

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

Escuela Militar de  
Estudios Jurídicos

n.º 101

---

Madrid (España) • enero - junio 2014 • ISSN: 0034-9399

---



MINISTERIO DE DEFENSA



REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

**101** ENERO  
JUNIO  
2014

MADRID

**CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES**  
<http://publicacionesoficiales.boe.es/>

Edita:



<http://publicaciones.defensa.gob.es/>

© Autor y editor, 2014

NIPO: 083-14-095-4 (edición papel)

NIPO: 083-14-096-X (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: septiembre, 2014

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad del autor de la misma. Los derechos de explotación de esta obra están amparados por la Ley de Propiedad Intelectual. Ninguna de las partes de la misma puede ser reproducida, almacenada ni transmitida en ninguna forma ni por medio alguno, electrónico, mecánico o de grabación, incluido fotocopias, o por cualquier otra forma, sin permiso previo, expreso y por escrito de los titulares del © Copyright.

En esta edición se ha utilizado papel 100% reciclado libre de cloro.



# ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 101 ENERO - JUNIO 2014

## DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents..... 9

## ESTUDIOS

- Rodrigo Lorenzo Ponce de León. «Drones» y derecho operacional en un mundo asimétrico ..... 17
- Jesús Ayala González. *El sistema de ascensos en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre de la carrera militar*..... 73
- Pablo Pérez Florido. *Introducción al régimen disciplinario de las FAS norteamericanas* ..... 121

## NOTAS

- José Vicente Lorenzo. *El fuero militar y el ámbito competencial de la jurisdicción militar a finales del Antiguo Régimen* ..... 171
- Pablo Ramírez Jerez. *Ángel Salcedo Ruiz: Jurista, militar y académico de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*..... 205

## TEXTOS

### DOCUMENTACIÓN

- José Leandro Martínez-Cardós Ruiz. *Doctrina Legal del Consejo de Estado* ..... 219

### BIBLIOGRAFÍA

#### RECENSIÓN DE LIBROS

- Por Carlos Eymar. MILLÁN GARRIDO, ANTONIO, *Vida y obra de un jurista militar en el exilio. Ricardo Calderón Serrano (1897-1952)*..... 239

#### NOTICIAS DE REVISTAS

- Por José Leandro Martínez-Cardós Ruiz..... 243

## INFORMACIÓN

- Antonio Juan Carlos Fernández Martín. *Conferencias en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación (sección de derecho militar)* ..... 247

# DOCTRINA



**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 101  
(ENERO - JUNIO 2014)**

**«DRONES» Y DERECHO OPERACIONAL EN UN MUNDO ASIMÉTRICO. RODRIGO LORENZO PONCE DE LEÓN**

**Resumen:** Sun Tzu, célebre estratega chino, solía decir que todo el arte de la guerra se basa en el engaño y en someter al enemigo sin luchar. Lo que no podía imaginar es que siglos después de hacer esa afirmación sería en Occidente donde se desarrollaría el medio de combate que mejor simboliza la estratagema y por decirlo de algún modo, el someter al enemigo sin luchar, no por lo menos cara a cara sino desde la distancia. Nos referimos a los denominados «drones» o también conocidos como vehículos no tripulados. El presente trabajo de investigación que ahora ofrecemos a los lectores de la REDEM en forma de artículo aborda, con un enfoque eminentemente integral y práctico, distintas cuestiones relativas al impacto legal de dichos medios que juzgamos de interés como puede ser lo que concierne a táctica y estrategia, ética militar, control de armamentos, Derecho aeronáutico internacional, Derecho internacional humanitario y, en particular, el uso y empleo de medios no tripulados en la gestión de objetivos, sin dejar a un lado la siempre espinosa cuestión de la responsabilidad por uso indebido. Pone fin al artículo una síntesis de los principios legales aplicados a la gestión de objetivos en forma de decálogo. Tanto el ciudadano común y corriente al que no le sean ajenos los temas relativos a la defensa nacional, como el militar vanguardista o el jurista pragmático deberían echar una ojeada a su contenido. En un momento dado solo hay dos opciones, como decía Abraham Maslow, dar un paso al frente y crecer o dar un paso atrás y permanecer a salvo.

**Palabras clave:** Derecho operacional, ética militar, táctica y estrategia, Derecho aeronáutico internacional, Derecho internacional humanitario, gestión de objetivos, ejecuciones selectivas.

## «DRONES» AND OPERATIONAL LAW IN AN ASYMMETRIC WORLD. RODRIGO LORENZO PONCE DE LEÓN

**Abstract:** Sun Tzu, the celebrated Chinese strategist, used to say that all the art of war is based on deception and on subduing the enemy without fighting. What he couldn't imagine is that centuries after making that statement it would be in the West where a means of combat was to be developed that best symbolizes both deception and to say it in a certain way, subduing the enemy without fighting, not at least hand to hand but from the distance. We are making reference to the so-called "drones" or also known as unmanned vehicles. The present research paper that we now submit to REDEM readers in the format of an article approaches, from an essentially comprehensive and practical standpoint, different issues related with the legal impact that these devices have and that we have judged of interest such as tactics and strategy, warrior ethos, arms control, International Air Law, International Humanitarian Law and, particularly, the use and employment of unmanned means in the targeting cycle, and the ever tricky question of responsibility due to misuse. The article ends with a synthesis of the legal principles as applied to the targeting cycle in the form of a Decalogue. Whether the common citizen concerned with National Defense affairs, the avant-garde military man or the pragmatic jurist should take a look at its contents. In any given moment we have two options, as Abraham Maslow used to say, to step forward into growth or to step back into safety.

**Keywords:** Operational Law, Warrior Ethos, Tactics and Strategy, International Air Law, International Humanitarian Law, Targeting, Selective Killings.

## EL SISTEMA DE ASCENSOS EN LA LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, DE LA CARRERA MILITAR. JESÚS AYALA GONZÁLEZ

**Resumen:** El sistema de ascensos constituye uno de los principales elementos que integran el estatuto del militar profesional y su delimitación legislativa siempre es compleja. Por ello, en el presente trabajo, se

aborda el análisis de la manera en que es delimitado en la Ley de la Carrera Militar y su enjuiciamiento a la luz de los principios constitucionales que conforman el marco infranqueable de la regulación por parte del legislador ordinario. Además de lo anterior, se analizan las posibilidades de trasladar al ámbito castrense las previsiones de la denominada carrera horizontal contenidas en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, en tanto elemento que permita paliar las posibles deficiencias que genere la carrera vertical.

**Palabras clave:** sistema de ascensos, carrera horizontal, carrera vertical, ley carrera militar, ley estatuto básico del empleado público.

## THE PROMOTIONS SYSTEM IN THE MILITARY CAREER LAW. JESÚS AYALA GONZÁLEZ

**Abstract:** The Promotions System is one of the most relevant elements that integrate the statute of the professional military man and his regulation is always complicated. For this reason, the present research analyses the way in which it is delimited in the Law of the Military Career and his prosecution in the light of the constitutional principles that shape the impassable frame of the regulation that the ordinary legislator can afford to do. In addition, the study analyzes the possibilities of moving to the military area the forecasts of the horizontal career, contained in the Law of the Basic Statute of the Civil Servant, as a way that allows to find solutions for the possible deficiencies the vertical career can generate.

**Keywords:** promotions system, horizontal career, vertical, career, law of the military career, law of the basic statute of the civil servant.

## INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS NORTEAMERICANAS. PABLO PÉREZ FLORIDO

**Resumen:** El Derecho Militar estadounidense, al igual que sucede en España, atribuye a sus mandos la responsabilidad del mantenimiento de la disciplina y el buen orden en la unidad bajo su mando.

Paralelamente, se dota a tales mandos de una serie de medidas disciplinarias, dentro de las que destacan, junto al juicio ante una Corte Marcial y las medidas de corrección administrativa, los poderes garantizados en el artículo 15 del Código uniforme de Justicia Militar, esto es, la

sanción disciplinaria frente a ofensas menores de los artículos punitivos del Código, objeto del presente estudio.

Así las cosas, tal y como expondremos a lo largo del presente trabajo, el sistema disciplinario militar norteamericano, se articula sobre la base de dos extremos.

De un lado, los poderes discrecionales del Mando para decidir, concluida la investigación preliminar, sobre la oportunidad de implementar la vía disciplinaria del artículo 15 UCMJ, notificando al presunto infractor la Orden de Inicio.

De otro, el derecho esencial del presunto infractor a solicitar ser Juzgado ante una Corte Marcial, judicializando “ab initio” la controversia disciplinaria.

**Palabras clave:** sanción disciplinaria, mando con potestad y competencia sancionadora, orden de inicio, derecho a solicitar ser juzgado por corte marcial, poderes discrecionales del mando, **trámite de audiencia, derecho a interponer apelación, superior jerárquico del mando sancionador.**

## **THE NON JUDICIAL PUNISHMENT IN THE US ARMED FORCES, AN INTRODUCTION. PABLO PÉREZ FLORIDO**

**Abstract:** United States Military Law, like in Spain, gives Commanders the responsibility of maintaining discipline and good order in their units under their command.

Commanders are provided with a series of disciplinary measures, as well as the Trial by a Court-Martial and the administrative corrective measures, the powers granted under article 15 United Code of Military Justice, this is the non judicial punishment against minor offenses of the punitive articles, that we study in the present essay.

Throughout this article, the Non judicial punishment is based on two principles.

The Commander’s discretionary powers in order to determine, after a preliminary inquiry, that disposition by non judicial punishment proceeding under article 15 is appropriate, causing the offender to be notified.

The offender’s right to demand a trial by Court-Martial, judicializing “ab initio” the disciplinary controversy.

**Keywords:** non judicial punishment, commander, initial disposition, right to demand trial by court-martial, commander’s discretionary powers, hearing, right to appeal, superior authority.

**EL FUERO MILITAR Y EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR A FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN. JOSÉ VICENTE LORENZO**

**Resumen:** El presente trabajo tiene por objeto estudiar, basándose principalmente en fuentes normativas y doctrinales, el fuero militar y el ámbito de la competencia de la jurisdicción militar a finales del Antiguo Régimen. Se analiza el contenido del fuero militar, así como los criterios para determinar las atribuciones de los órganos de la jurisdicción militar. A continuación se examinan las jurisdicciones privilegiadas que existen dentro de la propia jurisdicción militar. Por último se estudian los problemas surgidos por los conflictos con otras jurisdicciones y entre las distintas jurisdicciones que componen la militar.

**Palabras clave:** Fuero militar, jurisdicción militar, Fuerzas Armadas, Antiguo Régimen.

**THE (PENDIENTE TÍTULO EN INGLÉS). JOSÉ VICENTE LORENZO**

**Abstract:** The present paper aims to study, being based principally on normative and doctrinal sources, the military charter and the area of responsibility of the military Jurisdiction at the end of the Old Regime. Content of military charter and specially the criteria to determine the powers of the organs of military Jurisdiction are analyzed. The existence of privileged Jurisdictions within the military Jurisdiction are examined, ending with the study of the problems caused by conflicts between all these Jurisdictions.

**Keywords:** Military charter, military Jurisdiction, Armed Forces, Old Regime.

**ÁNGEL SALCEDO RUIZ: JURISTA, MILITAR Y ACADÉMICO DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS. PABLO RAMÍREZ JEREZ**

**Resumen:** El presente artículo analiza la figura y las obras de Ángel Salcedo Ruiz (1859-1921), miembro del Cuerpo Jurídico Militar, periodista y hombre de letras, además de académico de número de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas.

**Palabras clave:** Ángel Salcedo Ruiz, Derecho militar

**Abstract:** The present article analyse the figure and the Works of Ángel Salcedo Ruiz (1859-1921) member of the Spanish Military Juridical Corps, journalist, writer and member of the Academy of Morals and Political Sciences-

**Keywords:** Angel Salcedo Ruiz, Military Law

# **ESTUDIOS**



## «DRONES» Y DERECHO OPERACIONAL EN UN MUNDO ASIMÉTRICO

Rodrigo Lorenzo Ponce de León  
*Capitán auditor*

### SUMARIO

I. PRÓLOGO. II. LOS «DRONES»: Una criatura de la táctica. III. LOS «DRONES» Y EL DERECHO INTERNACIONAL: Un código genético inacabado. IV. LOS «DRONES» Y EL RÉGIMEN DE CONTROL DE ARMAMENTOS: Una cuestión resuelta. V. EL FACTOR HUMANO: ¿Piloto, operador, controlador o *el guerrero del interfaz*? VI. LOS «DRONES» Y LA GESTIÓN DE OBJETIVOS: Distinción, proporcionalidad, precaución. VII. «DRONES» FUERA DE CONTROL: La cuestión de la responsabilidad por uso indebido. VIII. PIONEROS DE UNA NUEVA FRONTERA: Decálogo del operador DUO

### I. PRÓLOGO

Del presente trabajo podría decirse que aparece en España con una década de retraso. Pero... al menos aparece y lo hace sobre un medio de combate nuevo y en un formato nuevo. Mientras que la idea operacional detrás de los *drones* o medios no tripulados no es nueva, lo que resulta novedoso sin embargo es la tecnología y medios letales que el estado de la técnica actual permite incorporarles y la forma con la que, paradójicamente, se busca así acortar la distancia con un adversario asimétrico que se oculta detrás de la población civil. Desde el año 2002, en que fue publicada una colección de ponencias sobre

los medios no tripulados en el seno de la cátedra «Alfredo Kindelán»<sup>1</sup>, hasta el pasado mes de febrero en que la Unidad PASI de nuestras Fuerzas Armadas con base en Herat, Afganistán, alcanzaba la cifra récord de 5.000 horas de vuelo<sup>2</sup>, ha transcurrido más de una década y poco o casi nada ha sido escrito<sup>3</sup> sobre los denominados *drones*. El presente trabajo de investigación estudia su versatilidad táctica, el perfil de sus operadores y los fundamentos legales de su empleo en la gestión de objetivos militares o de la responsabilidad por uso indebido. El enfoque de la materia ha sido hecho desde una perspectiva de Derecho operacional, es decir, entendido este no como una disciplina jurídica sino como una técnica de investigación y aplicación del Derecho que huye de fórmulas peligrosamente parcelarias y busca, en la transversalidad, enriquecerse con lo que otras ciencias como la ciencia política, la historia militar, el arte operacional y de la guerra, las relaciones internacionales e incluso la ética pueden aportar en la averiguación de la verdad científica. En fin, dicen que España necesita cultura de Defensa<sup>4</sup>. A nosotros nos gustaría añadir a esa frase incompleta que en lo que atañe al Derecho internacional militar, como capítulo de esa cultura, la falta de conocimientos raya a veces en lo inaudito<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> Ministerio de Defensa (2002): *Vehículos Aéreos No Tripulados*, Centro de Guerra Aérea, Estado Mayor del Aire, Seminario Internacional XI, Madrid.

<sup>2</sup> Nuestra enhorabuena y agradecimiento desde estas líneas por dicho evento: <[http://www.emad.mde.es/MOPS/novoperaciones/noticias/2014/02/140214\\_5000\\_horas\\_PASI.html](http://www.emad.mde.es/MOPS/novoperaciones/noticias/2014/02/140214_5000_horas_PASI.html)> (acceso en febrero de 2014).

<sup>3</sup> Por haber sido «escrito» y sin perjuicio del ya citado del año 2002 nos referimos a trabajos de investigación de contenido jurídico y enfoque operacional. Obras sí, muchas, pero todas siempre de contenido técnico y con la ausencia notabilísima de algún ponente experto en Derecho aeronáutico o de los conflictos armados: Ministerio de Defensa (2007): *Tecnología y Fuerzas Armadas*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional – Fundación Sagardoy, Monografías del CESEDEN, n.º 94, Madrid; Ministerio de Defensa (2008): *C4ISTAR/Gestión de la Información para las Fuerzas Aéreas del Futuro*, Centro de Guerra Aérea, Estado Mayor del Aire, Seminario Internacional XVII, Madrid; Ministerio de Defensa (2009): *UAS 'Unmanned Aircraft System' Sobre su Integración en el Espacio Aéreo No Segregado*, Monografías del Sistema de Observación y Prospectiva Tecnológica, Dirección General de Armamento y Material, Madrid; Ministerio de Defensa (2010): *Adiestramiento, Gestión y Empleo Operativo de los UAS*, Centro de Guerra Aérea, Estado Mayor del Aire, Seminario Internacional XIX, Madrid; Ministerio de Defensa (2011): *Adaptación de la Fuerza Conjunta a la Guerra Asimétrica*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Documentos de Seguridad y Defensa, n.º 44, Madrid; Ministerio de Defensa (2012): *Los Sistemas No Tripulados*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Documentos de Seguridad y Defensa, n.º 47, Madrid; Ministerio de Defensa (2012): *Tecnologías Asociadas a Sistemas de Enjambres de  $\mu$ UAV*, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Documentos de Seguridad y Defensa, n.º 49, Madrid.

<sup>4</sup> Excmo. Sr. Ministro de Defensa, Pedro Morenés: <[http://www.larazon.es/detalle\\_hemeroteca/noticias/LA\\_RAZON\\_498240/5747-morenes-recalca-que-espana-necesita-cultura-de-defensa#.Ttt1HjBQhCUBGjb](http://www.larazon.es/detalle_hemeroteca/noticias/LA_RAZON_498240/5747-morenes-recalca-que-espana-necesita-cultura-de-defensa#.Ttt1HjBQhCUBGjb)> (acceso en agosto de 2013).

<sup>5</sup> En la sesión de ratificación parlamentaria para el despliegue de los operadores de *drones* en la base de apoyo avanzado en Herat, hito en la historia de la aviación no tripulada

## II. LOS «DRONES»: UNA CRIATURA DE LA TÁCTICA

Protección y decepción o lo que es lo mismo, distancia y sorpresa, son dos factores tácticos implícitos en el concepto operacional del *drone*. Distancia y sorpresa son, por así decirlo, los dos *genes* de la táctica militar contemporánea, basada en ataques de precisión, en operaciones dirigidas a lograr un efecto específico (EBO: *Effects Based Operations*), en operaciones con un enfoque integral (CA: *Comprehensive Approach*) y en un sinfín de técnicas que buscan siempre la rápida parálisis del adversario a base de golpes audaces y seguros con el menor número posible de bajas propias y colaterales. La combinación de ambos factores no ha sido fruto de la casualidad histórica. Antes al contrario, quizás sea incluso una anomalía desde la perspectiva del modo de entender el arte de la guerra en Occidente. En la Antigüedad, Homero se ocupó en *La Iliada* de la distancia en el combate por boca del mítico Idomeneo, despreciándola<sup>6</sup>. Invenciones como la pólvora y la cometa por los chinos, grandes maestros en el arte de la decepción<sup>7</sup>, eran incompatibles con el sentido heroico del combate cuerpo a cuerpo que Grecia y Roma practicaban en Occidente<sup>8</sup>. La adaptación a nuevas formas de hacer la guerra desde la distancia y con señuelos no debió ser tarea fácil. En 1139 el Segundo Concilio de Letrán, presidido por Inocencio II, proscribió bajo anatema el uso del arco y la ballesta, describiéndolos como un arma detestable para Dios e indigna para los cristianos.

---

española, celebrada el 25 de marzo de 2008 por la Diputación Permanente del Congreso de los Diputados a través del trámite de urgencia del art. 17.2 y .3 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, se llega a denominar a estos medios «avión espía» hasta en tres ocasiones, ignorando la dimensión legal del «espionaje» en operaciones militares y lo que es peor, aplicándose precisamente a una unidad militar de inteligencia, reconocimiento y observación: <[http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL\\_314.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L8/CONG/DS/PL/PL_314.PDF)> (acceso en agosto de 2013).

<sup>6</sup> Cuando el prudente Meriones le pide una lanza para seguir combatiendo pues la suya había quedado inservible en la lucha, Idomeneo, mítico caudillo de los cretenses, le replica: «Si la deseas, hallarás, en la tienda, apoyadas en el lustroso muro, no una, sino veinte lanzas, que he quitado a los teucros muertos en la batalla; pues jamás combato a distancia del enemigo. He aquí por qué tengo lanzas, escudos abollonados, cascos y relucientes corazas.» (XIII, 260), en SEGALA ESTALELLA, L. (1927): *Obras Completas de Homero*, Barcelona: Montaner y Simón ed., p. 141.

<sup>7</sup> El célebre tratadista chino Sun Tzu, autor de la obra *El Arte de la Guerra*, dejó dicho que todo el arte de la guerra se basa en el engaño y en someter al enemigo sin luchar. No deja de resultar paradójico que el recurso a los *drones* como forma de hacer la guerra, del que las fuerzas armadas occidentales son pioneras, tiene un poco de ambos axiomas orientales a la vez: estos medios son capaces de observar silenciosamente un objetivo durante horas y días enteros abatiéndolo con precisión cuando menos se lo espera y todo a través de un operador oculto a miles de kilómetros del área de operaciones.

<sup>8</sup> DAWSON, D. (1996): *The Origins of Western Warfare: Militarism and Morality in the Ancient World*, Boulder: Westview Press, pp. 47-101 y pp. 111-159.

Con el tiempo vendría el arco largo inglés, ingenio con el que los plebeyos de Gales e Inglaterra derrotaron a pie, a distancia y por sorpresa a los nobles franceses de montura, lanza, escudo y normas de cortesía caballeresca en la batalla de Agincourt en 1415<sup>9</sup>. Para la aristocracia europea de entonces el uso del arco y flechas era de villanos y cobardes<sup>10</sup>. Una nueva etapa en el arte de la guerra acababa de comenzar, imponiéndose a las formas del viejo orden medieval. La caída de Constantinopla en manos turcas en 1453 se debió a la célebre Gran Bombarda de Mohamed II, majestuoso cañón capaz de disparar proyectiles a una distancia de más de 1.000 metros<sup>11</sup>. Armas de fuego personales como el arcabuz y algo de astucia fueron medios predilectos para nosotros los españoles en la conquista del Nuevo Mundo a partir de 1492. ¿Si no fuera por la pólvora y el ardid cómo hubiera podido Hernán Cortés someter la capital del imperio Azteca en 1521 con tan solo una fuerza de 800 hombres? Los combates navales del siglo XVI fueron decididos gracias al empleo de navíos artillados, ahí está la entrada triunfal del rey Carlos V en Túnez en 1535. En el siglo XVII el célebre estratega Gustavo Adolfo II, rey de Suecia, hizo de la artillería la tercera arma esencial de los ejércitos modernos y quizás la suya fuese la mejor que por entonces existía en toda la cristiandad<sup>12</sup>. En el XVIII los europeos asumieron la filosofía del poder naval a base de navíos artillados, estableciendo una preponderancia absoluta sobre los caminos del mar<sup>13</sup>. La burguesía de la Ilustración se esforzó en aplicar los adelantos de la ingeniería al arte de la guerra, como las fortalezas artilladas, símbolo de la defensa ante el ataque a distancia. Frente al arrojo de infantes y jinetes, el pragmatismo de artilleros e ingenieros acabaría por imponerse. En 1863, el gobierno de los Estados Unidos promulgaba para sus tropas la Orden General n.º 100, también llamada «Código Lieber», reglamento de campaña donde ya se admite la táctica combinada de la distancia y la sorpresa: en los bombardeos de plazas y lugares la sorpresa podía justificar la omisión del deber de avisar al enemigo con la debida antelación<sup>14</sup>. El ocaso del siglo XIX marca el nacimiento de la robótica mili-

<sup>9</sup> PARKER, G. (2005): *The Cambridge History of Warfare*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 88.

<sup>10</sup> KELLY, J. (2005), *Gunpowder: Alchemy, Bombards, and Pyrotechnics: The History of the Explosive that Changed the World*, Jackson: Perseus Books Group, p. 27.

<sup>11</sup> ALONSO IGLESIAS, J. (2006), «Los Antiguos Colosos de la Artillería III», *Memorial de Artillería*, Revista del Arma de Artillería, n.º 1/junio, pp. 6-20, p. 13.

<sup>12</sup> ROBERTS, M. (1953, 1958), *Gustavus Adolphus: A History of Sweden, 1611-1632* (2 vols.), vol. II (1958), Londres: Longmans, p. 234.

<sup>13</sup> TORREJÓN CHAVES, J. (1997), «La Artillería en la Marina Española del Siglo XVIII», *Militaria*, Revista de Cultura Militar, n.º 10, pp. 291-324, p. 293.

<sup>14</sup> General Orders n.º 100: The Lieber Code, art. 19: «Commanders, whenever admissible, inform the enemy of their intention to bombard a place, so that the noncombatants, and especially the women and children, may be removed before the bombardment com-

tar con el *Teleautomation*, torpedo teledirigido de uso militar<sup>15</sup>, y el empleo del primer *drone* de reconocimiento que registra la historia, ocurrió esto precisamente en la guerra Hispano-Americana: un simple juego de cometas a las que el inventor William A. Eddy incorporó una cámara de fotos accionada desde tierra y gracias al cual, según parece, pudo el mando enemigo saber siempre de antemano la posición exacta de las tropas españolas tras las colinas y fortificaciones de Cuba<sup>16</sup>. Del siglo xx podría decirse que fue el siglo de la guerra en el aire o lo que es lo mismo, de la guerra en la distancia. La introducción del aeroplano en misiones de reconocimiento y bombardeo durante la Primera Guerra Mundial (1914-1918) y el empleo estratégico por Alemania de su temible *Luftwaffe* y de las bombas autopropulsadas *Vergeltungswaffe* V-1 y V-2 durante la Segunda Guerra Mundial (1939-1945) fueron abriendo el camino a otros ingenios para hacer la guerra a distancia. Fue quizás el derribo por la URSS en 1960 de un avión espía norteamericano, el S-2 pilotado por Francis G. Powers, en misión encubierta de reconocimiento lo que llevó al desarrollo definitivo de los *drones* como medio predilecto para tareas de inteligencia<sup>17</sup>. La captura de este piloto por las autoridades soviéticas puso al presidente Eisenhower en una difícil situación y fue el motivo del fracaso de la Cumbre de París en la que con tanto ahínco habían defendido los norteamericanos su política de «cielos abiertos». La guerra de Vietnam fue la guerra del *Lighting Bug*, ingenio pilotado remotamente desde la cabina de un avión de transporte DC-130 Hércules, con una autonomía de vuelo de hasta 2.000 km y con posibilidad de descender sobre su objetivo a una altura de 90 m<sup>18</sup>. En 1966 un vehículo submarino no tripulado (UUV: *Unmanned Underwater Vehicle*) pilotado por control remoto

---

mences. But it is no infraction of the common law of war to omit thus to inform the enemy. Surprise may be a necessity.».

<sup>15</sup> CERVERA ANDÉS, A. (2011), *Coordinación y Control de Robots Móviles Basado en Agentes*, Proyecto Final de Carrera, Universidad Politécnica de Valencia, ETSINF, p. 17. <<http://riunet.upv.es/bitstream/handle/10251/11167/Memoria.pdf?sequence=1>> (acceso en agosto de 2013).

<sup>16</sup> Curioso protagonismo de nuestro país en el nacimiento de la aviación no tripulada contemporánea. Véase el ofrecimiento que este inventor hizo a la US Navy en julio de 1898, recogido a modo de noticia en la edición de 2 de julio de aquel año del periódico The New York Times, sugiriendo a las autoridades que él era capaz de tomar miles de fotografías desde el aire de sitios como La Habana o de cualquier parte de la costa cubana: <<http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F20711F83C5C11738DDDAB0894DF405B8885F0D3>> (acceso en agosto de 2013). Durante la guerra no fueron pocas las instantáneas que debió tomar de nuestras heroicas posiciones, convirtiéndose estas en las primeras fotos de reconocimiento aéreo de la historia: véase <[http://www.pbs.org/wgbh/nova/spiesfly/uavs\\_02.html](http://www.pbs.org/wgbh/nova/spiesfly/uavs_02.html)> (acceso en agosto de 2013).

<sup>17</sup> EHRHARD, T. P. (2010), *Air Force UAVs – The Secret History*, Arlington: Mitchell Institute Press, p. 6.

<sup>18</sup> *Ibid.*, p. 23.

permitió providencialmente recuperar a 869 metros de profundidad una de las bombas atómicas del siniestro aéreo de Palomares<sup>19</sup>, convirtiendo a España otra vez en protagonista accidental en la historia de estos medios. En la década de los 70 el empleo y desarrollo de aviones pilotados por control remoto se extenderá a misiones cinéticas tipo SEAD (supresión de defensas antiaéreas enemigas) y tipo EW (medidas de guerra electrónica). En 1982 el Estado de Israel lanzó una flota de *drones* señuelo sobre el cielo de Siria, logrando activar su sistema de defensas antiaéreas y procediendo a continuación, una vez averiguada la localización exacta de las baterías de misiles superficie-aire tipo SAM, a ponerlas una a una fuera de combate con cazas convencionales. En los 90 los medios aéreos no tripulados de uso en los Balcanes demostraron su alto valor táctico al limitar los daños colaterales, de un lado, y servir para la protección de las fuerzas aliadas, de otro, gracias a su enorme capacidad de precisión en la identificación de objetivos. A comienzos del presente siglo, en noviembre de 2002, un *drone* estadounidense dotado de misiles *Hellfire* fue utilizado en Yemen, provocando la muerte de Qan Senyan Al-Hariti, uno de los líderes de Al-Qaeda y responsable del atentado contra el buque de guerra norteamericano *USS Cole*<sup>20</sup>. Los *drones*, por así decirlo, alcanzaban ahora la aptitud para el combate. En 2002 la flota militar de aeronaves no tripuladas de los Estados Unidos de América estaba integrada por 167 unidades; en 2010 por 7.500<sup>21</sup>, efectuándose en 2008 un total de 800.000 horas de vuelo operativo<sup>22</sup>. Eso en operaciones aéreas, en tareas de desactivación de explosivos EOD y en escenarios tan exigentes como Irak y Afganistán en 2006 se emplearon un total de 4.000 *drones* terrestres en 30.000 misiones, logrando neutralizar más de 11.000 artefactos IED<sup>23</sup>. En 2012 se llegaron a realizar una media de 33 salidas aéreas de combate al mes con *drones* por parte de las fuerzas de Estados Unidos en Afganistán<sup>24</sup>. De hecho, en septiembre de 2009 se graduaba la primera promo-

<sup>19</sup> DEFENSE NUCLEAR AGENCY (1975), *Palomares Summary Report*, Nuevo México: Department of Defense, p. 94.

