

DERECHO DE PETICION EN LAS FUERZAS E INSTITUTOS ARMADOS (*)

por Luis ORAA RODRIGUEZ

Capitán Auditor.

I

PLANTEAMIENTO

A la entrada del estudio del derecho de petición es obligada la referencia al Estado de derecho, que tiene su origen en el principio político de la división de poderes, consagrado por el Derecho público de la Revolución. Como consecuencia de la separación, el Poder ejecutivo en su función de Administración, la otra es de política o gobierno, queda sometido a la ley. Se trata de conseguir el equilibrio entre dos principios de autoridad, el del "Monarca por la Gracia de Dios" y el de la "Soberanía Nacional", alojándolos en poderes distintos, uno de ellos subordinado al otro.

Al tiempo que se estatuye la primacía de la ley, el Estado de derecho, plasmado históricamente en el Estado constitucional, consagra un nuevo principio de sumisión al legislativo. Este actúa como órgano de fiscalización política y administrativa del ejecutivo. Una serie de instituciones lo hacen posible: Respon-

(*) El presente trabajo constituye un resumen del estudio doctrinal presentado por el autor para la obtención del Diploma de Derecho administrativo militar, en la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, correspondiente al curso desarrollado en los meses de septiembre a diciembre de 1964.

sabilidad política ministerial ante las Cámaras, ruegos, preguntas, interpelaciones, y derecho de petición. Instituciones brindadas a los súbditos por la organización política del país, que cronológicamente son anteriores a la intervención del Derecho administrativo en el campo de la tutela de los derechos particulares.

Durante el siglo XIX se estimó a este control político como el más eficaz, en virtud del dogma de la soberanía popular. En la actualidad, tras una larga experiencia, la fe en la fiscalización política está seriamente quebrantada. Precisamente fruto de dicha insuficiencia hubo necesidad de articular otros controles más efectivos, surgiendo el control administrativo, vía de los recursos gubernativos, y el contencioso-administrativo.

Se objeta al control político, que la experiencia ha demostrado su escasa virtualidad, que son demasiado teóricos y poco eficaces, que las sanciones que puede originar su ejercicio no inciden verdaderamente sobre el acto administrativo ilegal. Ni guarda relación proporcional, por cuanto la represión de una viciosa actitud administrativa puede repercutir gravemente en el normal ejercicio de las funciones políticas. La limitada sensibilidad administrativa de los órganos políticos llamados a ejercer la fiscalización. Y, por último, la lentitud del procedimiento mediante el cual puede llegarse a la efectiva corrección de la actividad administrativa.

Cierto que el derecho de petición no es la garantía más eficaz del administrado, en especial por su índole predominantemente política. En el área de lo político, primó de antiguo el criterio de la "razón de Estado", y hoy día el de la "oportunidad y conveniencia", que también es aplicable a la potestad discrecional de la Administración.

Sin embargo, no quiere ello decir se tenga que adoptar *prima facie* una actitud exacerbadamente pesimista en cuanto a las virtualidades del derecho de petición, aunque no se trate de una exigencia de cara a la Administración como con los recursos sucede.

Pero ultimados virtualmente en la actualidad los regímenes de defensa frente a la Administración, en especial residenciando sus resoluciones y disposiciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, el derecho de petición parece útil, es decir, práctico. Al menos como cierre en la cúspide del régimen del Estado de de

recho, configurado en las Constituciones, y en España en las Leyes Fundamentales.

Valdrá como medio de comunicación entre el pueblo y las autoridades, de participación social en el quehacer político. Para colmar en un caso concreto la laguna que pueda aparecer por inexistencia de recurso o imposibilidad de él, principalmente en cuanto a los criterios de oportunidad y de conveniencia, que son de esencia al Poder de gobierno y al Poder discrecional, más acentuados en la Administración militar. Y, en fin, como desahogo psicológico del ciudadano en súplica de una "vía de gracia", porque el resultado de la ley en un supuesto determinado sea injusto.

Por lo que atañe concretamente a su uso por los miembros de las Fuerzas e Institutos Armados, el derecho de petición puede ser también positivo. Siempre, sin olvidar que en los Ejércitos la utilización de tal facultad debe estar, naturalmente, más sometida a límites por imperiosas razones de jerarquía y disciplina. No se trata, pues, en la milicia de un privilegio en el sentido de *privata lex*, anuladora del derecho de petición, sino de una peculiaridad exigida por la especialidad de la Administración militar respecto a la Administración común del Estado.

Por lo expuesto resumidamente, el tema es de extraordinario interés y actualidad, no sólo por su raíz filosófico-política (la política como diálogo) que va desde Grecia a nuestros días, sino por la novedad de la reaparición positiva del derecho de petición en el ordenamiento jurídico patrio, a través de la Ley 92/60, de 22 de diciembre, y del Decreto 93/62, de 18 de enero, que aplica dicha ley a los componentes de las Fuerzas e Institutos Armados. Por cierto que es el primero de los derechos que se desarrolla, en cumplimiento del art. 34 del Fuero de los Españoles.

A) *Ambito de acción*

Potestad discrecional.—La potestad discrecional de la Administración se caracteriza por las dos notas siguientes: de un lado, ser un ámbito de elección y decisión de entre varias formas de comportamiento igualmente posibles; de otro, obrar discrecionalmente equivale a actuar con libertad, pero acomodando la con-

ducta a fin público específico. Con el reconocimiento de límites se ha dado al traste con la concepción tradicional de lo discrecional como algo opuesto a lo reglado. Es decir, que la discrecionalidad y lo reglado no son facultades antagónicas. Nada hay absolutamente discrecional ni reglado. Es cuestión de matices.

La primera reducción del dogma de la discrecionalidad se opera observando que en todo acto discrecional hay elementos regulados: La misma existencia de la potestad, su concreta extensión, la competencia para ejercerla. La segunda reducción es la del fin, también elemento reglado. La consecuencia es el sometimiento de los actos discrecionales en sus componentes reglados a la jurisdicción contencioso-administrativa. Nuestra legislación lo conoce desde la Ley de 27 de diciembre de 1956. El art. 83, 2 se refiere a "cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder".

Al término de la expresada reducción queda de la discrecionalidad un último residuo, aquel en que se manifiesta como una apreciación de valores singulares, así: la valoración política de los hechos reales, la conveniencia, la oportunidad. Esto ya no es fiscalizable jurisdiccionalmente ni puede serlo, porque los tribunales sólo pueden hacer aplicación de criterios jurídicos generales. Aquí radica la responsabilidad de la potestad discrecional de la Administración de la que el juez está exento y nunca puede pretender sustituir.

Se comprende, por tanto, que la viabilidad del derecho de petición en su conexión con los actos discrecionales, se reduce a sus elementos no reglados, pues para los sometidos a Derecho es posible el recurso ante los tribunales. Pero por lo mismo, también se potencia en esa zona, limitada a los criterios de oportunidad y de conveniencia, inmunes a la vía jurisdiccional.

Frente a un acto discrecional de la Administración adecuado a Derecho en sus componentes reglados y, por tanto, infiscalizable por el juez, siempre tendrá el administrado el remedio de la petición si se estima agraviado. En su virtud, podrá el órgano administrativo correspondiente o el superior jerárquico, verificar una reconsideración o supervisión, respectivamente, del criterio de la oportunidad y la conveniencia, sustentados en la decisión, pudiendo producirse, sin duda, el efecto anulatorio pedido por el

particular, en su caso. Es decir, cuando la Administración pueda hacerlo "de oficio" (arts. 109-112 de la vigente ley de Procedimiento administrativo), y cuando no, será también posible que la Administración por vía de petición declare la lesividad del acto e interponga la subsiguiente pretensión de lesividad ante la jurisdicción revisora.

