el proceso judicial se resuelva por órgano público imparcial e independiente y que, en él, las partes se desenvuelvan en condiciones de igualdad.

Al considerar el fundamento del proceso, el autor pone de manifiesto la tensión que se da entre la justicia y la seguridad. Esta tensión no es simple cuestión de pugna entre los valores y las normas. Spranger (*Lebensformen*, 3ª ed., Berlín, 1922, pág. 3 y ss) puso de manifiesto la existencia de dos psicologías, distintas, en el hombre de derecho: la de aquéllos que se orientan a la justicia y la de aquéllos que tienden al orden. Si se quiere patentizar estas formas de vida del hombre del derecho a través de dos figuras, sólo hay que pensar en Schiller y en Goethe. Aquél clamaba en *Guillermo Tell* por asir del cielo y transportar a la tierra los derechos que allí penden, imprescriptibles e inviolables; éste, por el contrario, prefería sufrir la injusticia al desorden. Ambas estructuras jurídicas, sin matización alguna, conducen a formas degeneradas: unas, al filisteo del orden, al burócrata cuya forma ciudadana describió el mismo Goethe en su *Paseo de las Pascuas*; otras, a la furia de una justicia desenfundada en el vacío que puede revestir lo más monstruoso con un ropaje ideal como es el caso de Robespierre. Pues bien, el proceso judicial, dice Aragonese, es el instrumento adecuado para ponderar ambos conceptos, el de justicia y el de seguridad. La justicia es un valor de

polaridad que necesita de la resistencia para realizarse según su esencia (Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, pág. 133) y eso sólo se consigue en el proceso judicial. Sin proceso, sin igualdad de partes, sin imparcialidad, la seguridad es simple rigor, al igual que la justicia, sin amor, sin equidad, se convierte en endurecida autojusticia como aquélla que describió Shakespeare para el Gobernador Angelo en su *Medida por Medida*, en la que brota la rebelión de los impulsos oprimidos y embrutecidos contra la propia norma de los celadores fanáticos del derecho. De esta manera, la descripción que hace Aragonese del derecho es que está siempre en equilibrio inestable, siempre amenazado y continuamente restablecido, a través del proceso, en medio de tirantezas y tensiones polares.

La segunda parte está dedicada al derecho procesal. Su concepto y naturaleza, su investigación y elaboración científica, su producción y aplicación son las materias objeto de estudio. En ellas, con minuciosidad, se van desgranando las posiciones doctrinales sobre el origen del derecho y sobre su naturaleza, los métodos heurísticos y de elaboración, las distintas fuentes del derecho procesal, desde el natural y los principios generales hasta el derecho extranjero, pasando por la Ley, la doctrina del Tribunal Constitucional y el derecho científico.

Respecto a la aplicación del derecho, Aragonese señala la imposibilidad de reducir a un método claramente establecido las diversas operaciones necesarias para llevarla a la práctica y afirma que el método de sumisión es garantía de la seguridad jurídica y que la interpretación correctiva de la norma debe contenerse en límites muy restringidos. Esta parte del libro es un tratado de prudencia científica procesal. Aragonese mezcla su erudición libresca con su experiencia personal como Juez, como abogado y como docente. Aplicar la ley supone, en esencia, conocerla, entender su significado, interpretarla, adentrándose en su finalidad y decidir con ella el caso litigioso. Ese proceso de aplicación tiene en el caso del autor un paralelismo con el arte de la prudencia en los términos expuestos por Gracián en su *Oráculo manual y arte de prudencia*. La aplicación del derecho procesal exige, en primer término, un presupuesto: el dominio de la norma; en segundo lugar, su conocimiento, que no es simple saberla, sino valorar la circunstancia y acomodarse a ella y, por último, medir la consecuencia de su aplicación. Y, en este punto, vuelve a reaparecer la idea rectora del derecho: la justicia, que es su fin. El simple saber la norma, aún valorándola, pero sin ponderar las consecuencias de su aplicación, lleva al jurista a una situación análoga a la del

protagonista del *Mágico Prodigioso* que, tras vivir para adquirir el conocimiento absoluto, la sabiduría de la ciencia encerrada en los libros, termina afirmando que «lo que de todas las ciencias he sacado es una duda». Aragonese, en este capítulo final, viene a señalar que la aplicación del derecho procesal sólo puede basarse en la norma atemperada, que siempre nace de la duda, de la sombra y de la espuma (*El Galán fantasma*, II), rechazando a los Clotaldos calderonianos, arquetipos y símbolos de rutinarios administradores de las leyes, cuya eficiencia jamás se vé turbada por interrogaciones de índole ética.

En fin, éste es el contenido de libro de Pedro Aragonese: una obra cuyo título engaña, pues quien busque en ella el corto rastro de las normas de procedimiento, se encontrará con un trabajo que es crisol de saberes de toda índole que van desde la filosofía hasta la metodología. Un trabajo de auténtica *iurisprudencia* en el sentido romano.

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

GISBERT POMATA, Marta: *Tratado de la Apelación Civil (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios)*. Editoriales de Derecho Reunidas, S. A. Madrid, 1996. 1.156 págs.

La obra que aquí se recensiona constituye el primer trabajo doctrinal de la Doctora en Derecho D.<sup>ª</sup> Marta Gisbert Pomata, ya que se trata de la publicación de su tesis doctoral defendida con toda brillantez en la Universidad Complutense de Madrid.

El tema elegido, *Tratado de la Apelación Civil (Doctrina, Jurisprudencia, Formularios)* presenta una visión original y completísima de lo que constituye sin lugar a dudas el recurso por excelencia de nuestro procedimiento judicial civil: la apelación.

La obra se estructura en cuatro partes, que pasamos a exponer en sus líneas maestras.

La primera parte, Nociones Generales, se compone de dos Títulos: «Evolución histórica de la apelación en el ordenamiento procesal civil español», donde se desarrolla de forma pormenorizada todos los antecedentes del método de impugnación ahora estudiado, desde el Fuero Juzgo, pasando por Las Partidas, la Constitución de 1812 y las distintas Leyes de Enjuiciamiento Civil hasta la Ley Orgánica 16/1994, de 8 de noviembre; y el Título Segundo, dedicado al estudio del concepto, tipos, fundamento y naturaleza de la apelación, siguiendo a este respecto la sistemática y método del Profesor D. Jaime Guasp, maestro de maestros en la Ciencia procesal española.

La segunda parte de la obra abarca el estudio exhaustivo del régimen jurídico, en general, de la institución procesal comentada.

Partiendo de unas nociones generales, pasamos al análisis de los requisitos subjetivos (Título Segundo), requisitos objetivos (Título Tercero), requisitos de la actividad (Título Cuarto), del procedimiento (Título Quinto) y de los efectos (Título Sexto), donde verdaderamente tenemos una visión global, pero no por ello exenta de profundidad, de toda la apelación, que por sí sola justificaría la publicación de esta magnífica monografía.

Sin embargo, será en la tercera parte, dedicada a las peculiaridades

de la apelación, donde sin duda vemos plasmada la vena investigadora e inquieta de su autora, puesto que nos introduce en todo un mundo apasionante de insospechadas perspectivas, llevando un cuidadosísimo examen de todos y cada uno de los aspectos singulares y, qué duda cabe, problemáticos de este mecanismo procesal de impugnación.

Tras un planteamiento general, el Título Segundo se refiere al recurso de apelación en el juicio de mayor cuantía, estudiando la fase procedimental de la apelación, interposición y admisión del recurso, sustanciada ante el Juez *a quo*, con las distintas expectativas y posibilidades procesales que se le ofrecen a las partes, puesto que no hay que olvidar que esta obra no sólo va dirigida al estudioso del Derecho procesal, para quien sin duda constituirá un valiosísimo instrumento de trabajo, sino que también está destinada a reportar una inestimable ayuda al Abogado en ejercicio, que puede encontrar en ella un auxiliar para la práctica forense más inmediata y directa.

La fase procedimental de la apelación, sustanciación y decisión, formalizada ante el Tribunal *ad quem*, es también objeto de un exhaustivo estudio de cerca de 250 páginas.

El Título Tercero, «De la apelación en el juicio de menor cuantía», sigue el mismo esquema expuesto con anterioridad, descendiendo a detalles que revelan el interés de su autora por contemplar todas las hipótesis posibles que pueden presentarse en el funcionamiento de esta institución procesal, tarea verdaderamente encomiable y agotadora por el abanico prácticamente inabarcable de situaciones jurídicas que en un recurso de apelación pueden aparecer, consecuencia del carácter dinámico de esta disciplina jurídica.

El Título Cuarto, «De la Apelación en el Juicio de Cognición» y el Título Quinto, «De la Apelación en el Juicio Verbal», cierran el análisis de las repercusiones que en los cuatro procedimientos declarativos ordinarios que nuestro ordenamiento procesal civil presenta el planteamiento del recurso de apelación.

Pero no satisfecha con esto, la autora emprende la tarea de estudiar de forma rigurosa y sistemática el recurso de apelación en toda la serie de procedimientos especiales que, por su repercusión e interés, son objeto de estudio en los programas de Derecho Procesal Civil especial de nuestras Universidades: en materia de personas, derecho de cosas, propiedad, obligaciones en general, obligaciones extracontractuales, derecho de familia, procesos sucesorios, procesos concursales, etc.