<sup>20</sup> LABORIE IGLESIAS, M. A. (2012), «La Era de los Drones», *Revista Atenea*, n.º 41, noviembre, pp. 56-60, p. 56.

<sup>21</sup> GERTLER, J. (2012), U.S. Unmanned Aerial Systems, Congressional Research Service Report, Washington DC, p. 2: <<https://www.fas.org/sgp/crs/natsec/R42136.pdf>> (acceso en septiembre de 2013).

<sup>22</sup> SHASHANK, J. (2010), «Droning on: the American bolt from the blue, Analysis and Commentary», Londres: Royal United Services Institute. Artículo disponible en el sitio: <<http://www.rusi.org/analysis/commentary/ref:C4B702AC47A4BF/#.Urh9ifsSY1g>> (acceso en septiembre de 2013).

<sup>23</sup> LOPEZ, R. (2007), «Foiling Bombs and Bad Guys», *Defense Technology International*, vol. 1, issue 10, december, p. 30.

<sup>24</sup> Dato obtenido en el sitio: <<http://www.wired.com/dangerroom/2012/11/drones-afghan-air-war/>> (acceso en septiembre de 2013).

ción de pilotos UAV de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos sin haber recibido ni una sola hora de entrenamiento en vuelo convencional<sup>25</sup> y en mayo de 2010 la flota de vehículos aéreos no tripulados del Ejército de los Estados Unidos alcanzaba la cifra récord de 1.000.000 de horas de vuelo<sup>26</sup>. La idea, por consiguiente, de la distancia y de la sorpresa, dos de las características precisamente presentes en gran medida en las acciones, sean o no cinéticas, llevadas a cabo con *drones*—y también, aunque en menor medida, en los *ciberataques*<sup>27</sup>, no debería plantear dudas en cuanto a su legalidad<sup>28</sup>. Quizás la cuestión no tenga que ver tanto con la distancia y la sorpresa como con la despersonalización y aparente anonimato que se produce en el combate debido, entre otros, a que los *drones* multiplican no solo el factor espacio (distancia)—el operador puede estar situado a miles de kilómetros del área de operaciones (AOR)— sino también el factor tiempo (sorpresa), ya que el operador y el comandante operacional pueden estar observando el objetivo durante horas, días y semanas enteras pudiéndose adoptar la decisión de abatirlo en el momento de mayor impacto estratégico o táctico. Todo lo anterior a golpe de videoconsola y desde la protección que ofrece un Centro Combinado de Operaciones Aéreas (CAOC: *Combined Air Operations Center*) probablemente subterráneo y blindado a base de gruesas capas de hormigón armado.

Estamos en la era de los *drones*, artefactos que han revolucionado el desarrollo de las operaciones militares gracias a los avances de la robótica militar<sup>29</sup>.

---

<sup>25</sup> LUBOLD G. (2009), «US Air Force's Class of 2009: Pilots Who Won't Fly», *The Christian Science*, september 28. Véase esto en el sitio: <<http://www.csmonitor.com/USA/Military/2009/0928/p02s04-usmi.html>> (acceso en septiembre de 2013).

<sup>26</sup> US Air Force Safety Center, «Aircraft Statistics», january 2011. Dato obtenido del sitio: <<http://www.afsc.af.mil/organizations/aviation/aircraftstatistics/index.asp>> (acceso en septiembre de 2013).

<sup>27</sup> El nuevo dominio denominado *ciberespacio* y la amenaza actual, real y creciente que los *ciberataques* representan para la seguridad nacional ha merecido en España la creación incluso de un mando específico, el Mando Conjunto de Ciberdefensa, creado por Orden Ministerial 10/2013, de 19 de febrero. Sin embargo, el desarrollo y ejecución de operaciones militares con medios y sistemas no tripulados tan solo cuenta, hasta la fecha, con normativa de carácter reglamentario muy dispersa y sectorial. ¿Tardaremos mucho en tener también un Mando Conjunto de Operaciones con Medios No Tripulados...? ¿Tardaremos mucho en disponer de una doctrina oficial sobre el empleo terrestre, naval y aéreo de medios no tripulados...?

<sup>28</sup> STRAWSER, B. J. (2010), *Moral predators: the duty to employ uninhabited aerial vehicles*, *Journal of Military Ethics*, Vol. 9, No. 4, pp. 342-368, p. 343.

<sup>29</sup> JINETTE, J. (2009), «Unmanned limits: Robotic systems can't replace a pilot's gut instinct», *Armed Forces Journal*, november 2009: «Los futuristas predicen una fuerza de combate eventualmente integrada por sistemas no tripulados desarrollando misiones de guerra, dirigida por equipos de operadores remotos o, incluso, guiadas autónomamente mediante inteligencia artificial». Véase esto en: <<http://www.armedforcesjournal.com/2009/11/4302459/>> (acceso en septiembre de 2013).

Protagonistas indiscutibles de la guerra virtual<sup>30</sup>, en los últimos diez años el número de vehículos no tripulados terrestres, aéreos, de superficie y submarinos ha evolucionado con una rapidez inusitada<sup>31</sup> y junto a esto también los problemas e interrogantes de carácter ético, político, militar y legal que todo ello a su vez plantea. No se trata de una nueva generación de medios no tripulados desechables ya conocidos como los misiles balísticos, la munición guiada de precisión (PGM), los torpedos o las minas empleadas en la lucha antisubmarina. Al contrario, por sorprendente que parezca los *drones* podrían asemejarse antes, en su funcionamiento y aspecto externo, a uno de esos aviones utilizados para la práctica deportiva del aerodelismo de no ser por sus capacidades sensoriales y letales. Como ha dicho alguien, se trata de una auténtica «revolución en los asuntos militares» en la que las tecnologías están cambiando no solo el «cómo» sino también el «quién»<sup>32</sup>. Los *drones* poseen ventajas como evitar el riesgo de las tripulaciones convencionales a bordo; el peligro para las personas en tareas rutinarias, tóxicas o peligrosas conocidas en el mundo operacional como tareas «3-D» (*dull, dirty or dangerous*)<sup>33</sup>; permiten identificar y reconocer un objetivo con precisión a fin de detectar la presencia en las inmediaciones de personas no combatientes o de fuerzas propias o aliadas

---

<sup>30</sup> No nos detendremos demasiado en este concepto por exceder con creces los propósitos específicos de este trabajo. Con carácter general hacemos referencia a toda operación militar que se apoye en capacidades informáticas y robóticas en grado tal que el actor participe en la misma desde la distancia con el objeto de reducir, en lo posible, el riesgo inherente a este tipo de actividad. Baste a título de ejemplo la definición que en algún lugar se aporta: «una guerra sin muertos –de nuestro bando– es una guerra que deja de ser completamente real para nosotros»; en IGNATIEFF, M. (2001), *Virtual War*, London: Vintage Random House, p. 5.

<sup>31</sup> Tan solo en lo que a vehículos aéreos se refiere, en 2009 se llegaron a contabilizar hasta 1.100 modelos y marcas diferentes o bien en el mercado o en fase de desarrollo y en un total de cincuenta y dos países. Estos datos han sido obtenidos en MARSHALL, D. (2009), «Unmanned Aerial Systems and International Civil Aviation Regulations», *North Dakota Law Review*, vol. 85, n.º 3, pp. 693-713, p. 694.

<sup>32</sup> SINGER, P. W. (2009), «Ethical Implications of Military Robotics», The 2009 William C. Stut Ethics Lecture, Annapolis: United States Naval Academy, p. 10. Véase esta conferencia en el sitio: <[http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/navy/usna\\_singer\\_robot\\_ethics.pdf](http://www.au.af.mil/au/awc/awcgate/navy/usna_singer_robot_ethics.pdf)> (acceso en octubre de 2013). En cuanto a la expresión «revolución en los asuntos militares», se trata de una corriente historicista originada en el mundo académico de habla inglesa (RMA: Revolution in Military Affairs) que analiza la guerra como hecho histórico sometido al vaivén de las innovaciones tecnológicas y en las que estas, cuando son de suficiente magnitud, exigen una transformación en el modo de concebir las operaciones militares: la pólvora, la artillería, la táctica española del Tercio de Infantería, la táctica napoleónica, la aviación, la blitzkrieg alemana, el radar, el armamento nuclear, los medios no tripulados, etc.

<sup>33</sup> AUSTIN R. (2010), *Unmanned Aircraft Systems: UAVS design, development and deployment*, Chichester: John Wiley & Sons ed., p. 5.

y son más económicos que los medios tripulados convencionales<sup>34</sup>. También existen otras ventajas operacionales y tácticas como el simple hecho de que en un avión convencional la decisión última de efectuar o abortar el ataque reside en la tripulación, cuya atención se reparte normalmente en varias tareas críticas como identificar y atacar el objetivo mientras evitan o atacan las defensas antiaéreas y los aviones del adversario. Por el contrario, los *drones* conceden a su operador un margen mucho mayor de tiempo para identificar el objetivo, un sinfín de medios para captar imágenes en vídeo de su localización, la posibilidad incluso de consultar en tiempo real con un asesor jurídico los pormenores de la operación y hasta la calma y serenidad de juicio de la que un comandante o un operador puede disfrutar al no padecer las limitaciones derivadas del respeto a la muerte o a provocar la muerte de personas civiles.

No obstante, habría que huir de dogmatismos, tal y como advierten algunos analistas las ventajas que ofrecen los *drones* no deberían traducirse en el plano político en una mayor tendencia al uso de la fuerza en las relaciones internacionales<sup>35</sup>. Hasta ahora tan solo Estados Unidos, el Reino Unido e Israel han llevado a cabo acciones de combate con *drones*<sup>36</sup>. España, país que siempre ha mantenido altos estándares de comportamiento ético en operaciones militares y de cuyo respeto ha hecho incluso norma jurídica<sup>37</sup>, tiene ante sí

---

<sup>34</sup> Por hacernos una idea: un drone como el Predator cuesta aproximadamente 5 millones de dólares USA (3,6 millones de euros): MQ-1B Predator, US AIR FORCE (jan. 5, 2012), <<http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?fsID=122>>. El drone tipo MQ-9 Reaper, versión de combate del anterior, sale aproximadamente de 10 a 15 millones de dólares USA por unidad (7,2 a 10,8 millones de euros): US AIR FORCE (jan. 5, 2012), <<http://www.af.mil/information/factsheets/factsheet.asp?id=6405>>. El tipo Avenger, vehículo a reacción dotado de tecnología stealth, tiene un precio unitario de 13 a 17 millones de dólares USA (9,3 a 12,2 millones de euros), véase HENNIGAN, W. J.: Air Force Buys an Avenger, Its Biggest and Fastest Armed Drone, periódico LA Times (dec. 31, 2011), <<http://articles.latimes.com/2011/dec/31/business/la-fi-stealth-drone-20111231>> (interesante artículo donde se destacan las ventajas del Avenger frente a otros modelos de drone aéreo). Por el contrario, el precio de un avión de caza convencional como el Eurofighter ronda los 80,3 millones de euros: <<http://www.infodefensa.com/es/2012/08/21/noticia-morenes-confirma-el-aplazamiento-de-la-compra-de-12-cazas-eurofighter.html>> (acceso a estos sitios en octubre de 2013).

<sup>35</sup> BOYLE, M. J. (2013), «The Cost and Consequences of Drone Warfare», *International Affairs*, vol. 89, issue 1, pp. 1-29, p. 24; DOWD, A. W. (2013), «Drone Wars: Risks and Warnings», *Parameters*, winter-spring, 42 (4)/43 (1), pp. 7-16, p. 8; COLE, C., DOBBING, M., y HAILWOOD, A. (2010), *Convenient Killing – Armed Drones and the ‘Playstation’ Mentality*, Oxford: Fellowship of Reconciliation, p. 7; MAHADEVAN, P. (2010), «The Military Utility of Drones», *CSS Analysis in Security Policy*, issue 78, july, pp. 1-3, p. 2.

<sup>36</sup> Dato obtenido en el sitio: <<http://www.atlantic-community.org/-/an-integrative-approach-to-nato-and-unmanned-aerial-systems>> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>37</sup> Arts. 83-114 del Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (<<http://www.boe.es/boe/dias/2009/02/07/>

el reto de poder convertirse en Estado pionero en el establecimiento de una doctrina oficial sobre el empleo bélico de estos ingenios dentro del estricto cumplimiento de sus obligaciones y compromisos internacionales.

### III. LOS «DRONES» EN EL DERECHO INTERNACIONAL: UN CÓDIGO GENÉTICO INACABADO

La tarea de lograr una definición uniforme de lo que es un *drone* a nivel internacional parece no ser fácil. De hecho, la asociación internacional Euro UVS-International dedicada al impulso de la aviación no tripulada define estos medios como «toda aeronave sin piloto a bordo capaz de sustentarse en el aire por medios aerodinámicos, de forma autónoma, semiautónoma, por control remoto o mediante una combinación de estas capacidades, reutilizable o desechable, capaz de sobrevolar un objetivo y de transportar diferentes tipos de carga que le permiten realizar tareas útiles en la atmósfera terrestre o más allá de la misma, y con una duración de vuelo acorde con la tarea a realizar»<sup>38</sup>. En España, la terminología oficial adoptada por el Ejército de Tierra emplea las denominaciones «vehículo sin piloto» y «vehículo teledirigido o de control remoto», esto último según el grado de autonomía del que goza el vehículo a la hora de realizar la misión<sup>39</sup>. A nivel normativo, la definición de aeronave que aporta la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, podría entenderse que incluye a los vehículos aéreos no tripulados al no exigir necesariamente la presencia de un piloto a bordo<sup>40</sup>. El Reglamento de la Circulación Aérea Operativa aprobado por Real Decreto 1489/1994, de 1 de julio, tras la reforma introducida en su articulado por la Orden Ministerial PRE/1366/2010, de 20 de mayo, define el concepto de UAV como el «vehículo aéreo propulsado que no lleva personal como operador a bordo. Los vehículos aéreos no tripulados (UAV) incluyen solo aquellos vehículos controlables en los tres ejes. Además, un UAV: a) Es capaz de mantenerse en vuelo por medios aerodinámicos. b) Es pilotado de forma remota o incluye un programa de vuelo automático. c)

---

pdfs/BOE-A-2009-2074.pdf») y art. 4 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar (<<http://www.boe.es/boe/dias/2007/11/20/pdfs/A47336-47377.pdf>>) (acceso en noviembre de 2013).

<sup>38</sup> BLYENBURGH & Co. (2006), *Terms & Definitions Applicable to Unmanned Aerial Vehicles (UAV) Systems*, La Haya Euro UVS-International, p. 38.

<sup>39</sup> Ejército de Tierra (2003), «RE7-013 Glosario de Términos Militares», Mando de Adiestramiento y Doctrina, Madrid, p. 204.

<sup>40</sup> Art. 11: «Se entiende por aeronave toda construcción apta para el transporte de personas o cosas capaz de moverse en la atmósfera merced a las reacciones del aire, sea o no más ligera que éste y tenga o no órganos motopropulsores.».

Es reutilizable. d) No está clasificado como un arma guiada o un dispositivo similar de un solo uso diseñado para el lanzamiento de armas.». Y el concepto de sistema aéreo no tripulado UAS es definido como un sistema que a su vez comprende «los elementos individuales del sistema UAV, que incluyen el vehículo aéreo no tripulado (UAV), la estación de control en tierra y cualquier otro elemento necesario para permitir el vuelo, tales como el enlace de comunicaciones o el sistema de lanzamiento y recuperación.». Limitándose, por lo demás, la posibilidad de operar con estos medios en espacios aéreos restringidos o segregados y asignándose al jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, como autoridad militar, la competencia para la autorización de las operaciones de los UAV/UAS militares, en el ámbito del Ministerio de Defensa, dentro de esos espacios aéreos. En otro reglamento, dedicado al comercio exterior de material de defensa, el aprobado por Real Decreto 2061/2008, de 12 de diciembre, también se incluyen no pocas referencias a los vehículos aéreos no tripulados, incluso en algún lugar se emplea indistintamente la expresión «aeronaves no tripuladas» y la de «entrenadores de aeronaves no tripuladas» (anexo I.1, material de defensa, apartado 14). ¿Y si la operación comercial incluyese vehículos terrestres, de superficie o submarinos no tripulados susceptibles de ser calificados como «material de defensa»? El reglamento parece guardar silencio a este respecto.

En el campo del Derecho aeronáutico internacional la Convención Internacional de Aviación Civil de 1944, conocida también como la Convención de Chicago y aplicable solo a las aeronaves civiles y no a las de Estado —y las utilizadas en servicios militares tienen esa consideración (art. 3 CIAV)— apenas se ocupa de los medios no tripulados. De hecho, la única referencia expresa es la que se recoge en su artículo 8 al establecer lo siguiente: «Ninguna aeronave capaz de volar sin piloto volará sin él sobre el territorio de un Estado contratante, a menos que se cuente con autorización especial de tal Estado y de conformidad con los términos de dicha autorización. Cada Estado contratante se compromete a asegurar que los vuelos de tales aeronaves sin piloto en las regiones abiertas a la navegación de las aeronaves civiles sean controlados de forma que se evite todo peligro a las aeronaves civiles.». En todo caso, al igual que ocurre con la legislación aeronáutica española, el concepto de aeronave que se estableció en uno de sus anexos no exige la presencia de un piloto a bordo<sup>41</sup>. Ha sido la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI) la que con posterioridad, mediante la Circular 328 AN/190, se ha encargado

<sup>41</sup> OACI (2003), «Marcas de Nacionalidad y de Matrícula de las Aeronaves», Anexo 7 al Convenio sobre Aviación Civil Internacional, Normas Internacionales, p. 1, 1-Definiciones: «Aeronave: Toda máquina que puede sustentarse en la atmósfera por reacciones del aire que no sean las reacciones del mismo contra la superficie de la tierra.»

de definir los UAV –a los que también denomina *Unmanned aircraft*– y sus sistemas a efectos de la aviación civil<sup>42</sup>. La OACI adopta en esta circular una postura un tanto tautológica al establecer una definición de los UAV por simple remisión a la que aparece en el concepto de operaciones de gestión del tránsito aéreo mundial recogido en la norma Doc. 9854 AN/458: «un vehículo aéreo no tripulado es una aeronave sin piloto en el sentido del Artículo 8 del Convenio sobre Aviación Civil Internacional, que vuela sin un piloto al mando a bordo y que se controla a distancia y plenamente desde otro lugar (tierra, otra aeronave, espacio) o que ha sido programada y es plenamente autónoma.»<sup>43</sup>. En todo caso, pese a la ambigüedad del Derecho internacional en torno a la condición jurídica de las aeronaves militares, cuyo estatuto ha de ser determinado la mayoría de las veces en función a la práctica seguida por los Estados, cualquier *drone* aéreo español al servicio de las fuerzas armadas no debe ser operado sobre el territorio de otro Estado o aterrizar en el mismo sin haber obtenido autorización para ello (art. 3 Convención de Chicago de, debería estar debidamente identificado como aeronave militar con sus signos distintivos fijos característicos de nacionalidad e índole militar<sup>44</sup>; goza de inmunidad jurisdiccional frente a las autoridades extranjeras<sup>45</sup> y, naturalmente, el Estado español goza de todos los derechos a utilizarlo en operaciones de conflicto armado como plataforma aérea de reconocimiento o de combate contra objetivos militares legítimos<sup>46</sup>.

El Derecho marítimo internacional parece estar presidido por el mismo mutismo en cuanto al concepto de vehículo y sistema no tripulado de superficie o submarino. En efecto, en la definición de buque de guerra que en su artículo 29 aporta la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho

<sup>42</sup> OACI (2011), «Sistemas de Aeronaves No Tripuladas (UAS)», Circular 328 AN/190, Montreal, p. IX. Véase en el sitio: <[http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328\\_es.pdf](http://www.icao.int/Meetings/UAS/Documents/Circular%20328_es.pdf)> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>43</sup> OACI (2005), «Concepto Operacional de Gestión del Tránsito Aéreo Mundial», Doc. 9854 AN/458, Apéndice B, Glosario, p. B-6. Véase en el sitio: <<http://www.icao.int/NACC/Documents/Meetings/2012/ASBU/Referencia3.pdf>> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>44</sup> Arts. 3 y 7 de las Reglas de la Guerra Aérea previstas en la (no nata) Convención de La Haya de 1923, cuyo art. 14 exige que toda aeronave militar «debe estar bajo el mando de una persona debidamente encargada o inscrita en los controles militares del Estado; la tripulación será exclusivamente militar.»; véase también en cuanto a los signos distintivos el Manual de San Remo de la Guerra Aérea y con Misiles, «Section A - Definitions», párrafo (x), *military aircraft*.

<sup>45</sup> En el asunto *Alraigo* el Ministerio de Asuntos Exteriores, siguiendo el dictamen del Tribunal Marítimo Central, consideró que un avión de combate *Harrier* de la armada británica que tuvo que hacer un aterrizaje de emergencia en un buque mercante español en aguas internacionales no podía considerarse como bien embargable al ser propiedad militar de otro Estado.

<sup>46</sup> Arts. 13 y 16 de las Reglas de la Guerra Aérea, (no nata) Convención de La Haya de 1923.

del Mar de 1982 se exige que dicho buque se encuentre «bajo el mando de un oficial debidamente designado por el gobierno de ese Estado cuyo nombre aparezca en el correspondiente escalafón de oficiales o su equivalente, y cuya dotación esté sometida a la disciplina de las fuerzas armadas regulares.». Los vehículos no tripulados submarinos UUV (*Unmanned Underwater Vehicles*) o de superficie USV (*Unmanned Surface Vehicles*) carecen, por naturaleza, de una dotación a bordo, lo cual impide obtener una definición válida de estos medios o de sus sistemas. Lo anterior no deja de ser un tanto preocupante ya que esta convención internacional puede resultar de aplicación incluso en tiempos de conflicto armado en el mar, permitiendo en este caso delimitar con precisión el régimen de derechos y obligaciones de los Estados que se declaren neutrales con ocasión de transitar por los distintos espacios marítimos o para el caso en que los Estados contendientes hagan lo propio. Es este un difícil dilema por cuanto que en el ámbito de las operaciones navales, la calificación que se haga de un *drone* como buque mercante o como buque de guerra y el espacio marítimo concreto donde se encuentre o transite serán determinantes en aspectos tales como el derecho de paso, de tránsito, la inmunidad o los derechos y prerrogativas reconocidos al Estado ribereño sobre navíos extranjeros que se encuentren en dichos espacios. En algún lugar se ha sugerido que los medios USV deberían seguir el mismo régimen que el buque desde el cual son operados<sup>47</sup>, pero a nosotros esta posición no nos acaba de convencer. Esta opinión parece ignorar que existen medios USV que son operados desde tierra, tales como los sistemas no tripulados BULS y HULS<sup>48</sup>. Tampoco el Derecho consuetudinario internacional serviría para este propósito por cuanto que, por su carácter novedoso, la utilización de los medios marinos no tripulados no ha permitido hasta la fecha el nacimiento de una práctica generalmente aceptada como Derecho por los Estados que evidencie la existencia de una costumbre internacional<sup>49</sup>. Tampoco ofrecen respuesta o lo hacen de forma un tanto ambigua algunos de los manuales empleados por las marinas de guerra de Occi-

---

<sup>47</sup> HEINTSCHEL VON HEINEGG, W. (2009), «The Law of Armed Conflict at Sea», en AA. VV. (2008), Dieter Fleck (ed.), *The Handbook of International Humanitarian Law*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, p. 478.

<sup>48</sup> Bottom Unmanned Vehicle Localization System (BULS) y Hull Unmanned Undersea Vehicle Localization System (HULS), ambos sistemas pueden ser operados desde tierra y sirven para detectar, identificar y localizar explosivos en los fondos marinos o para inspeccionar los cascos de los barcos, fondos de muelles y otras estructuras submarinas. Más datos sobre estos sistemas en HULS Bluefin Robotics: <<http://www.bluefinrobotics.com/news-and-downloads/press/HULS-awarded/>> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>49</sup> Art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, de 26 de junio de 1945, Anexo a la Carta de las Naciones Unidas.

dente como la alemana<sup>50</sup>, la de Estados Unidos<sup>51</sup> o la española<sup>52</sup>. Esto último resulta verdaderamente inaudito habida cuenta, además, que frente al escenario estratégico de operaciones aéreas y terrestres esencialmente bélicas, como las desarrolladas en teatros como Irak y Afganistán, las operaciones navales del presente y del futuro giran y habrán de girar probablemente más en torno al universo de cometidos relacionados con la seguridad marítima en tiempo de paz, tales como la lucha contra el tráfico de drogas, contra la piratería en alta mar u otras medidas de interdicción naval, que el de fuerza convencional<sup>53</sup>.

Por lo que se refiere a los vehículos terrestres no tripulados (UGV: *Unmanned Ground Vehicle*), la Convención Internacional sobre la Circulación Vial de 1968 tiene la curiosa virtud de poder ser de aplicación a estos vehículos aun cuando nada dice expresamente sobre ellos. En efecto, en su artículo 1 se define «vehículo de motor» como «todo vehículo provisto de un motor de propulsión y que circule por una vía por sus propios medios, excepto los ciclomotores en el territorio de las Partes Contratantes que no los hayan asimilado a las motocicletas y los vehículos que se desplacen sobre rieles» (art. 1 «M»); por «automóvil» se entiende «todo vehículo de motor que sirva normalmente para

---

<sup>50</sup> El Manual de Derecho de los Conflictos Armados (*Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Federal Ministry of Defence of the Federal Republic of Germany, Bonn, august 1992) simplemente ignora los vehículos y sistemas navales de carácter no tripulado mientras que el Manual para Comandantes de la *Kriegsmarine* (W. Heintschel von Heinegg, H.-J. Unbehau, *Kommandanten-Handbuch – Völker – und verfassungsrechtliche Rahmenbedingungen des Einsatzes deutscher Kriegsschiffe*, Bonn, 2002, sección 2.1.1) es demasiado ambiguo para poder obtener alguna conclusión al respecto: «Sin embargo, que un buque de guerra deba contar con una dotación no significa que los barcos no tripulados, por ejemplo los drones [sic], no sean buques de guerra. Sin perjuicio que este tipo de barcos pueden llegar a contar incluso con una dotación en algunos casos, debe tenerse en cuenta que son dirigidos desde un buque y que, por consiguiente, disfrutan de su estatuto legal e inmunidad.»

<sup>51</sup> El Manual oficial de Derecho de las operaciones navales (*The Commander's Handbook on the Law of Naval Operations*, NWP 1-14M, Department of the Navy, Warfare Development Command, Quantico, 2007) se ocupa de los medios y sistemas no tripulados en una sede distinta (2.3 «Other Naval Craft») a la de los buques de guerra (2.2 «Warships») y lejos de asignarles el estatuto del buque desde el cual son dirigidos o controlados les confiere la condición de «buque de guerra» siempre que, al igual que ocurre con el concepto de buque de guerra derivado de la Convención de Derecho del Mar, cumplan la condición de estar al servicio exclusivo del Estado y en cometidos de carácter no comercial.

<sup>52</sup> El Manual de Derecho Marítimo para Comandantes de Buques y Estados Mayores (Ministerio de Defensa, Armada Española, junio, 2005) define el buque de guerra de acuerdo con la legalidad internacional y, por consiguiente, no hace referencia alguna a los vehículos o sistemas navales no tripulados.

<sup>53</sup> KRASKA, J. (2010), «The Law of Unmanned Naval Systems in War and Peace», *The Journal of Ocean Technology*, vol. 5, n.º 3, july-october, pp. 44-68, p. 46; y por lo que se refiere a nuestra Armada: PRATS MARÍ, J. M. y RUIZ Y RUIZ DE CORTAZAR, D. (2012), *La Armada Española*, Departamento Específico Armada, Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional, Madrid, p. 212.

el transporte vial de personas o de cosas o para la tracción vial de vehículos utilizados para el transporte de personas o de cosas. Este término comprende los trolebuses, es decir, los vehículos conectados a una línea eléctrica y que no circulan sobre rieles. No comprende vehículos, como los tractores agrícolas, cuya utilización para el transporte vial de personas o de cosas o para la tracción vial de vehículos utilizados para el transporte de personas o de cosas sea sólo ocasional» (art. 1 «N»); y por «conductor» se entiende «toda persona que conduzca un vehículo, automóvil o de otro tipo (comprendidos los ciclos), o que por una vía guíe cabezas de ganado solas o en rebaño o animales de tiro, carga o silla» (art. 1 «Q»). En otras palabras, las definiciones que aporta ponen tanto énfasis en la función a la que sirven o en la finalidad para la que sirven que en ningún caso se exige (o se pudo prever entonces) que el conductor tenga que estar físicamente presente en el vehículo. España, a fin de cuentas, también figura en la vanguardia del desarrollo y promoción de estos vehículos terrestres a través del vehículo «Platero» que impulsa el Centro de Automática y Robótica (centro mixto del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y la Universidad Politécnica de Madrid)<sup>54</sup>.

En todo caso, sean *drones* aéreos, navales o terrestres, la única solución que creemos posible para aplicarles interinamente el régimen de Derecho internacional convencional previsto para los medios tripulados sería recurrir al mecanismo de la analogía como criterio interpretativo que para los tratados internacionales se contempla en los arts. 31 y 32 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ello no obstante, lo anterior no excluye que la comunidad internacional adapte los tratados actuales o promulgue otros nuevos para actualizarlos a una realidad cada vez más habitual: los *drones* y su carácter no tripulado. Frente a la rigidez del Derecho internacional de los medios convencionales, buscando siempre definiciones exhaustivas y apoyándose más en el medio que en la actividad, el Derecho internacional humanitario tiene la virtud de apoyarse más en los principios elementales de la actividad, de ahí, como a continuación veremos, su fácil acomodo a los *drones*.