Potestad de Gobierno.—En nuestro actual Derecho positivo, estamos en cuanto a la distinción de actos políticos y actos administrativos en el momento de la lista o catalogación de los primeros. La exposición de motivos de la L. J. C. de 1956 habla de que "los actos políticos no constituyen una especie del género de los actos discrecionales, sino actos esencialmente distintos por ser uno la función administrativa y otro la función política confiada únicamente a los supremos órganos estatales". Luego, en su artículo 2.º, b) excluye de la jurisdicción contencioso-administrativa "los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fuesen procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción".

GARCÍA DE ENTERRÍA, se opone, sin embargo, al sistema de la ley, aun reconociendo el esfuerzo memorable de limitar los actos políticos a los dimanantes del Gobierno o Consejo de Ministros. Admite sólo dos actos como verdaderamente políticos y, por tanto, no justiciables: los relativos a relaciones internacionales y los actos de relación constitucional: remisión de proyectos de ley, cuestiones de confianza, fijación del orden del día, disolución de las Cámaras. No son tales actos administrativos, dice, puesto que son revisables ante otras jurisdicciones; los actos de relación internacional ante los órganos jurisdiccionales internacionales, y los actos constitucionales ante los órganos de la jurisdicción constitucional, donde exista. Los demás, tanto los citados en el artículo 2.º, b) como los del art. 40, d) y f) de la L. J. C. son actos administrativos puros y simples. Proclamar, añade, la inmunidad jurisdiccional de ellos implica consagrar el libre obrar de la Administración sin límite legal, incluso atropellando derechos. Citando los ejemplos del orden público y la organización militar.

Sin embargo, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con loa-

ble propósito, se mantiene en el esfuerzo de ampliar el radio de acción de los tribunales en cuanto a los llamados actos políticos; así en las sentencias de la Sala 5.ª de 21 de marzo de 1958, 7 de abril de 1960 y 5 de octubre de 1961, entre otras varias, en las que entró en el fondo del asunto por argumentos de buen sentido, aun tratándose de actos políticos, analizando la competencia de la Administración, el procedimiento e incluso la desviación de poder.

De cuanto antecede, resulta una asombrosa conclusión plena de posibilidades para el Derecho de petición. A la vista del contenido de los arts. 2.º, b) "incompetencia de la jurisdicción" y 40, d) "actos de la Administración militar excluidos del recurso", de la L. J. C., el derecho de petición consagrado en la Ley de 1960 y el Decreto de 1962, aparece como trámite adecuado de oposición al acto político emanado del Gobierno, como vimos ocurría respecto al acto discrecional y veremos en cuanto a la potestad normativa de la Administración, los tres círculos de inmunidad a la acción de los tribunales.

Potestad normativa.—El derecho de petición por su carácter "residual" respecto a todo otro procedimiento judicial o administrativo, posee operabilidad en esta órbita de la potestad normativa de la Administración. Así, podrá el ciudadano ejercitarlo ante el órgano competente, aun sin contar con la conformidad de la Corporación o de otras personas jurídicas, que exigida, aunque criticablemente, por la L. J. C. para acudir al recurso contencioso directo contra los reglamentos.

También es hacendera la vía de petición para instar la derogación de disposiciones administrativas generales o la anulación de pleno derecho de las mismas (arts. 28 de la L. R. J. de 1957 y 47. 2.º de la L. P. A.) por los trámites del procedimiento especial "de oficio" regulado por Orden de la Presidencia del Gobierno de 12 de diciembre de 1960, en el sentido de que la acción de petición puede indudablemente servir de estímulo a la facultad anulatoria de la Administración.

B) *Contenido*

Del texto de la ley Reguladora de 22 de diciembre de 1960, resulta el contenido del derecho de petición, que puede ser:

Denuncia (art. 9.º).

Reclamación. Mejora de la estructura, funcionamiento y personal de los servicios administrativos (art. 10, 1).

Queja. Irregularidad o anormalidad en la actuación de cualquier órgano público (art. 10, 2).

Promoción legislativa (art. 11, 2).

Nuestra legislación otorga al particular numerosos medios de comunicación con la Administración y de defensa frente a ella. La terminología es muy variada: Instancias (art. 69 de la L. P. A.), denuncias (art. 68 de la misma ley), declaraciones, peticiones (artículo 38 de la L. J. C.), recursos (art. 113 de la L. P. A.), pretensiones (art. 1.º de la L. J. C.). Incluso la simple carta, que es considerada modo normal de dirigirse a la Administración. Aquí también, las reclamaciones del art. 34 y las quejas del 74, ambos de la L. P. A. en relación con las Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 22 de octubre de 1958, sobre funcionamiento de las oficinas de información, y 5 de enero de 1959, relativa a organización, cometido y funcionamiento de las oficinas de iniciativas y reclamaciones.

Aun con el recio entramado de posibilidades legales a favor del administrado, el derecho de petición viene a cubrir el sistema de garantías, en orden a la reparación de agravio o evitación de abusos. Así, vigoriza la simple denuncia que de suyo no obliga a ser tomada en consideración. En cambio, cuando el vehículo es el derecho de petición lo denunciado vincula, al menos, a ser formalmente estimado y contestado (art. 11, 3.º de la L. P. A.).

El derecho de petición, pues, podrá tener por objeto los ya señalados en los arts. 9.º, 10 y 11 de su ley Reguladora. Pero también otros, dada la amplitud con que está concebida la vía de petición según el art. 1.º de la Ley de 1960, como son la fiscalización de la legalidad objetiva, la aplicación de los principios consignados en

las Leyes Fundamentales, la adecuación de las leyes formales a las Fundamentales y la vía de gracia.

Hasta tanto se confieran procedimientos jurídicos especialmente regulados para la fiscalización de aquellas zonas de actuación administrativa (salvo en el ámbito de la vía de gracia, que por definición excluye toda regla) el derecho de petición cubre la ausencia de medios legales.

C) *Limitaciones al derecho de petición*

Constituyen sus límites:

Los principios políticos básicos (art. 1.º de la ley Fundamental de Principios del Movimiento Nacional de 17 de mayo de 1958).

Las peticiones especialmente reguladas (art. 7.º, 1 de la Ley de 22 de diciembre de 1960 y su disposición final primera).

Los supuestos en que la Administración no puede revocar "de oficio" sus propios actos (arts. 109 a 112 de la L. P. A.)

Los derivados expresamente de la ley Reguladora del derecho (peticionarios, órganos destinatarios, competencia).

D) *Concepto*

El derecho de petición, con tan variado contenido, es difícil ser condensado en una unidad conceptual que no tiene. De lo expuesto se infieren sus ámbitos de acción, unos predominantemente políticos (comunicación y participación del pueblo, conexión con la opinión pública, actos políticos), otros predominantemente administrativos (la discrecionalidad, el poder normativo). Su objeto es múltiple (reparación de agravios, corrección de abusos, moralización administrativa, sugerencias).

Ante la dificultad, no damos un concepto que por fuerza sería excesivamente descriptivo. Baste el del art. 1.º de la Ley 92/62 de 22 de diciembre.

Por lo razonado, el tratamiento del concepto se hace ahora y no al principio. Nos ha parecido mejor emplear el procedimiento deductivo como más acorde con la propia naturaleza del derecho de petición, que es fundamentalmente un derecho "residual", supletorio. Lo que no son peticiones dirigidas a órganos jurisdiccionales o administrativos especialmente reguladas, son cabalmente las que pueden accionarse a través de la petición comprendida en la Ley de 22 de diciembre de 1960.

E) *Naturaleza jurídica*

Desde este punto de vista, el derecho de petición se nos aparece como:

Derecho público subjetivo.

Derecho político.

Derecho público subjetivo.—FORSTHOFF, cuida de distinguir la "pretensión de ejecución de la ley", el "derecho reflejo" y el "derecho público subjetivo". Por la primera, el interesado puede proceder jurídicamente para que la ley se cumpla. Ejemplo: la pretensión accionada por un menesteroso de ser socorrido por la Beneficencia pública. La instancia del particular persigue sólo la ejecución de la ley ordenadora de la Beneficencia estatal. En este supuesto no se da derecho público subjetivo a la asistencia, sólo un "derecho reflejo", proyección de una situación normativa general. Es el caso de todas las llamadas "normas de acción".