El procedimiento de apelación en las medidas cautelares (asegura-

miento de la ejecución de condenas pecuniarias y no pecuniarias), así como en la ejecución de sentencias de condena de una y otra naturaleza, así como el procedimiento de la apelación en la jurisdicción voluntaria, completa el panorama jurídico del indicado recurso en todos los procesos.

Por último, ante la posibilidad de que se produzcan alteraciones no previstas en la sustanciación de los recursos, que puedan provocar un desarrollo anormal del procedimiento, con la subsiguiente crisis que hay que resolver, la Doctora Gisbert Pomata nos ofrece el tratamiento jurídico de estas cuestiones, así como su resolución tanto si la crisis afecta a los sujetos del proceso, como respecto a los incidentes (crisis objetivas) y a la propia actividad procesal.

Pero, sin embargo, lo que sin duda llama la atención y atrae especialmente al estudioso de este recurso es su doble consideración: como medio de impugnación de resoluciones interlocutorias, dentro de una determinada fase procesal, ante un órgano jurisdiccional superior, consecuente a su consideración de recurso devolutivo; y también como medio a través del cual se impugna una resolución definitiva, la sentencia, abriéndose la segunda instancia característica de nuestros procesos civiles. Siendo estos aspectos objeto de un cuidado tratamiento, con toda suerte de matices, en la presente obra.

Por último, y como brillante colofón que evidencia su pretensión integradora, la obra recensionada finaliza con una detalladísima exposición de los formularios que como minuta pueden ser guía orientadora en la práctica forense, en todo lo que constituye la sustanciación del recurso de apelación, así como referencias jurisprudenciales muy recientes, algunas del año 1994, y bibliográficas de una inestimable utilidad.

Estas referencias están también recogidas y cuidadosamente expuestas a lo largo de toda la obra, con una claridad poco común, lo que augura un brillante futuro investigador y docente a la Doctora D.<sup>a</sup> Marta Gisbert Pomata.

Incluso es digno de mención, como dato revelador del interés de la autora por la puesta al día de su obra, que en Addenda figura un breve comentario de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, cuya publicación en el «B.O.E.» se produjo una vez impreso el libro comentado, y que sin embargo su autora no ha querido dejar advertida.

Manuel Hernández-Tejero García

GUASP, J.: *Estudios jurídicos*. Edición al cuidado de Pedro Aragonese. Madrid, 1996. 671 págs.

Acaba de aparecer una joya bibliográfica. Uno de esos libros que todo jurista debe tener: una recopilación de diversos trabajos de Jaime Guasp.

El libro recoge varios escritos, menores en cuanto a su extensión, publicados por su autor sobre temas diversos en distintas publicaciones, agrupados en cuatro grandes bloques, a saber: doctrina general, derecho constitucional y administrativo, derecho procesal y enseñanza del derecho.

El mérito del libro que ahora se publica es múltiple: da a conocer a Jaime Guasp a las nuevas generaciones de juristas; facilita el acceso a trabajos ahora difíciles de localizar y difunde el sólido pensamiento del autor.

¿Quién era Jaime Guasp? Cualquier jurista formado hace algunos años lo conoce; pero no quienes hoy cursan sus estudios en las Facultades de Derecho. Recuerdo a Manuel Alonso Olea, el día de su jubilación como Letrado Mayor del Consejo de Estado, expresar que una de las más íntimas satisfacciones que le había dado la institución era haber compartido el tiempo y el trabajo con quien, junto con Gayo y Savigny, juzgaba, el mejor jurista de todos los tiempos: Jaime Guasp. Y es que Jaime Guasp era un jurista genial.

Ser genial es, desde el siglo XVIII, abandonada la primitiva y antigua significación de deidad que velaba por cada persona, «persona grande de ingenio, hombre de fuerza intelectual extraordinaria» (Corominas, *Diccionario etimológico de la lengua castellana*, voz «genio»). Ser genial es, por otra parte, dejar rastro, pues no debe olvidarse que genio deriva de *gignère*, «engendrar». Pocos juristas geniales ha conocido la ciencia del derecho; contados, los que han expresado sistemáticamente su creación genial; y raros los que han hecho escuela auténtica, al abrir caminos y sembrar incertidumbres, y no simple grey de discípulos encorsetados en el estrecho parecer del maestro y abocados a la esterilidad intelectual. Entre estos pocos está Jaime Guasp. ¿Por qué entonces

su actual olvido? Quizás porque, al igual que todos los genios, tendía a ser solitario, como aquel pájaro enigmático de San Juan de la Cruz que subía a lo más alto, y, por eso, a resultas de su soledad y lejanía, su trabajo está inserto, como estrella polar, en la constelación de los conceptos jurídicos.

Los estudios recogidos en el tomo glosado se agrupan en cuatro grandes bloques, como se ha dicho: doctrina general, derecho constitucional y administrativo, derecho procesal y enseñanza del derecho. Tienen como pórtico una sintética, pero ajustada y penetrante, exposición de la obra científica del autor, salida de la pluma de Pedro Aragonese, su dilecto discípulo, continuador de su método y sistema en la errática ciencia procesal *postguaspiana*. Recuerda Aragonese que Guasp es autor de tres grandes obras, los *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, su *Derecho Procesal Civil* y su libro, auténtica teoría del sistema jurídico, *Derecho*; de tres monografías, *Juez y Hechos*, *La ejecución procesal en la Ley Hipotecaria* y *El arbitraje en el Derecho español*, y de 32 artículos, 250 notas bibliográficas y, al menos, de 6 prólogos, que constituyen todos ellos piezas de un engranaje jurídico perfecto, un sistema en el que no hay ocurrencias, sino orden y claridad.

La parte titulada *Doctrina general* incluye seis artículos, a saber: Actividades de dirección jurídica; Exactitud y Derecho; La cultura del jurista; El individuo y la persona; La organización del derecho privado, y La paz como fundamento del derecho. Para quien esto escribe, *El individuo y la persona* y *La paz como fundamento de derecho* son los dos trabajos que más sobresalen en este bloque. El primero es la respuesta a un planteamiento endémico en nuestra Patria de la noción de persona: el expuesto por Federico de Castro. Sabido es que éste afirmó que el humanismo y el individualismo, al romper con los cuerpos intermedios de la sociedad y al negar el derecho natural, dejaron el concepto de persona en manos de los gobernantes de modo que los parlamentos o los poderes autoritarios lo conformaban a su gusto. Guasp, en el número de enero de 1959 de la *Revista de Derecho Privado*, criticó la referida afirmación, estimando exagerado sostener que, separada la persona de las instituciones que le daban valor y arraigo, el individuo se convierte en masa, número sin nombre, ideal del marxismo. Guasp arguye que una concepción débil no quiere decir una concepción inexacta y que la proclamación de su debilidad no debe llevar a su exterminio, sino, al contrario, a su refuerzo, «a no ser que se entienda que la verdad de que los corderos son devorados por los lobos es una razón que justifica el de-



güello de los primeros y la sobrevivencia de los segundos». El segundo trabajo citado, *La paz como fundamento de derecho*, expone, con irritante concisión, el fundamento último del derecho que sitúa el autor en la paz. Ésta tiene una doble dimensión, preventiva y retributiva, y se asienta sobre la certeza. Sin certeza no hay paz y, por ende, derecho. En otro lugar he puesto de manifiesto que el terror es la negación de la paz y del derecho; que el terror lo genera la inseguridad, la imprecisión y el carácter difuso de las leyes; las normas ciertas, por muy rigurosas que sean y por muy duras que resulten, podrán servir de base a una tiranía, pero nunca producirán el terror, que es una técnica basada en la imprecisión, en la ausencia o en la vaguedad de la norma, logrando así un sentimiento de inseguridad, de falta de paz, objetiva y subjetiva, que es negación del derecho (Pabón, *Franklin y Europa*, Barcelona, 1986).

Del segundo bloque, en el que se recogen *Administración de Justicia y derechos de la personalidad*, *El derecho político como derecho del gobierno*, *La justicia constitucional en España* y *La Beneficencia como objeto formal de la actividad administrativa*, destacaría este último trabajo. En él, Jaime Guasp pone de manifiesto el abandono de la idea del Bien como finalidad propia y específica del Estado liberal y sus consecuencias. Este abandono, según tengo dicho, es el resultado de la concepción racionalista de la compasión expuesto por Spinoza, para quien la *pitié* (compasión) es una pasión del alma, «una tristeza nacida del mal ajeno», que no constituye ninguna virtud superior del hombre; en fin, un modo de perpetuar la indigencia y los pobres que alcanzará su mayor brutalidad en el juicio de Malthus: «¡quien llegue tarde al banquete de la vida, váyase!».