#### IV. LOS «DRONES» Y EL RÉGIMEN DE CONTROL DE ARMAMENTOS: UNA CUESTIÓN RESUELTA

El régimen de control de armamentos es de aplicación a los *drones* en cuanto plataformas a las que se pueden incorporar cargas letales. Ese sería

---

<sup>54</sup> Véase esto en el sitio: <<http://www.madrimasd.org/informacionidi/noticias/noticia.asp?id=53173>> (acceso en noviembre de 2013).

el caso, por ejemplo y para los aéreos, de las directrices consagradas en el Régimen de Control de Tecnología de Misiles (RCTM) establecido en 1987, al que España pertenece desde 1990, que afecta a todo sistema de entrega de armas de destrucción masiva (nucleares, químicas y biológicas) a excepción precisamente —el entrecomillado es nuestro— de las «aeronaves tripuladas». De hecho, en sus anexos incluye no pocas referencias a los vehículos aéreos no tripulados y sus sistemas tales como categorización, aspectos como alcance máximo y carga de pago, o como portadores en sí de tecnología o de sistemas de seguimiento y detección. Más dudosa, por no decir que imposible, sería la aplicación a estos medios del Tratado de Fuerzas Nucleares de Alcance Intermedio de 1988, que si bien no afecta a España, ofrece, sin embargo, una definición de misil de crucero sorprendentemente parecida a la de cualquier *drone*<sup>55</sup>. Y decimos esto por la sencilla razón de que los medios no tripulados, en este caso aéreos, no caen dentro de la definición que este tratado ofrece de «misil balístico» o de «misil de crucero». Del mismo modo que cuando hablamos de estos medios tampoco utilizamos expresiones que aparecen con frecuencia en el tratado como «plataforma de lanzamiento» —utilizan pistas de aterrizaje, circulan por carreteras, etc.— o «punto de impacto» ya que lo que impactaría en su caso, en los de combate queremos decir, sería la carga letal pero no el *drone* en sí. No existiría, opinamos nosotros, impedimento alguno para aplicar a las flotas terrestres o aéreas de vehículos no tripulados las estipulaciones del Tratado sobre Fuerzas Armadas Convencionales en Europa, firmado en París el 19 de noviembre de 1990 bajo los auspicios de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa, del que España es signataria<sup>56</sup>. Tampoco nos cabe la menor duda en cuanto a la aplicación a estos medios del Acuerdo de Wassenaar de 1996, acuerdo político más que jurídico al igual que acontece con el ya mencionado RCTM y basado en un sistema de notificaciones recíprocas del que España es país signatario. Este acuerdo los incluye en sus listas —al menos los aéreos, los cuales además define—<sup>57</sup>, tanto bajo el concepto de artículo

---

<sup>55</sup> Art. II.2: «The term ‘cruise missile’ means an unmanned, self-propelled vehicle that sustains flight through the use of aerodynamic lift over most of its flight path.». Véase en: <<http://www.state.gov/www/global/arms/treaties/inf2.html>> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>56</sup> Sus redactores tuvieron el feliz acierto (¿o se trata de una casualidad?) de no exigir la presencia a bordo de una tripulación en las definiciones de carro de combate, vehículo acorazado de combate, vehículo acorazado lanzapuentes, avión de combate y helicóptero de combate o ataque. Véase el tratado en el sitio: <<http://www.osce.org/es/library/14092>> (acceso en noviembre de 2013).

<sup>57</sup> «Cualquier ‘aeronave’ capaz de iniciar el vuelo y de navegar y volar de forma controlada sin ninguna presencia humana a bordo». Definitions of Terms Used in These Lists (cat. 9 ML). Fuente: <<http://www.wassenaar.org/controllists/index.html>> (acceso en noviembre de 2013).

«controlado» susceptible de doble uso civil-militar (Ap. 9.A.12) como bajo el de «munición» (Ap. ML10.C).

## V. EL FACTOR HUMANO: ¿PILOTO, OPERADOR, CONTROLADOR O EL GUERRERO DEL INTERFAZ?

Dediquemos unas líneas ahora al factor humano de los medios no tripulados. En España, la Orden Ministerial 18/2012, de 16 de marzo, por la que se establece la aptitud y se crea el título de Operador de Sistemas Aéreos no Tripulados para los miembros de las Fuerzas Armadas, define el concepto de operador –título o condición profesional a la que añade la abreviatura «DUO» (de las siglas en inglés *Designated UAS Operator*)–, como «aquella persona designada específicamente para operar remotamente los mandos de vuelo de una aeronave no tripulada, ejecutando la misión programada con las adecuadas garantías de seguridad y eficacia operativa. Con la consideración de piloto al mando/comandante de la aeronave se le atribuyen las responsabilidades inherentes y especificadas para este puesto en el Reglamento de Circulación Aérea Operativa (RCAO)». Hablar de todas las obligaciones y responsabilidades legales que esa condición implica desde la órbita del Derecho interno español, sobre todo en el ámbito penal o disciplinario, escaparía del enfoque internacional del presente trabajo y además serían las mismas que las establecidas para cualquier «piloto al mando/comandante de la aeronave» que ya prevé nuestro ordenamiento para las naves tripuladas. Esto debemos decirlo, no obstante, salvando todas las particularidades que en uno y otro caso existen. Por ejemplo, es más que dudoso que un operador DUO español pueda llegar a autorizar en su calidad de «piloto al mando/comandante de la aeronave» los matrimonios que se celebren «a bordo» de una aeronave no tripulada o que, llegado el caso, pueda dar el visto bueno a un testamento otorgado «a bordo» de un vehículo no tripulado de superficie con pabellón español; posibilidad reconocida en los arts. 52 y 722 del vigente Código Civil respecto a los capitanes o comandantes de aeronaves y buques de guerra convencionales. Pero donde más contradicciones parecen producirse, al menos desde un punto de vista teórico, sería en el ámbito penal. Por ejemplo, un operador DUO español podría tener la consideración penal de «Autoridad militar» a los efectos de la legislación penal militar española (art. 9 CPM) siempre que permanezca físicamente fuera del territorio nacional; uno que se encuentre dentro del territorio nacional –posibilidad mucho más probable, todo sea dicho– no. Un operador DUO o cualquiera de los auxiliares que formen parte de la «tripulación» a sus órdenes nunca podrían cometer el delito de «quedarse en tierra» a la salida de

la aeronave (art. 123 CPM). En fin, llegado el caso: ¿hasta qué punto podría considerarse en buena lógica que un operador DUO situado a miles de kilómetros de distancia de la zona de operaciones se encuentra «frente al enemigo, rebeldes o sediciosos» como circunstancia típica que agrava el reproche penal?

Cuando hablamos de medios no tripulados los conceptos de piloto, operador o controlador no dejan de ser más que términos de conveniencia. La nota característica que siempre está presente es el interfaz que permite al agente humano realizar la misión administrando el vuelo, la navegación o la ruta y por supuesto el posible ataque. Su cara, por así decirlo, permanece siempre oculta, lo único visible en el campo de batalla es el *drone* y entre ambos: el interfaz. A mayor autonomía del medio, menor habrá de ser el protagonismo del agente humano. De ahí que en el ámbito general de la robótica militar con frecuencia se hable de encontrarse el agente humano «en», «sobre» o «fuera» del «círculo OODA» de toma de decisiones<sup>58</sup>. De este modo, dependiendo del grado de intervención del agente humano en el «círculo OODA» este pasará de ser «controlador» –interviniendo hasta en los detalles más minuciosos (orden de despegue, ruta a seguir, altitud, velocidad, etc.)–, a simple «monitor» cuando el medio sea completamente autónomo y su cometido se limite a interferir únicamente en aquellos casos en que exista un fallo técnico o una orden expresa de abortar el desplazamiento o ataque<sup>59</sup>. Esto lleva, a su vez, a la clasificación que distingue entre medios dirigidos por control remoto, medios semiautónomos y medios completamente autónomos<sup>60</sup>. En la jerga que

---

<sup>58</sup> El «círculo OODA» se debe al piloto de caza y ataque John R. Boyd, coronel de la USAF, el cual se dedicó a estudiar y sistematizar el proceso de toma de decisiones de un piloto para explicar la superioridad de los norteamericanos frente a sus rivales en la guerra de Corea. El proceso se subdivide en cuatro fases: observación, orientación, decisión y acción (*the OODA Loop*). Las ciencias aplicadas a la robótica militar han utilizado posteriormente esta teoría para categorizar los medios robóticos en función al grado de intervención del agente humano en cualquiera de las fases de este ciclo. Más sobre esto en CORAM, R. (2002), *Boyd – The Fighter Pilot Who Changed the Art of War*, Nueva York: Back Bay Books. Véase también en su aspecto práctico en SERRANO CARRANZA, J. (2006), «El Anillo Sinérgico», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, n.º 752, abril, pp. 276-279.

<sup>59</sup> Véase un reciente e interesante estudio sobre la autonomía aplicada a los sistemas aéreos de combate no tripulados en SÁNCHEZ GÓMEZ, R. E. (2013), «Sistemas Aéreos de Combate no Tripulados – Un potencial en la obtención y mantenimiento del control del aire», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, n.º 828, noviembre, pp. 870-879. Coincidentemente en el mismo número de esta revista aparece otro artículo, no menos interesante que el anterior, sobre las operaciones llevadas a cabo por Estados Unidos en Pakistán con *drones* armados –«Innovaciones en el empleo del poder aéreo: Los ataques con *drones* contra Al Qaeda en Pakistán»– escrito por Javier Jordán, profesor de Ciencia Política, en pp. 856-861.

<sup>60</sup> Distinguir entre las armas automáticas, las cuales son capaces de disparar ininterrumpidamente mientras el tirador tenga accionado el mecanismo de tiro: metralletas, fusiles de asalto, etc. Por otro lado, la clasificación tripartita que hemos elegido lo es por conve-

manejan los pilotos de combate este círculo también es conocido como la «cadena de la muerte» (*kill chain*) cuando se aplica al proceso de adquisición y tratamiento de objetivos<sup>61</sup>. Más allá de las simples armas automáticas o de los sistemas antimisil y antiaeronave automáticos como el *Sea-Whiz* usado para la protección de los buques de guerra<sup>62</sup>, los sistemas autónomos existen desde hace tiempo y la autonomía no es patrimonio exclusivo de los *drones*. Sistemas antimisil con los que están dotados algunos buques de guerra como el *Aegis* o su versión terrestre, el sistema *Patriot*, el *Iron Dome* israelita, etc., son solo algunos ejemplos. La cuestión de la autonomía del medio y el nombre o denominación que pueda recibir el agente humano que lo maneja parece depender la una de la otra. Por ejemplo, el *Global Hawk* tiene capacidad para despegar y aterrizar sin asistencia humana. La única capacidad de la que carece es la de dirigir cualquiera de sus cámaras hacia aquellos objetivos que puedan resultar de interés durante el vuelo. Para todas las demás funciones el operador puede elegir distintos modos de funcionamiento basados en una mayor o menor autonomía. El *Predator* y el *Reaper* disponen asimismo de tres modos de funcionamiento: vuelo por control remoto, vuelo semiautónomo y vuelo preprogramado. La pregunta es: ¿deberían recibir igual denominación quien se limita a apretar un botón, quien controla todas las fases del vuelo desde un despacho y quien maneja un avión convencional desde la cabina? El agente que se encuentra «en» el «círculo OODA» controla en todo momento la elección del objetivo; el que se encuentra «sobre» el mismo supervisa la elección y el ataque que realiza el *drone* autónomamente, si bien puede anular la acción en cualquier momento; quien se encuentra «fuera» tan solo interviene en el proceso de forma superficial (activando el sistema, controlando tan solo las maniobras de aterrizaje y despegue, etc.). Algunas voces hablan en contra de este tipo de medios autónomos, en particular cuando se trata de *drones*, ya que fomentan una «mentalidad de videoconsola» donde la distancia geográfica y psicológica produce la alienación completa del individuo respecto a los males

---

niencia. Existen otros tipos de clasificación como la establecida por el Comité Internacional de la Cruz Roja y que distingue entre sistemas dirigidos por control remoto, sistemas automatizados y sistemas autónomos. Véase esto en p. 36 del documento: <<http://www.icrc.org/eng/assets/files/red-cross-crescent-movement/31st-international-conference/31-int-conference-ihl-challenges-report-11-5-1-2-en.pdf>> (acceso en diciembre de 2013).

<sup>61</sup> Más sobre esto en HERBERT, A. J. (2003), «Compressing the Kill Chain», *Air Force Magazine*, vol. 86, issue 3, march, pp. 50-54.

<sup>62</sup> Por ejemplo, el MK-15 Phalanx Close-In Weapons System (CIWS) usado por la Armada de los Estados Unidos, el cual puede ser programado para detectar la presencia cercana de misiles o aeronaves y responder con fuego de ametralladora automáticamente. Más sobre sus capacidades en el sitio: <[http://www.navy.mil/navydata/fact\\_display.asp?cid=2100&tid=487&ct=2](http://www.navy.mil/navydata/fact_display.asp?cid=2100&tid=487&ct=2)> (acceso en diciembre de 2013).

de la guerra<sup>63</sup>. Otras voces alertan que el interfaz entre el individuo y el medio puede llegar a producir una especie de «desentendimiento moral» que a la larga acabará por convertirle en una «marioneta de la guerra digitalizada»<sup>64</sup>. En fin, otras voces aseguran que en un futuro los avances que experimente la inteligencia artificial permitirán disponer de medios robóticos capaces de decidir por sí solos a base de algoritmos introducidos en los programas informáticos, actuando «algorítmicamente» dentro de unos parámetros políticos y legales preestablecidos y sin que sea necesaria la intervención humana<sup>65</sup>. En el caso particular de quienes abogan por su prohibición como medio de combate, se trata de una convicción según la cual la propensión a matar es proporcional a la distancia<sup>66</sup> y en la que el hecho de observar la realidad a través de una pantalla constituye una especie de «tampón moral» para la conciencia del individuo<sup>67</sup>, cuya forma de manifestación más grotesca sería la exposición de vídeos con imágenes de operaciones reales en las redes sociales, práctica bautizada como «pornografía con drones»<sup>68</sup>. Todas estas opiniones tienen algo de verdad. En todo caso, ese fenómeno no sería exclusivo de quienes manejan un *drone* sino de cualquier otro combatiente, tal y como se confirma leyendo los testimonios de pilotos alemanes que combatieron en la Segunda Guerra Mundial<sup>69</sup>. A mayor abundamiento, las especiales características de los *drones* –su persistencia y el hecho insoslayable de que permiten tener un conocimiento más detallado del posible objetivo– vendrían a demostrar la hipótesis contraria, es decir, la

---

<sup>63</sup> Por ejemplo, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas a través del informe A/HRC/14/24/Add.6 sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias, a cargo de Philip Alston (p. 25: <<http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/14session/A.HRC.14.24.Add6.pdf>> de la versión en inglés, única disponible en línea) (acceso en diciembre de 2013); o en opinión de la ONG Human Rights Watch en su informe titulado *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*: <<http://www.hrw.org/reports/2012/11/19/losing-humanity-0>> (acceso en diciembre de 2013).

<sup>64</sup> ROYAKKERS, L. & VAN EST, R. (2010), «The Cubicle Warrior: The Marionette of the Digitalized War», *Journal of Ethics and Information Technology*, vol. 12, issue 3, september, pp. 289-296, p. 289.

<sup>65</sup> UNITED STATES AIR FORCE (2009), «Unmanned Aircraft Systems Flight Plan 2009-2047», Headquarters United States Air Force, Washington DC, p. 41: <<http://www.govexec.com/pdfs/072309kp1.pdf>> (acceso en diciembre de 2013).

<sup>66</sup> GROSSMAN, D. (2009), *On Killing – The Psychological Cost of Learning to Kill in War and Society*, Nueva York: Back Bay Books, p. 98.

<sup>67</sup> CUMMINGS, M. L. (2006), «Automation and Accountability in Decision Support System Interface Design», *The Journal of Technology Studies*, vol. 32, issue 1, pp. 23-31, p. 26.

<sup>68</sup> ROSENBAUM, R. (2010), «Ban Drone-Porn War Crimes», *Slate Magazine*: <[http://www.slate.com/articles/life/the\\_spectator/2010/08/ban\\_droneporn\\_war\\_crimes.html](http://www.slate.com/articles/life/the_spectator/2010/08/ban_droneporn_war_crimes.html)> (acceso en diciembre de 2013).

<sup>69</sup> NEITZEL, S. & WELZER, H. (2012), *Soldaten: On Fighting, Killing, and Dying*, Nueva York: Alfred A. Knopf Inc. ed., p. 62.

diferencia entre un piloto de combate y el operador de un *drone* es precisamente que este último, al contrario que el primero, puede de hecho ver y observar a su víctima con detenimiento antes de tomar la decisión de actuar. ¿Difiere eso en mucho de lo que pueda ver desde su puesto un observador avanzado de Artillería...? ¿Puede concluirse que uno es más «culpable» que otro? Paradójicamente, los *drones* permiten ganar distancia física frente al adversario pero también un acercamiento personal mucho más minucioso a través del estudio de sus hábitos y estilo de vida. Un operador DUO que pasa semanas enteras observando su objetivo no puede decirse que se encuentre «distante» y por ello mismo «indiferente» a cuanto acontece a su alrededor. Es más que dudoso que un combatiente pueda dar mayores muestras de humanidad simplemente por el hecho de enfrentarse al adversario cuerpo a cuerpo y a cara descubierta. El machete usado por un genocida ruandés o la pistola *Luger* utilizada por un oficial encuadrado en las *Waffen-SS* alemanas no son ejemplos históricos de conciencia humanitaria precisamente. Antes al contrario, un operador DUO dispone de más tiempo incluso para obtener asesoramiento jurídico en torno a la legalidad del objetivo y lo que es aun más importante, el hecho de que todo lo que sucede en la operación está siendo grabado permitiría en un momento posterior inculpar o disculpar su acción ante un tribunal de justicia. Por mucho reproche moral que se quiera plantear, lo que prohíbe el Derecho humanitario internacional es todo abuso o engaño destinado a causar males superfluos o males innecesarios en la conducción de las hostilidades, castigando tales conductas como crímenes de guerra, pero no el recurso a medios y tácticas dirigidas de forma legítima contra objetivos legítimos. Creer que el combate desde la distancia es menos honroso que otras formas de combate podría llevarnos a concluir que la conducta de un *muyahidín* que se oculta sistemáticamente entre la población civil y utiliza niños como bomba-trampa es mucho más aceptable, al menos dentro de una lógica endiablada, que la del operador de un *drone* situado a miles de kilómetros de la zona de operaciones.

«Bien hayan aquellos benditos siglos que carecieron de la espantable furia de aquestos endemoniados instrumentos de la artillería...» nos dejó dicho el ilustre Miguel de Cervantes por boca de Don Quijote<sup>70</sup>, como queriendo

---

<sup>70</sup> «(...) á cuyo inventor tengo para mí que en el infierno se le está dando el premio de su diabólica invención, con la cual dio causa que un infame y cobarde brazo quite la vida á un valeroso caballero, y que sin saber cómo ó por dónde, en la mitad del coraje y brío que enciende y anima á los valientes pechos, llega una desmandada bala, disparada de quien quizá huyó y se espantó del resplandor que hizo el fuego al disparar de la maldita máquina, y corta y acaba en un instante los pensamientos y vida de quien la merecía gozar luengos siglos...», Miguel de Cervantes Saavedra, *El Ingenioso Hidalgo Don Quijote de La Mancha*, Palencia: F. Ortega ed., 1884, p. 401.

maldecir a quien se oculta en la distancia: ¿acaso quienes ahora condenan el empleo de *drones* no están siendo los «quijotes» de nuestro tiempo...?

## VI. LOS «DRONES» Y LA GESTIÓN DE OBJETIVOS: DISTINCIÓN, PROPORCIONALIDAD, PRECAUCIÓN

Si existe una actividad crítica en operaciones militares de conflicto armado a la que todas las demás se subordinan y donde con mayor intensidad se presenta la dicotomía entre el principio de necesidad militar y el principio de humanidad como fuerzas motrices del Derecho internacional humanitario<sup>71</sup>, esa actividad es la de gestión de objetivos. También denominada *targeting* en los países de habla inglesa, no consiste solo en saber «dar en el blanco» o en «tener buena puntería». Se trata de algo más. Ocurre frecuentemente que el resultado trágico de muchas operaciones militares se ha debido a la confusión de términos operacionales como «precisión en el tiro» o lo que en la jerga de la OTAN también se llama *accuracy of fire/justesse de tir*<sup>72</sup>, es decir, el grado de precisión de un tiro o disparo traducido en la localización del punto de impacto del proyectil en el objetivo y, por otro lado, el concepto de «tiro de precisión», es decir, la capacidad necesaria para lograr la destrucción de un objetivo según todas y cada una de las consideraciones y principios políticos, militares y legales que rigen las operaciones militares. Para llevar a cabo «tiros de precisión», tal y como exigen los principios del Derecho internacional humanitario, no solo hace falta agudeza sino que entran también en juego otros factores y variables operacionales, físicas o medioambientales como son los mecanismos de mando y control, los medios informáticos, las comunicaciones y la función de inteligencia, reconocimiento y observación (C4ISR en sus siglas en inglés:

---

<sup>71</sup> Sendos principios, pese a lo que a simple vista pueda parecer, distan mucho de ser contradictorios entre sí. Antes al contrario, uno y otro se retroalimentan y sirven de base a otros tantos principios que sirven para «operacionalizarlos» en los distintos textos positivos o costumbres internacionales. Por ejemplo, un principio como el que prohíbe explícitamente el empleo de armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra de tal índole que causen males superfluos o sufrimientos innecesarios (art. 35.2 del Protocolo Adicional I de 1977) obedece al doble propósito de evitar «sufrimientos innecesarios» (lógica humanitaria) y a la par autoriza implícitamente aquellas armas, proyectiles, materias y métodos de hacer la guerra que causen «sufrimientos necesarios» (lógica operacional). Se trata, por así decirlo, de las dos caras de una misma moneda. Los *drones*, por el hecho de permanecer su tripulación a salvo y por sus sistemas de sensores, conjugan el principio de necesidad militar (economía de fuerzas) con el principio de humanidad (ayudan a evitar bajas civiles).

<sup>72</sup> NATO/OTAN (2013): Glossary of Terms and Definitions, Allied Administrative Publication 6 (2013), p. 2-A-1. <<http://nsa.nato.int/nsa/zPublic/ap/aap6/AAP-6.pdf>> (acceso en diciembre de 2013).

*Command, Control, Communications, Computers, Intelligence, Surveillance, and Reconnaissance*), las condiciones meteorológicas o el estado de la mar o del terreno. Se puede tener muy buena puntería o se puede disponer de misiles guiados por láser pero si falla alguno de los elementos C4ISR se pueden provocar, también, auténticas catástrofes. En 1988 la tripulación del buque de la Armada estadounidense *USS Vincennes* derribó un avión de pasajeros iraní a pesar de contar con el sofisticado sistema de protección *Aegis*. Pese a que los ordenadores del sistema indicaban que el avión estaba ganando altura a 500 metros por minuto y alejándose del buque, la tripulación interpretó los datos del sistema erróneamente, entendiéndolo que se trataba de una aeronave militar en maniobra de descenso, y a fin de defenderse de lo que creían que era una amenaza inminente, derribaron el aparato con las trágicas consecuencias ya conocidas. En el informe redactado tras el incidente se apuntó como posible explicación del mismo a una combinación de estrés, excesiva fijación de cada uno en sus cometidos ignorando otras circunstancias del entorno y, desde luego, una errónea interpretación de los datos disponibles<sup>73</sup>. Dicho de otro modo, el misil lanzado impactó en el objetivo («precisión en el tiro») pero una mala interpretación de los datos disponibles (inteligencia, información, etc.) frustró lo que de otro modo hubiese sido un «tiro de precisión» necesario para enfrentar una amenaza real. Durante la guerra del Golfo (1990-1991), la quema de los pozos de petróleo kuwaití por las fuerzas iraquíes en retirada no tenía por objeto preferente, al contrario de lo que muchos pensaron entonces, dañar la economía de ese país sino provocar densas columnas de humo que dificultasen la identificación de objetivos por parte de las fuerzas aéreas de la coalición multinacional, llegando a tener que ser canceladas por este motivo hasta un 50% de las salidas aéreas previstas<sup>74</sup>. En 2001 sendos ataques por parte de las fuerzas de Estados Unidos contra unos almacenes del Comité Internacional de la Cruz Roja Internacional en suelo afgano también sirven de ejemplo a cuanto decimos. Los misiles «dieron en el blanco» pero un sistema de comunicaciones deficiente entre las fuerzas de la coalición y errores humanos en cuanto a la identificación del objetivo (datos de inteligencia) llevó a ese fatal desenlace<sup>75</sup>. Y es sin lugar a dudas en escenarios de conflicto asimétrico, tan habituales

---

<sup>73</sup> Véase este informe en el sitio: <<http://homepage.ntlworld.com/jksonc/docs/ir655-dod-report.htm>> (acceso en diciembre de 2013).

<sup>74</sup> CORDESMAN, A. & WAGNER, A. (1994), *The Lessons of Modern War – Volume IV: The Gulf War*, Boulder: Westview Press, p. 563.

<sup>75</sup> MURPHY, S. D. (2002), «Terrorist Attacks on World Trade Center and Pentagon, Contemporary Practice of the United States Relating to International Law», *American Journal of International Law*, vol. 96, issue 1, pp. 237-255, p. 247.

ahora y en un futuro<sup>76</sup>, haciendo frente a un adversario de entidad no estatal que se oculta entre la población civil como táctica para compensar su inferioridad operacional<sup>77</sup>, donde con más crudeza se presenta la crítica distinción entre «precisión en el tiro» y «tiro de precisión» y donde con mayor claridad se demuestra la versatilidad de los *drones* en misiones de reconocimiento o de combate. Hoy en día nadie discute el carácter convencional y a la vez consuetudinario de los principios legales que rigen la gestión de objetivos militares (*targeting*)<sup>78</sup>, tanto en los conflictos tradicionales de carácter internacional como en aquellos otros de carácter interno que se producen entre Estados y entidades distintas de los Estados o exclusivamente entre estas<sup>79</sup>. Se trata de los principios de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque<sup>80</sup>. Principios que, por otro lado, se aplican indistintamente en operaciones terrestres, navales o aéreas y sea esto con medios tripulados o no tripulados siempre que puedan afectar en tierra a la población civil, a las personas civiles y a bienes de

---

<sup>76</sup> MÜNKLER, H. (2003), «The Wars of the 21<sup>st</sup> Century», *International Review of the Red Cross*, vol. 85, issue 849, pp. 7-22, p. 21.

<sup>77</sup> MINISTÈRE DE LA DÉFENSE (2010), *Doctrine de Contre-Insurrection au Niveau Tactique*, París: Centre de Doctrine d'Emploi des Forces, p. 43.

<sup>78</sup> En la doctrina conjunta española recibe la denominación de «gestión de objetivos» y se define como «el proceso a través del cual se determinan los efectos necesarios, sobre cada uno de los objetivos físicos, para alcanzar los objetivos fijados por el Comandante Operacional, identificando las acciones que conduzcan a lograr los efectos deseados, seleccionando y priorizando los medios disponibles y sincronizando los fuegos entre sí y con otras capacidades militares. El proceso de gestión de objetivos “targeting” es básico en la aplicación de los fuegos conjuntos, aunque incluye también la gestión de recursos no letales, como determinadas acciones de operaciones de información.», MINISTERIO DE DEFENSA (2009), *Manual PDC-01, Doctrina para la Acción Conjunta de las Fuerzas Armadas*, Estado Mayor de la Defensa, Madrid, p. 39. Esta definición, por otro lado, viene a coincidir en lo esencial con la establecida a nivel aliado en la publicación NATO/OTAN (2011), *AJP-3 (B), Allied Joint Doctrine for the Conduct of Operations*, STANAG 2490, p. 1-13.

<sup>79</sup> Sendos tipos de conflicto armado tienen su regulación convencional en las Convenciones I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y en los Protocolos Adicionales I, II y III de 1977. Estados Unidos e Israel, aun no siendo Estado parte en los Protocolos Adicionales, reconocen sin embargo el carácter consuetudinario de muchos de sus principios, en particular los relativos a la gestión de objetivos.

<sup>80</sup> Comentarios autorizados a estos principios básicos en SANDOZ, Y, SWINARSKI, C. & ZIMMERMANN, B. (1987), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, International Committee of the Red Cross, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers. Por lo que se refiere a los principios de distinción y proporcionalidad el Tribunal Internacional de Justicia tiene declarado, en su Opinión Consultiva sobre la Amenaza o el Empleo de Armas Nucleares de 8 de julio de 1996, que ambos principios de Derecho internacional consuetudinario deben ser respetados por todos los Estados sean o no firmantes de las Convenciones donde se recogen porque se trata de principios intransgredibles (sic) (párrafo 79, p. 33). Texto del dictamen en el sitio: <[http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory\\_1996-07-08.pdf](http://www.icj-cij.org/homepage/sp/advisory/advisory_1996-07-08.pdf)> (acceso en diciembre de 2013).

carácter civil y sean estas de carácter ofensivo o defensivo por virtud del art. 49.1 del Protocolo Adicional I de 1977. También se aplican a todos los ataques desde el mar o desde el aire contra objetivos en tierra, pero no afectan de otro modo (art. 49.3 del Protocolo) a las normas de Derecho internacional aplicables en los conflictos armados en el mar o en el aire<sup>81</sup>. En este último caso, por muy particular que pueda ser el combate aire-aire o aire-superficie, las reglas de distinción, proporcionalidad y precaución en el ataque deben ser observadas en la medida que las operaciones afecten a personas civiles o a objetos civiles.