El derecho público subjetivo, por el contrario, implica una exigencia ejecutiva frente a la Administración. Supone la garantía de un medio jurídico que tiene por fin ayudar a conducir a término esta exigencia. La doctrina de FORSTHOFF nos es válida a nuestro intento. El derecho de petición es derecho público subjetivo, porque se reconoce a la persona una exigencia frente a la Administración, al menos la de que ésta "acuse recibo" y "comunique al interesado la resolución que adopte" (arts. 6.º, 2 y 11, 3 de la ley Reguladora). Ahora bien: el contenido del derecho de petición no es reconducible a derecho positivo alguno. Puesto que por

definición la defensa de los derechos está encomendada a otras vías (acciones, recursos), incommunicables con la de petición. Es decir, que se refiere exclusivamente a "derecho a ser tratado según ley", a la figura del "derecho reflejo".

Así tiene que ser, porque la petición en estudio sólo opera al margen de la potestad reglada, en la discrecional, la política o la vía de gracia. Cuando de violación de derecho se trata, entonces cede el derecho de petición y la competencia corresponde a los tribunales o a los órganos de la Administración.

Ahora se desprende otra conclusión, la de que el derecho de petición, a cuyo contenido no se tiene derecho, es un derecho procedimental, de uso o ejercicio, dinámico. Se tiene derecho a pedir y sólo a pedir. En cambio, en los derechos sustantivos, así el de propiedad, su titular lo ejercita no sólo accionando ante los tribunales, sino poseyendo y disfrutando estáticamente la cosa.

Derecho político.—Dentro de la órbita de los derechos públicos subjetivos (no su objeto, que no lo es) el de petición se configura como un derecho constitucional político. No es, dijo el señor López Rodó en su discurso en defensa del proyecto de ley, el simple derecho de dirigir instancias y solicitudes amparadas en las leyes y procedimientos administrativos, sino un derecho político básico, derivado de la condición de miembro de la Comunidad política española". Y tan sagrado es su uso que en ningún caso puede suspenderse, ya que no está comprendido en los que cita el art. 35 del F. E., que lo pueden ser temporalmente mediante Decreto-ley.

No es, por tanto, un derecho originario o innato el consagrado en el art. 21 del F. E. de 17 de julio de 1945, y desarrollado por la Ley de 22 de diciembre de 1960, aunque sí fundamental. Porque no es de Derecho natural, no se reconoce a todas las personas, sino limitadamente a los españoles. De Derecho natural son otras manifestaciones de comunicación individual con los órganos públicos, tribunales o administraciones. No se limita a los españoles el ejercicio de las acciones procesales, de las instancias o los recursos (art. 70, 1 de la L. P. A.). Pero el Derecho de petición que ahora se analiza está vedado a los extranjeros, por configurarse en las leyes como derecho atribuible exclusivamente a los nacionales (art. 70, 2 de la L. P. A., que se remite a la Ley 92/60, de 22 de diciembre).

II

LA FACULTAD DE PETICIÓN Y EL EJÉRCITO

A) *Formas políticas y formas militares*

Ha sido estudiada en sociología política la relación existente entre las formas políticas, muy especialmente el Estado moderno surgido en el Renacimiento, y las formas militares.

Se constata por los tratadistas, que formas políticas y militares responden a una misma mentalidad de los hombres de cada época. Es decir, que unas y otras evolucionan a la par, como dependientes de una misma corriente histórica. Así, en el siglo XVI había cambiado profundamente la concepción del arte de la guerra conforme a la variación de las circunstancias políticas. Incluso se manifiesta en detalle tan nimio como el de la supresión del tambor, factor psicológico en el combate. DIEGO DE SALAZAR, al describir el ataque victorioso de un Ejército disciplinado y ordenado pide que se admire "con cuanto silencio pelean".

Otro ejemplo, El predominio de la infantería es una de las características del régimen político moderno. Son de MAX WEBER las siguientes palabras: "El fundamento de la democratización es en todas partes de naturaleza puramente militar, radica en la constitución de una infantería disciplinada, de los hoplitas en la antigüedad, de los Ejércitos gremiales en la Edad Media, siendo lo decisivo, que la disciplina militar triunfase sobre la lucha de tipo heroico".

El Ejército llevó a la burocracia estatal con el triunfo del Emperador Augusto, que al situar junto a las antiguas magistraturas el nuevo cuadro de hombres leales, que pueden ser denominados militares, se imita la jerarquía, disciplina y organización del Ejército. Hasta tal punto, que en el bajo imperio llaman los romanos a los funcionarios civiles *militia litterata*.

Muestra también de este interesante tema, se ha visto en la conducta de los Reyes Católicos, al abatir las fortalezas de los enemigos después de cada conquista. No adoptan la misma táctica con las situadas en zonas fronterizas, que respetan. Hay aquí toda

una concepción política, la de la necesidad de la defensa exterior, que influye en el actuar militar.

En este orden de cosas, acusa su influencia la virtud militar de la uniformidad, de la homogeneidad. Sancho de Londonño, en 1598, en su famoso "Discurso sobre la forma de reducir la disciplina militar a mejor y antiguo estado", habla de la uniformidad en la munición, "todos los arcabuces deberían ser de una misma munición o pelota, porque a necesidad puedan los unos servirse de las pelotas de los otros". Justamente eso, hacer intercambiables unos elementos por otros, es el espíritu de la moderna racionalización.

HAURIOT, por su parte, ha visto la influencia del Ejército en la aparición del régimen administrativo francés por dos razones. La primera, porque habitúa al administrado a soportar cuando llegue su hora la subordinación a la Administración militar. La segunda, y sobre todo, porque una Administración civil fuerte es la única que puede lograr el respeto de la militar.

Este fenómeno de influencia de la Administración militar, en gran parte técnica, en la Administración pública, no sólo continúa, sino que se agiganta en nuestros días. Al terminar la segunda guerra mundial le preguntaron a Eisenhower su opinión acerca de las experiencias obtenidas en la misma para la Administración en tiempo de paz. La respuesta fué "More staff Work (más trabajo de Estado Mayor). De hecho ocurrió la función de "staff" (sostén, apoyo), portadora de la técnica administrativa se generaliza en las Administraciones europeas. Entre nosotros, son pruebas el Decreto-ley de 20 de diciembre de 1956 que creó la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno. La L. R. J. posibilita en su art. 19 la creación en los Ministerios civiles de las Secretarías Generales Técnicas. La creación en 1958 del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de Alcalá, que cumple entre otras funciones la formación de equipos de organización y métodos. Los cometidos de dichos organismos y especialistas son análogos a los de los Estados Mayores de los Ministerios militares.

La propia terminología usada por la moderna técnica de la Administración es copia de la clásica en la Administración militar. Se habla hoy de planificaciones de "línea" (mando) y de "Staff"

(Estado Mayor). De "análisis de puestos de trabajo", técnica iniciada en Estados Unidos para determinar el adecuado empleo de profesionales en la industria del armamento. De "investigación operativa" ("Operation Research") nacida durante la última guerra mundial para el estudio de problemas estratégicos. De "elaboración de decisiones" ("decision making") típicamente castrense. De "relaciones humanas", tan ligadas al derecho de petición, puesto que pretenden integrar los individuos en la organización, primaria necesidad de toda agrupación de hombres armados y, por supuesto, de los Ejércitos modernos.

En fin, que la Administración militar estuvo y está a la cabeza de la Administración pública, que en gran parte la ha imitado. Como se imitó a la Administración eclesiástica, los dos grandes círculos de profunda trabazón comunitaria, en los que igualmente que en el Estado se conoció y conoce el derecho de petición.

En esta interconexión de formas políticas y formas militares vemos el nacimiento, primero, del uso del derecho de petición, como fundamental para la garantía del individuo, y luego, la regulación singular exigida por las especialidades de la Administración militar.