El derecho procesal es el objeto de la tercera parte: diez estudios se contienen en la misma. Desde la prueba hasta la cosa juzgada; desde el documento hasta la pretensión son temas abordados. Entre ellos, destaca, quizás no tanto por su solidez conceptual como por su aguda ironía, el que se intitula *Vieja y nueva terminología en el derecho procesal civil*. En él, Jaime Guasp reitera que el lenguaje jurídico presenta características propias y específicas. Como se ha señalado (Radbruch, *Filosofía del Derecho*, Madrid, 1933, pág. 141), es frío: renuncia a todo tono emocional; es áspero: renuncia a toda motivación; es conciso renuncia a todo adoctrinamiento. Tiene un tono lapidario. Sirve para expresar la segura conciencia de poder del Estado que ordena. Por eso, en su exactitud precisa, pudo servir de modelo estilístico a Stendhal. Se caracteriza más por aquello de lo que huye que por lo que contiene. Huye ante

todo del estilo suasorio (*lex iubet, non suadet*); del estilo de la convicción y didáctico (*lex iubet, non docet*); del estilo descriptivo. Los preceptos deben revestir la forma de imperativos, unas veces categóricos, y otras condicionados a la realización de un supuesto de hecho. Los términos deben ser claros y unívocos. Los vocablos no tienen por qué ser técnicos, sino que pueden ser vulgares. El precepto, en los textos legales, y el argumento, en los escritos, debe ser sintético, antes que analítico, pues resulta baldío prever todos los casos posibles, resultando contraproducente hacerlo mediante remisiones, recordatorios y excepciones. El derecho procesal, como auténtico derecho, y el procesalista, como jurista, tiene un léxico especial; acepciones propias y particulares de términos de lengua común, a veces, no registradas en los diccionarios; uso frecuente de determinadas estructuras y tiempos verbales gramaticales; repetición de estructuras sintácticas; formas y construcciones arcaicas e inusuales en la lengua actual; uso de circunloquios y utilización frecuente de locuciones prepositivas. El estilo jurídico no tiene normas académicas especiales. Las reglas de fonología, ortografía y sintaxis generales son las aprobadas por la Real Academia Española. No obstante, el estilo jurídico y, por ende, el procesal, es especialmente proclive a la conservación de formas y estructuras arcaicas; algunas, incluso, en desuso en el uso común (*hubiere, cantare*, etc.) (vid., en tal sentido, Alarcos *Gramática de la Lengua Española*, Madrid, 1994, pág. 162). Pero todos estos rasgos no deben llevar a condenar al neologismo, como señala Guasp frente al estrecho parecer de Un Togado, pues, de otro modo, el decir de los procesalistas no dejaría de ser un lenguaje «plagado de latinismos, cultismos, arcaísmos, tecnicismos y fárragos de sinónimos», al que se «le enquistan los más sabrosos regionalismos que uno pudiera imaginar con una sintaxis rígida, monótona y acartonada» (Calvo Ramos, *Introducción al estudio del lenguaje administrativo* Madrid, 1980, pág. 97).

Por último, el libro se cierra con dos trabajos, *Cómo debe estudiarse el derecho* y *Nuevas reflexiones sobre los estudios de derecho*, en los que aborda la forma de estudiar el derecho: con vocación de universalidad, con espíritu de humanista y actitud de filósofo, esto es, de insaciable curioso. En el segundo de los artículos citados, Jaime Guasp se alza con los planteamientos de Eduardo García de Enterría y expresa lo que, años después, Umani ha manifestado con vigor: las ciencias políticas y sociológicas son ciencias parálíticas y erráticas si no tienen el rigor, el apoyo y el sistema de las jurídicas. Aunque lo importante, según Guasp,

es aspirar a conocer sobre la base de la razón de dudar segismúndica, puesto que sólo la ciencia, «el anhelo de saber, que es el que al hombre le ilustra más que a otro» en palabras de Calderón (*El gran teatro del mundo*, I), convierte «al mal en bien y al bien en mejor» (Calderón, *Final feliz*, II).

El libro que se glosa pone de manifiesto la obra de Jaime Guasp que abarcó, dominándolos, todos los géneros y oficios jurídicos y cuyo itinerario revela un incesante y progresivo esfuerzo de indagación en torno al ordenamiento jurídico en cuanto a su sistema a fin de conseguir una armonía entre sus elementos, proporcionados por una ciencia que piense en el hombre cuando averigüe o construya con la ayuda de unos valores que se funden en la paz y en la certeza, en ese obrar bien del Mágico prodigioso calderoniano, y no en los ídolos de barro del derecho y de la moral cotidianas, que hacen de «lo que importa» lo plesco la única regla. En fin, un libro que hay que tener, hay que leer y sobre el que hay que pensar.

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz

MARCHAL ESCALONA, A. N.: *El Atestado. Inicio del proceso penal*. Madrid, 1997.

A lo largo de los últimos tres lustros se ha registrado un llamativo movimiento circular de la jurisprudencia en torno a la figura del atestado. Las diligencias policiales inmediatas a los hechos criminosos, normalmente previas a la apertura de la investigación judicial, pasaron, en la consideración de los Jueces y Tribunales, de integrar el núcleo fáctico del proceso penal a ser tenidas por una simple vía de poner en conocimiento del órgano jurisdiccional los acontecimientos, con obligación de llevar a cabo *ex novo* toda la actividad probatoria; últimamente parece, en cambio, abrirse paso la opinión que ve en el contenido del atestado, en su conjunto, una colección, más o menos completa, de pruebas que se practican anticipadamente. La importancia de estas primeras averiguaciones policiales es muy grande: algunas de ellas, por su propia naturaleza, no podrían ser llevadas a cabo más tarde y su conversión en prueba plena dentro del proceso se producirá a través de la ratificación ante el Juez o Tribunal; otras, que pueden y deben reproducirse en sede judicial, ofrecen ya un resultado previo que, según su grado de fiabilidad, pudiera prevalecer, en la apreciación del juzgador, sobre otros posibles resultados contradictorios habidos posteriormente. De ahí la necesidad de que el atestado policial sea, a la vez, respetuoso de los derechos fundamentales de los acusados —o quienes pudieran llegar a serlo—, completo material y técnicamente y formalmente correcto.

Desde este punto de partida, Nicolás Marchal presenta una obra notable. Lo es, en primer lugar, por la materia de la que trata; no ha sido el atestado objeto frecuente de análisis monográficos y, en este orden de cosas, el libro que se reseña viene a tender un puente sobre el vacío. Además, lo hace desde la perspectiva del conocimiento aplicado. Es un trabajo que pretende ser, por encima de todo, útil. El objetivo que se persigue, confesado por el autor en su introducción, es el de contribuir a la calidad de los atestados que en el mundo real se formen; el método, eminentemente didáctico. No se trata, empero, de un *manual del prácticón* sino de una obra seria y rigurosa que, a partir de un sólido

planteamiento científico del papel del atestado en el proceso penal, localiza y analiza los problemas con los que pueden encontrarse y, frecuentemente, se toparán quienes confeccionen los atestados policiales y explica con lucidez las vías para solucionar aquéllos y llevar a buen puerto éstos.

La consecución de la siempre difícil meta de simplificar y hacer accesible lo complejo, sin caer en la fácil tentación de trivializar, ha sido posible merced a un estilo claro y directo, que traslada al lector con fluidez la equilibrada mezcla de experiencia y conocimientos técnico-jurídicos y policiales del autor. El Capitán Marchal Escalona, profesor desde hace varios años de la Academia Especial de la Guardia Civil, demuestra no haber perdido el contacto con la realidad de los servicios operativos del Instituto.

De los cinco capítulos en los que se estructura el libro, dedicados, respectivamente, a la presentación de las principales cuestiones sobre prueba y prevención de los procedimientos, al inicio de las actuaciones del atestado, a las diligencias de investigación, a las formalidades y trámites y a la entrega al órgano jurisdiccional, destacan, por la trascendencia de su contenido, el tercero y el cuarto. Se ventilan en el titulado *Investigación* problemas tan de actualidad como los relativos a la intervención de las comunicaciones, las grabaciones audiovisuales o la entrega vigilada de drogas; son, sin duda, materias siempre debatidas, donde el respeto a los derechos relacionados con la intimidad o la actividad privada de las personas pugna con las necesidades de la investigación policial que, en cualquier caso, no puede exceder —y así cuida de reiterarlo el autor— los límites de la ley, por más que éstos resulten un tanto difusos. La averiguación de la verdad sólo será procesalmente válida y, por ende, justificará la acción de las Fuerzas de Seguridad, cuando se haya efectuado siempre desde la legalidad.

El capítulo cuarto, por su parte, aunque con expresión un tanto engañosa quede rubricado como *Actos procesales de trámite*, pasa revista a la detención, a los derechos instrumentales de defensa de los detenidos y —y ello merece sólo elogios— a la atención e información a las víctimas de las infracciones criminales, a menudo las grandes olvidadas en el actuar de la maquinaria represora de los delitos.

Culmina la obra con una colección de formularios que, por su contenido y por la sistemática de su presentación, constituyen un elemento valiosísimo tanto para los encargados de la formación de los atestados cuanto para quienes, en los correspondientes Centros de Formación o a

cargo de las Unidades de Policía Judicial, tienen a su cargo las labores de enseñanza de los anteriores. Dentro de estos modelos se incluyen algunos dirigidos a las diligencias iniciales de averiguación de los delitos militares que deben practicarse con arreglo a los artículos 116 de la Ley de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (Ley Orgánica 4/1987) y 144 y 145 de la Ley Procesal Militar (Ley Orgánica 2/1989). No ha dejado de lado el autor, militar a fin de cuentas, los problemas policiales que surgen en el contexto de la Jurisdicción Castrense.