El principio de distinción se encuentra formulado en los textos positivos en el art. 48 del Protocolo Adicional I de 1977 (art. 13 del Protocolo Adicional II) y obliga a los contendientes a distinguir en todo momento entre población civil y combatientes, y entre bienes de carácter civil y objetivos militares y, en consecuencia, dirigir sus operaciones únicamente contra objetivos militares. El «tiro de precisión» es la base esencial de este principio pues, como ya hemos dicho antes, esto exige algo más que «precisión en el tiro». Exige, basándonos en el verbo de la definición legal de objetivo militar, «destruir total o parcialmente, capturar o neutralizar» el objetivo correctamente<sup>82</sup>. Y dicha corrección no lo es únicamente de acuerdo con el Derecho internacional sino ajustándose también al Derecho interno español y, en particular, a las limitaciones, condiciones y circunstancias de carácter político y militar impuestas por las posibles Reglas de Enfrentamiento y órdenes generales o particulares, cualquiera que sea su forma, dictadas para la operación. El empleo de *drones* presenta algunas singularidades a estos efectos en comparación con otras plataformas tripuladas como una aeronave militar, un buque de guerra o un carro de combate. En principio, el ataque a objetivos materiales correría parejo legal y operacionalmente a todos aquellos en que se empleen medios convencionales, en el bien entendido que hoy por hoy parece existir consenso en torno a lo que debe

<sup>81</sup> Enumerar todos los tratados y convenciones que existen sobre la guerra en el mar o en el aire escapa del objeto del presente trabajo. El Manual de San Remo sobre el Derecho Internacional Aplicable a los Conflictos Armados en el Mar y su equivalente para la guerra aérea, el Manual de la Guerra Aérea y con Misiles, contienen un acervo de costumbres para estos ámbitos de la guerra. No obstante, el art. 49.4 del Protocolo Adicional I de 1977 se encarga de aclarar, por si existiese alguna duda, que sus disposiciones sobre gestión de objetivos «completan» todas aquellas normas de Derecho internacional que se refieren a la protección de las personas civiles y de los bienes de carácter civil contra los efectos de las hostilidades en tierra, en el mar o en el aire.

<sup>82</sup> Art. 52.2 del Protocolo Adicional I de 1977: «Los ataques se limitarán estrictamente a los objetivos militares. En lo que respecta a los bienes, los objetivos militares se limitan a aquellos objetos que por su naturaleza, ubicación, finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar o cuya destrucción total o parcial, captura o neutralización ofrezca en las circunstancias del caso una ventaja militar definida». Este concepto viene a reforzar, a su vez, el propio principio de distinción entre objetivos militares y población civil y objetos civiles del art. 48 del Protocolo.

considerarse que de un modo u otro «contribuye eficazmente a la acción militar» del adversario, tal y como exige el concepto legal de objetivo militar del art. 52.2 del Protocolo Adicional I. Es decir, contribuye eficazmente a la acción militar todo lo que sirva para el esfuerzo militar propiamente dicho del adversario, sus «centros de gravedad» por decirlo de otro modo, como son los órganos de mando y control, buques de guerra, acuartelamientos o depósitos militares, así como todo lo que sirva para apoyar dicho esfuerzo como son fábricas de munición, astilleros destinados a la reparación de buques de guerra o aeropuertos destinados a uso militar o, llegado el caso, infraestructuras civiles cuando se utilicen con una finalidad militar. Algunos países, como los Estados Unidos de América, incluyen también, no obstante, aquellas entidades que contribuyen a garantizar el «sostenimiento» de la acción militar como pudieran ser instalaciones destinadas a la exportación de materias primas de las que dependa la economía del adversario, plataformas petrolíferas o incluso las redes informáticas del sistema bancario<sup>83</sup>. El uso de *drones* resultaría especialmente idóneo en estos casos cuando se quiera evitar poner en riesgo a las tripulaciones y cuando el objetivo a batir exija tal grado de precisión que resulte necesario observar con detenimiento los movimientos de personas, vehículos, buques o aeronaves. El uso de *drones* presenta mayores singularidades cuando se trata de objetivos personales. En un conflicto armado de carácter internacional existen dos categorías de personas que pueden convertirse en objetivo militar: miembros de las Fuerzas Armadas (dejando a salvo personal sanitario y religioso) y civiles que participen directamente en las hostilidades<sup>84</sup>. Aquí también, los *drones* vuelven a ser un hecho significativamente distinto a los medios convencionales. Para un operador de *drones* aéreos cuyo puesto se encuentre en un CAOC situado a miles de kilómetros del área de operaciones esto representa una ventaja y a la vez un inconveniente. Podrá seleccionar, elegir y tratar el objetivo con mucha mayor tranquilidad y sin las penalidades y servidumbres que impone encontrarse en zona de combate. Todos los datos de información e inteligencia que aporta el *drone* serán vitales para la generación de la correspondiente orden de tareas aéreas (ATO: *Air Tasking Order*), donde irá recogido el objetivo que debe destruir o neutralizar en cada salida, el

---

<sup>83</sup> Es el concepto que ellos manejan del *war-sustaining* y que resulta reflejado, entre otros, en el Manual oficial de Derecho Operacional que utilizan los asesores jurídicos. Véase esto en JAG LEGAL CENTER & SCHOOL (2013), *Operational Law Handbook*, Charlottesville: International and Operational Law Department, p. 23. La doctrina oficial sobre asesoramiento jurídico operacional de la OTAN desconoce, sin embargo, esta subcategoría. Véase esto a su vez en NATO/OTAN (2010), *NATO Legal Deskbook*, Second Edition, Bruselas, p. 249.

<sup>84</sup> Arts. 4.a y 33 de la Convención III de Ginebra de 1949 y art. 51.3 del Protocolo Adicional I de 1977.

armamento que debe emplear e incluso la hora prevista para el ataque. Sin embargo, él mismo es a su vez objetivo militar del adversario y si llega a abandonar la base o centro de operaciones al término de la jornada o servicio, recoge a sus hijos del colegio y marcha a su domicilio a pernoctar estaría poniendo en riesgo a su propia familia por cuanto que, siendo objetivo militar y estando admitido el daño colateral por el Derecho internacional humanitario –como más adelante examinamos–, esa vivienda (con él y su familia dentro) podría ser objetivo militar legítimo<sup>85</sup>. Por otro lado, dada su condición de combatiente, goza de todos los privilegios inherentes a dicha condición y, en particular, al estatuto de prisionero de guerra si llegara a caer en poder del adversario<sup>86</sup>. Lo mismo podría decirse del ingeniero o empleado de una empresa encargada del funcionamiento del *drone* mientras dure su participación en las tareas laborales propias de su especialidad o profesión (especialistas informáticos, controladores de tiro, etc.)<sup>87</sup>. Cuestión distinta sería aquella categoría de empleados civiles o contratistas cuyo cometido se limita a tareas de mantenimiento o de gestión con carácter accesorio, tales como revisiones periódicas, gestiones comerciales o seguimiento de contratos. En cuanto al ámbito espacial operacional, los conceptos de «aérea de operaciones», «zona de combate», «teatro de operaciones», «zona de exclusión marítima», «área de responsabilidad» o «campo de batalla» son categorías operacionales y políticas desconocidas para el Derecho internacional humanitario, dejando a un lado determinados espacios especialmente protegidos por este como pudieran ser las «zonas desmilitarizadas», «zonas y localidades sanitarias» y «zonas neutralizadas»<sup>88</sup>. Otra cosa es que en el pasado sí se haya hecho referencia a un «teatro de la guerra»

---

<sup>85</sup> Excepción hecha del operador de un *drone* terrestre asignado al servicio sanitario (arts. 24 y 25 de la Convención I de Ginebra de 1949 y art. 9.2 del Protocolo Adicional I de 1977). Llegado el caso podría ocurrir que operadores militares de condición combatiente y de condición sanitaria –que no exige necesariamente que pertenezcan a los Cuerpos de Sanidad de las Fuerzas Armadas– estuviesen compartiendo la misma sala en un CAOC; uno sería objetivo militar legítimo, el de la videoconsola que se sienta a su lado y con el que acaba de compartir un café, no. Al terminar la jornada uno sigue siendo objetivo militar legítimo incluso en su casa y con su familia dentro; el otro, no. ¿Se niega alguien a creer que no estamos ante una revolución en los asuntos *legales* militares?

<sup>86</sup> Art. 4.a de la Convención III de Ginebra de 1949.

<sup>87</sup> Llegado el caso podrían acogerse al estatuto de prisionero de guerra siempre que cumplan los requisitos impuestos por el art. 4.a de la Convención III de Ginebra de 1949. En caso contrario, estaríamos ante personas civiles que en caso de captura podrían ser juzgadas por el Estado adversario de acuerdo con sus leyes penales nacionales y que son objetivo militar legítimo para el adversario mientras dura esa participación directa en las hostilidades.

<sup>88</sup> Art. 60 del Protocolo Adicional I de 1977, art. 23 de la Convención I de Ginebra de 1949 y art. 15 de la Convención IV de Ginebra de 1949.

por los tratados de *ius in bello*<sup>89</sup> o que por razones operacionales (despliegue de la fuerza, logística y organización) o estratégicas (intereses políticos y diplomáticos del Estado) y de acuerdo con la costumbre internacional un Estado beligerante decida unilateralmente declarar una «zona de exclusión» que podrá ser aérea o marítima<sup>90</sup>. En nuestra opinión, producida una situación de conflicto armado internacional los adversarios y sus aliados tienen derecho a enfrentarse en cualquier lugar que no sean territorios sometidos a la soberanía de otros Estados que se hayan declarado neutrales, excluyendo las zonas económicas exclusivas de estos últimos y siempre que los contendientes respeten sus derechos sobre estos espacios marítimos<sup>91</sup>. Y esta libertad de movimientos es un factor crítico para operar con *drones* aéreos, de superficie o submarinos porque permite la proyección de la fuerza en el espacio allí donde resulte más oportuno en términos estratégicos. Los principios legales de la gestión de objetivos y todo el Derecho internacional humanitario en general se fundamentan en dos parámetros: el umbral de violencia alcanzado (conflicto armado) y la condición de la persona (combatiente-no combatiente), dejando a un lado restricciones impuestas por el respeto al Derecho de la neutralidad que afecte a terceros Estados. Otro asunto es que los contendientes decidan, de forma unilateral o paccionada y por la razón que sea, imponer restricciones espaciales a las operaciones militares en forma de Reglas de Enfrentamiento, órdenes tácticas, directivas, etc., en cuyo caso estaríamos más ante una cuestión operacional que afecta al Derecho interno que de estricto Derecho internacional. En conflictos de carácter no internacional sí que podrían tener algún sentido estas delimitaciones espaciales hasta el punto de condicionar la aplicabilidad o bien del Derecho internacional humanitario, o bien del Derecho interno e internacional con todas las protecciones relativas a los derechos humanos, y ello porque el criterio espacial sí que resulta mencionado como condicionante en los textos positivos<sup>92</sup>. Y es en este tipo de conflictos donde los *drones*, por su capa-

---

<sup>89</sup> Tal y como sí que se hacía en los Anexos a la Convención II de La Haya de 1899 (arts. 39 y 57 del Reglamento Anexo Relativo a las Leyes y Usos de la Guerra Terrestre) y a continuación en la Convención IV de La Haya de 1907 (art. 39 ídem). Lo más significativo es que esa referencia al «teatro de la guerra» se hace sedes sistemáticas tan ajenas a la conducción de las hostilidades como son los artículos dedicados al armisticio o a la recepción de combatientes y heridos en país neutral.

<sup>90</sup> Como hizo Gran Bretaña al declarar unilateralmente una *Total Exclusion Zone* en torno a las Islas Malvinas en 1982. Lo cual, por cierto, no evitó que a continuación sus fuerzas navales hundiesen el buque de guerra argentino *General Belgrano* cuando navegaba fuera de esa zona.

<sup>91</sup> HEINTSCHEL VON HEINEGG, *The Law of Armed Conflict at Sea*, *op. cit.*, pp. 485-486.

<sup>92</sup> Por la sencilla razón de que el art. 1.1 del Protocolo Adicional II de 1977 sí que declara expresamente que resulta de aplicación a (el subrayado es nuestro): «todos los con-

cidad de observación y capacidad de tiro de precisión, demuestran una vez más su utilidad operacional. La gestión de objetivos personales en un conflicto de carácter no internacional presenta numerosos retos, siendo uno de ellos la difícil distinción entre quienes participan en las hostilidades –que casi nunca lo hacen a cara descubierta– y el resto de la población. En un ambiente donde, en definitiva, se utiliza como táctica el confundirse con la población civil y a esta incluso como escudo protector, la cuestión de la distinción no resulta baladí. Algo que además complica este tipo de escenarios asimétricos ya que ganar el apoyo de la población civil es el objetivo fundamental sobre el que pivota toda la campaña<sup>93</sup>. En este caso podrían ser objetivo militar tres categorías de individuos: aquellos que pertenecen a las Fuerzas Armadas disidentes, aquellos que pertenecen a grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte del territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el Protocolo Adicional II, y aquellos otros individuos que participen directamente en las hostilidades<sup>94</sup>. A efectos de convertirse en objetivo militar las dos primeras categorías lo son con carácter permanente siempre y cuando en este último caso el individuo desarrolle una «función continua de combate» dentro de la organización (imparten órdenes, seleccionan objetivos, emplean las armas, etc.)<sup>95</sup>. Aquellos individuos que no desarrollen tal función dentro de la organización (suministran armas, fabrican artefactos explosivos improvisados tipo IED, etc.) y aquellos otros individuos que se limiten a llevar a cabo actos hostiles ocasionalmente (hostigan a las tropas con fuego de armas ligeras por la noche y acuden a su puesto de trabajo por la mañana) tan solo son objetivo militar durante la ejecución del acto hostil y durante aquellos otros actos ante-

---

flictos armados que no estén cubiertos por el artículo 1 del Protocolo adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I) y que se desarrollen en el territorio de una Alta Parte contratante entre sus fuerzas armadas y fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo.».

<sup>93</sup> EJÉRCITO DE TIERRA (2008), *Contrainsurgencia*, Publicación Doctrinal PD3-301, Mando de Adiestramiento y Doctrina, pp. 2-4.

<sup>94</sup> Art. 1 del Protocolo Adicional II de 1977.

<sup>95</sup> Según criterio del Comité Internacional de la Cruz Roja expresado en la Guía para Interpretar la Noción de Participación Directa en las Hostilidades según el Derecho Internacional Humanitario. Esta guía no tiene carácter normativo pero su solidez descansa en la autoridad moral de la Cruz Roja y en la preparación de los expertos que intervinieron en su redacción. Consúltese en el sitio: <[http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc\\_003\\_0990.pdf](http://www.icrc.org/spa/assets/files/other/icrc_003_0990.pdf)> (acceso en enero de 2014). También disponible en la Revista Internacional de la Cruz Roja, vol. 90, n.º 872, 2008, pp. 991-1047.

rios y posteriores desarrollados con ocasión del mismo<sup>96</sup>. Se crea así el llamado efecto de la «puerta giratoria» que permite a estos individuos recuperar su inmunidad como persona civil durante el lapso de tiempo que media entre cada acto hostil realizado, convirtiéndose en una especie de «travestis» legales cuyos beneficios explotan a conveniencia. Entrarían también aquí aquellos individuos pertenecientes a grupos armados organizados que no cumplan con los requisitos señalados: mando responsable, control operativo del territorio y aplicación del Protocolo Adicional II. Esto último resulta especialmente relevante porque ayuda a distinguir aquellas bandas o grupos terroristas (utilizan el incumplimiento del Derecho internacional humanitario como táctica habitual) de lo que en puridad es un «grupo armado organizado» con derecho a participar en las hostilidades, distinguiéndose así el civil que es «participante legítimo» del simple delincuente o terrorista. En todo caso, los actos hostiles llevados a cabo por estos individuos terroristas solo tendrán la consideración de «participación directa en las hostilidades» cuando afecten a las hostilidades propiamente dichas, es decir, cuando dichos actos consistan en «actos que por su naturaleza y finalidad tengan por objeto causar daño al personal y al equipo de las fuerzas armadas», tal y como tiene dicho el Comité Internacional de la Cruz Roja<sup>97</sup>; tal y como figura de una u otra forma desde los primeros tratados internacionales que han abordado la guerra, como por ejemplo ya establecía la parte preambular de la Declaración de San Petersburgo de 1868 relativa a la prohibición del uso de determinados proyectiles en tiempo de guerra<sup>98</sup>; y tal y

<sup>96</sup> *Ibid.*, p. 67 (de la versión electrónica).

<sup>97</sup> SANDOZ, Y, SWINARSKI, C. & ZIMMERMANN, B. (1987), Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, *op. cit.*, sec. 1942, p. 618. El Estado de Israel, por ejemplo, no es signatario del Protocolo Adicional I de 1977 y su Corte Suprema consideró en una sentencia relativa a las «ejecuciones extrajudiciales» dictada en 2006 que los «actos hostiles» llevados a cabo por quienes practican el terrorismo en un conflicto armado incluyen aquellos que por su naturaleza y finalidad persigan causar daños a la población civil, criticando la definición demasiado restrictiva del concepto contenido en la obra de Sandoz et al., sugiriendo por tanto su ampliación a dicho ámbito (el subrayado es nuestro): «It seems that acts which by nature and objective are intended to cause damage to civilians should be added to that definition [a la de Sandoz et al.].» (párrafo 33 de la sentencia).

<sup>98</sup> «Considerando (...) Que la única finalidad legítima que los Estados deben proponerse durante la guerra es el debilitamiento de las fuerzas militares del enemigo.»; criterio refrendado en SASSÓLI, M. (2003), *Legitimate Targets of Attacks under International Humanitarian Law*, Program on Humanitarian Policy and Conflict Research at Harvard University, Cambridge, p. 3; ver también la sentencia del Tribunal de Núremberg *United States vs. Wilhelm List, et al.* (también conocida como «The Hostage Case») en *Hostage Case, Judgment of 19 February 1948, Trials of War Criminals Before the Nuremberg Military Tribunals Under Control Council Law n.º 10, volume XI/2, p. 1.254*; y la sentencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso Galić (ICTY-9829-T, Trial Chamber I, 5 december 2003), párrafo 44 y nota aclaratoria n.º 76 (el subrayado es nuestro): «The

como, en sentido inverso, resulta también de los escasos tratados internacionales que han abordado el fenómeno del terrorismo durante las últimas décadas, donde la comunidad internacional nunca tuvo intención de militarizar la lucha antiterrorista, al menos hasta aquel fatídico 11 de septiembre de 2001<sup>99</sup>. Y aquí es donde, de nuevo, los *drones* son traídos a colación frente a los riesgos para la población civil que puede plantear el recurso a los ataques aéreos convencionales o el riesgo inherente al empleo de equipos de operaciones especiales. Aparte de incluir armamento de menor poder destructivo que un avión de caza y de hallarse exento su operador de los rigores propios del combate presencial a los que está sometido un experto en operaciones especiales, los *drones* permiten que el comandante operacional y su asesor jurídico puedan estudiar a conciencia los hábitos y costumbres de estos individuos a través del denominado «análisis del patrón de vida» (*pattern of life analysis*)<sup>100</sup> y decidir el ataque en el momento táctico más adecuado (cuando no hay civiles en las inme-

---

principle of military necessity acknowledges the potential for unavoidable civilian death and injury ancillary to the conduct of legitimate military operations. However, this principle requires that destroying a particular military objective will provide some type of advantage in weakening the enemy military forces».

<sup>99</sup> Que el terrorismo, por naturaleza, se dirige siempre contra la población civil y tiene en ella su objetivo fundamental como medio para poder alcanzar los fines políticos o criminales que sean resulta de la propia literalidad de los tratados internacionales en materia antiterrorista, que excluyen de su ámbito de aplicación a los medios militares, de aduanas y de policía: Convenio de Tokio de 1963, sobre infracciones y ciertos actos cometidos a bordo de las aeronaves (art. 1.4); Convenio de La Haya de 1970, para la represión del apoderamiento ilícito de aeronaves (art. 3.2); Convenio de Montreal de 1971, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la aviación civil (art. 4.1); Convenio de Nueva York de 1973, sobre la prevención y el castigo de delitos contra personas internacionalmente protegidas, inclusive los agentes diplomáticos (no prevé su aplicación a misiones militares internacionales que no estén acogidas al régimen diplomático y consular); Convenio de Roma de 1988, para la represión de actos ilícitos contra la seguridad de la navegación marítima (art. 2.1) y de su versión refundida según el Protocolo de Londres de 2005 (art. 2.1); Convenio de Nueva York de 1979, contra la toma de rehenes (el concepto de rehén se define de forma genérica: persona en poder o detenida por otra); Convenio de Nueva York de 1997, sobre atentados terroristas cometidos con bombas (en su parte preambular reconoce que las fuerzas militares de los Estados se rigen en esta materia por normas de Derecho internacional situadas fuera del marco del Convenio); y Convenio de Nueva York de 1999, para la represión de la financiación del terrorismo (art. 2.1.b: comete delito en el sentido del Convenio quien, entre otros (el subrayado es nuestro): «lleva a cabo un acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades (...))».

<sup>100</sup> Los drones aéreos permiten hacer un seguimiento minucioso del individuo, de sus movimientos, de sus hábitos de vida y costumbres, permitiendo localizar y seleccionar objetivos cada vez más sofisticados de los que incluso se ignora el nombre e identidad pero de los que se tiene constancia que constituyen una amenaza. Esta afirmación, atribuida a un responsable de la lucha antiterrorista de los Estados Unidos, en el periódico Los Angeles Times, edición de 5 de mayo de 2010: <<http://articles.latimes.com/2010/may/05/world/la-fg-drone-targets-20100506>> (acceso en enero de 2014).

diaciones, cuando está colocando un explosivo, cuando se encuentra en una azotea y empuñando un arma, etc.). Empero, la distinción antes aludida entre un civil «participante directo» y un terrorista tiene también otra consecuencia práctica de primer orden: el terrorista es un sujeto que lleva a cabo una actividad criminal con ocasión de un conflicto armado, teóricamente quedaría al margen de las hostilidades porque sus «actos hostiles» (incendios, estragos, colocación de artefactos explosivos, secuestros, asesinatos, etc.) están dirigidos no contra las Fuerzas Armadas sino contra la población civil y con el propósito de atemorizarla, si bien para lograr un fin ulterior (evitar que colaboren con las Fuerzas Armadas, crear un clima de inseguridad, forzar la voluntad de un Gobierno, etc.). Esta categoría de individuos, estemos ante un conflicto internacional o no internacional, deberían ser sometidos a detención militar, internamiento y posterior enjuiciamiento criminal o, en caso de riesgo inminente de ir a cometer un atentado, quedar sujetos a su neutralización si fuera necesario. Siempre se podrá argumentar que el resultado práctico entre dirigir un ataque contra un civil que participa directamente en las hostilidades y un terrorista que atemoriza a la población es el mismo: en ambos casos se produce su muerte. Sin embargo, en el primer caso estamos ante un individuo al que se ha despojado de su inmunidad por razón de su participación en las hostilidades; en el segundo, ante un delincuente común. Muchos de los que abogan por la legalidad de las «ejecuciones selectivas» o «extrajudiciales» de los miembros de grupos terroristas parecen ignorar este hecho y prefieren seguir considerándoles civiles que «participan directamente en las hostilidades» para justificar así su ejecución selectiva, basada en una cualidad subjetiva más que en la objetividad de sus actos. Pretenden, por así decirlo, acogerse a los márgenes mucho más permisivos del uso de la fuerza que establece el Derecho internacional humanitario frente a la rigurosidad del Derecho internacional de los derechos humanos, es decir, de un contexto de ausencia de conflicto armado donde el ejercicio de potestades públicas se traduce en «hacer cumplir la ley». Por supuesto, si ese mismo individuo dirigiese sus actos contra el personal o el material de las Fuerzas Armadas, en ese caso sí que pasaría a convertirse en un civil que «participa directamente en las hostilidades» y, por consiguiente, sí que sería un objetivo militar legítimo y su abatimiento entraría dentro de la lógica operacional y legal. Por decirlo de otro modo, un combatiente que se enfrenta a otro combatiente, a un civil que participa directamente en las hostilidades o a una persona civil o población civil empleando tácticas terroristas (ambulancia simulada con explosivos, ataques deliberados o indiscriminados contra la población civil, etc.) se diría que está cometiendo actos de perfidia y probablemente crímenes de guerra. Ahora bien, un civil que emplea la misma táctica contra las Fuerzas Armadas perdería su inmunidad y pasa a convertirse en

objetivo militar legítimo; si hiciera lo mismo contra la población civil estaría cometiendo un acto de terrorismo y como tal debería ser juzgado, tendría derecho a que se respete su vida, a un juicio justo y a todas las demás garantías y salvaguardas personales y procesales previstas en la Ley nacional e internacional. De hecho, el art. 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas prohibiendo el uso de la fuerza entre los Estados y los distintos tratados internacionales que en materia de derechos humanos<sup>101</sup> prohíben las ejecuciones arbitrarias casi sin matices entre estos y las personas en situaciones de ausencia de conflicto armado, nos llevan a creer, y no somos los únicos, que este tipo de políticas son, por definición, ilegales<sup>102</sup>. Ello, incluso, aunque un Estado autorice a otro la entrada en su territorio en situaciones o bien de conflicto armado –se aplicaría según los casos el Derecho internacional humanitario (permite el daño colateral bélico) o el Derecho internacional de los derechos humanos (admite la privación de la vida en ciertos casos de orden público)– o en ausencia de este –se aplicaría únicamente este último–. Cuestión distinta es que razones de política criminal residencien luego la competencia para juzgar los delitos de terrorismo en tribunales de naturaleza militar y con leyes penales y procesales específicamente dirigidas a castigar el terrorismo. La idea de capturar vivo o muerto a quien es considerado una amenaza estratégica para la seguridad del Estado o de sus intereses políticos o militares no es en absoluto nueva. Napoleón le puso precio a la cabeza de nuestro compatriota Juan Martín Díez, El Empecinado, durante la guerra de la Independencia (1808-1814); los Estados Unidos mandaron una expedición militar a México en 1916, con el visto bueno del presidente Venustiano Carranza, para la captura del jefe revolucionario Pancho Villa; y el líder rifeño Abd el-Krim prefirió entregarse a los franceses en 1926 antes que caer en manos de las autoridades españolas del Protectorado marroquí. Ahora bien, las consideraciones estratégicas no deberían interponerse ni

<sup>101</sup> Ambos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y particularmente el art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 reconocen el derecho inherente a la vida sin que nadie pueda ser privado de ella arbitrariamente. Sin embargo, dejando a un lado las directrices impartidas al respecto en 1990 por las Naciones Unidas («Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley»), es en el art. 2 de la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, tratado de alcance regional aplicable a España, donde tras la afirmación de este derecho encontramos excepciones cuando la privación se produzca, entre otras causas, por el uso de la fuerza que sea absolutamente necesario para: «detener conforme a derecho a una persona o impedir la evasión de un preso o un detenido legalmente». Ni que decir tiene que la jurisprudencia tanto del Tribunal Internacional de Justicia (ONU) como del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Consejo de Europa) han ido evolucionando hasta llegar a admitir la proyección extraterritorial de estos instrumentos cuando el Estado en cuestión ejerce algún tipo de control o jurisdicción, espacial o personal, sobre el titular del derecho a la vida.

<sup>102</sup> Informe Alston, doc. cit., párrafo 10.

falsar la distinción clásica entre el Derecho de la guerra y el Derecho de la paz. Violentar esta distinción sería tanto como admitir un estado de inseguridad jurídica permanente o hacer de lo que es excepcional (una situación de conflicto armado) algo habitual pero de menor intensidad. Es esta, como podemos comprobar, una de las zonas de mayor fricción entre el Derecho internacional humanitario y el Derecho internacional de los derechos humanos, que no se autoexcluyen sino que se complementan uno a otro, y una de las zonas donde con mayor claridad podemos comprobar la influencia de la política sobre el Derecho<sup>103</sup>. De hecho, la política de *targeted killings* o «ejecuciones premeditadas», «ejecuciones arbitrarias», «asesinatos selectivos» –expresiones que se han convertido en un mantra para muchos–, seguida por algunos países es un claro ejemplo de esto, si bien dicha expresión fue acuñada por sus creadores con un sentido inverso al que luego se le ha querido dar<sup>104</sup>.

Tampoco se puede descartar la importancia de los *drones* en aras de la vigencia del principio de distinción en aquellas situaciones donde se combinan el enfrentamiento directo defensivo u ofensivo con el adversario (TIC: *Troops In Contact*) y el apoyo aéreo cercano (CAS: *Close Air Support*). Este supuesto táctico se produce cuando una patrulla detecta la presencia del adversario en una aldea, una granja, un edificio o tras una colina y solicita fuego de apoyo a las fuerzas aéreas. El factor tiempo tiene un valor crítico en estas situaciones porque está en juego la protección de la patrulla, la rápida identificación del

---

<sup>103</sup> La violencia que practica un terrorista no es la misma cuando tiene a la población civil como objetivo que cuando en su lugar tiene una fuerza militar. El hecho de que la eficacia de la lucha antiterrorista (necesidad política) lleve a alterar la naturaleza de las instituciones jurídicas es un claro ejemplo de su influencia sobre el Derecho. Más sobre la inequívoca naturaleza «militar» del concepto jurídico-bélico de necesidad militar en BOTHE, M., PARTSCH, K. & SOLF, W. (1982), *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, p. 196.

<sup>104</sup> El Tribunal Supremo de Israel, en su sentencia ya célebre de 2006 dictada al respecto, interpretó la expresión *targeted killing* en el sentido de tratarse precisamente de una práctica guiada por los principios del *targeting* (en oposición a la arbitrariedad), es decir, por los principios propios de la gestión de objetivos como son la distinción entre civiles y combatientes y la proporcionalidad de los daños incidentales o colaterales causados a la población civil: The Supreme Court Sitting as the High Court of Justice, HCJ 769/02, *The Public Committee against Torture in Israel et al. vs. The Government of Israel et al.*: «(...) The attitude behind the “targeted killing” policy is that the weapons should be directed exclusively toward those substantially involved in terrorist activity.», p. 45; «However, even under the difficult conditions of combating terrorism, the differentiation between unlawful combatants and civilians must be ensured. That, regarding the issue at hand, is the meaning of the “targeting” in “targeted killing”.», en p. 46. Ello sin perjuicio, en nuestra opinión, de que esta política parte de la ficción de equiparar a una organización terrorista (no tienen un mando responsable y no conducen las hostilidades de conformidad con el Derecho internacional humanitario) a otras entidades distintas de los Estados a las que sí reconoce el Derecho internacional en caso de conflicto armado.

objetivo y evitar su posible fuga, así como la incolumidad de los civiles que nada tengan que ver con el enfrentamiento y de sus propiedades. Si este fuego de apoyo lo prestaran aeronaves convencionales (un avión de combate o un helicóptero) se le plantearía un dilema al comandante operacional: el ruido de los motores probablemente alertara al adversario de la presencia de la aviación, induciéndole a huir o a enfrentarse a la amenaza aérea con riesgo para la tripulación; por otro lado, estaría en juego también la seguridad de la patrulla y de las personas civiles que puedan encontrarse en las inmediaciones. Pues bien, el operador de un *drone* tendría un margen de tiempo mucho más prolongado para identificar al adversario y atacarle que el tiempo del que dispone el piloto de un avión a reacción y ello sin asumir el riesgo que, como posible alternativa, correría el piloto de un helicóptero poniendo en peligro su vida en maniobras a baja altitud. A esto añádase la ventaja añadida de poder localizar con exactitud mediante vídeo, infrarrojos o con radar de apertura sintética (para ver a través del humo, las nubes o la niebla) la ubicación de las tropas propias y de los posibles civiles que haya en las inmediaciones. Por decirlo con cifras: de las 35 bajas propias que se produjeron durante la guerra del Golfo (1990-1991), 11 fueron debidas a las enormes presiones y limitaciones que debe soportar un piloto convencional en misiones CAS<sup>105</sup>. Situaciones tácticas «TIC/CAS» podrían resolverse con mayor éxito probablemente en términos de evitar bajas civiles empleando *drones* en lugar de medios convencionales. A esta conclusión no somos nosotros los únicos que hemos llegado, aunque disintamos alguna que otra vez con quien lo dice<sup>106</sup>.