B) *Remisión a la doctrina general*

Damos por reproducida la totalidad de la teoría general antes expuesta sobre derecho de petición. La vía de petición como comunicación entre ciudadanos y autoridades, participación socio-política. Sus ámbitos de ejercicio: Potestad discrecional, de gobierno, normativa. Su múltiple objeto: Denuncia, queja, vía de gracia. La reconducción en principio al tratamiento general viene impuesta por dos razones:

1.º En la materia no afectante a los Ejércitos, el militar puede y debe accionar en petición, conforme a las disposiciones generales (art. 1.º, 2 del Decreto de 18 de enero de 1962).

2.º La Administración militar y sus consecuencias es en todo caso una especialidad, que implica de por sí una administración común o general. Por tanto, en lo no previsto por la disposición específica reguladora del derecho de petición serán de aplicación

ias normas de la Ley de 22 de diciembre de 1960 (art. 8.º del Decreto de 1962).

El derecho de petición en los Ejércitos, salvo las especialidades que se dirán, cubre lo mismo que en la Administración civil las zonas inmunes al recurso contencioso-administrativo, o sea, la potestad política militar (acción militar) y la potestad administrativa discrecional militar.

C) *Especialidades*

Administración militar y Administración civil.—Que la Administración militar es distinta a la civil, aunque integrante del concepto global de Administración pública del Estado, está fuera de toda duda. LORENZ VON STEIN, las diferencia a finales del siglo pasado, y el criterio de sus cinco ramas de la Administración coincide con el sustentado por Felipe V en 1714, al fragmentar en cinco secretarías la Secretaría Universal de Despacho.

Las características singulares de nuestra Administración, expuestas por AURELIO GUAITA en su conocida monografía “Administración pública y Defensa nacional”, arrancan a nuestro juicio, en lo que atañe a derecho de petición, de su peculiar estructura fundamentalmente lineal.

Aquella responde a lo que llama MOONEY “principio de gradación o escalonamiento”. No existe en ella correspondencia entre función y órgano, es decir, no existe especialización orgánica según funciones. Los miembros o escalones de esta estructura realizan, a diferentes niveles, diversas y análogas funciones. La diferencia no es de funciones, sino de grados. En cada escalón sólo existe un jefe superior que asume toda la responsabilidad y retiene la plenitud de control. La función de los jefes inferiores no es una función especial propia, sino delegada, el jefe es único responsable del último resultado de todas las funciones.

La estructura lineal fomenta el rigor del mando y de la obediencia, posee gran estabilidad y eficacia ejecutiva, determina con nitidez la autoridad y la responsabilidad. Sus principales inconvenientes: rigidez excesiva por falta de autonomía de los subordinados, exigencia excesiva a los jefes superiores, escasa oportuni-

dad a la iniciativa de los jefes inferiores, está paliada en los Ejércitos modernos, con la nueva estructura mixta “de línea y apoyo”, más racional y eficaz. Este tipo de organización incluye, adjunta a la estructura lineal o de mando, una estructura de apoyo o Estado Mayor, articulando el todo orgánico con arreglo a principios de consejo, estudio, información, control.

Pues bien; de esa estructura en gran parte lineal, por cuanto el órgano “Staff” carece de aptitud para la decisión, radican las especialidades administrativas militares, y entre ellas la disciplina específica del derecho de petición regulado por Decreto 93/62.

Acción militar.—La base de partida, fecunda en consecuencias en orden al derecho de petición, es la distinción entre acción y administración militares. Fué apuntada la distinción por don Laureano López Rodó, en el discurso ante el Pleno de las Cortes, en defensa del Proyecto de ley, que luego fué la L. P. A. de 1958. Son sus palabras: “No se olvide que al hablar de procedimientos se hace referencia al que regula la actividad administrativa de los Ministerios, no naturalmente, a la organización, disciplina ni acción de los Ejércitos, que como es lógico se rige y han de regirse por sus propias leyes especiales”.

La consecuencia queda reflejada en dos preceptos. El art. 1.º de la L. P. A., según el cual “la Administración del Estado ajustará su actuación a las prescripciones de esta ley”. Y la segunda disposición final, que faculta singularmente a la Presidencia del Gobierno para adaptar los preceptos de la ley al “peculiar carácter y estructura de los Ministerios de Ejército, Marina y Aire, a propuesta de los mismos”.

El estado actual de la cuestión es el que sigue:

1.º La L. P. A. es de aplicación directa a la Administración militar. Se deduce del contenido del art. 1.º y de la primera de las disposiciones finales, que deroga los Reglamentos dictados en ejecución de la ley de Bases de procedimiento administrativo de 1889. Entre ellos se encuentra el aplicable al Ministerio del Ejército de 25 de abril de 1890, que no se cita en la lista de subsistentes del Decreto de 10 de octubre de 1958.

2.º Lo anterior, es sin perjuicio de los preceptos de la L. P. A. que se limitan a la Administración civil. De aquellos en que se otorga prioridad a especialidades vigentes en la materia. Y de la

adaptación que en su día promulgue la Presidencia del Gobierno.

Los preceptos no aplicativos a la Administración militar, lo son no por motivos de privilegio o favor (no es el ciceroniano *Silen leges inter arma*), sino por motivos de jerarquía y disciplina. Es necesario deslindar los conceptos de acción militar y actuación administrativa de los Ministerios militares, como base imprescindible para toda especialidad justificada. Aquel deslinde, que está por hacer, se va a iniciar en este trabajo, siquiera sea a los fines menos ambiciosos de señalar la zona de actividad en que puede desplegar el derecho de petición, de cuya concreción resultarán sus propios límites.

A nuestro entender, se engarza la distinción con la de actos políticos o de gobierno y actos administrativos. Los actos de gobierno tienen en la Administración militar, una de sus exteriorizaciones más claras y tradicionales, como actos de fuerza o imperio. Así, "los que afectan a la defensa del territorio nacional, seguridad interior del Estado y mando y organización militar (artículo 2.º, b) de la L. J. C.). Por ello están exentos del recurso jurisdiccional. Queda a cargo de la acción militar, eminentemente técnica, la composición de las Fuerzas que forman la Nación, las características de los órganos y formaciones militares, pero que es consecuencia de un objetivo político, cuya consecución constituye para la política militar lo que en táctica se denomina "misión filosófica". Aquí está el punto álgido de la interdependencia entre forma política y forma militar desde la constitución de los Ejércitos nacionales.

Aquellos actos de gobierno nos parecen las manifestaciones de la acción militar. Claro es que de hecho no está resuelta la diferenciación, en primer lugar, porque la acción de los Ejércitos, en la aplicación práctica va envuelta en una actividad administrativa, con lo que parece que la originaria definición llega a confusión. En segundo lugar, por existir, en ocasiones, dudas en tipificar el obrar de la Administración militar como verdadera "acción política" o como pura administración. El problema es de inmensa trascendencia por repercutir nada menos que en la garantía judicial de los súbditos, unas veces administradores (militares profesionales), otras, y aquéllos también, a su vez, administrados.

El Tribunal Supremo ha calificado acertadamente como políticas o de gobierno, cuestiones que atañen a la defensa del territorio (auto de 7 de febrero de 1910), negativa a privar de su carácter a una zona polémica, sentencia de 3 de abril de 1913. En otras en cambio, hace tan Alto Tribunal un uso excesivamente amplio del concepto de organización militar, caso típico de la acción de los Ejércitos. Así, la resolución sobre el puesto que debe ocupar un Oficial en el escalafón del Cuerpo al que pertenece, "pues afecta a la organización del Ejército" (sentencia de 24 de mayo de 1901), resolución sobre los efectos económicos de las asignaciones concedidas, por "versar como siempre ocurre en los presupuestos del Estado sobre cuestiones de gobierno y política general" (sentencia de 6 de mayo de 1933). Estos casos, verdaderamente son supuestos de actuación administrativa militar, residenciables, por tanto, ante los tribunales.