Es *El Atestado*, en definitiva, libro de amena lectura, denso contenido y utilidad que, sin duda, se revelará grandísima, indispensable para los miembros operativos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y los mandos de la Policía Militar, amén de muy recomendable para el personal docente en materia de investigación de los delitos y para los estudiosos del tema.

Rafael Matamoros Martínez

NEVADO MORENO, Pedro T.: *La función pública militar. Régimen jurídico del personal militar profesional*. Ed. Marcial Pons, Madrid, 1997.

Como bien se señala en la presentación editorial del presente libro, «mientras la teoría estatutaria de la Función Civil ha sido ampliamente tratada, tanto de forma global como en sus aspectos concretos, la Función Militar —pese al notable incremento de estudios vinculados a la organización castrense experimentado en los últimos tiempos— aún no ha recibido la consideración que en su justa medida merece».

En efecto, se trata, salvo error, del primer estudio completo y monográfico del «régimen jurídico del personal militar profesional» —como reza el propio subtítulo de la obra—, conteniendo, en consecuencia, un pormenorizado análisis de la Ley 17/1989, de 19 de julio y sus correspondientes normas de desarrollo reglamentario, que constituyen así el objeto principal del trabajo. Principal, pero no exclusivo; porque, certeramente a nuestro juicio, el estudio se inicia con el planteamiento de la consideración constitucional de las Fuerzas Armadas, recogiendo las principales posturas doctrinales sobre esa debatida cuestión, con referencia al marco normativo, tanto constitucional estricto como legal (Reales Ordenanzas de 1978, reforma de la jurisdicción militar), así como un sucinto pero completo repaso al tema de los derechos fundamentales en el ámbito militar. Todavía, en un segundo Capítulo introductorio, se aborda el modelo de Defensa Nacional y la nueva organización militar derivados del planteamiento anterior. En total, ciento cincuenta páginas que sirven de pórtico al tratamiento de la «función pública militar» y su regulación legal.

En relación con esa materia, objeto específico, como dijimos, de la presente obra, el autor se plantea la delimitación del concepto mismo de función pública militar, arrancando de su comprensión histórica, para terminar aceptando la definición de la propia Ley 17/1989 como «servicio del Estado a la comunidad nacional prestado por las Fuerzas Armadas», sin dejar de reflejar las peculiaridades —que, para algunos, se convierten en objeciones— de considerar dicha función como un servicio público en el sentido tradicional del ordenamiento jurídico-administrativo. Con in-

dependencia de esta cuestión, o polémica, se concluye que la Administración Militar no es indiferente a cualquier cambio o reforma que genéricamente se proyecte sobre la Administración del Estado en su conjunto; y, del mismo modo, los servidores de aquella función, cuando «reúnan los rasgos de permanencia, profesionalidad, desempeño de vacante dotada presupuestariamente, etc., es decir, los elementos recogidos en el art. 1 de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado», habrán de ser considerados como funcionarios públicos militares. Lo cual, aunque pueda parecer obvio, es toda una toma de postura en la materia.

Metidos ya de lleno en la regulación legal, el estudio sigue fielmente la estructura sistemática de la Ley, analizando la «tipología» legal de militares (de carrera y de empleo), el acceso a la profesión militar, la enseñanza militar, la «ordenación del personal militar» (empleos, Cuerpos y Escalas), evaluaciones y clasificaciones, situaciones administrativas, régimen de retribuciones e incompatibilidades del personal militar profesional. El panorama se completa con un Capítulo dedicado al régimen disciplinario de las FAS y otro sobre régimen especial de la Guardia Civil.

De cada uno de esos aspectos de la carrera (o función) militar se hace un completo estudio, en general de modo descriptivo, aunque tampoco faltan los oportunos elementos de análisis, bien de tipo histórico bien de tipo comparativo. En este sentido se destacan las grandes líneas de la regulación, en tantos aspectos innovadora, aunque no siempre con igual fortuna. En efecto, por una parte, se pretende con el presente régimen jurídico la homogeneización de los sistemas de acceso a los tres Ejércitos, aparte de unificar, asimismo, y simplificar otros ámbitos estatutarios de la función pública militar; por otra parte, aspira la Ley — y así lo declara en su propio preámbulo — a la aplicación de principios análogos a los que rigen la función civil (lo que, dicho sea entre paréntesis, se consigue en escasa medida, en nuestra opinión).

En todo caso, el contrapunto, radicalmente crítico a la reforma, también aparece incorporado al libro que comentamos, en forma de «Estudio preliminar» del Profesor Ramón Parada, que resumen las ideas ya expuestas en otro trabajo suyo anterior sobre la materia.

En definitiva, nos encontramos ante un verdadero Manual de la función pública militar, cuya publicación debe congratularnos, tanto más dado su riguroso y exhaustivo tratamiento de la cuestión.

Antonio Mozo Seoane



SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen: *La relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares (Coordenadas y peculiaridades de su régimen jurídico)*, Universidad de Murcia, 1996, 518 págs.

La obra objeto de esta recensión, cuyo título resulta plenamente indicativo de su contenido y de las pretensiones de la Dra. Carmen Sánchez Trigueros, constituye, desde una perspectiva rigurosa y exhaustiva, una detallada construcción dogmática y no simplemente descriptiva de las coordenadas y peculiaridades del régimen jurídico de la relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares en relación con la regulación general de las relaciones de trabajo que establece el Estatuto de Trabajadores.

Estructuralmente, como es lógico en una tesis doctoral, la sistemática seguida es la tradicional, dividiéndose el estudio en capítulos independientes, que, a pesar de poseer una entidad propia, componen un cuadro general de comprensión de las peculiaridades del régimen jurídico aplicable a quienes, en régimen laboral, prestan sus servicios en favor de la Administración Militar.

La monografía se inicia con una Introducción en la que se exponen sucintamente los diferentes objetivos temáticos que van a ser objeto de desarrollo, la metodología seguida, las razones de la elección de la tesis, entre las que destaca «la sorprendente desatención doctrinal» que, pese a su carácter complejo y sugestivo, sufre el contrato de trabajo del personal civil no funcionario, y una sucinta relación de las distintas fuentes consultadas, tanto en el ámbito universitario, en los Departamentos de las Universidades que cita, como de la propia Administración Pública, en este caso, de la Inspección de Trabajo y del propio Ministerio de Defensa.

El Capítulo Primero, dedicado a la evolución histórica del régimen jurídico aplicable al trabajo recibido por la Administración Militar, recoge una documentada exposición histórica del «régimen jurídico del colectivo que actualmente se identifica como personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares», desde la aparición de

una normativa, en un primer momento, comprensivo del siglo XIX hasta el primer tercio del siglo XX, de «carácter fragmentario» o de «técnica sectorial», a una posterior «sistematización normativa» de la relación laboral del mencionado colectivo desde la Segunda República hasta la actualidad.

La principal consecuencia a la que se llega de la precedente exposición histórica del Derecho español, ya desde un primer momento, respecto de la regulación laboral del personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares, es la «compleja actitud» que se ha adoptado, puesto que, si bien, por una parte, la incorpora o atrae al campo de las relaciones laborales, por otro lado, le otorga un específico marco normativo que ofrece notables modulaciones respecto de las normas que constituyen el bloque común del contrato de trabajo.

Los siguientes capítulos, Segundo y Tercero, son los ejes centrales del presente tratado. En ellos se analiza la naturaleza de la relación laboral y se perfila el alcance del concepto de personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares que constituye, sin duda, el presupuesto de la delimitación subjetiva correspondiente al ámbito de aplicación del Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, que permitirán conocer las «razones de tipo real más que doctrinal» que justifican las especialidades de un régimen normativo que busca eludir la «laboralización» pura, introduciendo cauces o principios específicos, con notable incidencia en temas no sólo de carácter individual sino también en el de los derechos colectivos, intervención de la Inspección de Trabajo o de órganos jurisdiccionales, etc., que forman parte de la problemática comprendida en el Capítulo Cuarto y último de la presente obra.

El Capítulo Segundo, sobre la singular naturaleza de la relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de Establecimientos Militares, centra su atención, a la vista de la normativa vigente, en la necesaria identificación del tipo o carácter de nexo jurídico que discurre entre dicho colectivo de trabajadores y el empleador (la Administración Militar).

El punto de partida viene determinado por la necesaria delimitación de estas relaciones de las del régimen funcional o de signo estatutario, a pesar de la perceptible insatisfacción del legislador sobre las fronteras asignadas a uno u otro tipo de personal al servicio de las Administraciones Públicas, y, de acuerdo con ello, seguir manteniendo el indubitado carácter laboral del contrato del personal civil no funcio-

nario dependiente de Establecimientos Militares, en el que concurren, como se reconoce, «de manera paradigmática», «las notas esenciales a todo contrato de trabajo: carácter personal, prestación voluntaria, percepción de retribuciones, sujeción a los poderes empresariales y traslación de su utilidad patronal a un tercero, en este caso, la Administración Militar», con determinadas especialidades normativas.