Consecuente con el principio de distinción también existe la prohibición de llevar a cabo ataques que sean indiscriminados. Este principio se encuentra formulado en el art. 51.4 del Protocolo Adicional I de 1977 y tiene asimismo rango de costumbre internacional. Esta prohibición despliega un triple efecto: no se pueden llevar a cabo ataques que no estén dirigidos contra un objetivo militar concreto, ni los que emplean métodos (tácticas, técnicas, procedimientos, etc.) o medios de combate que no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto, ni los que emplean métodos o medios de combate cuyos efectos sea imposible limitar. Si trasladásemos estos principios abstractos al ámbito de las operaciones, es decir, si los «operacionalizamos», podemos comprobar, una vez más, la enorme versatilidad táctica y humanitaria de los *drones* de combate. En el primer caso, nos encontramos con armamento que pudiendo ser dirigido contra un objetivo personal o material concreto y legítimo es utili-

<sup>105</sup> COYNE, J. (1992), *Air Power in the Gulf*, Arlington: Air Force Association, p. 103.

<sup>106</sup> HUMAN RIGHTS WATCH (2008), *Troops in Contact – Airstrikes and Civilian Deaths in Afghanistan*, Nueva York: Human Rights Watch, pp. 29-30.

zado, sin embargo, indiscriminadamente contra todo tipo de objetivos militares y objetos o personas civiles existentes en un punto concreto del espacio. Por ejemplo, un bombardeo «a ciegas» sobre territorio enemigo donde coexisten objetivos prohibidos y legítimos o el lanzamiento indiscriminado de misiles desde un *drone* aéreo o terrestre contra los vehículos militares y civiles que transitan por una autopista. El «tiro de precisión» que permiten los *drones* unido a la posibilidad de registrar las conversaciones y grabar imágenes en vídeo eliminaría cualquier duda o sospecha que pudiese existir en torno a cómo, por quién o por qué fue empleado indiscriminadamente el armamento del *drone* en casos así. Dicho de otro modo, pondría en evidencia la culpabilidad del operador o del comandante operacional que por negligencia o imprudencia hubiese empleado el armamento de un *drone* en una situación así, ignorando que podría acabar impactando en núcleos de población civil o contra objetos civiles. Esta prohibición es distinta del hecho de atacar directamente un objeto civil o a personas civiles burlando voluntariamente lo dispuesto por los arts. 48 (distinción), 51.2 (inmunidad de personas civiles) y 52.1 (inmunidad de objetos civiles) del Protocolo Adicional I de 1977 (art. 13.2 del Protocolo Adicional II) y por la costumbre humanitaria internacional<sup>107</sup>. El segundo supuesto nada tiene que ver con la imprudencia del operador o de quienes intervienen en el «círculo OODA» sino con las limitaciones propias del método o del medio empleado. El régimen de prohibición de determinados tipos de armamento es un claro ejemplo de medios que «no pueden dirigirse contra un objetivo militar concreto»: las minas antipersona o las municiones en racimo. La incorporación de este tipo de armamento a un *drone* convertiría lo que es una simple plataforma en un medio prohibido de combate. Otro ejemplo, un *drone* aéreo de combate dotado de suficiente grado de autonomía como para poder llevar a cabo acciones cinéticas por sí solo y con nula o escasa presencia del agente humano en el «círculo OODA» podría entrar ocasionalmente dentro de esta prohibición, a menos que contara con suficiente inteligencia artificial como para poder distinguir entre objetivos militares y personas civiles u objetos civiles y, en consecuencia, dirigirse solo contra los primeros. Esto tampoco quiere decir que, de no ser así, su posible uso tuviera que ser descartado de antemano. Nosotros entendemos que empleado en escenarios donde únicamente existiesen objetivos militares como podría ocurrir en alta mar y lejos de las rutas de navegación marítima, contra formaciones de carros de combate o tropas de Infantería en zonas desérticas o en escenarios análogos, su uso como una alternativa más de combate sería conforme con el Derecho internacional hu-

---

<sup>107</sup> HENCKAERTS, J.M. & DOSWALD-BECK, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law – Volume I: Rules*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 37-45.

manitario. Otro supuesto de medio ocasionalmente prohibido sería el empleo de un *drone* cuyos sensores y radares no funcionen correctamente en determinadas condiciones meteorológicas. Por ejemplo, a temperaturas superiores o inferiores a ciertos grados centígrados y aun así, por negligencia, decidir su uso en operaciones. También podría citarse como prohibición ocasional en cuanto al método de combate el uso de *drones* terrestres UGV en escenarios urbanos empleando tácticas de «geometría inversiva»<sup>108</sup>, esto es, evitando los espacios exteriores, avanzando a través de túneles, permaneciendo dentro de los edificios, buscando el objetivo mediante el tránsito horizontal por habitaciones y estancias a base de violentar muros y tabiques; y el vertical horadando puntos de acceso a través de techos y suelos. Lo anterior, como ya hemos señalado antes, caería dentro de la prohibición salvo que se tuviese la absoluta seguridad de que dentro del inmueble o entorno urbano existen solo objetivos militares y no personas civiles. En el tercer supuesto de prohibición nos encontramos con *drones* a los que se ha incorporado armamento cuyos efectos sean ilimitados. Armas químicas o bacteriológicas, por ejemplo, las cuales, aparte de encontrarse prohibidas expresamente, de llegar a ser empleadas desde un *drone* directa y certeramente sobre objetivos legítimos, sus efectos se trasladarían luego a la población civil en forma de epidemias o contagios masivos. Estas tres clases de prohibiciones contra ataques indiscriminados son en algunos casos, como hemos visto, solo circunstanciales. No todos los escenarios posibles a los que debe enfrentarse un comandante operacional incluirán siempre personas civiles u objetos civiles, como tampoco por ese mismo hecho debería concluirse que un determinado método (táctica, técnica o procedimiento) o medio de combate (un *drone*) deba ser o no legítimo, pues ya hemos visto que las condiciones del terreno o de la meteorología son factores críticos que pueden influir en su legalidad. De nuevo, tener «precisión en el tiro» no implica necesariamente tener «tiro de precisión».

Otra consecuencia práctica del principio de distinción trasladado al proceso de gestión de objetivos cuando se emplean *drones* sería la prohibición

---

<sup>108</sup> Táctica que comenzó a ser empleada por las Fuerzas de Defensa de Israel en 2002 y que fue bautizada así por su comandante operacional por aquel entonces, el general Aviv Kohavi. En el movimiento y la maniobra en entornos urbanos esta táctica desafía todos los principios de la arquitectura y del urbanismo. El movimiento define al espacio y no a la inversa. Las tropas transitan por todos los rincones imaginables menos por aquellos previstos en el diseño convencional para dicho uso: vías públicas, aceras, puertas de acceso a viviendas, huecos de escaleras, ventanas, pasillos, etc., invirtiendo completamente las reglas de la sintaxis urbana. Esto en WEIZMAN, E. (2006), «Walking Through Walls – Soldiers as Architects in the Israeli-Palestinian Conflict», *Radical Philosophy*, issue 136, march/april, pp. 8-22, pp. 8-9; y con más detalle en WEIZMAN, E. (2009), «Lethal Theory, 2030: War Zone Amsterdam – Imagining the Unimaginable, Open», *Cahier on Art and Public Domain*, issue 18, pp. 80-99, p. 81.

de atacar al adversario que se encuentre fuera de combate. Está establecida en los arts. 41 del Protocolo Adicional I de 1977 y 4.1 del Protocolo Adicional II, por la costumbre humanitaria internacional<sup>109</sup>, y su incumplimiento es un crimen de guerra de acuerdo con el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Se encuentran fuera de combate aquellos que están en poder de uno de los contendientes, heridos, náufragos y enfermos, así como aquellos que hayan expresado su intención de rendirse. Un caso ejemplar de esto último –hito en la historia de la aviación no tripulada– ocurrió durante la guerra del Golfo (1990-1991) cuando un grupo de soldados iraquíes comenzó a ondear sábanas y camisetas blancas en señal de rendición ante un *drone* aéreo que sobrevolaba sus posiciones<sup>110</sup>. En algún lugar se ha llegado a sugerir que los *drones*, por su condición de medios no tripulados, presentan el doble inconveniente de no poder practicar de hecho la captura del enemigo que se rinde o se encuentra herido o bien que, llegado el caso, aquellos *drones* que gozan de un alto grado de autonomía no sean capaces de interpretar la actitud de estos combatientes protegidos y procedan a atacarles sin más<sup>111</sup>. Nosotros rechazamos ambas argumentaciones. En primer lugar, la opción táctica de captura es una más de entre aquellas otras opciones en las que puede consistir un ataque, las cuales están previstas dentro del concepto legal de «objetivo militar» contemplado, por ejemplo, en el art. 52.2 del Protocolo Adicional I de 1977 y que incluyen «la destrucción total o parcial, la captura o la neutralización del objetivo.». En ocasiones podrá ocurrir que la captura tenga mayor relevancia táctica que la destrucción total o parcial o que la neutralización, bien porque el objetivo personal pueda ser fuente de información, bien por su alto valor político, o bien por cualquier otra razón operacional o estratégica. Por ejemplo, una estación emisora de radio que, una vez neutralizada, podrá ser utilizada en beneficio propio. Por otro lado, si se ha decidido el empleo de medios no tripulados en una operación en particular, la imposibilidad que tiene un *drone* aéreo de capturar un objetivo es la misma que la que pueda tener el piloto de un avión de combate y debería entrar dentro del planeamiento inicial de la operación plantearse esta hipótesis. Dicho de otro modo, existen ocasiones en las que por la razón operacional que sea (inexistencia de fuerzas terrestres en las inmediaciones, limitaciones normativas en forma de Reglas de Enfrentamiento, etc.)

<sup>109</sup> HENCKAERTS, J.M. & DOSWALD-BECK, L. (2005), *Customary International Humanitarian Law*, *op. cit.*, pp. 164 y ss.

<sup>110</sup> SINGER, P. (2009), Military Robots and the Laws of War, *The New Atlantis, A Journal of Technology and Society*, issue 23, Winter, pp. 25-45, p. 28.

<sup>111</sup> LIU, H.-Y. (2012), «Categorization and Legality of Autonomous and Remote Weapon Systems», *International Review of the Red Cross*, vol. 94, issue 886, pp. 627-652, pp. 645-646; y en igual sentido Human Rights Watch (2012), *Losing Humanity: The Case Against Killer Robots*, *op. cit.*, pp. 34-35.

no existe otra opción posible que emplear *drones* aéreos de combate, en cuyo caso y ante las muestras inequívocas de rendición que pueda ofrecer un objetivo, el comandante operacional debería plantearse o bien ordenar la suspensión del ataque, o bien su ejecución. Se trata de un difícil dilema y su resolución es parte de la acción y responsabilidad de mandar. Entendemos que suspender el ataque puede producir el efecto perverso de estar fomentando así «rendiciones en masa» de individuos pérfidos que, una vez superado el peligro, vuelven a tomar las armas y a combatir. Ahora bien, atacar a quien se rinde no solo es contrario al Derecho internacional humanitario sino que podría considerarse incluso un crimen de guerra<sup>112</sup>. En segundo lugar, por lo que se refiere a la imposibilidad hipotética que pueda tener un *drone* aéreo autónomo para distinguir actos propiamente hostiles de cualquier otro acto de rendición o abandono de las armas, eso formaría parte de la prohibición ya analizada de llevar a cabo ataques indiscriminados. Se trata, por consiguiente, de una cuestión relativa al método, que en este caso daría lugar a un ataque indiscriminado, más que al medio en sí. Por esta razón, consideramos muy aventurado hablar de una prohibición per se y con carácter general del *drone* autónomo de combate. Habría que estar al caso concreto, a la amenaza particular a la que se va a hacer frente, para determinar si el empleo de uno de estos *drones* en situaciones tácticas así constituye un ataque indiscriminado y por ello mismo, prohibido. Existen escenarios donde el objetivo puede no incluir la presencia de combatientes y el empleo de estos medios no presentaría ningún problema legal. Tal es el caso, por ejemplo, de los ataques contra vías de comunicación deshabitadas o de los ataques contra otros medios no tripulados aéreos, terrestres o de superficie. Parafraseando al coronel John R. Boyd, del que ya hemos hablado, ambos ejemplos demuestran que llegado el caso de estar «fuera del círculo OODA» no significa necesariamente estar «fuera de la Ley».

El proceso de gestión de objetivos o *targeting* está limitado adicionalmente por el principio de proporcionalidad. Si el principio de distinción permite saber qué objetivo puede ser atacado, el de proporcionalidad permite saber cuándo debería o no ser atacado. Este principio está codificado en el art. 57.2.a.iii del Protocolo Adicional I de 1977: «abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista.». Tiene asimismo naturaleza consuetudinaria y en el Protocolo Adicional II pudiera inferirse de la apelación

---

<sup>112</sup> Art. 8.2.b.vi del Estatuto de la Corte Penal Internacional: «Causar la muerte o lesiones a un combatiente que haya depuesto las armas o que, al no tener medios para defenderse, se haya rendido a discreción».

al sentido de humanidad que figura en el texto de su art. 4. Su contravención está considerada como un crimen de guerra enjuiciable por la Corte Penal Internacional, de cuyo tratado constituyente España forma parte<sup>113</sup>. Si existe un principio de Derecho internacional humanitario donde con mayor intensidad se reproduce la tensión entre el imperativo jurídico, la oportunidad política y la necesidad militar ese es, desde luego, el principio de proporcionalidad y a continuación, bajo el prisma de su «operacionalización», veremos porqué. De entrada, no existen fórmulas matemáticas o científicas para calcular con cifras cuándo un ataque infringe el principio de proporcionalidad. Naturalmente esta regla no es aplicable a las lesiones o muerte causadas al personal combatiente o a aquellas personas que aun no siéndolo participen sin embargo directamente en las hostilidades, así como tampoco a los daños o destrucción total o parcial que se cause a los objetivos militares de carácter material. Del mismo modo, tampoco tienen la consideración de daños incidentales las simples molestias o inconveniencias que las operaciones militares puedan ocasionar a la población civil (cierre de carreteras, controles de identificación, cortes en el suministro de luz o de agua, etc.). Los daños, en todo caso, han de ser excesivos, término comparativo y no absoluto, y la referencia lo es a la ventaja militar concreta y directa «prevista», es decir, a la que el comandante operacional pudo prever antes de ordenar el ataque en función de la información de la que disponía y no de la ventaja que efectivamente resulte una vez efectuado el mismo. En ocasiones puede ocurrir que la muerte de varios civiles puede no ser desproporcionada si se trata de un objetivo de carácter personal muy cualificado. Por ejemplo, un líder o jefe militar de importancia o un centro estratégico de mando y control. A la inversa, también podría ocurrir que la muerte de un solo civil sea desproporcionada si se trata de un objetivo sin categoría, empleo o responsabilidad significativa. Muchos ejércitos siguen métodos rigurosos como el CDEM (*Collateral Damage Estimation Methodology*)<sup>114</sup> para el cálculo de los posibles daños colaterales provocados por un ataque en función del objetivo seleccionado y al armamento elegido para abatirlo, pudiendo determinar de

---

<sup>113</sup> Art. 8.2.b.iv del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. Si bien, en un alarde de claridad y concisión por parte de sus redactores, dicho estatuto habla de daños «manifiestamente» excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa «de conjunto» que se prevea.

<sup>114</sup> Existe un artículo en esta materia que consideramos fundamental en operaciones aéreas. Su autor, comandante de la Fuerza Aérea de los Estados Unidos, ha sabido combinar con maestría disciplinas tan dispares como la Historia, el Arte Operacional y el Derecho de los conflictos armados en un auténtico ejemplo de cómo se practica (o debería practicarse) el Derecho operacional: REYNOLDS, J. D. (2005), «Collateral Damage on the 21<sup>st</sup> Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for a Moral High Ground», *The Air Force Law Review*, vol. 56, pp. 1-108.

antemano el posible número de bajas, los efectos que producirá el impacto y la onda expansiva, grado de las quemaduras, mutilación de órganos, etc. Ahora bien, si la totalidad de la fuerza aérea enemiga ha sido destruida: ¿puede la destrucción posterior de un depósito de misiles aire-aire justificar la muerte de veinte civiles ajenos por completo a las hostilidades? Se trata de una regla de difícil «operacionalización», donde no caben formulaciones holísticas y en la que habrá que estar a las circunstancias del caso concreto. Dicho de otro modo, que los daños sean o no excesivos estará en función de la ventaja militar «concreta y directa» que se espera obtener con el ataque. En los ataques a aquellos objetivos que por naturaleza son militares no existe margen de duda para identificar esa ventaja «concreta y directa». Ahora bien, cuando se trata de objetivos militares «ocasionales», como por ejemplo una emisora de radio que hace las veces de centro de mando y control o una central eléctrica utilizada por las fuerzas militares del adversario, el sentido de lo concreto y lo directo –ambos lo suficientemente expresivos– debería también ponderarse, no obstante, con los perjuicios que a largo plazo podrían ocasionarse también a la población civil. Y esto, aplicado a los *drones* aéreos, medios de por sí precisos, nos lleva a un concepto estratégico de mucho arraigo durante los últimos años en las fuerzas aéreas de Occidente conocido como Operaciones Basadas en Efectos (EBO: *Effects Based Operations*) y consistente, en lo que se refiere a la gestión de objetivos, en buscar victorias rápidas y sin apenas daños colaterales a base de batir con audacia los principales centros de gravedad del enemigo, logrando su parálisis y forzando su rendición sin tener que recurrir al empleo de fuerzas terrestres<sup>115</sup>. El problema que plantea este tipo de operaciones, cuyo epítome son los ataques aéreos múltiples y simultáneos por el procedimiento expeditivo de la «guerra paralela» (*Parallel Warfare*)<sup>116</sup>, es que podrían desviarse del sentido «concreto y directo» de la ventaja militar que exige este principio cuando se elige como objetivo cualquier «centro de gravedad» no estrictamente militar sino político, industrial, financiero, redes civiles informáticas o de transmisiones, etc., que al momento de decidirse el ataque no estuviera siendo utilizado por el adversario con una finalidad militar específica. Si la gestión «tradicional» de objetivos se dirige siempre a objetivos incuestionablemente militares (un carro de combate) o aquellos que por su finalidad o utilización contribuyan eficazmente a la acción militar (estación de radio, central eléctrica, etc.), entonces la búsqueda de aquellos objetivos que sean militarmente necesarios y políticamente convenientes para lograr el so-

<sup>115</sup> DEPTULA, D. A. (2001), *Effects-Based Operations: Change in the Nature of Warfare*, Arlington: Aerospace Education Foundation, Defense and Airpower Series.

<sup>116</sup> SCHNEIDER, S. M. (2012), *Parallel Warfare: A Strategy for the Future*, BiblioScholar ed. reprint, USA.

metimiento inmediato del adversario podría incluir una amalgama de objetivos unos militares, otros simplemente políticos y otros nada más que financieros, produciéndose en el proceso numerosos daños colaterales de difícil estimación cuando no flagrantes violaciones incluso del propio principio de distinción. Este tipo de operaciones, del que nosotros francamente recelamos, parece haber perdido no obstante parte de su *glamour* inicial<sup>117</sup>.

Para los ataques aire-superficie el Manual de la Guerra Aérea y con Mísiles incluye en el concepto de «ventaja militar» aquellos efectos resultantes del ataque que sean de naturaleza militar y no considerándolos de forma aislada sino en relación al ataque en su conjunto<sup>118</sup>. La «operacionalización» de este principio pasaría por acudir a las reglas elementales de la estrategia para interpretar en qué consiste la «ventaja militar». Por ejemplo, el grado de dominio del espacio terrestre, aéreo o marítimo previsiblemente alcanzado con el ataque y su correlativa negación para el adversario, o la protección de la fuerza, propia o aliada, y el correlativo debilitamiento de la del adversario. Una formación de cazas de combate en pleno vuelo puede ser atacada directamente y destruida o neutralizada (control del aire) o bien, en otro caso, serle impedida su simple salida de la base donde está alojada (negación del aire). En ambos casos hemos alcanzado una ventaja estratégica: el dominio aéreo. Las muertes de civiles o los daños a la propiedad que se provoquen determinarán, en su caso, la proporcionalidad de la ventaja militar obtenida con el grado de control o de negación del aire impuesto al adversario. Esta regla, por decirlo de otro modo, es una regla heurística y por consiguiente no se exige del comandante estratégico, operacional o táctico un estándar de perfección sino de razonabilidad<sup>119</sup>, debiendo atender a lo que, llegado el caso, hubiera hecho cualquier persona bien informada. Los *drones* son medios privilegiados porque permiten, entre otros, calcular la proporcionalidad de un ataque con precisión y con mucho más de-

<sup>117</sup> COLOM PIELLA, G. (2010), «Auge y Caída de la Filosofía Basada en Efectos», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, n.º 794, junio, pp. 522-527; y para un estudio más a fondo desde el punto de vista operacional consúltese MINISTERIO DE DEFENSA (2007), «La Transformación de la Fuerza Aérea para Realizar Operaciones Basadas en Efectos (EBAO)», Centro de Guerra Aérea, Estado Mayor del Aire, Seminario Internacional XVI, Madrid.

<sup>118</sup> Regla 1.w, Manual de la Guerra Aérea y con Mísiles.

<sup>119</sup> En la ya aludida (nota 98) sentencia del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en el caso *Galić* (ICTY-9829-T, *Trial Chamber I*, 5 december 2003), en su párrafo 58, se establece lo siguiente: «In determining whether an attack was proportionate it is necessary to examine whether a reasonably well-informed person in the circumstances of the actual perpetrator, making reasonable use of the information available to him or her, could have expected excessive civilian casualties to result from the attack.»; y en la versión redactada en francés: «Pour déterminer si une attaque était proportionnée, il convient d'apprécier si une personne ayant une connaissance suffisante de la situation dans laquelle se trouvait l'auteur, et exploitant judicieusement les informations à sa disposition, aurait pu prévoir que l'attaque causerait des pertes excessives dans la population civile.»

tenimiento que un medio aéreo, terrestre o de superficie convencional; permiten tener un conocimiento detallado del objetivo y elegir el armamento más adecuado para su tratamiento; permiten anticipar el número de bajas posibles que se producirán entre la población civil; permiten poner a salvo la vida del operador y actuar sin temor al fuego enemigo; y permiten calcular el grado de fuerza cinética que debería aplicarse y, llegado el caso, la que debería aplicarse también de resultar necesario un segundo ataque. En este sentido, si una fuerza posee *drones* y con su uso lograría provocar un número hipotético de bajas inferior que utilizando cualquier otro medio, su empleo no sería un derecho sino un deber desde el punto de vista del Derecho internacional humanitario. Ahora bien, la elección no parece del todo sencilla y ambos parámetros –evitación de daños colaterales y ventaja militar anticipada– exigen también conocer cuál era la información pertinente disponible por el comandante y que le fue posible obtener en el momento del ataque, no perdiendo de vista tampoco el impacto del ataque en el curso general de las operaciones<sup>120</sup>. Podría llegar el caso en el que un comandante, por ejemplo, podría necesitar este tipo de medios de «tiro de precisión» no en el momento de un ataque concreto sino en uno posterior en el que las operaciones se desplacen a un entorno urbano. En estos supuestos no debe perderse de vista que si en lugar de uno de los escasos *drones* de los que pudiera poseer, ordenase el empleo de un medio convencional a fin de reservar aquellos para operaciones ulteriores, la proporcionalidad de las bajas que produjese el ataque con medios convencionales debería calibrarse también con las que probablemente logró evitar en un ataque posterior. El dilema de las bajas entre la población civil (daño colateral) y entre las propias fuerzas (protección de la fuerza) es, sin lugar a dudas, el *talón de Aquiles* de cualquier operación de combate y, por ello mismo, donde mejores respuestas ofrece cualquier medio capaz de permitir llevar a cabo «tiros de precisión». Un *drone* permite eso y poner a salvo al operador y evitaría incluso, o permitiría reducir, la presencia de tropas en el terreno. En este sentido, no es que los *drones* sean un simple «multiplicador de la fuerza» o de las «capacidades

---

<sup>120</sup> Instrumento de ratificación de los Protocolos I y II Adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Boletín Oficial del Estado n.º 177, 26 de julio de 1989): Declaraciones Interpretativas a los arts. 51 a 58, el Gobierno de España «Entiende: que la decisión adoptada por mandos militares y otros con facultad legal para planear o ejecutar ataques que pudieran tener repercusiones sobre personal civil, bienes o similares no puede necesariamente ser tomada más que sobre la base de informaciones pertinentes disponibles en el momento considerado y que ha sido posible obtener a estos efectos.»; y a los arts. 51, 52 y 57: «Entiende que la “ventaja militar” a que hacen referencia tales artículos se refiere a la ventaja que se espera del ataque en su conjunto y no de partes aisladas del mismo.».

operativas», es que de hecho en un futuro no tan lejano podrían ser «la fuerza». En algún lugar se ha dicho, no sin algo de razón, que la opinión pública de los países occidentales está tan sensibilizada con la seguridad de los jóvenes que envían al campo de batalla que casi les consideran «figuras de porcelana que la gente teme vayan a romperse», lo cual lleva –según esta particular forma de razonar– al convencimiento de que «para derrotar al ejército más poderoso del mundo bastaría con algo tan sencillo como provocar bajas entre las clases de tropa.»<sup>121</sup>. Esta afirmación, no obstante, parece ignorar no solo que la ventaja militar es algo protegido por el Derecho internacional humanitario sino, incluso, los fundamentos de transparencia y opinión pública característicos de un Estado democrático. Cuestión de interés resulta ser también los denominados «escudos humanos» y su impacto en la proporcionalidad de un ataque o lo que es lo mismo, la táctica de la «contragestión de objetivos»<sup>122</sup>. A nosotros no nos cabe la menor duda: si se trata de personas civiles que deciden libre y espontáneamente situarse en el interior o en las inmediaciones de un objetivo militar con el propósito de interferir en el curso de las operaciones militares, su conducta constituye un claro ejemplo de participación directa en las hostilidades y, por consiguiente, estas posibles bajas no entrarían en el cómputo de los daños colaterales. Si, por el contrario, se trata de personas civiles que han sido obligadas a colocarse en esa situación de riesgo o si el adversario se aprovecha de la existencia inmediata de un objeto civil para evitar el ataque, ni aquellas ni este pierden la protección humanitaria y pasarían a formar parte del análisis de proporcionalidad.

En fin, como se puede comprobar este es, quizás, uno de los principios más delicados del Derecho internacional humanitario y donde con mayor intensidad se manifiesta la tensión permanente entre el imperativo jurídico, la oportunidad política y la necesidad militar. En cierta ocasión se dijo que «si el Derecho Internacional está en el punto de fuga del Derecho, el Derecho de la Guerra está entonces, con mucha más razón, en el punto de fuga del Derecho Internacional»<sup>123</sup>, y a nosotros nos gustaría terminar esa frase incompleta añá-

---

<sup>121</sup> LIANG, Q & XIANGSUI, W. (1999), *Unrestricted Warfare*, Pekín: PLA Literature and Arts Publishing House, p. 93.

<sup>122</sup> En lengua inglesa se denomina counter-targeting y consiste en la utilización de personas civiles o de objetos civiles como «escudo» protector frente a cualquier ataque. Esta práctica tuvo su epitome contemporáneo durante los inicios de la guerra de Irak (2003-2011) cuando las tropas iraquíes emplazaron equipos y depósitos tácticos en sitios como el hospital central de al-Nasiriya o en un hospital materno-infantil de Bagdad. Véanse más detalles en el informe de Human Rights Watch *Off Target: The Conduct of the War and Civilian Casualties in Iraq*, pp. 72-73: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/usa1203.pdf>> (acceso en enero de 2014).

<sup>123</sup> LAUTERPACHT, H. (1958), «The Problem of the Revision of the Law of War», *British Yearbook of International Law*, vol. 29, Londres, p. 382.

diendo que «si el Derecho de la Guerra está en el punto de fuga del Derecho Internacional, el principio de proporcionalidad está entonces, con mucha más razón, en el punto de fuga del Derecho de la Guerra.».