Jurisprudencia más reciente amplía los casos de actividad administrativa con restricción del concepto gravemente peligroso por su posible amplitud, del acto de gobierno militar. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1960, sobre pase de un marino a la escala de Tierra y la de 10 de noviembre de 1959, relativa a convocatoria de un curso de aptitud para Diplomados de Estado Mayor del Aire.

Más certeramente, la sentencia de 5 de octubre de 1961, deniega la excepción de acto político, porque "la cuestión que se plantea en el recurso queda reducida y circunscrita a la situación de un Jefe del Ejército, dentro de la plantilla de su Cuerpo".

La de 7 de abril de 1960, justifica la inexistencia de acto de gobierno, en que el militar afectado (traslado de un Comandante Interventor) ejerce "funciones fundamentales burocráticas, que además no corresponde a Cuerpo o Arma que tenga directa potestad sobre tropa alguna". Pero la verdadera razón de la resolución, y más exacta, es la de que "los actos políticos implican medidas de defensa nacional o mando militar, es decir, asuntos trascendentes dentro del ámbito general y no precisamente para ventilar cuestiones individuales de la escasa importancia que al interés común pueden llevar el que una plaza de Comandante Interventor de determinados servicios regionales, esté desempeñada por uno u otro funcionario, extremo, además, que está reglamentado con

autolimitación de cualquier facultad discrecional que sobre ello pudiera invocarse”.

Es de esperar que el justo criterio de las últimas sentencias recogidas, prospere con caracteres de reiteración y homogeneidad.

En suma, que el campo de la acción militar, justamente entendido está vedado y debe estarlo a la fiscalización jurisdiccional. Empero, la actividad simplemente administrativa inherente a aquella acción sí debe ser controlable por los tribunales.

Administración militar.—Vale en este aspecto del obrar administrativo militar, la distinción tratada en el presente estudio, de actos reglados y actos discrecionales, así como la “atracción” de los segundos por la jurisdicción contencioso-administrativa en sus elementos regulados.

Sin embargo, conviene insistir en que la discrecionalidad es mucho más acentuada en la Administración militar. Las leyes militares se limitan a trazar líneas generales, dejando gran libertad de movimiento a los órganos encargados de aplicarlas, por la constante supeditación de muchas de las decisiones a las necesidades del servicio. Incluso cuando la Administración militar se autolimita al dictar sus reglamentos, casi más bien parece que reglamente la actividad de los administrados. La razón es que lo militar constituye uno de los campos del Derecho donde más relevancia alcanza lo técnico. En gran parte el fin perseguido necesita a veces apelar a la fuerza material, y mejor es que esté regulada sólo en sus líneas esenciales y que se observen, que no que por estar reguladas minuciosamente, hubiese que prescindir de ellas en la práctica, por necesidad. El argumento es palpable en la vida real, en particular en las situaciones de emergencia nacional, que son las que condicionan las peculiaridades de la Administración militar. El Ejército está concebido para superar esos episodios de excepción, graves y transitorios. Se trata, en consecuencia, con la discrecionalidad frecuente de su obrar normar la anormalidad. De ROUSSEAU es la frase de que “Esparta misma dejó dormir las leyes”.

La discrecionalidad militar tiene cumplida manifestación positiva en el art. 40 de la L. J. C. No se admite el recurso contencioso-administrativo, respecto de: “Las Ordenes ministeriales que se refieran a ascensos y recompensas de Jefes, Oficiales y Sub-

oficiales de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por merecimientos contraídos en campaña y hechos de armas” (apartado c). Ni de “las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases de tropa o marinería con arreglo a los arts. 1.011 y siguientes del Código de Justicia Militar, las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el mismo Código, y las que se refieran a postergaciones impuestas reglamentariamente” (apartado d).

Sería de desear, que, sobre todo la materia enunciada en el apartado d) por la gravedad de sus consecuencias pudiera tener acceso a la jurisdicción revisora.

Estimamos, sin embargo, de acuerdo con la actual tendencia legislativa y jurisprudencial, que, desde luego, es admisible el recurso contencioso-administrativo en las materias militares a que se refieren los arts. 2.º, b) y 40, c) y d) respecto a los aspectos de la competencia, observancia del procedimiento, valoración de la existencia de los hechos reales y demás elementos reglados.

Siempre quedará un ámbito inmune a lo jurisdiccional, reservado intransferiblemente a la Administración militar. El criterio de la oportunidad y la conveniencia. Este es el campo en que opera el acto de gobierno militar y la discrecionalidad de la Administración castrense.

Más criticable todavía es el precepto del repetido art. 40, f) común a ambas Administraciones, que impide el recurso contencioso a los “actos que se dicten en virtud de una ley que expresamente les excluya de la vía contencioso-administrativa”. En dichas disposiciones no se trata ya de delimitar el ámbito de la jurisdicción señalando actos no sujetos, sino que es exceptuar de la fiscalización actos que en principio lo estaban. Esto es, actos que de no haber sido exceptuados expresamente serían impugnables. Hay aquí una posibilidad legal de extender sin freno alguno los actos vedados al control de los tribunales. El sistema es inadmisibile.

Además, contradice el IX de los Principios Fundamentales del Movimiento “todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente”. Su aplicación no tiene por qué reducirse al ámbito jurídico privado, sino extenderse a la esfera jurídico-adminis-

trativa. Por ello, que en aplicación del art. 3.º de la ley de Principios de 1958, podrían ser consideradas nulas todas aquellas disposiciones que impidan el acceso a los Organos jurisdiccionales en determinadas materias administrativas. Nos referimos a las que por el fácil procedimiento de una ley ordinaria especial excluyesen la vía revisora. No se diga se trata de principios, que precisen desarrollo en ley posterior porque el art. 3.º carece de valor programático, cuando por su sentido imperativo y su índole de precepto, no de principio, es incuestionablemente de aplicación directa por los tribunales.

Resumidamente, el derecho de petición en los Ejércitos, posee su ámbito de aplicabilidad en la materia propia de la llamada acción militar, y de la discrecionalidad administrativa, nunca en materias especialmente regladas. Con respecto a la primera su límite natural es obvio en cuestiones de pura acción militar, por lo que atañe a la imposibilidad de la queja, siendo por el contrario factible e incluso beneficiosas las sugerencias e iniciativas.

Conducto reglamentario.—Las peticiones son antiquísimas en la milicia. Los Ejércitos están integrados por todos y “cada uno” de los individuos que los componen. Es más, precisamente la mayor discrecionalidad de las autoridades militares, es campo propicio para la frecuencia de peticiones, instanciando se decidan aquéllas en un sentido determinado, puesto que la alternativa en tales casos es de esencia a la libertad de elección.

Felipe IV, lanza el Decreto de 26 de febrero de 1623, por el que pretende dar satisfacción a la justicia distributiva, que pende, decía, de que los oficios se provean en personas de mérito “sin más atención que la suficiencia, virtud y partes”. La medida va enderezada a concluir con un vicio, el tráfico y monopolio que se ha hecho de los puestos de la Administración. El Rey resuelve que no se le pueden consultar “plaza ni oficios de justicia, compañías ni puestos de guerra”, ya que quiere “se den por méritos y que se tengan por incapaces a los que en fuerza del dinero quisieron adelantarse a merecerlo”.

A la misma finalidad, tienden siglos después otras disposiciones. La Orden de 4 de noviembre de 1936 (*B. O. del E.*, núm. 21), sostenía que “recurrir a recomendación cuando se tiene derecho a lo que se pide es dudar de la rectitud de aquél que ha de re-

solver, pero si carece de ese derecho, si lo que pretende es atropellar el derecho de otro, entonces la recomendación implica que se juzga capaz a la persona a quien va dirigida de cometer o patrocinar una injusticia. Es decir, llega a constituir una verdadera ofensa". La Circular de 1.º de noviembre de 1937, sobre la misma materia, recuerda "ningún jefe ha de admitir la recomendación, y el militar que dentro del Ejército las haga merece ser sancionado por el agravio que con ello infiere a sus compañeros y a la Institución misma". "Las cartas de recomendación deben ser rotas sin leerlas, como las anónimas". "Ningún inferior debe solicitar de sus superiores nada relacionado con el servicio en una carta particular, por constituir esto una falta de respeto. Pero sí puede demandar el ser escuchado por ellos para pedir, respetuosamente, la reparación de cualquier injusticia de que haya sido víctima".