Afirmada la consideración anterior, el paso siguiente es obvio: determinar cuál es la naturaleza de la relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de Establecimientos Militares. Y, en este sentido, partiendo de la premisa fundamental, que compartimos, de que lo importante «no es tanto la *quaestio nominis*» sino «la conclusión acerca de cuáles son los perfiles ontológicos, qué técnica normativa ha de seguirse para propiciar su regulación operativa, cuáles son sus límites o condicionantes, etc.» frente a una doctrina (entre la que cabe destacar la muy cualificada de M. Alonso Olea y M. E. Casas Bahamonde) que, como reconoce, «casi unánimemente, ha venido considerando a este colectivo como uno de los sometidos a relación especial», o la que considera que estamos ante un tipo de relación laboral «materialmente especial, innominada, que el legislador no ha considerado o no ha advertido, pero a la que de cualquier modo ha dotado de un régimen jurídico especial» (J. Albiol Montesinos o M. C. Palomeque López), nuestra autora, con buen criterio, caracteriza la relación laboral del personal al servicio de establecimientos militares como una especie de «*tertium genus* entre el paradigma estatutario de relación laboral ordinaria y las típicas relaciones especiales de trabajo» (J. L. Monereo Pérez), «a medio camino entre los contratos especiales y los comunes con particularidades» (Montoya Melgar).

Esta caracterización *sui generis* de la relación laboral objeto de estudio, que la dota de una identidad propia y distinta, obviamente «posee el inconveniente de que implica cierta renuncia a la subsunción en moldes dogmáticos claros», pero, por otra parte, tiene «la gran ventaja de que no fuerza en absoluto el diseño normativo», configurándolo como un «régimen específico, singular o particular» apartada del «núcleo duro» de la regulación común del Derecho del Trabajo «a través de camino diverso al de las relaciones propiamente especiales».

Pero, sentadas estas premisas, resulta necesario plantearse la siguiente pregunta: ¿Cuáles son las causas de su singularidad normativa de la relación laboral del personal al servicio de establecimientos militares?

Las razones que propician la especialidad normativa pueden concretarse, sin llegar a identificarse o confundirse, pero condicionándose recíprocamente, en las siguientes: por un lado, las derivadas de las exigencias de la Defensa Nacional (constitutivo de lo que podríamos denominar elemento teleológico o finalista), y, por otro lado, estrechamente vinculado con la idea anterior, los peculiares fines del Establecimiento Militar (o elemento material).

Sobre estos dos elementos, la Dra. Sánchez Trigueros establece las coordenadas y hace pivotar el «diseño normativo» de las particularidades del régimen jurídico aplicable a las relaciones de trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, justificadas, precisamente, por la «salvaguarda de los intereses de la defensa nacional», según la previsión recogida en la Disposición Final 7.<sup>a</sup> de la Ley 8/1980, de 19 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores.

En efecto, toda vez que la relación laboral del personal civil no funcionario no «presenta características sustanciales en los elementos del contrato como para poder justificar su calificación de especial» (M.<sup>a</sup> F. Fernández López, y, en términos similares, J. Aparicio Tovar y A. Baylos Grau), las peculiaridades normativas vienen determinadas, como ya anunciábamos anteriormente, en principio, por la circunstancia externa de la «debida salvaguarda de los intereses de la Defensa nacional» (J. Ramírez Martínez y T. Sala Franco), que, con base en la mencionada Disposición Final 7.<sup>a</sup> del Estatuto de los Trabajadores (en su redacción originaria de 1980), constituye la cláusula que ha permitido justificar, al margen del juicio que merezca, las diferencias introducidas respecto del régimen laboral común, según se recoge expresamente en el Preámbulo del Real Decreto 2205/1980.

Dicho esto, resultando que la compatibilidad de las normas del Estatuto de los Trabajadores «con la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional», dado su «tendencial acercamiento al régimen común por mandato del propio Estatuto» (M. Rodríguez-Piñero Royo), es obvio que la separación relación laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares respecto de la regulación general estatutaria, como recuerda la autora, «sólo debe llevarse a cabo en la medida en que tenga justificación». Siendo esto así, y resultando evidente, a este respecto, «que no en todos los trabajadores sujetos al ámbito aplicativo del RD 2205/1980 se dan circunstancias que legitimen su apartamiento respecto del marco laboral común», es difícil considerar que el Gobierno, desde la perspectiva que la propia Ley había mar-

cado, hubiera dado un exacto y escrupuloso cumplimiento a la «aproximación al régimen común» impuesta en la Disposición Final Séptima.

Es más, considerando que numerosas singularidades recogidas en el Real Decreto 2205/1980, que pretenden ampararse en consideraciones dimanantes de la Defensa Nacional, carecerían de una adecuada justificación, «sin que por tal», obviamente, pueda entenderse «el deseo de otorgar una posición de mayor preponderancia a la Administración Militar», la autora plantea expresamente, a partir de «la experiencia extraída fundamentalmente de numerosas decisiones críticas de nuestros Tribunales» y de las Sentencias del Tribunal Constitucional (singularmente, entre otras, la STC 26/1981), frente a «desviaciones y excesos reglamentarios», la necesidad de «redefinir el espacio lícito en el que puedan actuar tales intereses de la Defensa del Estado desde el necesario respeto a los derechos laborales constitucionalmente reconocidos».

Se recoge, por otra parte, el proceso de elaboración y el resultado de la habilitación legal en favor del Gobierno recogida en la Disposición Final Séptima del Estatuto de Trabajadores (en su primitiva redacción de 1980), que, como señala críticamente, «considerando que se le había hecho una autorización prácticamente ilimitada», separándose de la «aproximación tendencial al régimen común» que venía impuesta en la mencionada Disposición Final, recogió en el tantas veces citado Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, «por un lado, una regulación con importantes desviaciones del régimen común, que serán aplicables con carácter general a todos los trabajadores» comprendidos en su ámbito de aplicación, «y, por otro, algunas cláusulas que reservan a los establecimientos militares importantes competencias para garantizar el interés de la defensa en aspectos concretos de la relación de trabajo», convirtiéndose, a partir de su clara vocación de ser el único texto aplicable a la relación laboral estudiada (M. Rodríguez-Piñero Royo), en un verdadero «código» o «reglamento sectorial» (A. Montoya Melgar) de las relaciones laborales a él sujetas, o especie de réplica del propio Estatuto de los Trabajadores, en el que confluye una «mixtura entre norma sectorial y recepción de las referidas previsiones legales», incluso en aspectos «neutrales» o «poco o nada» relacionados con la cláusula de salvaguarda de la Defensa Nacional, única razón de ser de la regulación normativa que se estaba llevando a cabo.

Y se analiza, asimismo, la repercusión del silencio que sobre la relación laboral del personal civil no funcionario guarda el vigente Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, del Texto Refundido de la

Ley del Estatuto de los Trabajadores, sin perjuicio de observar que, a nivel normativo, en virtud de disposiciones dictadas con posterioridad, tanto la Ley 13/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en su Disposición Adicional 9.<sup>a</sup>, objeto de crítica por parte de la doctrina (véase las consideraciones expuestas por M.<sup>a</sup> J. Rodríguez Ramos y G. Pérez Borrego en el tratado sobre *La prevención de riesgos laborales Aspectos clave de la Ley 31/1995*, A. Ojeda Avilés, M. R. Alarcón Caracuel y M.<sup>a</sup> J. Rodríguez Ramos (Coordinadores), Aranzadi, Pamplona, 1996), como el más reciente Real Decreto 43/1996, de 19 de enero, del Reglamento de los procedimientos de regulación de empleo y de actuación administrativa en materia de traslados colectivos, presuponen que dicho régimen continúa vigente y exactamente igual que con anterioridad a la publicación del Texto Refundido de 1995.

El Capítulo Tercero, que constituye el necesario complemento de lo expuesto anteriormente, perfila el alcance del concepto de personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos Militares, para lograr una adecuada delimitación subjetiva, que nos permitirá establecer una exacta determinación del ámbito de aplicación del Real Decreto 2205/1980.

Como señala la autora «sólo acotando con precisión el ámbito subjetivo de la relación laboral que se estudia puede procederse con acierto a la hora de aplicar su régimen específico», teniendo presente que, «tanto en el pasado inmediato como actualmente, al servicio de la Administración Militar han confluído colectivos de índole diversa, susceptibles asimismo de heterogénea regulación; incluso dentro del marco más estrecho de quienes mantienen un vínculo de carácter subordinado y profesional o retribuido», siendo posible «identificar los diferentes casos del personal militar, de los funcionarios civiles y del personal civil contratado».

A partir de aquí, ¿cuales son los conceptos que hay que tener en cuenta para llevar a cabo esta «operación de deslinde» entre los diversos colectivos en presencia?

Son los siguientes: el de Personal civil no Funcionario y el de Establecimiento Militar.