Tal y como llevamos dicho, el principio de distinción permite saber «qué» objetivos pueden ser atacados y el de proporcionalidad «cuándo» pueden serlo, el siguiente y último que vamos a «operacionalizar» permite saber «cómo» deberían serlo. Estamos hablando del principio de precaución en el ataque, consagrado en los textos escritos en el art. 57 del Protocolo Adicional I de 1977 y de naturaleza indiscutiblemente consuetudinaria<sup>124</sup>. Llegados a este punto sería legítimo dudar en torno a la compatibilidad que pueda existir entre el sentido mismo de precaución y el hecho de la distancia que separa al operador del objetivo que debe atacar. Nosotros vamos a demostrar en las siguientes líneas que precaución y distancia, cuando de *drones* de cualquier género se trata, no solo no resultan términos antagónicos sino que se complementan de tal modo que incluso podría hablarse del deber moral de los Estados de ir incorporando estos medios a sus Fuerzas Armadas. De entrada, sea dicho que la posición legal del operador de un *drone* en poco o casi nada difiere de la de quien maneja o pilota un medio convencional de combate. Aunque el operador esté situado a miles de kilómetros de distancia del lugar del ataque y a distinta franja horaria, las reglas de gestión de objetivos le obligan a él igual que a los demás combatientes. En este sentido, debe tener un cuidado constante de preservar a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil cuando lleva a cabo sus cometidos de ataque en general<sup>125</sup>; debe hacer todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar no son personas civiles ni bienes de carácter civil, ni gozan de protección especial, sino que se trata de objetivos militares y que las disposiciones del resto del Protocolo Adicional I no prohíben atacarlos<sup>126</sup>; debe tomar todas las precauciones factibles en la elección de medios y métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudieran causar incidentalmente entre la población civil, así como los daños a bienes de carácter civil<sup>127</sup>, debe abstenerse de decidir un ataque cuando sea de prever que causará incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista<sup>128</sup>; debe suspender o anular un ataque si se

<sup>124</sup> HENCKAERTS, J.M. & DOSWALD-BECK, L. (2005), Customary International Humanitarian Law, op. cit., pp. 58-65.

<sup>125</sup> Art. 57.1 Protocolo Adicional I de 1977.

<sup>126</sup> Art. 57.2.a.i idem.

<sup>127</sup> Art. 57.2.a.ii idem.

<sup>128</sup> Art. 57.2.a iii idem.

advierde que el objetivo no es militar o que goza de protección especial, o que es de prever que el ataque causará incidentalmente muertos o heridos entre la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que serían excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista<sup>129</sup>; debe dar aviso con la debida antelación y por medios eficaces de cualquier ataque que pueda afectar a la población civil, salvo que las circunstancias lo impidan<sup>130</sup>; y cuando se pueda elegir entre varios objetivos militares para obtener una ventaja militar equivalente, debe optar por el objetivo cuyo ataque, según sea de prever, presente menos peligro para las personas civiles y los bienes de carácter civil<sup>131</sup>.

Adviértase, para empezar, la fórmula condicional empleada por quienes redactaron el Protocolo Adicional I: «todo lo que sea factible», «todas las precauciones factibles», «cuando sea de prever», «si se advierde», «que es de prever», «salvo que las circunstancias lo impidan», así como «según sea de prever». Dicho de otro modo, la tecnología y medios avanzados de los que un comandante dispone sirven para determinar si las precauciones que deben adoptarse antes o durante el ataque son «factibles», o las consecuencias de este «sean de prever» o cuándo resulta posible la elección, vistas las circunstancias, de un medio o método alternativo de combate. Por ejemplo, en la tarea de verificar si un objetivo es militar o no, es decir, si las precauciones que se deben adoptar son factibles o no, juegan un papel de vital importancia los medios de inteligencia, reconocimiento y observación. Algunos Estados o alianzas militares poseen sofisticados sistemas de este tipo: ¿deben por esta razón emplearlos necesariamente antes de llevar a cabo cualquier ataque? Nos inclinamos a pensar que no. Determinar si una precaución es «factible» es más un asunto de «sentido común y buena fe», tal y como una voz muy autorizada tiene dicho<sup>132</sup>, que de estricta y absoluta perfección. Quienes planean, deciden y ejecutan un ataque con *drones* deberían tomar todas las precauciones que adoptaría razonablemente, llegado el caso, cualquier otro combatiente en parecidas o idénticas circunstancias. En el proceso seguido para la toma de decisión podrán influir aspectos tales como la intención del comandante, el estado final deseado con el ataque, imperativos jurídicos, políticos y militares en forma de órdenes o directrices, disponibilidad de medios con los que llevar a cabo «tiro de precisión», datos de inteligencia en torno al objetivo que permitan tener «precisión

<sup>129</sup> Art. 57.2.b *idem*.

<sup>130</sup> Art. 57.2.c *idem*.

<sup>131</sup> Art. 57.3 *idem*.

<sup>132</sup> SANDOZ, Y, SWINARSKI, C. & ZIMMERMANN, B. (1987), *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, *op. cit.*, p. 2.198.

en el tiro», posibles medidas de guerra electrónica aplicadas por el adversario para interferir en los sistemas de comunicación y riesgo que el ataque conlleva para la población civil, los objetos civiles o para las fuerzas propias o aliadas. Ahora bien, también podrán influir en el carácter factible o no de la precaución que deba adoptarse las necesidades futuras de la operación. Sería el caso, por ejemplo, de reservar el uso de *drones* para un momento posterior en que los combates se trasladen a escenarios urbanos, donde los medios capaces de proporcionar « tiro de precisión » serán determinantes en la evitación de daños colaterales. Y por último, no sería nada extravagante entrar en consideraciones económicas. Por decirlo de otra manera: ¿podría el elevado precio de adquisición y mantenimiento de un medio de precisión justificar que no es «factible» su uso en una operación en particular aun a expensas de provocar daños colaterales mucho mayores que si fuera utilizado? La respuesta pasa por un no rotundo. No existe en el Derecho internacional humanitario base alguna para afirmar lo contrario, como tampoco existe una obligación legal de adquirirlos a cualquier trance. Ahora bien, si se poseen, su uso obedece a buena lógica militar y con ello se logra poner a salvo a la población civil y a las propias fuerzas, entonces deberían usarse siempre que, dejando a salvo otras consideraciones operacionales, esto sea factible. Una ventaja que en el ámbito de la precaución «factible» ofrecen los *drones* es la posibilidad de empleo remoto, situándose el operador, el comandante que dirige la operación y el asesor jurídico en una misma sala o centro de operaciones. Ventaja similar solo es posible disfrutarla con estos medios: el operador no padece los inconvenientes y distracciones del fuego enemigo y tanto el comandante como el asesor jurídico están recibiendo información y datos en torno al objetivo en tiempo real o casi real. Algo así hace verdaderamente factible cualquier precaución que el comandante deba adoptar cuando esta consista en obtener consejo legal en torno a la licitud del objetivo —consejo que en este caso consideramos sería un auténtico ejercicio de «asesoramiento jurídico de precisión»—<sup>133</sup>. La regla del «sentido común y buena fe» también debería aplicarse en la adopción de todas las

---

<sup>133</sup> La presencia del asesor jurídico operacional está prevista en el art. 82 del Protocolo Adicional I de 1977 y en el Apartado VII de la Instrucción n.º 1/1999, de 12 de marzo, del Asesor Jurídico General de la Defensa sobre organización del asesoramiento jurídico. Debiendo siempre actuar bajo la dirección técnica de la Asesoría Jurídica General de la Defensa, sin la cual no existiría ni unidad de doctrina dentro del Departamento, ni la suficiente objetividad técnica respecto de la cadena de mando como para emitir dictámenes de conformidad con la Ley (art. 11.2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa y Apartado Segundo de la Instrucción 138/1998, de 15 de junio, del subsecretario de Defensa, por la que se establecen principios de actuación en relación con el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa). Dicho sea esto, de ahí el término «operacional», sin perder nunca de vista las necesidades políticas y militares de la operación.

precauciones factibles cuando se eligen los medios y métodos de combate alternativos de cara a minimizar los daños colaterales. En los ataques combinados a base de *drones* y tropas presentes sobre el terreno un aspecto polémico parece ser<sup>134</sup> aquellas medidas que se adoptan para la protección de la fuerza propia o aliada. La incolumidad de las tropas juega aquí, como lo hace también en el principio de proporcionalidad tras el concepto de «ventaja militar», un importante papel a la hora de determinar si una precaución es factible o no. En las operaciones a base exclusivamente de *drones* el dilema gira en torno al valor estratégico y operacional del medio y el valor inapreciable de las vidas humanas: ¿justifica el carácter deshabitado de un *drone* exponerlo a mayor riesgo, aun a sabiendas de que podría ser derribado con facilidad por el fuego enemigo, con objeto de minimizar los daños colaterales que pudieran ocasionarse con el ataque? La respuesta no parece sencilla. Un *drone* que se pierde es un valioso recurso que se ha perdido para operaciones futuras donde probablemente podría haber evitado o minimizado otros tantos daños colaterales. No obstante, el sentido común y la buena fe indican que debería encontrarse un equilibrio entre la necesidad militar y la necesidad humanitaria. La situación se complica en aquellos ataques que sean combinados, un claro ejemplo de ello son las situaciones «TIC/CAS» de las que ya hemos hablado. ¿Hasta qué punto debería un comandante, a la hora de seleccionar un medio de combate, poner en peligro la seguridad y protección de sus propias fuerzas en orden a evitar o minimizar los daños a las personas civiles o bienes de carácter civil? Los *drones*, como medios de precisión que son por naturaleza, permiten al comandante operacional tener una conciencia exacta de la situación de forma tal que si puede saber el número exacto de personas civiles que existen en las inmediaciones de un objetivo concreto, también puede saber, por la misma razón, el número exacto de tropas propias o aliadas que se encuentran en cualquier otro objetivo alternativo. Esa es, por así decirlo, la grandeza y la tragedia de los *drones*. Estos medios permiten seleccionar un sinfín de objetivos por las enormes ventajas que ofrecen para detectarlos, monitorizarlos e identificarlos, con

---

<sup>134</sup> Durante la operación Allied Force llevada a cabo por la OTAN en la extinta República Federal de Yugoslavia en 1999, la necesidad de preservar la vida de los pilotos llevó a emplear la táctica de vuelos a suficiente altitud como para esquivar las defensas antiaéreas serbias. Ahora bien, a mayor altitud menor es la agudeza visual que tiene un piloto para verificar un objetivo y quizás fue esta la causa de incidentes como, entre otros, el ataque por error a una columna de refugiados albaneses o el ataque a la embajada de China en Belgrado. La operación, no obstante, se saldó sin una sola baja por parte de la Alianza Atlántica. Más sobre esto, aunque disintimos parcialmente con los autores, en HUMAN RIGHTS WATCH (2000), “Civilian deaths in the NATO air campaign”, February, disponible en el sitio: <<http://www.hrw.org/sites/default/files/reports/natbm002.pdf>>. (acceso en enero 2014).

la vista puesta en causar el menor daño colateral posible. Esta ventaja, que en el caso del que posee estos medios su uso «por precaución» se convierte en una obligación legal, también debería ser interpretada dentro de unos límites razonables. Opinamos que tal y como sucede con el resto de las precauciones, únicamente deberían ser tenidos en consideración aquellos objetivos cuyo ataque resulte relevante para el curso de las operaciones y no necesariamente aquel objetivo que siendo un tanto irrelevante lleve consigo, no obstante, el menor riesgo para las personas civiles o los bienes de carácter civil. Por decirlo de otra manera, la regla de la equivalencia en cuanto a la ventaja militar excluye, de entrada, aquellos objetivos insignificantes aun cuando garanticen el menor daño colateral posible, reduciendo el número de objetivos a aquellos que aporten alguna ventaja militar y que, según sea de prever, causarán el menor daño colateral. El cálculo debería incluir también la posible pérdida del *drone* y el riesgo para las tropas propias y aliadas como posible desventaja militar. Evaluadas unas y otras condiciones, la decisión pasará por elegir el objetivo que menos riesgo comporte para las personas o bienes civiles y al mismo tiempo menos riesgo comporte para la integridad del *drone* y de las tropas propias y aliadas. Esta interpretación de lo «factible» desde el punto de vista táctico, incluyente tanto de los daños colaterales como de la seguridad de la fuerza atacante, obedece además a una de las declaraciones interpretativas formuladas por España al momento de ratificar el Protocolo Adicional I de 1977<sup>135</sup>.

En fin, en algún lugar se ha dicho, no sin razón, que el Derecho internacional no exige que no haya bajas en una situación de conflicto armado sino que de haberlas, sea entre las tropas propias o entre la población civil, estas deberían reducirse al máximo<sup>136</sup>, lo cual lleva a la conclusión de que cuanto mayor sea el riesgo para la población civil, mayor debería ser el riesgo exigible a las tropas propias. Una cuestión relevante que podría añadirse a la noción de precaución y distancia del operador es la variable constituida por el grado de autonomía de un *drone* a la hora de detectar, identificar y enfrentar un objetivo por sí solo

---

<sup>135</sup> Instrumento de ratificación de los Protocolos I y II adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional, hechos en Ginebra el 8 de junio de 1977 (Boletín Oficial del Estado núm. 177, 26 de julio de 1989): El Gobierno de España (...) «Entiende: En relación con los artículos 41, 56, 57, 58, 8 y 86 que la palabra «posible» significa que el asunto a que se refiere es factible o posible en la práctica, teniendo en cuenta todas las circunstancias que concurran en el momento en que se produce el hecho. Incluyendo en las mismas aspectos humanitarios y militares.»

<sup>136</sup> ROGERS, A. P. V. (2006), *Law on the Battlefield*, Manchester: Manchester University Press, MPG Books Group, p. 107.

con poca o nula intervención por parte de un agente humano<sup>137</sup>. Los avances tecnológicos podrían llegar a permitir que un *drone* estuviese programado para detectar objetivos militares como un carro de combate o una pieza de artillería. Si la tecnología fuera capaz de esto podría decirse que el empleo del *drone* cumple con el requisito de la toma de precauciones y, por consiguiente, su uso es legal. Ahora bien, si el estado de la inteligencia artificial no permite, por ahora, mecanizar los procesos cognoscitivos humanos en forma de algoritmos, el uso legal de un *drone* de estas características quedaría reducido a aquellos espacios remotos donde no existan ni personas civiles, ni población civil, ni objetos civiles (desiertos, mar abierto o espacios menos remotos en los que se tenga la certeza de que a ciertas horas no existe riesgo para la población). La autonomía, como la distancia, no excluyen de por sí la legalidad de un *drone* como medio de combate. El hecho determinante aquí consiste en saber si los *drones* autónomos cumplen o no con el requisito de la toma de precauciones antes o durante un ataque a través de sus propios sistemas. Ya hemos visto que en ciertas circunstancias operacionales sí podrían ser utilizados. Ahora bien, la adquisición de este tipo de sistemas de armas debería realizarse llevando a cabo antes el estudio previo de legalidad al que obliga el art. 36 del Protocolo Adicional I de 1977<sup>138</sup>.

## VII. «DRONES» FUERA DE CONTROL: LA CUESTIÓN DE LA RESPONSABILIDAD POR USO INDEBIDO

Sea dicho, de entrada, que en la atribución de responsabilidad por el resultado causado mediante el uso indebido de *drones* es fundamental no perder de vista que solo puede ser afirmada sobre la base de la información de la que disponía y le fue posible obtener al autor del hecho en el momento del ataque. Es así como España interpreta oficialmente, entre otros, el contenido del art.

---

<sup>137</sup> Hablamos de autonomía no en la navegación sino en la gestión de objetivos. ¿Hasta qué punto puede influir en la toma de «todas las precauciones factibles» antes o durante un ataque el hecho de que estemos ante una máquina que actúa autónomamente o ante una que lo hace a través de un operador? ¿Está en mejor situación un robot porque ni siquiera padece los «defectos» o «desventajas» de las que pudiera adolecer un ser humano? ¿Es mejor el razonamiento de un robot que el razonar humano? El mismo debate que se produce entre medios tripulados y no tripulados se reproduce aquí, a su vez, entre los medios no tripulados autónomos y aquellos en los que la toma de decisiones depende de un agente humano.

<sup>138</sup> Art. 36, Protocolo Adicional I de 1977: «Cuando una Alta Parte contratante estudie, desarrolle, adquiera o adopte una nueva arma, o nuevos medios o métodos de guerra, tendrá la obligación de determinar si su empleo, en ciertas condiciones o en todas las circunstancias, estaría prohibido por el presente Protocolo o por cualquier otra norma de derecho internacional aplicable a esa Alta Parte contratante.».

57 del Protocolo Adicional I de 1977 y es así como ya quedó expuesto con ocasión de examinar el principio de proporcionalidad. Lo relevante será saber si los datos de los que disponía quien decidió el ataque eran suficientes o si existieron precauciones adicionales que no fueron tomadas y que, de haber sido tomadas, le hubieran permitido saber si se trataba de un objetivo legítimo, si el ataque era proporcionado en relación a la ventaja militar y si fue llevado a cabo minimizando el posible daño colateral e incidental. Por ejemplo, si el *drone* funcionaba correctamente entonces la responsabilidad se desplaza del fabricante al operador, salvo que existan otras causas concurrentes como la posible existencia de medidas de guerra electrónica o *ciberataques* que interfirieron en los sistemas informáticos. Dicho esto, si existió sin embargo un defecto en el sistema y eso fue lo que llevó a efectuar el ataque, entonces la responsabilidad sería del fabricante. También habría que tener en consideración el posible empleo por parte del adversario de tácticas de perfidia, «escudos humanos» o cualquier otra actividad que interfiriera en el ataque. No parece razonable responsabilizar al operador por errores imputables al sistema en sí, a la acción del adversario o a cualquier otro evento que escapa a su voluntad. Ahora bien, si el operador actuó con negligencia por no haber adoptado todas las precauciones posibles sea por descuido o sea por una creencia errónea y acaba cometiendo un ilícito penal: ¿es responsable de un crimen de guerra? Diríamos que no porque no adoptar todas las precauciones posibles antes o durante un ataque no constituye de por sí un crimen de guerra. El Estatuto de la Corte Penal Internacional, por ejemplo, exige siempre el elemento intencional en la formulación de los crímenes de guerra consistentes en ataques contra la población civil en cuanto tal o contra las personas civiles que no participen directamente en las hostilidades<sup>139</sup>, ataques contra los bienes civiles<sup>140</sup>, ataques contra el personal, instalaciones, material, unidades o vehículos participantes en una misión de mantenimiento de la paz o de asistencia humanitaria de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas<sup>141</sup> o ataques desproporcionados<sup>142</sup>. La intencionalidad presente en todas estas conductas excluye, desde luego, aquellas otras conductas llevadas a cabo con negligencia o por imprudencia. Por lo que se refiere a la responsabilidad de los comandantes, esta se configura del mismo modo que si se tratase de una operación con medios convencionales. Todo comandante o jefe militar es responsable penalmente por los crímenes cometidos por las fuerzas que se encuentren bajo su mando y control o bajo su autoridad y control, según los casos, en razón de no haber ejercido un control apropia-

<sup>139</sup> Art. 8.2.b.i del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>140</sup> Art. 8.2.b.ii ídem.

<sup>141</sup> Art. 8.2.b.iii ídem.

<sup>142</sup> Art. 8.2.b.iv ídem.

do sobre estas cuando sabía o hubiere debido saber que estaban cometiendo crímenes de guerra y no hubiese adoptado todas las medidas razonables para evitar su comisión<sup>143</sup>. Tal y como llevamos dicho, si la simple negligencia o imprudencia presente en la posible no adopción por el operador de un *drone* de todas las precauciones posibles antes de un ataque no es un crimen de guerra, entonces del mismo modo la responsabilidad del jefe militar quedaría excluida en el presente supuesto ya que el Estatuto de la Corte Penal Internacional exige, como premisa de la responsabilidad del mando, que sus subordinados estuviesen cometiendo o se propusiesen cometer crímenes de guerra<sup>144</sup>. En todo caso, ante la falta de precaución suficiente antes de un ataque y por las posibles repercusiones que sus consecuencias puedan tener en otros órdenes, la responsabilidad tanto del comandante como del operador debería exigirse conforme a las leyes penales y disciplinarias internas. En el presente supuesto lo relevante sería saber si el comandante sabía o debía haber sabido que el medio o la táctica empleados impedirían tomar todas las precauciones factibles antes del ataque.

Por otro lado, en situaciones de conflicto armado internacional no existe responsabilidad por daños, ni deber de resarcimiento hacia la víctima, por todas aquellas acciones legítimas llevadas a cabo por las Fuerzas Armadas de una de las partes con resultado de muerte, lesiones o daños a la propiedad<sup>145</sup>. No obstante, la responsabilidad de indemnizar a la víctima por daños ilícitos está prevista en el art. 3 de la Convención IV de La Haya de 1907 relativa a las Leyes y Costumbres de la Guerra Terrestre, basándose en infracción del Reglamento que figura como anexo a la misma y aparece también de igual modo en el art. 91 del Protocolo Adicional I de 1977. Este último precepto hace referencia expresa a cualquier infracción que sea contraria a cualquiera de las Convenciones de 1949 o al Protocolo. En otras palabras, este tipo de responsabilidad sería exigible en la cuestión de la toma de todas las precauciones factibles en la gestión de objetivos. Por consiguiente, podría decirse que si la omisión del deber de tomar todas las precauciones posibles antes de un ataque

---

<sup>143</sup> Art. 87 del Protocolo Adicional I de 1977 y art. 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional.

<sup>144</sup> Es lo que en la jurisprudencia internacional se conoce como la *underlying offence* o crimen subyacente, sin el cual no cabe hablar de la responsabilidad del mando (sentencias del Tribunal Penal para la Antigua Yugoslavia en los asuntos *Pavle Strugar* IT-01-42-T, 31 de enero de 2005, párrafo 373; *Oric* IT-03-68-T, 30 de junio de 2006, párrafo 577). Más sobre esto en METTRAUX, G. (2009), *The Law of Command Responsibility*, Oxford: Oxford University Press, pp. 79-80.

<sup>145</sup> El art. 43.2 del Protocolo Adicional I de 1977 establece que los miembros de las Fuerzas Armadas son combatientes, es decir, tienen derecho a participar directamente en las hostilidades; y el art. 44.5 que no podrán ser castigados a consecuencia de sus actividades anteriores cuando caigan en poder de la parte adversa.

con *drones* provoca incidentalmente muertos o heridos en la población civil, daños a bienes de carácter civil, o ambas cosas, que sean excesivos en relación con la ventaja militar concreta y directa prevista (conducta contraria al art. 57 del Protocolo), esto daría lugar a responsabilidad por los daños causados y, en última instancia, al deber de resarcimiento en favor de la víctima. No basta una simple infracción a lo dispuesto en el Protocolo, es necesario que el daño sea evidente, cuantificable y que sea imposible la restitución mediante entrega de bien u objeto equivalente<sup>146</sup>. Dicho esto, si el daño es imputable al funcionamiento defectuoso del *drone* o de cualquiera de sus sistemas, la responsabilidad se centrará en el fabricante<sup>147</sup>. Por su parte, el personal militar responsable de una negligencia en el ejercicio de sus cometidos quedaría sometido a sus propias leyes disciplinarias y el personal civil a los términos del contrato o de la relación que le vincula con las Fuerzas Armadas. Si la conducta fuese de tan poca entidad que no puede hablarse de una infracción contraria a los deberes u obligaciones legales, entonces no existiría ni responsabilidad, ni por consiguiente deber de resarcimiento<sup>148</sup>. Como podemos comprobar, el régimen de responsabilidad en las operaciones con *drones* queda garantizado. El hecho de que el operador se encuentre a miles de kilómetros de distancia de la zona de ataque no impide identificar a quienes pudiesen ser responsables por un mal funcionamiento, negligencias profesionales, ataques constitutivos de crímenes de guerra, etc. El art. 91 del Protocolo Adicional I de 1977 establece los casos en que existe responsabilidad y deber de resarcimiento. Los Estados pueden reservarse, además, el abono de cantidades graciables siempre por razones humanitarias o de otra índole. Quizás la cuestión de la responsabilidad por daños no gire tanto en torno a la distancia en el espacio como al grado de autonomía del *drone*. ¿Quién sería responsable del ataque espontáneo llevado a cabo contra personas civiles u objetos civiles por parte de un *drone* autónomo?

<sup>146</sup> BOTHE, M., PARTSCH, K. & SOLF, W. (1982), *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, op. cit., pp. 1.055 y ss.

<sup>147</sup> Aunque esto es más que discutible en España. Por ejemplo, una vez expedido el correspondiente certificado de aeronavegabilidad por las autoridades aéreas pertinentes, de conformidad con el Real Decreto 2218/2004, de 26 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Aeronavegabilidad de la Defensa: ¿quién es responsable por los defectos estructurales de la aeronave?, ¿el diseñador o el fabricante del *drone*?, ¿la autoridad aérea que ha emitido la certificación? Se trataría en todo caso de una reclamación civil a formular ante los juzgados y tribunales españoles de acuerdo con nuestro Derecho interno.

<sup>148</sup> En este caso nada obsta, tampoco, a que se le concediese una indemnización graciable a la víctima del daño por razones humanitarias. En 1999 los Estados Unidos de América, cuyos efectivos actuaban en una misión de la OTAN, compensaron graciamente a las víctimas del bombardeo accidental de la embajada de China en Belgrado a través de lo que llamaron un voluntary humanitarian payment. Más sobre esto en el sitio: <<http://congressionalresearch.com/RS20547/document.php>> (acceso en febrero de 2014).

Estaríamos ante una infracción contraria al art. 57 del Protocolo Adicional I y, a simple vista, sería de aplicación lo dispuesto en el art. 91. Este tipo de ingenios «autónomos» está dotado de suficiente inteligencia artificial como para llevar a cabo misiones de ataque sin más intervención humana que supervisar las maniobras de despegue y aterrizaje. ¿A quién podría imputarse el ataque por «error»? ¿al diseñador o fabricante?, ¿al operador?, ¿al comandante que ordenó utilizar el *drone*? Encontrar una respuesta no parece tarea fácil. Si los sistemas fueron diseñados para llevar a cabo ataques contra personas u objetos protegidos por el Derecho internacional humanitario o estos adolecieron de algún defecto, entonces la responsabilidad se centraría en el diseñador o fabricante, aunque también esto sería discutible<sup>149</sup>. Si el ataque fue debido a no haber tomado todas las precauciones factibles antes del ataque, entonces la responsabilidad sería del operador o del comandante (por ejemplo, utilizarlo en circunstancias contrarias a las establecidas mediante órdenes expresas a través de las correspondientes Reglas de Enfrentamiento, orden de tareas aéreas, etc.) de acuerdo con el art. 91 del Protocolo. Cualquiera que fuera la causa, todo apunta a que la posible utilización incorrecta de un *drone* autónomo y la subsiguiente responsabilidad por crímenes de guerra, por daños susceptibles de indemnización o de carácter disciplinario o laboral debería sustanciarse del mismo modo que se sustancia con medios convencionales. El hecho de que un *drone* actúe con autonomía no excluye la responsabilidad de quienes lo diseñan, fabrican, adquieren o emplean en operaciones. Hasta la fecha, por ahora, no existe un régimen jurídico especial aplicable en materia de robótica militar autónoma. A mayor abundamiento, la intervención humana en este tipo de invenciones parece estar centrada más en quienes los conciben que en quienes los usan. Por esta razón, no sería descartable que a medida que avanza la inteligencia artificial el dilema de la responsabilidad derivada de los daños producidos por estos ingenios vaya trasladándose del nivel del usuario, es decir, los comandantes y los operadores, al nivel de los ingenieros que los diseñan y de las autoridades que los certifican.

---

<sup>149</sup> El examen de legalidad previsto por el art. 36 del Protocolo Adicional I de 1977, del que ya hemos hablado, añade un actor más al asunto de la responsabilidad del fabricante o diseñador. En este caso, es el Estado el que dictamina que un medio de combate no está prohibido ni por el Protocolo, ni por cualquier otra norma de Derecho internacional aplicable. Una vez llevado a cabo y comprobado que un *drone* autónomo no vulnera la legalidad: ¿a quién podría imputarse un ataque contrario al Derecho internacional humanitario?, ¿al diseñador o fabricante?, ¿a la autoridad nacional española que llevó a cabo el examen de legalidad?

## VIII. PIONEROS DE UNA NUEVA FRONTERA: DECÁLOGO DEL OPERADOR DUO

Un trabajo de investigación como el presente, de Derecho operacional y sobre *drones*, no podía olvidarse de los hombres y mujeres que hacen que esto sea una realidad en España. Para estos pioneros de una nueva frontera en la evolución de las operaciones militares y como cuadro resumen a cuanto hemos expuesto en la gestión de objetivos, a continuación les ofrecemos diez consejos prácticos a modo de decálogo en torno a la función vital que están llamados a desempeñar. A fin de cuentas, «operacionalizar» el Derecho también es traducir la abstracción de las normas a reglas tangibles y concretas:

I.- Todo servicio con *drones* se hará con igual exactitud, sea en tiempo de paz o de conflicto armado, siguiendo fielmente cuantas consignas y órdenes generales o particulares, escritas o verbales, hayan sido dictadas al efecto.

II.- Toda misión de inteligencia, reconocimiento y observación se hará, siempre que esto sea posible, con escrupuloso respeto a las costumbres de la población civil y a la intimidad de las personas civiles, procurando interferir lo menos posible en el normal desarrollo de su vida diaria.

III.- Toda misión de ataque se dirigirá, previa verificación con la información de la que se disponga, exclusivamente contra objetivos militares o contra las personas civiles que se encuentren participando directamente en las hostilidades.

IV.- El operador DUO velará para que en toda misión de ataque con *drones* exista un equilibrio entre el riesgo para las personas civiles y los objetos civiles frente a la ventaja militar que se espera obtener con el ataque.

V.- El operador DUO tendrá especial cuidado en todo momento para preservar de los ataques con *drones* a la población civil, a las personas civiles y a los bienes de carácter civil.

VI.- El operador DUO hará todo lo que sea factible para verificar que los objetivos que se proyecta atacar con *drones* son objetivos militares legales de conformidad con el Derecho internacional y con las órdenes particulares dictadas para la operación.

VII.- El operador DUO tomará todas las precauciones factibles en la elección del armamento y de los métodos de ataque para evitar o, al menos, reducir todo lo posible el número de muertos y de heridos que pudiera causar.

VIII.- El operador DUO deberá suspender o anular un ataque con *drones* cuando sea de prever que causará incidentalmente daños a la población civil, a personas civiles o a los bienes de carácter civil excesivos en relación con la ventaja militar concreta y prevista.

IX.- El operador DUO pondrá en conocimiento de las autoridades la comisión de cuantos crímenes de guerra, delitos y faltas de disciplina pueda presenciarse con ocasión de la misión.

X.- En el curso de las operaciones con *drones*, el operador DUO ajustará en todo momento su conducta a lo dispuesto en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, en las leyes españolas y en los acuerdos internacionales de los que España sea parte.