Múltiples son las normas militares acerca de las peticiones. El Reglamento de Régimen Interior y Contabilidad de los Cuerpos, se refiere a ellas en varios artículos, el 272, 507, 665 y otros, del título I "Asuntos generales".

El art. 5.º del Decreto de 21 de diciembre de 1940 (*D. O.*, número 294) dice: "Todo militar o marino que se sienta agraviado por la imposición de un correctivo por razón de falta leve o tenga que elevar una queja, recurrirá directamente al inmediato superior del que le haya impuesto la sanción y motive la queja y si no obtuviere satisfacción, podrá llegar hasta mí en representación del agravio".

En el mismo sentido, el art. 1.007, 2, del Código de Justicia Militar, "los corregidos, si se consideran ofendidos, y sin perjuicio de que comiencen a cumplir el correctivo, podrán acudir a sus Jefes con la representación de su agravio, por conducto reglamentario, debiendo cursarse la reclamación necesariamente, y si no obtuviesen de ellos la satisfacción a que se juzguen acreedores, podrán llegar hasta el Jefe del Estado por medio del Ministerio de que dependan".

El origen está en las Reales Ordenanzas de Carlos III, que permiten al más humilde soldado "llegar hasta Nos con la representación de su agravio".

No está reñida la petición, con la más estricta disciplina

militar. La especialidad es de mero trámite, en razón a la configuración interna del Ejército, en sólida estructura lineal, como se dijo. No se puede olvidar la constante supeditación a las necesidades del servicio, ni las virtudes de jerarquía y disciplina. La posible indisciplina militar puede ser fatal, ante la simple consideración de que quien desobedece tiene armas y le están sujetos hombres que también las tienen.

La singularidad de trámite es el llamado conducto reglamentario, que sigue la línea vertical del orden jerárquico, exigiéndose como garantía para una mejor efectividad de la disciplina, pieza fundamental de toda organización, más aun de las de carácter militar.

En dicha esfera, el conducto jerárquico implica primeras instancias, por cuanto que la autoridad a través de la que se cursa la petición ha de informar sobre si a su juicio el peticionario "tiene o no derecho" a lo que solicita, no debiendo dar curso a la solicitud en caso de que el informe sea negativo. Se prohíbe de manera expresa el trámite de peticiones viciosas, quedando tal conceptualización al arbitrio de la autoridad intermediaria.

La normativa del conducto regular se contiene en la regla 10 del citado art. 665 del Reglamento de Régimen Interior. "Al margen de toda instancia que haya de salir del Cuerpo, debe poner su informe el Jefe principal, pues los Jefes inferiores y el Capitán, al cursarlas, han de dar los suyos en papel separado, advirtiéndole que ni unos ni otros informarán instancia alguna que se pretenda dirigir fuera del conducto regular. En las que haya de resolver el Jefe principal, informará al margen el Capitán de la Compañía, Escuadrón o Batería, y a continuación el Mayor y el Jefe del Batallón".

En la regla 12 del mismo precepto, "los Jefes en sus informes deben expresar si consideran al solicitante con derecho a lo que pide, manifestando la ley, decreto u orden en que fundan su opinión, sea o no favorable a la solicitud".

La Orden de 17 de junio de 1902 (C. L., núm. 142) dispone que los informes que deben emitirse en todo género de instancias y con cualquier motivo se ajusten a las disposiciones vigentes en la materia, limitándose a exponer el criterio que en cada caso corresponde, debiendo tenerse en cuenta, además, que la proposición de

“gracia especial” es iniciativa exclusiva del Ministerio, y que en las demás autoridades supone una invasión de facultades.

De lo expuesto se desprende que el conducto jerárquico será imprescindible en el caso de que se trate de peticiones relacionadas con el servicio, que afecten a la relación pública funcional, no imponiéndose para aquellas instancias que se presenten ante organismos de la Administración del Estado, al margen de dicha vinculación e independientemente de la condición de funcionario público.

La doctrina del conducto regular, es referible también a las peticiones administrativas *in genere*, es decir, las del párrafo 1.º del art. 70 de la L. P. A. En lo que respecta al concreto derecho de petición, regulado por Decreto de 18 de enero de 1962, es imprescindible tener en cuenta por los organismos y autoridades militares, lo que sigue:

1.º Los peticionarios presentarán el escrito por conducto del Jefe o autoridad militar, a quien reglamentariamente corresponda (art. 4.º del Decreto de 1962).

2.º La regla 12 del art. 665 del Reglamento de Régimen Interior, no es de aplicación a la vía de petición. Esto es así, por cuanto en el derecho de petición de que se trata no existe, por su misma naturaleza, derecho alguno a lo que se pide. Por lo mismo debe darse curso, por conducto regular desde luego, a toda apelación en petición, al amparo del Decreto de 1962, sin posibilidad de paralización por motivos de fondo, que única y exclusivamente debe ponderar la autoridad destinataria. Se refuerza esta opinión, con el argumento que presta el contenido del art. 6.º, 3, del Decreto, pues ni aun en el supuesto de incoación de causa por presunto delito, derivado de los términos de la petición, es obligada la paralización del curso de aquélla. Consecuentemente, el concepto tradicional en la Administración militar de la petición viciosa, queda circunscrito a la forma de ejercicio del derecho de petición. Salvo los supuestos integrantes de delito de que se trata en el referido art. 6.º

3.º De otra parte, huelga en estos casos la distinción señalada por algunas disposiciones, entre “gracia especial sin

apoyo en ningún precepto reglamentario o legal" y "gracia especial prescrita en alguna disposición vigente". Las consecuencias son, que las primeras puedan quedar sin tramitación, pero las segundas peticiones deben ser admitidas y tramitadas.

A ello se refieren las Ordenes circulares de 8 de agosto de 1928 (C. L., núm. 292) y 31 de enero de 1941 (C. L., núm. 36), que se citan en el escrito de la Secretaría General del Ministerio del Ejército, bajo el núm. 1.628, de 7 de diciembre de 1962. Sin embargo, en el momento actual, regulado el derecho de petición en los Ejércitos, estimamos, que aquellas disposiciones son inaplicables al uso de la petición regulada en el Decreto de 1962, valiendo para las meras peticiones administrativas. El argumento es el de que por sí la acción de petición es "gracia" no fundada (en su fondo) en ningún precepto legal.

Las mencionadas peculiaridades del derecho de petición en el Ejército, apenas son otra cosa que cuestión de forma. No puede extrañar a nadie la especialidad, cuando es notorio que las distintas comunidades políticas poseen diversos grados de madurez. La comunidad Ejército, por su específica y necesaria estructura, aunque mantenga en su administración la posibilidad de ejercicio del derecho de petición, no permite la elasticidad que el uso del derecho en la comunidad Estado (imposibilidad de queja respecto a la acción militar, prohibición de recomendaciones en asuntos del servicio).

Hasta aquí la exposición teórica de las posibilidades de uso del derecho de petición en las Fuerzas e Institutos Armados. Cosa distinta es su operatividad en la práctica, que quizá exija, y aun más en la Administración militar, de mayores conocimientos de las posibilidades legales de ejercicio por los inferiores, sin merma de la disciplina, y hasta de cambio de mentalidad, no desorbitando, casi siempre de buena fe, las exigencias del orden y de la jerarquía, que desde luego son incommovibles, pero en los casos en que verdaderamente se ventilen cuestiones de alto nivel, de política militar, no de mera administración. En lo demás, en lo administrativo, apertura a las sugerencias de los subordinados, por los cauces reglados, que pueden ser de gran interés. De no admitirse

un cierto diálogo en la convivencia del Ejército, extraordinaria forma de vida comunitaria, la agrupación será puramente externa, pero correlativamente menos profunda. En la zona más amplia no quedará apenas sino la comunidad de formas de conducta a menudo puramente dependiente de la autoridad o respetabilidad de que les dote coactivamente el Mando. Como se ve, bien poco.