El significado de «personal civil no funcionario», en principio, resulta fácil de determinar, puesto que, como reconoce, «todos los criterios de interpretación —históricos, sistemáticos, etc.— conducen a idéntico resultado: se trata de los trabajadores, en el sentido en que el ordenamiento laboral utiliza este referente. Si se habla de personal civil

es porque quien define —estas normas, recuérdese, aparecieron como una «concesión patronal»— necesariamente utiliza su propia identidad (la militar) como criterio configurador, incluso a efectos de delimitación negativa; pero este colectivo, efectivamente, no era militar; asimismo, cuando ingresaron también funcionarios al servicio de las Fuerzas Armadas, se hizo preciso distinguir entre los diversos estatus de esos civiles».

El concepto de «establecimiento militar» resulta, como vamos a ver, más difícil de delimitar, dada la «inconcreta como desestructurada» realidad social «sobre la que recayó inicialmente», llegando a constituir, tratándose de un «concepto anacrónico y que surgió para amparar una multitud heterogénea de supuestos», un auténtico «cajón de sastre» en el que todos los supuestos que en él encuentran cabida pueden unirse por un denominador común, que aunque con «fuerte impronta locativa, propiamente ha de referirse a la titularidad ejercida», esto es, la dependencia de la Administración Militar, o, según ha venido reconociendo la jurisprudencia, «como lugar donde se trabaja al servicio de la Administración Militar».

En su delimitación, la previsión reglamentaria recogida en el artículo 1 del Real Decreto 2205/1980, en el momento de determinar el ámbito de aplicación de la disposición normativa, tampoco viene a precisarlo, en la medida en que considera como tales «los centros, cuerpos, unidades, dependencias y organismos análogos de la Administración Militar», sin que puedan entenderse incluidas «las empresas nacionales, industrias militarizadas, ni a las que mediante contrato de suministro o de cualquier otra clase estén dedicadas total o parcialmente a la producción de material o a la realización de obras o ejecución de servicios para los Ejércitos».

Dada la prevalencia del dato jurídico-formal relativo a la titularidad empresarial (la Administración Militar) que se ha adoptado, «mediante una abstracción generalizadora comprensible, aunque inexacta), nos encontramos con la dificultad de comprender cómo determinadas actividades con indudable conexión con los intereses de la defensa o seguridad nacionales (por ejemplo, siguiendo las recogidas por la autora, fabricación de armas, tratamiento de información «sensible», etc.), cuando el Ministerio de Defensa no aparezca como empresario —así los casos de las empresas nacionales como Bazán o Santa Bárbara—, se sitúen fuera del ámbito de aplicación de la Disposición Final Séptima del Estatuto de Trabajadores, de la que trae causa el Real Decreto 2205/1980, mientras

que, por el contrario, determinadas prestaciones laborales claramente «inocuas» para los fines y objetivos de tales intereses —por ejemplo, camareros, jardineros, etc.— se encuentren «dentro de su campo y operarán las peculiaridades» porque la Administración Militar sea quien asuma la titularidad y cualidad empresarial.

Por ello, dentro del marco jurídico objeto de análisis, debemos tener presente tanto la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, como la Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1991, de 13 de mayo, que han introducido nuevos elementos respecto de «qué haya de entenderse por Establecimiento Militar». La Ley Orgánica de Libertad Sindical, concretamente, en su artículo 2.1,d) en relación con la Disposición Adicional Tercera, expresamente dispone que, a los efectos del derecho a la actividad sindical, «se determinará reglamentariamente lo que haya de entenderse por establecimientos militares», lo cual, si bien no venía a recoger por primera vez el concepto de «establecimiento militar» que tratamos, puesto que éste ya se encontraba consagrado en anteriores normas, como son, entre otras, la Disposición Final 7.ª de la Ley 8/1980, del Estatuto de los Trabajadores, y la mencionada Sentencia 101/1991 del Tribunal Constitucional que «justifica la llamada de la Ley al Reglamento, para precisar el concepto de que se trata, y por ello, que esa remisión sea adecuada a la previsión de reserva legal del artículo 81.1 CE (...) de forma que un concepto de establecimiento militar excesivamente amplio (...) podría vulnerar la reserva de Ley Orgánica», han de poseer una indudable virtualidad a los efectos del Real Decreto 2205/1980, en la medida que, siendo la cuestión harto compleja, desde esta perspectiva y desde la propia evolución jurisprudencial relativa a «la propia naturaleza de la relación jurídica de mérito», se «ofrece una nueva dimensión en la indagación de qué haya de entenderse por establecimiento militar».

«En efecto», nos dice en relación a la Ley Orgánica de Libertad Sindical, «al pretender delimitar qué personal concreto puede afectar a la operatividad de las Fuerzas Armadas al ejercer su libertad sindical, se pretende dividir el personal civil en función del Establecimiento en que trabaje. Es lógico entender que este criterio es locativo, porque el contacto físico con las Fuerzas Armadas parece la única vía de “intoxicación” política inimaginable, de ser así, a través de una clasificación —genérica o individualizada— se han de determinar cuáles son los afectados por la prohibición, y, de seguro, se darán casos en los que igual función desempeñada por trabajador de idénticas condiciones que-



dará comprendida en ámbitos diferentes; si por "establecimiento" se entiende una mención "orgánica", también ocurrirá que trabajadores de idéntica categoría profesional, etc., y que desarrollan prestaciones en el mismo lugar, sin embargo se someterán a efectos de ejercicio de libertad sindical a un régimen diferente».

Ello, pues, ha de tener un indudable reflejo en el marco normativo de desarrollo, toda vez que el Real Decreto 2205/1980, a diferencia de la normativa reguladora de la relación laboral común, no incluyó entre la tabla de derechos laborales ni la libertad sindical ni la huelga, y en su Disposición Adicional Primera reconoció, en habilitación todavía no utilizada, que esos derechos «con el alcance y contenido que, en función del superior interés de la defensa nacional, señale la normativa de específica aplicación a dicho personal», siendo posible reglamentariamente, a partir de los antes mencionados presupuestos legales, determinar, pero únicamente «a tal efecto», «lo que haya de entenderse por establecimientos militares», cuyo acierto dependerá, obviamente, del «criterio que escoja el eventual reglamento» de desarrollo.

En este mismo sentido, cabría añadir, por mi parte, Ley 13/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, concretamente, en su artículo 3.3, párrafo primero, en relación con la Disposición Adicional 9.<sup>a</sup>, comentada, como ya hemos señalado, críticamente por la doctrina (M.<sup>a</sup> José Rodríguez Ramos y Gregorio Pérez Borrego).

El Capítulo Cuarto, tras haberse trazado las principales coordenadas del régimen jurídico-laboral del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, dirige su estudio hacia determinados e importantes núcleos temáticos, que son los siguientes:

En primer lugar, se ofrece una amplia panorámica de las modalidades de contratación previstas en el Real Decreto 2205/1980, que, pretendiendo ser una norma cerrada y completa, «según era obligado al momento de su promulgación», ha permanecido ajena a los cambios normativos producidos en la legislación laboral en la materia, circunstancia que ha intentado salvarse a través de los correspondientes Convenios Colectivos que, abiertamente, han afirmado la posibilidad de utilizar cualquiera de las figuras contractuales previstas por la vigente legislación laboral común (artículo 15 de los Convenios de 1990, 1991 y 1992).

Ello sin perjuicio de advertir que la peculiar adaptación llevada a cabo por el Real Decreto 2205/1980 constituye un apartamiento de las previsiones legales que no encuentra, pese a todo, adecuada justificación en aras a las exigencias derivadas de la Defensa Nacional.

En segundo lugar, se contempla la extinción del contrato por supresión o reducción de cuadros numéricos, que se identifica, en la legislación laboral común, tras la reforma operada por la Ley 11/1994, de 19 de mayo, con lo que ha venido en denominarse extinción de la relación laboral por «causas económicas, técnicas, organizativas o de producción», que el Real Decreto 2205/1980, con peculiar nomenclatura «de fuerte impronta administrativa», «contempla con un elevado grado de singularidad respecto al paradigma estatutario», derivada de la polifacética posición de la Administración Militar, ya sea como empleado o como propiamente Administración Pública, que le permite «acumular ella misma la facultad empresarial de adoptar la decisión de despedir la propia de la Autoridad Laboral que autoriza tal decisión» y, por supuesto, «con unas posibilidades de control muy inferiores si se compara con los supuestos ordinarios». Ello no obstante, como se nos recuerda, por tal razón, se ha elaborado un Acuerdo Colectivo, el Acuerdo para el Personal Laboral del Ministerio de Defensa sobre condiciones aplicables en caso de reestructuración de centros y establecimientos («B.O.E.» de 28 de julio de 1994), con el mismo ámbito de aplicación que el Real Decreto 2205/1980, «en el que se introducen sensibles variaciones respecto de la regulación prevista en la norma estatal, sobre todo buscando atenuar las consecuencias desfavorables que para los trabajadores poseen las decisiones adoptadas en esta materia».