# EL SISTEMA DE ASCENSOS EN LA LEY 39/2007, DE 19 DE NOVIEMBRE, DE LA CARRERA MILITAR

Jesús Ayala González  
*Teniente Auditor*

## SUMARIO

I. PRÓLOGO. II. INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN SUSTANTIVA. III. SISTEMAS DE ASCENSO. IV. SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARRERA HORIZONTAL. V. CONCLUSIONES

### I. PRÓLOGO

Constituye el objeto del presente trabajo de investigación jurídica el acercamiento, análisis y ulterior enjuiciamiento crítico del sistema de ascensos previsto en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. A tal efecto, he creído conveniente estructurar aquél en tres partes bien diferenciadas.

Así, en la primera de ellas, que se enmarca bajo la rúbrica “*Introducción y delimitación sustantiva*”, se pretende ofrecer una visión general del sistema de función pública que se contiene en la Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978, y de la manera en que el mismo ha de hacerse extensible al ámbito castrense, teniendo presente el desarrollo e interpretación que, de dicho sistema, ha realizado el legislador ordinario y el propio Tribunal Constitucional. No en vano, el ulterior enjuiciamiento del sistema de ascensos recogido en la Ley de la Carrera Militar, en adelante LCM, debe realizarse, necesariamente, en el ámbito de dicho marco constitucional.

La segunda parte, denominada “*sistemas de ascensos*”, recoge el análisis de la configuración legal de la carrera militar en sentido ascendente, tal y como es diseñada por la LCM, en sus distintas vertientes; esto es, los diferentes sistemas de ascensos, a saber, el ascenso por antigüedad, el ascenso por elección, el ascenso por clasificación y el ascenso por concurso y concurso-oposición. Ello se conjuga con un sucinto estudio de carácter comparativo entre los sistemas que, desde la perspectiva del militar de carrera, preveía la Ley número 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas. Todo ello en la convicción de que dicho análisis incidirá, a buen seguro, en una mejor inteligencia del diseño normativo configurado en la vigente ley.

Se deja al margen del presente trabajo el sistema de ascenso en la situación administrativa de reserva, (de acuerdo con la disposición transitoria 6ª), los empleos honoríficos y eventuales, el régimen transitorio, así como los ascensos de los militares de complemento en las nuevas Escalas de Oficiales, por constituir una materia que, dada su complejidad, bien podría ocupar un estudio de carácter íntegro, inabordable en el presente, a la vista de la limitación material con que se encuentra preconizado de antemano.

Por lo que atañe a la tercera de las partes anunciadas más arriba, se inserta bajo el título “*sobre la aplicación de la carrera horizontal*” y recoge la exposición de una serie de consideraciones que, con el carácter de *lege ferenda*, se presentan como alternativas a la hora de reconducir las deficiencias de dicho sistema de ascensos, mediante la adaptación de la carrera horizontal prevista en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público al ámbito estrictamente militar.

No quiero dejar concluir esta presentación sin hacer una especial y destacada mención a la labor desempeñada por el Teniente Coronel Auditor Don José Luis García Castell, sin cuya magistral dirección habría sido imposible abordar el estudio de una materia tan prolífica como la que constituye el objeto del presente trabajo de investigación jurídica.

## II.- INTRODUCCIÓN Y DELIMITACIÓN SUSTANTIVA

A modo de introducción, se exponen algunas líneas generales acerca de la configuración normativa del estatuto del militar profesional de carrera, así como una serie de precisiones terminológicas, en la medida en que constituyen los presupuestos del posterior análisis normativo de la materia objeto del presente estudio, pues, no en vano, el régimen de ascensos constituye una parte de vital importancia dentro del estatuto del militar.

En este sentido, el estado de la doctrina actual permite concluir en la superación de la tradicional dicotomía propuesta por Charles C. Moskos<sup>1</sup> entre el modelo “institucional” y el modelo “ocupacional”, a la hora de delimitar la naturaleza de las Fuerzas Armadas, llegándose a la conclusión de que, en la configuración realizada por la Constitución Española, predomina claramente el carácter institucional<sup>2</sup>, aspecto éste confirmado en pacífica doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional<sup>3</sup>.

De ahí que, a la luz de las funciones que la Constitución asigna a las Fuerzas Armadas en su artículo 8.1, se precise una forma específica de organización, así como un régimen jurídico singular del personal integrado en la Institución. Al hilo de lo expuesto, resulta ilustrativo el Auto del Tribunal Constitucional número 375/1983, de 30 de julio, que señala:

*“[...] No puede haber duda de que, dada la importante misión que a las Fuerzas Armadas asigna el artículo 8.1 de la CE, representa un interés de singular trascendencia en el orden constitucional el que las mismas se hallen configuradas de modo que sean idóneas y eficaces para el cumplimiento de sus altos fines, de garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y su Ordenamiento constitucional.*

*A tal fin, la específica naturaleza de la profesión militar exige en su organización un indispensable sistema jerárquico, manifestado en una especial situación de sujeción enmarcada en la disciplina, que impone una precisa vinculación descendente para conseguir la máxima eficacia. [...]”*

Sin embargo, la anterior afirmación no obsta a la consideración de las Fuerzas Armadas como parte integrante de la Administración Pública Española, pues, como recuerda el Tribunal Constitucional, “no es aceptable la visión de lo castrense como un mundo aparte, y del Derecho Militar como el Ordenamiento interno de una institución separada que configura una sociedad distinta, perfecta y completa<sup>4</sup>”, llegando a afirmar que “las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen [...] su ca-

<sup>1</sup> MOSKOS, CH y WOOD, FR, “Lo Militar: ¿Más que una profesión?”, Madrid, Ministerio de Defensa, 1991.

<sup>2</sup> Así, FERNÁNDEZ SEGADO, en “El perfil diferencial de la escala de valores en la Institución militar”, sostiene que la Institución Militar define su perfil diferencial y genuino en una escala de valores, ya que “la milicia posee un sistema propio de relaciones morales peculiar de un grupo social que informa su conducta y que viene a constituir, dentro de la idea orteguiana, una ética propia, la ética militar, que se muestra esencialmente resistente al cambio, entre otras consideraciones de interés, porque no sería posible concebir un Ejército que careciera de una elevada ética; si tal circunstancia se diera, estaríamos ante una horda o facción armada más que ante un auténtico ejército.”

<sup>3</sup> Por todas, la Sentencia número 16/1987, de 27 de octubre y las que cita.

<sup>4</sup> Sentencia número 123/1988, de 23 de junio

*rácter de Administración Pública*”, considerando a los militares profesionales como “*funcionarios militares*”<sup>5</sup>.

Sentado lo anterior, la configuración del Estado Español como Estado de Derecho, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.1 CE, supone el sometimiento de todos, ciudadanos y poderes públicos, primero, a la Constitución y, después, al resto del Ordenamiento Jurídico, según reitera el propio artículo 9.1 CE.

Así las cosas, de acuerdo con la materia del presente trabajo y teniendo en cuenta lo expuesto más arriba, debe delimitarse, como punto de partida, cuál es el margen de aplicación de aquellos preceptos de naturaleza constitucional<sup>6</sup> que, en mayor o en menor medida, inciden sobre el sistema de ascensos en la carrera militar. Dichas disposiciones aparecen constituidas, de manera preponderante, por los artículos 103.3 y 23.2.

El primero de ellos se inserta dentro de la Sección Primera, del Capítulo II, del Título I, esto es, dentro de la regulación constitucional de los derechos fundamentales, y dispone que los españoles:

*“Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las Leyes.”*

En cuanto al segundo de los preceptos aludidos, se ubica sistemáticamente dentro de las disposiciones del Título IV, “*Del Gobierno y la Administración*”, y dispone textualmente:

*“La Ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”*

Una interpretación sistemática de ambas disposiciones conduce a la conclusión de que el acceso a la función pública y, por ende, a la profesión militar, ha de estar inspirado en los principios de igualdad, mérito y capacidad. Ahora bien, tal y como ha precisado el propio Tribunal Consti-

---

<sup>5</sup> Sentencia número 116/1987, de 7 de julio. Dicha afirmación exige de una precisión conceptual, ya que la relación jurídica del militar profesional que no es de carrera debe enmarcarse como una relación de especial sujeción. Por su parte, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas mediante Real Decreto número 96/2009, de 6 de febrero, califican al militar como servidor público, imponiendo la obligación de que su actuación se realice con arreglo a los principios propios de la de los funcionarios públicos, como son la objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental.

<sup>6</sup> Obviamente, dicha tarea va referida a situaciones de normalidad constitucional, ya que, en supuestos distintos, tales como conflicto bélico o estado de sitio, resulta impensable exigir el mismo régimen jurídico que se prevé para aquéllas.

tucional, dicho mandato constitucional no se agota en el sistema de *acceso* a la función pública, sino que mantiene su vigencia durante *toda* la carrera administrativa, si bien el rigor e intensidad con que los mismos operan son distintos según se trate del inicial acceso a la función pública o del ulterior desarrollo o promoción de la carrera administrativa<sup>7</sup>.

De la misma forma, el alto grado de abstracción de dichos principios exige su concreción a través de normas con rango de ley, todo ello teniendo en cuenta el ámbito material de la relación jurídica particular subyacente. No obstante, el propio Tribunal Constitucional se ha esforzado en reiteradas ocasiones en ir perfilando el contenido de los principios de igualdad, mérito y capacidad. Así, se ha señalado que los citados conceptos no constituyen compartimentos estancos que hayan de interpretarse y aplicarse por separado, sino que una lectura e interpretación correcta de los mismos pasa por reconocer la interrelación existente entre ambos. De esta forma, los principios de mérito y capacidad son los únicos parámetros que dotan de contenido material al principio de igualdad en el acceso a la función pública y, así, el Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de señalar que el principio de igualdad se rompe cuando se tienen en cuenta otros valores en el acceso a la función pública distintos de los anteriores, como pueden ser las situaciones de desempleo, las cargas familiares u otros similares<sup>8</sup>.

En todo caso, hay que tener en cuenta que todos estos principios han de ser dotados de contenido en relación con cada cargo o puesto de la función pública, para lo cual habrá de atenderse a la propia convocatoria, al tiempo que se reconoce al legislador ordinario un amplio margen de discrecionalidad técnica a la hora de integrar aquél, cuya admisibilidad estará condicionada a la no trasgresión de dos límites: uno, de carácter positivo, ya que los requisitos de acceso han de responder única y exclusivamente a los principios de mérito y capacidad y, además, deben estar relacionados con la función a desempeñar<sup>9</sup>; otro, de carácter negativo, que se equipara a la interdicción de que la regulación de las condiciones de acceso se haga en términos concretos e individualizados que equivalgan a una verdadera y propia aceptación de personas.<sup>10</sup>

Con carácter complementario, debe traerse a colación el derecho a la “*promoción a través del trabajo*”, reconocido en el artículo 35.1 CE, dentro de las disposiciones de la Sección II, Capítulo II, Título I, rubri-

<sup>7</sup> Cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional número 365/1993, de 13 de diciembre.

<sup>8</sup> En este sentido puede citarse las SSTC número 50/1986, de 23 de abril, y número 67/1989, de 18 de abril.

<sup>9</sup> Cfr. SSTC números 42/1981 y 148/1986,

<sup>10</sup> Cfr. SSTC números 67/1989 y 27/1991.

cado “*De los derechos y deberes de los ciudadanos*”, en la medida que, aun no siendo un derecho de los denominados fundamentales, proyecta su aplicación al ámbito de la función pública, conforme señala el Tribunal Constitucional<sup>11</sup>, en especial, al ámbito de la carrera administrativa. Por lo demás, este derecho a la promoción a través del trabajo se encuentra recogido en algún texto de naturaleza internacional, como es el caso de El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 16 de diciembre de 1966, en cuyo artículo 7 reconoce el derecho de toda persona a que se le asegure “*igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideración que los factores de tiempo, servicio y capacidad.*”

Teniendo en cuenta que dichos preceptos constitucionales establecen el diseño de la función pública en el ordenamiento jurídico español, resulta obligado atender a la organización territorial del Estado Español y, por tanto, a la delimitación competencial que la propia Constitución opera en dicho ámbito, en el artículo 149.1, regla 18<sup>a</sup>, al disponer, como materia sobre la que el Estado ostenta competencia exclusiva sobre las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos.

En uso de dicha competencia, la relativa a las bases del régimen estatutario de los funcionarios, se aprobó la vigente Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>12</sup>, que, según su artículo 1, tiene por objeto “*establecer las bases del régimen estatutario de los funcionarios públicos incluidos en su ámbito de aplicación*”<sup>13</sup>.

Sin embargo, dado que, conforme señala la regla 4<sup>a</sup> del propio artículo 149.1 CE, el Estado ostenta la competencia exclusiva sobre “*Defensa y Fuerzas Armadas*”, la normativa que ha de regular el estatuto del militar únicamente podrá ser de naturaleza estatal.

---

<sup>11</sup> Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 50/1986, de 23 de abril de 1986 establece que la aplicación de dicho precepto constitucional [...] *tratándose de una promoción entre funcionarios para el acceso a plazas de oficial, no resulta contrario a la Constitución, sino concorde con ella, dado el mandato constitucional de favorecer la promoción mediante el trabajo.*”

<sup>12</sup> En adelante, EBEP.

<sup>13</sup> El acometimiento que el legislador ordinario lleva a efecto sobre dicha materia ha suscitado algunas críticas en la doctrina. En particular, se ha dicho que la función de aquél no consistía en la mera reiteración de los principios constitucionales anteriormente analizados, sino que era preciso su desarrollo y positivización, a los efectos de alcanzar un nivel de concreción y plasmación positiva de la que se derive un grado de exigencia y cumplimiento superior. GARCÍA GARCÍA, MJ, “Los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad: su plasmación en el Estatuto del Empleado Público”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, número 15, mayo de 2008.

Ahora bien, sentado lo anterior, es preciso delimitar el cuadro normativo de carácter legal que va a regir el estatuto del militar. En este sentido, resulta evidente que la naturaleza del EBEP es de norma de carácter básico, que se va a aplicar a los funcionarios, incluidos, valga la redundancia, en su ámbito de aplicación, previendo expresamente al personal funcionario al servicio de la Administración General del Estado (artículo 2.1), donde, sin lugar a dudas, se encuentran los militares profesionales. Sin embargo, su artículo 4, bajo la rúbrica “*personal con legislación específica propia*”, señala que:

*“Las disposiciones de este Estatuto sólo se aplicarán directamente cuando así lo disponga su legislación específica al siguiente personal:*

*[...]*

*d) Personal militar de las Fuerzas Armadas. [...]*”

Dicho precepto contiene una remisión expresa a la “*legislación específica*” de las Fuerzas Armadas, que, en lo que ahora interesa, aparece constituida por la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. En particular, su artículo 5, bajo la rúbrica “**Adaptación de las normas del empleado público**” contiene un deber *sui generis* de desarrollo reglamentario<sup>14</sup>, cuando establece que:

*“Los principios y normas de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, establecidos de acuerdo con la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se incorporarán al régimen del personal militar profesional, siempre que no contradigan su legislación específica, por medio de normas reglamentarias en las que se efectuarán las adaptaciones debidas a la condición militar”*,

Una interpretación sistemática de ambos preceptos conduciría a la conclusión de que las disposiciones del EBEP no tienen una aplicación directa en el ámbito del personal militar de las Fuerzas Armadas, puesto que, de acuerdo con la legislación específica de ésta última, exige de una actuación positiva del Poder Ejecutivo, cual es su incorporación expresa a través de normas de carácter reglamentario. De seguirse este razonamiento, la cláusula de supletoriedad general —e incondicional— que proclama el artículo 2.5<sup>15</sup> EBEP quedaría vacía de contenido, puesto que la ley especial, esto

<sup>14</sup> Resulta llamativo el hecho de que el legislador no haya incorporado previsión alguna que module, en alguna medida, el cumplimiento de dicho mandato al Poder Ejecutivo, debiendo recordar que, en supuestos semejantes, suele establecerse, al menos, un plazo de tiempo en que debe aprobarse el correspondiente desarrollo reglamentario.

<sup>15</sup> “*El presente Estatuto tiene carácter supletorio para todo el personal de las Administraciones Públicas no incluido en su ámbito de aplicación.*”

es, la Ley de la Carrera Militar, impediría tal aplicación supletoria, desde el mismo momento en que exige una actuación fiscalizadora del Poder Ejecutivo, en la medida en que dicha incorporación queda supeditada a dos requisitos; el primero, que dichos principios y normas de aplicación general no contradigan la propia legislación específica de las Fuerzas Armadas, en cuyo caso tal incorporación no puede llevarse a cabo; y, el segundo, que en dichas disposiciones reglamentarias se incluyan las previsiones necesarias a fin de acomodar dichos principios y normas de aplicación general a la condición militar.

La justificación de dicha cláusula supletoria pueda encontrarse en la propia Exposición de Motivos del Estatuto, al señalar que “*El Estatuto Básico del Empleado Público establece los principios generales aplicables al conjunto de las relaciones de empleo público, empezando por el de servicio a los ciudadanos y al interés general [...] contiene aquello que es común al conjunto de los funcionarios de todas las Administraciones Públicas [...]*”<sup>16</sup>

Por lo tanto, el sentido del artículo 5 LCM parece apuntar a que el legislador ha vetado la posibilidad de que las normas y principios generales del Estatuto tengan una aplicación directa o supletoria al ámbito de la carrera militar, de carácter *automático*<sup>17</sup>.

Es decir, que, de un lado, existen una serie de principios y normas que, aun siendo de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, sin embargo, no van a resultar de aplicación –ni directa ni supletoria– al régimen del personal militar profesional, por cuanto que resultan contradictorias con la propia legislación específica de ésta última<sup>18</sup>. Y, de otro, existen una serie de principios y normas que pueden llegar a resultar aplicables al personal militar profesional cuando, por medio de disposiciones de rango reglamentario, se efectúen las adaptaciones que se estimen precisas.

---

<sup>16</sup> Un sector doctrinal ha afirmado que el legislador, al elaborar el EBEP, estaba centrado, en lo sustancial, en la perspectiva de la delimitación competencial entre el Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales, lo que repercute en un acrecentamiento de la pertinencia y justificación de la inclusión del artículo 5 en la LCM.

<sup>17</sup> Entiendo que, a los efectos de resolver esta contradicción entre dos disposiciones normativas del mismo rango, no puede invocarse el principio de competencia, pues la materia a la que se refieren en la misma, sino, en todo caso, el principio de especialidad, o si, se prefiere, el criterio de la temporalidad, dado que la LCM es posterior a EBEP. A ello hay que añadir que los títulos competenciales con que el legislador aborda la regulación de una y otra materia no son equiparables.

<sup>18</sup> Obsérvese que el criterio empleado por el legislador para resolver los posibles conflictos normativos no es tanto el principio de jerarquía, sino el de competencia, o, si se prefiere, el distinto ámbito material de las normas en conflicto.

Dicha afirmación merece ser completada en el sentido de que, junto con la anterior clasificación bipartita, existe un tercer género, constituido por una serie de principios y normas que, siendo de aplicación general al personal al servicio de la Administración General del Estado, ni contradicen la legislación específica del personal militar profesional, ni precisan de adaptación reglamentaria alguna a la condición militar. Éstas, de acuerdo con el propio artículo 2.5 EBEP, no tendrían una aplicación directa al ámbito militar, sino únicamente supletorio.

Lo anterior puede resultar contradictorio, toda vez que, en primer lugar y como se manifestó *ut supra*, el EBEP recoge algunas normas que no son sino reiteración de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, por lo que, de acuerdo con el principio de constitucionalidad y jerarquía normativa<sup>19</sup>, tienen un rango supra legal y, por tanto, ninguna ley puede excluirlos de su ámbito de aplicación.

Además, el EBEP plasma otra serie de principios, no recogidos expresamente en la CE, cuya aplicación, sin embargo, es una exigencia básica para la efectividad de los principios estrictamente constitucionales. Tal es el caso del apartado segundo del artículo 55, que alude a la publicidad de las convocatorias y de sus bases, la transparencia, la imparcialidad y profesionalidad de los miembros de los órganos de selección, la independencia y discrecionalidad técnica en la actuación de los órganos de selección, la adecuación entre el contenido de los procesos selectivos y las funciones o tareas a desarrollar y la agilidad, sin perjuicio de la objetividad en los procesos de selección. Quiere esto decir que, aun en el caso de que no se recogieran en normativa –legal o reglamentaria– de ámbito estrictamente militar, esto es, el que se refiere en el artículo 149.1 regla 4ª CE, es de aplicación directa al mismo.

Delimitada la forma en que se proyectan al ámbito de la función pública militar los principios constitucionales en la materia, se hace preciso atender a la *voluntas legislatoris* en la LCM, para lo cual su exposición de motivos se erige en un instrumento altamente clarificador.

Así, según su apartado II, la finalidad de la ley consiste en “[...] regular los aspectos del régimen de personal, conjunto sistemático de reglas relativas al gobierno y ordenación de los recursos humanos, para que las Fuerzas Armadas estén en las mejores condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica de la Defensa Nacional”. Y continúa señalando que “se trata de asegurar la calidad del personal en unas Fuerzas Armadas modernas y altamente tecnificadas,

---

<sup>19</sup> Cfr. Artículo 9 CE.

*donde los recursos humanos constituyen un factor esencial y determinante. Por consiguiente, la política de personal no sólo debe pretender cubrir las necesidades cuantitativas de los Ejércitos, sino alcanzar la excelencia, tanto en la etapa formativa como en la selección de los más cualificados para el ascenso y de los más idóneos para el desempeño de los distintos destinos. [...]*"<sup>20</sup>

La mención al objetivo de que las Fuerzas Armadas deben estar en las mejores condiciones de cumplir las misiones que tienen constitucional y legalmente encomendadas puede ser equiparada al principio de eficacia, que debe inspirar toda actuación administrativa. De ahí que el primero de los elementos a que haya de atenderse en una organización, en la búsqueda de dicha finalidad, sea el elemento o recurso humano, primero en su selección y, después, en cuanto a las posibilidades que al mismo se le dan para poder ascender dentro de la estructura de la organización en cuestión.

Esto último conecta con el concepto de carrera administrativa<sup>21</sup>.

En el ámbito castrense, es definida en el artículo 74.1 LCM como la ocupación de diferentes destinos, el acceso a empleos sucesivos y la progresiva capacitación para puestos de mayor responsabilidad, combinando preparación y experiencia profesional, y en su tratamiento se proyectan dos intereses, que son el desarrollo o progreso profesional y las necesidades de la organización militar<sup>22</sup>. Por tanto, es preciso indagar sobre las líneas que permiten acotar el ámbito de ambos conceptos, que no parece difícil calificar como conceptos jurídicos indeterminados.

El desarrollo o progreso profesional constituye un término de evidente naturaleza individual, que puede identificarse como un derecho subjetivo<sup>23</sup>

---

<sup>20</sup> Según el modelo propuesto en el año 1995 por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), los recursos humanos son considerados en la nueva gestión pública y cultura postburocrática como el elemento estratégico para el desarrollo de la capacidad de innovación de las organizaciones públicas. Las organizaciones públicas serán, en definitiva, lo que sean sus recursos humanos.

<sup>21</sup> Se ha afirmado que el diseño de la carrera administrativa ha de estar inspirado por un triple objetivo: establecer los *cauces de promoción* en base a la capacidad profesional, asegurar una *razonable estabilidad* que evite descensos bruscos en la trayectoria profesional, y fijar un *techo suficientemente elevado* para permitir una realización de expectativas profesionales comparable a la que pueden alcanzarse en otras grandes organizaciones privadas o en el ejercicio libre de la profesión. (Gutiérrez Reñón, 1987).

<sup>22</sup> Así, el apartado VI EE.MM. al señalar que la "*la carrera militar [...] supone conjugar su desarrollo profesional, ligado a una mayor asunción de responsabilidades y mejoras retributivas, con las necesidades de la organización.[...]*"

<sup>23</sup> En el ámbito castrense, este derecho subjetivo a la carrera militar se encuentra difuminado, presentando algunos caracteres de deber jurídico. Así, existen determinadas disposiciones normativas que imponen al militar un especial deber de diligencia. En este sentido, la regla 14ª, del artículo 4.1. LCM, señala que el militar "*se preparará para alcanzar el más*

a la carrera militar, sea en sentido horizontal, sea en sentido vertical, en cuyo caso se asimila al ascenso; mientras que, por el contrario, las necesidades de la organización militar, con un componente de carácter supra-individual, se refieren a todas aquellas circunstancias que, encontrándose indisolublemente unidas a los fines que se asignan constitucionalmente a las Fuerzas Armadas<sup>24</sup>, merecen de una actuación positiva tendente a su satisfacción. Esto supone que el propio legislador ha reconocido que, además de los tradicionales límites a los derechos subjetivos (buena fe, prohibición de abuso, prescripción...), en el ámbito militar predomina uno de carácter esencial, que es, precisamente, la satisfacción de las necesidades de la propia organización para el cumplimiento de sus fines constitucionales.<sup>25</sup>

En definitiva, hasta el momento se ha querido reflejar el marco constitucional general aplicable a la función pública para, posteriormente, hacer referencia a la normativa de desarrollo legal del mismo, apuntando los problemas técnicos que pueden surgir a la hora de llevar a cabo una traslación automática al ámbito de la función pública militar de las disposiciones que, con carácter de legislación básica, prevé el EBEP. De ahí la importancia en la adecuada exégesis del artículo 5 LCM, así como de la inteligencia del sentido de su incorporación expresa por parte del legislador, lo que debe incardinarse en el deseo de éste de excluir aquella aplicación automática por parte del operador jurídico. Precisamente, las peculiaridades de la Administración Público-Militar, así como las particulares funciones que la

---

*alto nivel de competencia profesional, especialmente en los ámbitos operativo, técnico y de gestión de recursos, y para desarrollar la capacidad de adaptarse a diferentes misiones y escenarios*". En el mismo sentido apuntan los artículos 25 y 26 RROOFAS. Este deber *sui generis* se acentúa si se atiende a la posibilidad legal de que aquel militar que haya sido declarado no apto para el ascenso con carácter definitivo pueda ser objeto de un expediente para la determinación de la posible existencia de insuficiencia de facultades profesionales ( artículo 98.3 en relación con el 119 LCM)

<sup>24</sup> Cfr. El artículo 8 CE, así como la Ley Orgánica número 5/2005, de 17 de octubre, de la Defensa Nacional.

<sup>25</sup> Las referencias a este principio son frecuentes a lo largo de toda la normativa en materia de personal militar. Por ejemplo, en el artículo 75.1 LCM, se señala que "*Para responder a las exigencias de la organización militar en los dos primeros empleos de cada escala los militares profesionales ocuparán preferentemente puestos operativos correspondientes a la especialidad fundamental adquirida en el acceso a la escala.[...]*"; también puede traerse a colación la posibilidad a que alude el artículo 92.1 de que el Ministro de Defensa, previo informe del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, pueda modificar la duración de los ciclos en los ascensos por elección y clasificación cuando "*circunstancias especiales así lo aconsejen*"; la potestad que el artículo 105 asigna al Ministro de Defensa para "*desestimar, acordar el cese en destino o denegar su adjudicación, cuando las necesidades del servicio lo aconsejen*"; o la potestad del Gobierno de acordar, con carácter forzoso, el pase a la situación de reserva de los oficiales generales a que se refiere el artículo 113.2.

Constitución le encomienda, justifican la existencia de un régimen jurídico peculiar para su personal, cuestión ésta que, de manera irremediable, va a tener su plasmación en el sistema de ascensos diseñado en la LCM, que es precisamente la materia que ocupa el siguiente apartado.

## 2.- SISTEMAS DE ASCENSO

La aproximación al estudio de los sistemas de ascenso puede llevarse a cabo desde dos puntos de vista claramente diferenciados, tanto en su metodología, como en su finalidad: de un lado, desde un punto de vista estrictamente jurídico, que es el que constituye el objeto de las presentes líneas; de otro, desde el punto de vista organizativo, donde inciden las técnicas propias de la gestión de recursos humanos. Ambas perspectivas no son excluyentes, sino complementarias, de tal forma que toda actuación legislativa en la materia habrá de tener en consideración la segunda de las enunciadas, so pena de que, en caso contrario, conduzca a resultados insatisfactorios<sup>26</sup>.

### 1º.- INTRODUCCIÓN

El ascenso es una cuestión determinante en la vida del militar, puede decirse que es intrínseca a la estructura jerarquizada de la Organización Militar y su regulación, aunque compleja, es absolutamente necesaria<sup>27</sup>. La problemática acerca de la regulación del régimen de ascensos y, en particular, de la elección de los sistemas que deban utilizarse, constituye una constante en la historia de la Organización, lo que ha sido puesto de manifiesto por los autores de distintas épocas. Así, el Capitán de Fragata Don Joseph de Vargas y Ponze<sup>28</sup> señalaba en 1814:

---

<sup>26</sup> No obstante, existen algunos estudios doctrinales que tratan de abordar la materia desde ambas perspectivas, como es el caso de *“El sistema de ascensos en la Ley 39/2007, de la Carrera Militar”*, CONTÍN ABADÍA, 2010.

<sup>27</sup> Tal y como apunta Alli Turilas, hacer una ley de ascensos es una tarea especialmente compleja desde el punto de vista técnico, a lo que debe unirse el componente sociológico que lleva de suyo, lo que se manifiesta en el papel protagonista que ocupa en las tertulias de los militares. Esta problemática constituye es un elemento constate, y casi inherente, a la propia Organización militar.