D) *Comentarios al Decreto de 18 de enero de 1962*

Artículo 1.º Del derecho de petición.—Consagra el sometimiento de la vía de petición en los Ejércitos, a “normas peculiares”, contenidas en la disposición legal que se comenta. Responde al criterio de especialidad de la Administración militar, estudiado en su momento. Se fundamenta en la necesidad de coordinar el uso del derecho “con el respeto a los principios de subordinación jerárquica y disciplina”, como se expresa en la breve exposición de motivos del Decreto.

La sujeción a tales normas peculiares, del uso del derecho de petición, exige cumulativamente las siguientes condiciones:

1.º Que los accionantes sean miembros de las Fuerzas e Institutos Armados (criterio subjetivo).

2.º Que las peticiones estén en el ámbito de la ley Reguladora, es decir, la de 22 de diciembre de 1960.

3.º Que el objeto de la petición se refiera a materia de la competencia de los ministros o autoridades militares inmediata o mediatamente (criterio objetivo).

Fuera de dichos casos, las peticiones se tramitarán conforme a la ley Reguladora. Por tanto, en los supuestos de peticionario militar, y materia no afectante de ningún modo a los Ejércitos, la tramitación formal será la de la ley general. Es coincidente la regla con el art. 70, 3 de la L. P. A.

Artículo 2.º Miembros de las Fuerzas e Institutos Armados.—El precepto, complementario del anterior, es claro en cuanto a la enumeración del elemento subjetivo, presupuesto básico para la aplicación del Decreto especial.

Sólo conviene aquí recordar la distinción entre "asimilados" y "considerados o equiparados". Baste hacer constar la doctrina sentada por la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1959, "la identidad de régimen jurídico para profesionales y asimilados es casi total y constante en las leyes y reglamentos militares. En cambio, tener la consideración de, o estar equiparado a, significa que el equiparado a un empleo superior lo es a efectos de haberes u otros, pero sin que con ello reciba en bloque el régimen jurídico propio de ese empleo, que es lo que sucede con el asimilado".

Los retirados, y los en destinos civiles, accionarán de acuerdo con las prescripciones de la Ley de 22 de diciembre de 1960.

Artículo 3.º Autoridades ante las que puede ejercitarse.—La exigencia legal en este punto es la de que la petición sea promovida "individualmente", lo que no es privativo del derecho de petición en los Ejércitos.

El Código de Justicia Militar, en los preceptos relativos a la sedición, comprende tipos delictivos de peticiones colectivas. Así, el artículo 295, los militares que mediante concierto en número de cuatro o más o la mitad al menos de una Fuerza "hagan reclamaciones o peticiones en tumulto". El art. 299 pena como reos de sedición a los que en número de cuatro o más "hagan reclamaciones o peticiones colectivas en voz de cuerpo y con las armas en la mano, aunque no se promueva tumulto o en otra forma que no se ajuste estrictamente a las leyes".

Interesa referirnos al Consejo Supremo de Justicia Militar, como órgano destinatario de peticiones. Por descontado, que en su aspecto jurisdiccional de Tribunal Supremo militar en materia penal, no es dable dirigirle peticiones de la clase de que se trata. Exclusivamente puede ser destinatario del derecho de petición en su otro aspecto, el de órgano administrativo: señalamiento de pensiones y Asamblea de las Reales y Militares Ordenes de San Fernando y San Hermenegildo. Hay que distinguir:

- 1.º En materia de señalamiento de pensiones, sus actos son definitivos en vía administrativa y, en consecuencia, impugnables ante la jurisdicción contenciosa. No es de aplicación aquí el art 40, d) de la L. J. C.

Sólo sería posible accionar en petición, respecto de haberes pasivos tratándose de “pensiones graciabiles”. Las reglamentarias tienen sus propios cauces en el Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926 y su Reglamento de 21 de noviembre de 1927, en relación con el Reglamento del Consejo de 26 de junio de 1940.

2.º En materias propias de las antedichas Asambleas:

a) Son irrecurribles en vía contenciosa las resoluciones, cuando implican el ejercicio de una potestad soberana, tales como las relativas a la admisión en las citadas Ordenes o a la exclusión de las mismas, cuya motivación no se puede revisar, porque atiende a consideraciones personales de honor u otras análogas.

b) Son impugnables las que se limitan a hacer una aplicación reglada y mecánica de beneficios económicos, años de servicio, etc.

c) Lo son también las mismas resoluciones relativas a la admisión o exclusión en aquellas Ordenes militares, si la impugnación se basa en error de hecho, vicio de forma o incompetencia, al solo efecto de conseguir su anulación.

En consecuencia, sería errado el ejercicio del derecho de petición en los supuestos b) y c) pues están dotados de recurso contencioso-administrativo. El Consejo Supremo en función de la Asamblea correspondiente, tendría que dar, en su caso, la solución prevista en el art. 7.º de la ley Reguladora de 1960, que rige como supletoria del Decreto de 1962.

Artículo 4.º Conducto reglamentario.—Impone el curso reglamentario, necesidad justificada, como se razonó en este trabajo. Es singularidad tradicionalmente militar.

Se hace resaltar a nuestros efectos, que según la dicción del precepto, el Jefe o autoridad militar “cursará (imperativo) la petición a la autoridad a quien caya dirigida”. Insistimos en que no es legal truncar el trámite, impidiendo llegue al destinatario. Sea cual fuere el objeto de la petición, aunque sea rechazable en su fondo. Es de esencia al derecho de petición, que llegue a su destino, en el que, y sólo en él, podrá ser denegado. No existen

en la materia cuestiones de "inadmisibilidad", salvo la observancia del conducto reglamentario, sino de "improcedencia", a valorar por la autoridad u órgano ante el que se acciona.

Especialidad militar también, derivada del curso regular, es la del doble recibo del escrito, al solicitante.

Artículo 5.º Secciones especiales en los Departamentos militares.—La alusión a "personal civil", en principio extraña. Parece se refiere no a peticiones ejercidas al amparo del Decreto de 1962, que exigen solicitantes militares, sino a las tramitadas conforme a la Ley de 1960 por paisanos, pero en materia "en cuya resolución o trámite tengan intervención los Ministerios militares". Principalmente al personal civil no funcionario, dependiente de establecimientos militares, y que no está enumerado, claro es, en el art. 2.º del Decreto.

Es un acierto la constitución de secciones de derecho de petición en los Ministerios militares, dada la frecuencia de peticiones. De ella forman parte Jefes de Cuerpo jurídico respectivo. Aquí conviene reiterar la necesidad de intervención de los Cuerpos jurídicos en toda materia administrativa, y de que sus informes sean acogidos por la fuerza de su competencia en toda cuestión legal. Es lógico, e imprescindible para una recta administración, como garantía de acierto en las decisiones del Mando, si se quiere llegar al justo equilibrio entre los principios de autoridad y de defensa personal del administrado, el gran problema a que responde el Derecho administrativo.

La Administración militar, tan rica en soluciones de buen obrar y gobierno, debe abrirse más, sin recelo ni suspicacia a los informes de sus asesores jurídicos militares, que junto a su pericia en Derecho, unen su calidad de militares, tan probada. Lo demanda cabalmente el bien del servicio, al que se reconduce toda la actividad militar.