En tercer lugar, el procedimiento para la sustanciación de las reclamaciones presentadas por los trabajadores, que, sin duda, constituye «uno de los puntos en que tradicionalmente ha existido separación entre el régimen laboral aplicable al conjunto de los trabajadores y el específico del PCNF» (personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares), en el que se refleja la compleja o bifronte posición de la Administración Militar, que, acumulando competencias tanto de empleadora cuanto de Autoridad Laboral, abre una doble vía de tratamiento de los problemas laborales en el ámbito militar, que permite que la impugnación de sus actos pueda desembocar ante órdenes jurisdiccionales diversos, en función de su contenido y contexto, ante la jurisdicción laboral, o ante la contencioso-administrativa.

En cuarto lugar, el modo en que se efectúa la fiscalización del cumplimiento de las normas laborales, que constituye una muestra más del papel polivalente de la Administración Militar (como empresario y como Autoridad Laboral), que se ha reflejado como «un principio constante en nuestro Derecho» cual es «el de sustraer a los Establecimientos

Militares de la acción inspectora sancionadora de la Administración Laboral, sometiéndola exclusivamente al control de una inspección militar específica» (A. Montoya Melgar), a pesar de que «en ocasiones los Tribunales y órganos administrativos», concretamente, como no podría ser menos, la Dirección General de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (cfr. Resolución de 19 de diciembre de 1988, en criterio mantenido por la de 8 de mayo de 1989), se han interrogado, sin perjuicio de constatar que «han eludido pronunciamiento sobre el fondo», «sobre la legitimidad de esta especialidad, máxime a la vista de su amplitud pues afecta indiscriminadamente a todo este colectivo de trabajadores».

En quinto lugar, se contempla el régimen jurídico del personal al servicio de las Bases de utilización conjunta España-Estados Unidos, colectivo al que, con criterio «harto discutible» le resulta de aplicación el Real Decreto 2205/1980, en virtud del posterior Real Decreto 144/1981, previsión que concretó la Orden 166/1981, de 17 de noviembre, por la que se aprueban las llamadas «Normas laborales especiales» que lo rigen aunque, como recoge, «con propiedad» en dicha normativa rectora se mantienen «diferencias importantes», como pueda ser, significativamente, que el Convenio colectivo del personal laboral del Ministerio de Defensa no les resulte de aplicación, por cuanto si bien «es cierto que a estos empleados se les aplica la normativa laboral del personal civil no funcionario», dicha «equiparación se limita a las normas estatales, pero no llega a la negociación colectiva» (STS de 20 de diciembre de 1994).

Cierra el capítulo Cuarto un apartado sexto, consagrado expresamente a una «visión global y crítica» del régimen jurídico aplicable en relación a determinados núcleos temáticos, como son la cuestión relativa a la restricción de derechos colectivos —recordatorio de lo que se señaló al tratar el ámbito de aplicación de la normativa singular—, los estadios previos e iniciales del contrato de trabajo, sobre modalidades contractuales, los deberes específicos del personal civil no funcionario, reforzamiento y ampliación de las facultades inherentes al poder directivo de la Administración Militar desde el punto de vista de la organización del trabajo, derechos económicos, extinción del contrato de trabajo, poder disciplinario, o sobre jurisdicción y procedimiento que muestra frente «al permanente deseo de la Administración Militar por evitar actuaciones dirimientes de terceros respecto de lo que suceda en su esfera organizativa», la postura crítica —aunque sólo sea parcialmente— de los Tribunales hacia este bloque normativo.

La obra termina, tratándose, como hemos dicho, de una tesis doctoral, con el correspondiente capítulo de Conclusiones en el que se realiza una pormenorizada síntesis global de la problemática relativa al régimen jurídico-laboral objeto del presente estudio.

En definitiva, estamos en presencia de un trabajo doctrinal profundo, esclarecedor y, en muchas ocasiones, crítico de la vigente regulación de la relación de trabajo del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, recogida en el Real Decreto 2205/1980, en la que la «función equilibradora del Derecho del Trabajo se ve conturbada por la especial supremacía conferida al empleador», la Administración Militar (que en una polifacética posición se ve arropada, al mismo tiempo, por su consideración de Autoridad Laboral), «en aras de las exigencias de la “salvaguarda de los intereses de la Defensa Nacional”».

Sin embargo, la Defensa Nacional, valor constitucional ínsito en el artículo 8 de la Constitución, en consonancia con las numerosas decisiones críticas y restrictivas de nuestra jurisprudencia, difícilmente permite «mantener hoy una gama tan amplia de peculiaridades» como las contempladas en el Real Decreto 2205/1980, o que las mismas afecten de manera tan indiscriminada y amplia a todo el colectivo laboral. Por ello, en línea con la generalidad de la doctrina iuslaboralista, la Dra. Carmen Sánchez Trigueros plantea, según criterio que compartimos, la necesidad de establecer «nuevos perfiles» delimitadores de la Defensa Nacional, que, a su vez, determinarían, necesariamente, que dicho interés tuviera que venir justificado caso por caso, «sin que la adscripción a un determinado establecimiento militar» pudiera, por sí mismo, «tener como consecuencia directa la existencia de interés de la Defensa Nacional», y, consecuentemente, el establecimiento de un régimen jurídico laboral específico, que legitimara un apartamiento del marco general común, según las previsiones recogidas en el Estatuto de los Trabajadores (como ya se preveía en su primigenia redacción de 1980).

Por otra parte, a ello hay que añadir que, cumplida la habilitación legal recogida en la entonces vigente Disposición Adicional Séptima del Estatuto de los Trabajadores, la tendencial vocación del Real Decreto 2205/1980 a ser «el único texto aplicable» (M. Rodríguez-Piñero Royo) a la relación laboral del personal civil no funcionario al servicio de establecimientos militares, le ha llevado (a pesar de la muy discutible Disposición Final Segunda de la citada norma reglamentaria, que no ha llegado a llevarse a efecto durante estos años) a una falta de adaptación a las importantes novedades normativas que disciplinan el mundo laboral,

circunstancia que ha venido a ser suplida, en parte y por vía convencional, a través de los correspondientes Convenios Colectivos (de los años 1990, 1991 y 1992).

Sólo nos resta señalar, como corresponde a una presentación general, que hemos pretendido dar una idea del contenido de la obra de la manera sintética pero fiel posible, buscando (con las limitaciones que toda reducción implica) intentar atraer la atención sobre una monografía que, aparte de su indudable interés, presenta, con profundidad científica, importantes, sugerentes y críticas aportaciones. Por ello, suscribiendo lo que ya adelantara en el Prólogo el Profesor Jesús Galiana Moreno, Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Murcia, debemos concluir que el presente estudio «constituye, sin duda, en análisis más completo realizado hasta el momento sobre el contrato de trabajo de quienes prestan servicios a la Administración Militar y, como tal, se configura como un punto de referencia obligado para las futuras investigaciones que lo aborden».

Lorenzo Marroig Pol

## **2. RECENSIÓN DE REVISTAS**

## INFORMACION BIBLIOGRAFICA (1)

José Leandro Martínez-Cardós Ruiz

### SUMARIO

A) *Cuestiones administrativas*; B) *Cuestiones de derecho procesal*.

#### A) *Cuestiones administrativas*

En el número 35 de *Actualidad Administrativa*, se publica un artículo de Teso Gamella sobre «La invalidez de los contratos en la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administraciones Públicas» en el que se analiza con detenimiento las causas legales determinantes de la nulidad y anulabilidad de los contratos administrativos. En el número 36 de la misma Revista, se recoge un trabajo de Baró Pazos, intitulado «Las actuaciones preparatorias de la contratación administrativa», dedicado al estudio del expediente de contratación y, en el número 37, otro de Gil Ibáñez, sobre «El control jurisdiccional de los contratos administrativos».

En la *Revista de Administración Pública*, número 143, se incluye un artículo de especial interés cuyo autor es Trayter sobre «El arbitraje de derecho administrativo».

Un trabajo de Martín Hernández sobre «Novedades en el procedimiento de aprobación del planeamiento urbanístico» y otro sobre «La obtención de equipamientos comunitarios por concertación urbanística»

---

(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.

están incluidos en la *Revista de derecho urbanístico y del medio ambiente*, número 155.

En la *Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica*, números 271-272, se incluye un artículo de Alonso Mas atinente a la «Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por incumplimiento de los convenios urbanísticos en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo».

#### B) *Cuestiones de derecho procesal.*

En la *Revista General de Derecho*, número 637-638, se incluye un estudio sobre «La conformidad en la Ley Procesal Militar», cuyo autor es Nicolás Rodríguez García.

En la *Revista de Derecho Procesal*, número 1 de 1997, se recoge un artículo de Asencio Mellado titulado «La intervención de la defensa en la fase de instrucción» y en el número 2 de 1997 otro, de Julio Banacloche Palao, sobre «Algunas consideraciones críticas en torno a la prescripción penal».



## **IV. INFORMACIÓN**

## XIV CONGRESO DE LA SOCIEDAD INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR Y DE DERECHO DE LA GUERRA EN ATENAS

Durante los días 10 al 15 de mayo, del presente año, se celebró en Atenas el XIV Congreso Internacional organizado por la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra, para tratar de las cuestiones relacionadas con el importante tema «Investigación y persecución de las violaciones del Derecho de los Conflictos Armados: Leyes y procedimientos nacionales; Cooperación judicial y militar internacional», con asistencia de representantes de los Grupos establecidos en Alemania, Argelia, Austria, Bélgica, Chile, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Francia, Gran Bretaña, Grecia, Holanda, Hungría, Irlanda, Noruega, República China, República Checa, Rumania, Suecia, Suiza y Venezuela, entre otros.

El tema fue dividido en dos partes, dedicándose la primera al estudio de la legislación y procedimientos internos relativos a la persecución de las violaciones del derecho de los conflictos armados, los crímenes contra la humanidad y el genocidio, en tanto que la segunda parte se dedicó al tratamiento de problemas específicos en relación con la cuestión, tales, como la responsabilidad de los autores de las violaciones y las cuestiones deducidas de la cooperación militar operativa entre Estados y la cooperación interestatal en materias de investigación, persecución y enjuiciamiento de estas violaciones.

Para la elaboración de los informes generales de las dos partes en que se dividió el tema, fueron designados Mr. André Andries, de Bélgica, Director del Centro de Documentación de la Sociedad, y el Mayor General del Cuerpo Jurídico de Grecia, Mr. Athanassios Kossioris. Como trabajo previo, ambos ponentes se dirigieron a los diferentes Grupos Nacionales, remitiendo un extenso cuestionario, cuyas contestaciones sirvieron de soporte para la redacción de sus trabajos finales. El Grupo Español dio a estos cuestionarios la adecuada respuesta.

Mr. Andries realizó un profundo y detenido estudio de las diferentes respuestas de los Grupos Nacionales, y concluyó con la propuesta de

una declaración por parte de la Sociedad, a la que llamaba «Carta de Atenas de la Sociedad Internacional de Derecho Militar y de Derecho de la Guerra sobre los principios esenciales de la represión nacional de las infracciones graves del derecho de los conflictos armados», y en la que, en su proyecto, examinaba las características generales de las legislaciones nacionales al respecto, los tipos penales y las penas, las reglas generales de la responsabilidad penal, la organización y competencia de los Tribunales Nacionales encargados del enjuiciamiento, y el procedimiento, orientando sus reflexiones, según se expresaba en el enunciado, únicamente a los principios esenciales de carácter general que debían orientar las actuaciones legislativas internas en relación con las cuestiones apuntadas; la ponencia fue vivamente discutida, y las aportaciones de Mr. Andries tan sólo fueron aprobadas como recomendaciones personales de carácter científico del ponente, sin quedar reconocidas como postura de la Sociedad.

Por su parte, el General Kossioris, tras hacer una detenida sinopsis de los informes nacionales, destacó en sus conclusiones las dificultades que representan para la cooperación internacional en la materia el hecho de que algunos países aún no hayan ratificado los Tratados de Derecho Humanitario, el efecto favorable deducible de los entrenamientos conjuntos en materias de prevención, investigación y persecución de las violaciones del derecho de los conflictos armados, la negativa influencia que ejerce la nación de soberanía, que puede impedir el funcionamiento normal de los órganos jurisdiccionales encargados del conocimiento de las infracciones, el impacto de criterios políticos sobre las decisiones de iniciación de procesos, y el heterogéneo carácter de los sistemas legales, que pueden afrontar con criterios absolutamente dispares aspectos cruciales para la cooperación internacional efectiva, destacando su esperanza positiva ante el avance de los trabajos de la Comisión de Derecho Internacional en el proyecto de Código de Crímenes contra la Paz y la Seguridad y el avance en las posibilidades de establecimiento de un Tribunal Internacional Permanente en materia criminal.

Además de las reuniones de trabajo relativas a las dos ponencias fundamentales, en la primera de las cuales, sobre legislación y procedimientos nacionales, intervino el Presidente del Grupo Español, General Consejero Togado y Magistrado del Tribunal Supremo, Javier Aparicio Gallego, para exponer «La posición española en relación con la persecución de los crímenes de guerra», las Comisiones Especializadas de la

Sociedad celebraron también reuniones de trabajo: la Comisión de Criminología Militar, bajo la presidencia de Mr. Skarstedt, de Suecia, Presidente Emérito del Tribunal de Apelación de Uméa, estudió el tema «Las leyes y procedimientos nacionales relativos a la persecución de las violaciones del derecho de los conflictos armados, los crímenes contra la humanidad y el genocidio»; la Comisión de Protección de la Vida Humana en los Conflictos Armados, bajo la presidencia del Coronel Mr. De Mulinen, de Suiza, Vicepresidente de la Sociedad, trabajó sobre los temas «La aplicación de las reglas de neutralidad en las operaciones para el mantenimiento de la paz» y «Las armas no mortíferas». La Comisión de Asuntos Generales, presidida por el Dr. Ybema, de Países Bajos, y Vicepresidente de la Sociedad, trabajó sobre el tema «La cooperación de las Fuerzas Armadas, participantes en las operaciones para el mantenimiento de la paz, en la persecución de los crímenes de guerra»; y la Comisión de Historia del Derecho Militar, presidida por el Coronel El Mizouni, de Túnez, y miembro del Consejo Directivo de la Sociedad, estudió los temas «Aspectos del Derecho Internacional Humanitario durante las operaciones de las fuerzas armadas rumanas» y «El nuevo sistema de enseñanza del Derecho Internacional Humanitario en las fuerzas armadas rumanas después de la revolución de 1989».

Las reuniones de trabajo fueron presididas por diversas autoridades de la Sociedad, y todo ello controlado por el Presidente, Mr. Krüger-Sprengel, y el Comité organizador, presidido a su vez por el General Kossioris.

Con ocasión de la reunión se distribuyó entre los asistentes el Boletín de Información de la Sociedad correspondiente a 1996, en el que se recogía, con destacado interés, un informe relativo a las actividades del Grupo Español, significando la esperanza de la recuperación de nuestro Grupo y el mantenimiento de los programas de reuniones anuales previstos.

Con independencia de las reuniones científicas, el día 15 de mayo se celebró la Asamblea General de la Sociedad, en la que su Secretario, Mr. Fobe, presentó su informe ante los reunidos, procediéndose después, por el Tesorero, Mr. Kockx, a presentar el estado de cuentas de la Sociedad. Seguidamente se procedió a la renovación del Consejo de la Sociedad, siendo designado Presidente Mr. Ybema, Director de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Defensa de los Países Bajos, y siendo nombrado Mr. Krüger-Sprengel Presidente Honorario de la Sociedad. En este pro-

ceso electoral fue nombrado miembro del Consejo de Administración el Presidente del Grupo Español, Magistrado del Tribunal Supremo y General Consejero Togado, Javier Aparicio Gallego.

Con independencia de las reuniones científicas y de la Asamblea General, se organizaron actos sociales y de convivencia entre los asistentes, concluyendo el Congreso con la reunión del nuevo Consejo de Dirección bajo la presidencia de Mr. Ybema, quien ya se hizo cargo de la dirección de la Sociedad.

## TERCERA CONFERENCIA INTERNACIONAL DE DERECHO MILITAR EN BUDAPEST

Entre los días 4 y 6 de junio de 1997 se ha desarrollado, en Budapest, la Tercera Conferencia Internacional de Derecho Militar, con representación de las Fiscalías Militares de Albania, Estados Unidos, Reino Unido, Austria, Bélgica, Bulgaria, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Croacia, Canadá, Polonia, Alemania, Noruega, Federación Rusa, Rumania, Suiza, Suecia, Turquía, Nueva Zelanda, Zimbawe, Cabo Verde y España.

El tema específico de las jornadas fue el delito de abuso de autoridad, con particular referencia a los tratos inhumanos y degradantes, enfocándose también los aspectos disciplinarios de conductas relacionadas con la convención en las Unidades, en supuestos concretos de novatadas u otras actividades, que pudieran afectar a la dignidad humana o al decoro.

Se puso de manifiesto la inquietud general existente en las legislaciones de los diversos países sobre las materias apuntadas, analizando de manera casuística situaciones controvertidas, fronterizas entre el ámbito penal y el disciplinario, reflejándose como conclusión la necesidad de erradicar en todo caso vicios y conductas con las que pudo existir más comprensión en el pasado y que no son susceptibles de ser asumidas en el Derecho Militar vigente, que debe proclamar el respeto a los derechos humanos y a la dignidad de la persona como uno de sus más importantes y trascendentales principios.

La delegación española presentó una ponencia en la que desarrolló la evolución jurisprudencial de los diversos tipos y, muy en especial, del de tratos inhumanos y degradantes del art. 106 CPM, explicando cómo la sucesiva aplicación de la actual normativa en los últimos años ha venido a incidir en un descenso muy notable en el número de procedimientos seguido por este tipo de conductas, habiendo sido el personal de las Fuerzas Armadas muy receptivo a la necesidad de erradicación de las mismas.

Como en otras ocasiones, al margen del evidente interés del contenido de las sesiones, hubo oportunidad de contrastar puntos de vista sobre la evolución del Derecho Penal y Disciplinario Militar en la gran cantidad de países representados.

**MINISTERIO DE DEFENSA**  
SECRETARIA GENERAL TECNICA  
CENTRO DE PUBLICACIONES