En el concreto aspecto del derecho de petición, la función del auditor adquiere mayor relevancia. No se debate en su ejercicio cuestión legal alguna de fondo, sólo el trámite formal prescrito. El auditor es precisamente el más capaz para estimar si la petición es o no fundada, si debe o no prosperar, y para hacer jugar el criterio meta-legal de la equidad. Los de oportunidad, conveniencia y discrecionalidad, son reservados al Mando, si bien

la opinión del asesor en Derecho es de gran peso como elemento auxiliar, por su formación profesional.

Se debería haber aprovechado al fin la ocasión para empezar por obligar al informe jurídico previo a la resolución de peticiones por las Autoridades militares de ámbito regional e incluso local (las de los núms. 3 y 4 del art. 3.º).

Artículo 6.º Comisión de delito o falta en el escrito de petición. El párrafo 3.º del artículo refuerza la opinión mantenida de la obligatoriedad en todo caso de elevar la petición ejercitada al amparo del Decreto de 1962, sin meterla en escalones inferiores. Ni siquiera en el caso de que el autor del escrito incurra en delito o falta. La solución del Decreto es adoptar las medidas pertinentes, o la dación de cuenta a la autoridad competente. Obsérvese que aun ordenándose la incoación de la causa por delito, en que es obligado ponerlo en conocimiento del Ministerio del Ejército respectivo, éste no viene obligado a dejar sin curso la petición. A su arbitrio, previo informe de la sección correspondiente, puede:

a) Acordar que se recoja el contenido de la petición de un documento en el que se eliminen determinados conceptos o palabras, que aparezcan en el escrito del solicitante, y se curse en esta forma la petición. Es decir, que continúe el trámite con supresión de las especies injuriosas, por ejemplo. Claro es, sin perjuicio de la tramitación del procedimiento judicial.

b) Acordar que la petición quede en suspenso, comunicándolo al solicitante. En este caso, quedará definitivamente sin curso, si en el procedimiento recayese sentencia condenatoria.

Supuestos de delito o falta en relación con las peticiones, aparte los expuestos en su lugar oportuno, serían comprendidos en el Código de Justicia Militar, los de sedición relativos a protestas o desagrado contra los superiores (art. 299). El militar que finja enfermedad o herida, o se produzca lesión para excusarse del puesto que tenga señalado en el combate (art. 339). El militar que con males supuestos o cualquier otro pretexto se excuse de cumplir

sus deberes, y el que no se conforme con el puesto o servicio a que fué destinado (art. 351). El militar que recurra a sus Jefes, produciendo quejas o agravio, fundados sólo en aseveraciones o imputaciones notoriamente falsas (art. 356, 1). La emisión de opiniones sobre actos del Jefe del Estado, del Gobierno y de las Autoridades y Jefes militares (falta grave del art. 437, 5.º). Las faltas que inferan perjuicio al buen régimen de los Ejércitos (falta leve del art. 443).

Algunos de estos preceptos, en particular los de los arts. 437, 5.º y 443, pues los otros contemplan reclamaciones evidentemente delictivas, deben interpretarse restrictivamente, pues si no todo ejercicio de derecho de petición, en concepto de denuncia, queja o representación de agravio contra algún superior, engendraría infracción castigable, lo que es contrario a la posibilidad legal del uso del Derecho en los Ejércitos.

De otra parte, la prohibición del ejercicio de la petición por un superior en Autoridad o Mando, podría integrar delito de abuso de autoridad (art. 334 del C. J. M.) o la falta grave del artículo 435, 2.º del mismo Código "impedir presentar quejas o hacer reclamaciones autorizadas por las leyes y reglamentos".

Artículo 7.º Acuse de recibo de la resolución.—El primer párrafo del precepto, coincide con el art. 11, 3 de la ley general. El segundo, es específicamente militar, y justificado en los casos de reserva o sigilo.

Artículo 8.º Aplicación supletoria de la ley Reguladora.—No precisa comentario alguno, pues al ser el derecho de petición en los Ejércitos una disciplina especial en cuanto a las disposiciones comunes, es claro que en lo no previsto en el Decreto de 1962 hay que estar a las normas de la Ley de 22 de diciembre de 1960

III

SICOLOGÍA DEL DERECHO DE PETICIÓN

Se llega ahora al aspecto práctico del derecho de petición. La Administración, en su obrar es la que debe responder del uso de los medios jurídicos instrumentales puestos a su disposición, y a

disposición de los administrados. En punto a la eficacia real del derecho de petición, ella tiene la palabra. Es este un problema meta-jurídico, de tono más bien político, y en el fondo doblemente psicológico:

1.º Del lado de la Administración, unas relaciones satisfactorias con el público forman parte esencial de la función de la Administración pública. Los derechos del particular, poco valen sin autoridades ni funcionarios conscientes del deber de servir al público. Máxime en un derecho como el de petición, en el que nos movemos en los terrenos elásticos de la discrecionalidad o de la “gracia”, donde es difícil aprehender y aplicar el recto criterio de cara al bien común, que en ocasiones puede materializarse en el bien de un ciudadano concreto. La ausencia por definición, de normas en la materia y de responsabilidades, por tanto, resta capacidad de segura prosperación al ejercicio del derecho de petición que será siempre una gran aventura.

No debe la Administración recelar de las sugerencias e iniciativas de sus súbditos, en uso del ejercicio de un derecho que otorga una instancia superior, el mismo Estado en su función de legislador. Ni siquiera cuando el objeto del derecho sea la denuncia de una irregularidad administrativa. La razón es que la queja no se formula contra el sustrato político de la institución, ni en Ejército, contra los principios de jerarquía y de disciplina, tan necesariamente acusados. La protesta es por el “modo” de ejercicio por una persona determinada, o por el funcionamiento de un concreto servicio, no frente a los fundamentos básicos de la autoridad o del orden, siempre inmutables.

2.º Del lado de los administrados, existe otro fenómeno psicológico también, ya más tangible para la Administración, y que afecta nada menos que al orden constitucional del Estado, del que aquélla es su obrar. Me refiero a la hipotética posibilidad de que ante interdicciones rutinarias a los cauces legales de la colaboración de los súbditos, uno de los cuales es el derecho de petición, irrumpiesen las peticiones por otras vías atípicas, incluso violentas. La gravedad del peligro no cede porque sólo sea posible.

Es aguda la observación de un LANCINA, que al referirse al tema de las peticiones, tan usual entre nuestros clásicos de los siglos XVI y XVII, dice, “El Príncipe no debe ofenderse de que

sus súbditos le murmuren: Si es verdad lo que cuentan, sirve para enmendarse y si no es verdad, con aclararla consigue que mayormente le estimen". Pero, aquí está recogido el peligro insurreccional, cuando este *ius murmurandi* puede traer daños al murmurador, se aconseja el pasquín. Que es, añade, "lo que debe utilizarse cuando hay peligro en decir los errores del Gobierno".

No ha sido ajeno al restablecimiento de nuestro derecho de petición, el aspecto psicológico. En el comentado discurso del señor López Rodó, se le califica de "manera prudente y leal de disipar la crítica estéril y la frívola maledicencia".

Por todo ello, la conclusión práctica del presente trabajo es rigurosamente amplia: Las instancias en que se consigne el uso del derecho de petición deben ser elevadas a la Autoridad destinataria, sin prejuzgar el fondo. Otra cosa enervaría *in limine* la propia garantía, nacida para ejercitarse cabalmente ante la autoridad a que se dirige.

No deben existir limitaciones al uso del derecho, que por su índole es vehículo de comunicación directa con la autoridad, a que se dirige, precisamente a ella no a otras inferiores, ceñidas en su intervención al simple trámite de dar curso. Piénsese que una de las viabilidades del derecho de petición es la de provocar se dicte una disposición general, que quedaría abortada con la negativa, aun acertada, de las solicitudes particulares.

Los límites existentes, y estudiados quedan, no son afectantes al ejercicio del derecho, sino a la concreta resolución del mismo por la autoridad destinataria. En suma, que constituyen motivos de "improcedencia", no de "inadmisibilidad", empleando frase de la exposición de motivos de la L. J. C., al referirse a la instaurada fiscalización de los actos discrecionales.