<sup>28</sup> VARGAS Y PONCE, J. (1814), *“Elogio histórico a Don Antonio de Escaño”*, citado por DIAZ PACHE MACKINLAY, J.P. (2007), *“Luces y Sombras del nuevo régimen del personal militar”*, *Monografías del CESEDEM; VII Curso de Estado Mayor-Departamento de*

*“En las promociones titubea la razón cualquiera que sea el método preferible: o la rigurosa antigüedad o el mérito que descuella; si el vivir más o el merecer más deba conseguir los ascensos; otro problema indeterminado para tormento de nuestra milicia.*

*Ascender por escala rigurosa hace al muy moderno perezoso, hace indolente al antiguo, porque éste mira seguro, aquél lejano, el galardón; así procuran sólo existir y conservarse.*

*Atender puramente al mérito es abrir la puerta más ancha a todas las pasiones, dar un salvoconducto a la arbitrariedad; así se procura más complacer que servir. El primer método retarda el bien; el segundo da cabida a grande mal. [...]*

*Y como el enlace entre los dos es una de las perfecciones que aún no hemos imitado de la Inglaterra, en la Marina española rifa la libre elección de la Corte, pende el hacer carrera del favor y la gracia de un Ministro.[...]”*

El legislador es plenamente consciente de la importancia a que se aludía más arriba, y así lo hace constar en la Exposición de Motivos de la Ley de la Carrera Militar, en cuyo apartado VI dispone que “[...] *En la carrera militar la regulación de los mecanismos de ascenso es esencial. Partiendo de los criterios de las leyes de personal militar de 1989 y de 1999, se amplían los supuestos en los que se utilizarán sistemas de ascenso más exigentes de elección y clasificación, en perjuicio de la mera aplicación de la antigüedad que sólo se utilizará para el primer ascenso de los oficiales y suboficiales.*”

Desde el punto de vista del militar, el ascenso es una motivación, conforme señalan las normas deontológicas de la profesión militar<sup>29</sup>. Así, el apartado primero del artículo 88 LCM identifica como finalidad del sistema de ascensos la consecución de la máxima eficacia y cohesión de las Fuerzas Armadas, al permitir que la Organización disponga de los profesionales con las aptitudes y experiencia adecuadas a cada momento (finalidad de carácter general) y, al mismo tiempo, una finalidad de carácter individual, al potenciar el mérito y la capacidad de sus miembros y, por ende, incentivar su preparación y dedicación profesional.

Curiosamente, la LCM no contiene un concepto legal de ascenso<sup>30</sup>. Sin embargo, a los fines del presente trabajo, el concepto doctrinal propuesto

---

*Organización-Escuela Superior de las Fuerzas Armadas (ESFAS), y por CONTÍN ABADÍA, MV, “El sistema de ascensos en la Ley 39/2007, de la Carrera Militar”.*

<sup>29</sup> Así, los artículos 22 y 25 ROFAS.

<sup>30</sup> Tampoco lo contiene el EBEP.

por Guaita<sup>31</sup> resulta adecuado, al definir aquél como “*el nombramiento irrevocable y temporalmente ilimitado del funcionario para un puesto superior dentro del Cuerpo a que pertenece*”<sup>32</sup>”.

Por su parte, la LCM aborda la regulación de esta materia en el Capítulo V, del Título V, que establece, con carácter general, el régimen jurídico relativo a la “**Carrera militar**”. Dicho Capítulo V lleva por rúbrica “**Ascensos**”, se compone de diez artículos (desde el artículo 88 al 98)<sup>33</sup>, y cuenta con el correspondiente desarrollo reglamentario a través del Reglamento de evaluaciones y ascensos en las Fuerzas Armadas y sobre el acceso a la condición de militar de carrera de militares de tropa y marinería, aprobado por el Real Decreto 168/2009, de 13 de febrero, así como diversas órdenes ministeriales.

## 2º.- SISTEMAS DE ASCENSO

La LCM prevé en el apartado segundo del artículo 88 cuatro sistemas de ascenso diferenciados<sup>34</sup>, disponiendo, en el artículo 89, la utilización de cada uno de ellos en función del empleo militar de que se trate. Son el sistema de elección, clasificación, concurso y concurso-oposición y, en último lugar, el ascenso por antigüedad.

Así, el sistema de elección<sup>35</sup> determina que los ascensos se produzcan entre los militares más capacitados e idóneos para acceder al empleo superior, siendo la apreciación de esa idoneidad y capacidad una potestad discrecional de la Administración Militar, si bien debe realizarse sobre una serie de elementos reglados, sobre los que el justiciable puede impetrar el

---

<sup>31</sup> “El ascenso de los funcionarios públicos”, en *Revista de Derecho Administrativo*, número 39.

<sup>32</sup> Otros conceptos semejantes son los propuestos por Almirante, que lo define como “subida, ocupación de un lugar jerárquico superior, y superior en todo: en consideración, en autoridad, en sueldo, en ventajas de retiro, de viudedad; es decir, que llega hasta después de terminar la carrera y de terminar la vida” o López Muñiz, quien señala que “ascenso es la promoción a mayor dignidad o empleo y cada uno de los grados señalados para el adelanto en una carrera o jerarquía”.

<sup>33</sup> La Ley número 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas dedicaba a esta materia el Capítulo I, “Ascensos de los Militares de Carrera” del Título VIII, “Régimen de ascensos”, comprendiendo aquél los artículos 109 a 119.

<sup>34</sup> Las Leyes número 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, así como la número 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas únicamente preveían tres sistemas, que eran los de elección, antigüedad y selección.

<sup>35</sup> Las leyes de personal precedentes preveían la utilización de este sistema para el ascenso a oficiales generales, teniente coronel de la escala de oficiales, y suboficial mayor de la escala de suboficiales.

control judicial. Este sistema de elección es el utilizado para acceder a los empleos más elevados de la escala de oficiales, esto es, el empleo de oficiales generales, así como el de coronel. Igualmente, es también el que determina el ascenso al máximo empleo en la escala de suboficiales (suboficial mayor) y en la escala de tropa y marinería (cabo mayor). El ascenso al empleo de teniente coronel en la escala técnica de los cuerpos de ingenieros y en la escala de oficiales enfermeros se efectúa también por este sistema.

Dentro de esa facultad discrecional de la Administración, no escapan al control judicial ulterior los elementos determinantes de las condiciones de ascenso que posteriormente se analizarán (tiempo de servicios, superación del curso de capacitación...). Cumplidos aquéllos, el nombramiento es una atribución que la Administración tiene atribuida, siendo *“un juicio que, por no entrañar una cuestión de legalidad, sino de discrecionalidad técnica, de valoración última de las condiciones de idoneidad y prelación para el ascenso de que concretamente se trata, en principio escapa al control jurisdiccional, a salvo la existencia de desviación de poder o arbitrariedad en el ejercicio de la potestad<sup>36</sup>”*.

Este sistema de elección es tradicional en la Organización Militar y suele afirmarse por la doctrina que tiene por objeto el control de la cúpula militar por parte del Gobierno<sup>37</sup>, cuando se trata de oficiales generales, mientras que, en los restantes supuestos, sería un medio para limitar el acceso a los mismos, aunque, en determinados supuestos, permita encubrir otras intenciones.

Precisamente por ello, interesa detenerse en los dos límites que, con carácter genérico, se presuponen al ejercicio de potestades discrecionales: la desviación de poder y la prohibición de arbitrariedad.

Respecto a la desviación de poder, su concepto legal se contiene en la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en cuyo artículo 70, apartado segundo, dispone que *“se entiende por desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.”*

En este sentido, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo

<sup>36</sup> Cfr. STS de 10 de junio de 1996 y STC número 39/1983, de 16 de mayo.

<sup>37</sup> La anterior afirmación no debe ser entendida en sentido peyorativo, al encontrar un fundamento de naturaleza constitucional, ya que, conforme señala el artículo 97 CE *“El Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.”* En consecuencia, resulta razonable que la cúspide de la pirámide militar sea ocupada por aquellos militares que, cumpliendo unos estándares mínimos, reporten mayores garantías y confianza al Gobierno.

Común, expresamente contempla esta figura en su artículo 63, anudándole el efecto de causar la anulabilidad del acto administrativo en cuestión.

Por su parte, la jurisprudencia<sup>38</sup> lo ha configurado como un vicio de legalidad de los actos administrativos que existe, no sólo cuando se acredita que la Administración persigue una finalidad privada o un propósito inconfesable, extraño a cualquier defensa de los intereses generales cuya tutela tiene encomendada, sino que también puede concurrir cuando se persigue un interés público ajeno y, por tanto, distinto al que prevé el ordenamiento jurídico para el caso en concreto de que se trate. Basta, por tanto, que el fin sea diferente, de modo que aunque el ejercicio de la potestad administrativa se haya orientado a la defensa de los intereses generales, sin embargo se opone a la finalidad concreta que exige el ordenamiento jurídico.

La aplicación del concepto de desviación de poder es consustancial al ejercicio de potestades de carácter discrecional, razón por la cual el legislador (artículo 54 LRJPAC), a los efectos de velar por la seguridad jurídica del interesado, ha establecido el deber de motivar el acto administrativo que se dicte en el ejercicio de aquéllas.

En cuanto al concepto de arbitrariedad, debe partirse de la cláusula constitucional de interdicción prevista en el artículo 9.3 CE, a partir de la cual, se ha ido perfilando por parte de la doctrina<sup>39</sup> y la jurisprudencia. Así, el concepto de arbitrariedad supone la inexistencia de justificación suficiente, es decir, si la elección efectuada por la Administración dentro del margen de libertad previamente comprobado cuenta con una justificación “respetable”, habrá que concluir que esa elección es irreprochable; si, por el contrario, la elección realizada carece de justificación o la que ofrece es indefinible o inauténtica, *sit pro ratione voluntas* pura y simplemente, tendrá que ser calificada necesariamente de arbitraria y, como tal, rechazada.

La clave de la distinción entre la discrecionalidad legítima y la arbitrariedad prohibida está, pues, en la motivación, entendida no como puro requisito formal, sino como justificación, esto es, como razón o conjunto de razones susceptibles de dar soporte a la elección realizada en ausencia de las cuales dicha elección sería sólo la expresión del puro capricho, de la voluntad desnuda del órgano o autoridad que la realiza.

Por su parte, el sistema de clasificación presupone la celebración previa de un proceso de evaluación de los interesados, lo que dará lugar a que los mismos sean ordenados, produciéndose el ascenso conforme a dicha

---

<sup>38</sup> Cfr. STS de 11 de mayo de 2012 y las que cita.

<sup>39</sup> Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T R, “Arbitrariedad y discrecionalidad en la doctrina jurisprudencial constitucional y administrativa”.

ordenación. De acuerdo con la ley, se reserva la aplicación de este sistema, al ascenso a los empleos de teniente coronel y comandante, en la escala de oficiales y subteniente y brigada en la escala de suboficiales.

En cuanto al tercer sistema de ascenso, la ley prevé dos subsistemas alternativos, que son el concurso y el concurso-oposición. En ambos casos, se exige la celebración de un proceso selectivo, teniendo en común que el ascenso se efectúa por el orden derivado del mismo. En el concurso, la Administración valora los méritos de los solicitantes, conforme a un baremo que previamente ha determinado cuáles de ellos han de valorarse y cómo deben valorarse, mientras que en el concurso-oposición, la ordenación se determina por el resultado obtenido en las pruebas correspondientes a la oposición, unida a la valoración de los méritos de los solicitantes. Dicho sistema únicamente se prevé en la escala de tropa y marinería, para el acceso a los empleos de cabo y cabo primero.

El último de los sistemas previstos es el de antigüedad<sup>40</sup>, en función del orden de escalafón de los interesados, reservándose para el acceso de capitán en la escala de oficiales y sargento primero en la escala de suboficiales.

La antigüedad tiene la virtud de ser un criterio objetivo, pero no puede ser el único elemento sobre el que se haga pivotar el diseño de la carrera militar, puesto que difícilmente encontraría un pacífico acomodo constitucional si, conforme se expuso en la primera parte, se atiende a los principios constitucionales de mérito y capacidad, cuya intensidad, si bien es cierto que no es idéntica a la que cabe predicar en el acceso a la función pública, es igualmente exigible en aquélla. En el anverso, tampoco resulta conveniente que se alcance el techo de la carrera en breves años, sin que queden incentivos futuros, pues, de lo contrario, podría generarse un desinterés en el elemento personal de la organización<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> Las derogadas leyes de personal de 1989 y 1999 hacían regir este sistema en el ascenso a capitán y comandante de la escala superior de oficiales, que partía de teniente; teniente y capitán de la escala de oficiales, donde se partía del empleo de alférez; y sargento primero y brigada de la escala de suboficiales (se parte de sargento). Por tanto, la Ley de 1999 regulaba el ascenso por antigüedad de forma semejante a la vigente ley, con la singularidad prevista en su artículo 115, que era de exclusiva aplicación en el ascenso al empleo de Comandante de las hoy extintas Escalas Superiores de Oficiales: suponía la previsión de un proceso de evaluación y clasificación, para la reordenación, que, no obstante, tenía como límite la promoción a la que perteneciera el evaluado, con lo cual se vetaba la figura conocida como “salto de promoción”.

<sup>41</sup> Señala Almirante que la antigüedad es teóricamente inaceptable, ya que *“ni asciende según los talentos, ni recompensa según los servicios; la elección absoluta, que podría satisfacer amabas condiciones, la hacen imposible en la práctica las pasiones de los hombres. Y abarrancados aquí, los legisladores militares de todos los países toman casi unánimes un sesgo, que no deja de ser peregrino: de dos imposibles se hace un posible y como si se tratara de una manipulación química, se mezclan la antigüedad y la elección en dosis que levantan*

Y es que en los regímenes de carrera administrativa vigentes en otras organizaciones, lo cierto es que la antigüedad no ocupa un lugar destacado, en la medida en que no aparece establecido como un criterio autónomo e independiente, sino supeditado a la experiencia adquirida. Ello es así porque la antigüedad, considerada con carácter exclusivo, podría jugar en detrimento de la eficacia administrativa, conforme se ha señalado más arriba. El ascenso de categoría no es automático en función de criterios como la antigüedad, sino que se supedita a la valoración individualizada del trabajo funcional. Esto es, es la experiencia, medida a través de la evaluación del trabajo desarrollado, la que se erige en un elemento de vital importancia en la configuración de otros sistemas de carrera administrativa.

Esto último parece justificar la paulatina restricción del criterio de la antigüedad en la elaboración de la carrera administrativa. De hecho, la LCM, en su exposición de motivos, expresamente señala que “[...] *partiendo de los criterios de las leyes de personal militar de 1989 y 1999, se amplían los supuestos en los que se utilizarán sistemas más exigentes de elección y clasificación, en perjuicio de la mera aplicación de la antigüedad, que sólo se utilizará para el primer ascenso de los oficiales y suboficiales. [...]*”

Ciertamente, desde una perspectiva cuantitativa, los sistemas empleados por el legislador, por orden ascendente son: el concurso o concurso-oposición, que únicamente se prevé para dos empleos militares; la antigüedad, previsto también para dos empleos; el sistema de clasificación, para cuatro; y el sistema de elección, que también rige el ascenso para cuatro empleos, si bien dentro del empleo de oficial general se distinguen el de general de brigada, general de división, teniente general y general de ejército.

### 3º.- REQUISITOS PARA EL ASCENSO

La Ley señala en su artículo 90 cuáles son los requisitos para que, con carácter general, han de concurrir para que se produzca el ascenso, que son, por un lado, que se haya cumplido en el anterior empleo el tiempo

---

*graves disputas [...] ¿Se puede hacer una buena ley de ascensos? No, resueltamente. ¿Se puede, sin embargo, asentar reglas con el laudable objeto de calmar impacencias, regular derechos, extirpar abusos, evitar quejas y satisfacer en lo posible esa sed de equidad y esa propensión algo ecléctica, al equilibrio, que tan señaladamente caracteriza el tiempo en que vivimos? Parece que sí” J. ALMIRANTE “Ascensos”, Diccionario militar.*

de servicios y permanencia que determine el Ministro de Defensa<sup>42</sup>; y, en segundo lugar, que se haya producido vacante en la escala correspondiente, requisito éste que no opera en el ascenso por el sistema de antigüedad, en que únicamente basta que se tenga cumplido el tiempo de servicios determinado reglamentariamente.

En este sentido, el artículo 16.4 REA dispone que “*el ascenso por el sistema de antigüedad en las escalas de oficiales y suboficiales, se producirá cuando los interesados tengan cumplidos los tiempos de permanencia en determinado tipo de destinos que establezca el Ministro de Defensa y los tiempos de servicios siguientes:*

*a) A capitán: 5 años.*

*b) A sargento primero: 8 años.*

*El Ministro de Defensa, a iniciativa del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, podrá reducir hasta en un año los tiempos anteriores, cuando las necesidades organizativas de cada ejército así lo requieran.*

*Los ascensos a capitán en las escalas técnicas de los cuerpos de ingenieros y de la escala de oficiales enfermeros se producirán al cumplir los interesados en el empleo de teniente los tiempos de permanencia en determinado tipo de destinos que establezca el Ministro de Defensa y 9 años de tiempo de servicios.”*

Llama la atención que el tiempo de servicios se fije por Real Decreto y que el mismo remita a la correspondiente Orden Ministerial la determinación del tiempo de permanencia en determinado tipo de destinos, autorizando, sin embargo, al Ministro de Defensa a que pueda reducir, hasta en un año, los tiempos de servicios, cuando lo justifiquen las necesidades organizativas. Esta autorización enlaza con lo expuesto en la parte primera del presente estudio, al hacer expresa mención a la manifestación específica del interés supraindividual en la determinación de la carrera militar que, bajo la denominación genérica de necesidades de la organización, puede

---

<sup>42</sup> Este requisito impide que puedan tener lugar los ascensos *per saltum*, esto es, que un militar pueda ascender desde el empleo inferior al superior sin previamente haber alcanzado el empleo intermedio. La Orden Ministerial número 19/2009, de 24 de abril establece el tiempo mínimo de servicios y el de permanencia en determinado tipo de destinos necesarios para el ascenso. Por su parte, la Ley de 1999 imponía también el cumplimiento de determinados tiempos de servicios, por un lado y, por otro, de mando o de función, según se tratara, respectivamente, de los cuerpos generales de los ejércitos y de Infantería de marina, o de los restantes cuerpos. Estos tiempos han pasado a denominarse tiempos de servicio y de permanencia en determinado tipo de destinos, no cambiando sustancialmente en la vigente regulación.

justificar la derogación singular del régimen general. No obstante, en la medida en que se trata de una puerta abierta al establecimiento de un régimen especial, el mantenimiento del mismo únicamente se justifica en tanto en cuanto se mantenga el *status* necesario para satisfacer aquéllas, lo que debe excluir su carácter permanente.

De la misma forma, se exige que el interesado haya sido evaluado de acuerdo con las disposiciones del capítulo V de la Ley, si bien únicamente hasta el empleo de general de brigada<sup>43</sup>. Como novedad con respecto a la legislación precedente, se impone una limitación general para el ascenso, consistente en que dejarán de ser evaluados para el ascenso por elección o clasificación los que lo hayan sido en el número máximo de ciclos, remitiendo al correspondiente desarrollo reglamentario la determinación de aquél para cada escala y empleo.

Dicho desarrollo reglamentario se ha materializado en la Orden Ministerial 20/2009, de 24 de abril, que señala una horquilla de ciclos que oscila entre tres y cuatro ciclos, dependiendo del sistema de ascenso y empleo de que se trate.

Como mecanismo corrector, el apartado cuarto de dicha Orden Ministerial<sup>44</sup> prevé un procedimiento para que no se compute la evaluación en el caso de que el número de vacantes dadas finalmente al ascenso sea inferior al inicialmente previsto<sup>45</sup>.

Igualmente, la ley habilita a las disposiciones de desarrollo reglamentario para exigir, con carácter adicional, la superación del correspondiente **curso de actualización**<sup>46</sup>, cuestión que el REA, en su artículo 16.9, declara aplicable al ascenso a general de brigada, teniente coronel de las escalas técnicas de los cuerpos de ingenieros y de la escala de oficiales enferme-

<sup>43</sup> En el mismo sentido, el artículo 112.3º de la Ley de 1999.

<sup>44</sup> Añadido por la Orden Ministerial número 12/2010, de 25 de marzo.

<sup>45</sup> “Cuarto.-Cómputo de evaluaciones. Cuando en un ciclo de ascensos se dé la circunstancia de que el número de vacantes producidas en un determinado empleo haya sido inferior al número de vacantes previstas con el que se fijó la correspondiente zona de evaluación se actuará del siguiente modo:

a) Se determinará la diferencia entre el número de vacantes previstas y el de vacantes producidas;

b) este número se multiplicará por el factor de relación entre el número de vacantes previstas y el de evaluados que figura en la resolución por la que se establece la zona del escalafón para ese empleo y, finalmente,

c) la cantidad obtenida, redondeada a la siguiente unidad entera, será el número de evaluados a los que ese proceso de evaluación no les contabilizará, aplicándose a los de menor antigüedad de la zona fijada que no hubieran ascendido.”

<sup>46</sup> La mención del artículo 90.2 relativa a la superación del curso de actualización para determinados empleos, se contenía en la Ley de 1999 bajo la mención “curso de capacitación”.

ros, comandante de las escalas de oficiales, suboficial mayor, brigada, cabo mayor y cabo primero.

De otro lado, para el ascenso a teniente coronel será requisito la **obtención de las titulaciones específicas militares** o del sistema educativo general, cuya regulación es remitida por el REA a una orden del Ministro de Defensa<sup>47</sup>; para el ascenso a cabo mayor se precisará la obtención de la titulación de técnico del sistema educativo general, que se amplía por el RAE a título equivalente al anterior y además el ostentar el empleo de cabo primero con la condición de militar de carrera<sup>48</sup>.

Por su parte, el REA, en el apartado 1 de su artículo 16, exige encontrarse en alguna de las siguientes situaciones administrativas: servicio activo, servicios especiales y durante los dos primeros años en la situación de excedencia.

Por lo que se refiere a la existencia **de vacante**, de acuerdo con el artículo 91, puede generarse bien por ascenso, incorporación a otra escala, pase a las situaciones administrativas en las que se tenga la condición militar en suspenso y a la de suspensión de empleo; pase a la situación de reserva o a retiro, en el caso de que se haga a situaciones administrativas no contempladas en el párrafo anterior; pérdida de la condición de militar; el cese de la situación de servicio activo del prisionero o desaparecido; y el fallecimiento o declaración de fallecido<sup>49</sup>.

En su apartado segundo, que es una regulación más completa y exhaustiva que la contenida en la Ley de 1999<sup>50</sup>, dispone que

*“Las vacantes existentes en la plantilla indistinta de oficiales generales, así como los puestos de esa categoría en la Casa de Su Majestad el Rey y en organizaciones internacionales u otros organismos en el extranjero, podrán originar ascenso entre los pertenecientes a cualquier cuerpo que reúnan las condiciones para ello.*

<sup>47</sup> Artículo 16.6 RAE.

<sup>48</sup> Artículo 16.7 RAE.

<sup>49</sup> En un sentido similar el artículo 117 de la Ley de 1999. Con respecto al prisionero o desaparecido, la anterior normativa señalaba que la vacante para el ascenso no se crearía hasta que hubieran transcurrido dos años como prisionero o desaparecido. La actual ley se remite al cese de la situación de servicio activo respecto de los prisioneros y desaparecidos, estableciendo el artículo 108.3 que el tiempo en el que pueden permanecer en servicio activo se determinará reglamentariamente, *“teniendo en cuenta lo establecido en el Código Civil”*. Esta referencia obliga a que en dicho desarrollo reglamentario deba tenerse presente las disposiciones contenidas en el Título VIII “De la ausencia”, del Libro I del CC, que comprende los artículos 181 a 198.

<sup>50</sup> Su artículo 117.2 *Se limitaba a señalar que “también podrán darse el ascenso las vacantes existentes en la plantilla adicional de Oficiales Generales a que se refiere el artículo 18 de esta Ley”*

*El nombramiento de un oficial general para ocupar esos puestos producirá vacante en la de su cuerpo si previamente ocupara un destino de los expresamente asignados a él.*

*El excedente de plantilla que se pueda originar al cesar en el cargo será amortizado con arreglo a lo establecido en el artículo 16.5.*

*El oficial general en plantilla indistinta, así como el que ocupe puestos en la Casa de Su Majestad el Rey o en organismos internacionales u otros organismos en el extranjero, podrá ascender al empleo inmediato superior de su cuerpo si reúne las condiciones para ello.”*

El apartado tercero<sup>51</sup> aborda la determinación del *dies a quo* de la existencia de la vacante, fijándola en el acto administrativo que la originó. Si la vacante da lugar a ascensos en los empleos inferiores, se impone la obligación de fijar la antigüedad con la se conceden los mismos en la misma fecha para todos ellos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 23.2, esto es, desde la firma de la resolución por la que se concede el mismo, salvo que en la misma se haga constar la del día siguiente a aquél en que se produjo la vacante, que da lugar al ascenso en cuestión.

Por otro lado, el requisito de las **evaluaciones**<sup>52</sup> es regulado en los artículos 92 a 96, distinguiéndose un régimen jurídico común a las mismas en el artículo 92, y unas especialidades en función del sistema de ascenso de que se trate, en el resto de disposiciones normativas, si bien deben tenerse en cuenta las disposiciones que la ley dedica a las evaluaciones en su capí-

---

<sup>51</sup> Tiene igual redacción que el apartado 2º de la ley predecesora, si bien se ha suprimido su apartado tercero, que atribuía al Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, la decisión de dar al ascenso las vacantes que se produjeran en los empleos de la categoría de oficiales generales, y al Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, las de los empleos de Coronel del Cuerpo de Músicas Militares, de Teniente Coronel de las Escalas de Oficiales y de Suboficial Mayor, teniendo vetada la posibilidad de conceder efecto alguno con fecha anterior a la de la concesión del empleo correspondiente.

<sup>52</sup> Señala LÓPEZ ALFRANCA que “precisar quiénes son los más capacitados requiere el uso de procedimientos que permitan identificar y cuantificar el mérito, la capacidad la preparación y dedicación de cada uno de sus componentes. Este procedimiento se denomina evaluaciones que, aplicadas, permiten determinar la aptitud para el ascenso al empleo superior, la idoneidad para el desempeño de distintos cometidos, la selección de concurrentes a determinados cursos de capacitación y las facultades profesionales y psicofísicas. La importancia y funcionalidad de las evaluaciones es tal que ha trascendido del ámbito castrense al civil. Así, el EBEP impone la obligación a las AAPP de introducir la evaluación en el desempeño de los empleados públicos, a través de procedimientos basados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia. Esta evaluación se tendrá en cuenta a efectos de la promoción de la carrera, provisión y mantenimiento de los puestos de trabajo y la determinación de las retribuciones complementarias vinculadas al rendimiento, al considerar injusto que se dé el mismo trato a todos los empleados cualquiera que sea su rendimiento y actitud en el servicio.”

tulo IV (artículos 85 a 87), donde, además de las finalidades de las mismas, señala las normas generales y los órganos a los que se encomienda su realización. Así, se exige del órgano de evaluación que valore aquellas circunstancias del interesado que estén relacionadas con el objeto de la evaluación, señalando la documentación que debe tenerse en cuenta; a saber, el historial militar a que se refiere el artículo 79; las certificaciones relativas a la cancelación de una anotación de sanción por falta grave, sanción disciplinaria extraordinaria y penas impuestas en cualquier jurisdicción; así como la información complementaria que el interesado aporte o el órgano de evaluación estime oportuno, relativa a su actuación profesional<sup>53</sup>.

En cuanto a los órganos evaluadores, el artículo 87 se remite a un ulterior desarrollo reglamentario, indicando, como marco a que el reglamento debe sostenerse, que, en cuanto a sus miembros, estará compuesto por personal militar de mayor empleo que el evaluado<sup>54</sup> y que se adecúe, en la medida de lo posible, a una aplicación equilibrada del criterio de género.

Teniendo en cuenta lo anterior, el REA, en su artículo 5, procede a identificar a los órganos evaluadores, diferenciando en función del tipo de evaluación. A los fines del presente estudio, bastará con señalar que corresponde a los Consejos Superiores del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire las evaluaciones para el ascenso al empleo de general de brigada o las que afecten a oficiales generales, de carácter eventual, y las juntas de evaluación para el ascenso, que tienen carácter permanente, y para la selección de asistentes a determinados cursos de actualización, también de carácter eventual.

Además de lo anterior, se establece el mandato de que aborde expresamente la regulación de su funcionamiento y del régimen de incompatibilidades de sus miembros.

Así, el REA, prevé en su artículo 6 que la actuación de dichos órganos de evaluación lo será en pleno, y que sus acuerdos se adoptan por mayoría

---

<sup>53</sup> Ciertamente, la redacción del apartado d) del artículo 86 no es muy afortunada. Esto es así, porque, si en la información que, con carácter complementario, puede aportar al interesado, al amparo de lo previsto en el apartado b), se exige que sea relativa a “su actuación profesional”, el apartado d) amplía en exceso la facultad del órgano de evaluación para solicitar “cualquier otro informe que estime oportuno”, haciendo únicamente especial hincapié en que debe dirigirse, “especialmente”- pero no exclusivamente- a aquellos que “completan la información sobre la actuación del interesado”. Carece de sentido que el interesado únicamente pueda aportar aquella información que guarde relación con su actuación profesional y que el órgano de evaluación sí tenga la posibilidad de solicitar otro tipo de información complementaria que no sea la relativa a dicha actuación profesional.

<sup>54</sup> Dicha composición es una clara manifestación del perfil identificador de la organización, que es su estructura jerárquica, haciendo inconcebible que dentro del órgano de evaluación exista personal militar del mismo empleo y mucho menos, de menor empleo.

absoluta, sin que el presidente tenga voto de calidad. La convocatoria de la junta corresponde al presidente y deberá ser notificada, junto con el orden del día, con una antelación mínima de veinticuatro horas. Por su parte, el secretario tendrá como misión apoyar la labor que desarrolle la junta, sin intervenir en las actuaciones de la misma, salvo que tuviese la condición de vocal. De cada sesión en que el órgano de evaluación actúe, levantará acta que contendrá la relación de las personas que hayan intervenido, así como las circunstancias de lugar y fecha en que se ha celebrado, los puntos principales de la deliberación, la forma y resultado de la votación y el contenido de los acuerdos. Las actas serán firmadas por el secretario con el visto bueno del presidente y, en su caso, por los vocales que hayan emitido voto particular contrario al acuerdo adoptado, especificando los motivos que lo justifiquen.

Como garantía para el evaluado, el REA contiene una somera regulación de la abstención y recusación de los miembros del órgano de evaluación, remitiéndose, con carácter general, a las causas y procedimiento previsto en los artículos 28 y 29 de la LRJAPPAC. No obstante esa remisión genérica, existen algunas especialidades: así, a diferencia del régimen general, que permite que el órgano encargado de resolver la recusación pueda acordar la no sustitución del recusado, pese a que se haya acreditado la existencia de la causa de recusación alegada por el interesado – de ahí que se emplee la expresión “podrá acordar sus sustitución”, en el ámbito de las evaluaciones, la existencia de la causa de abstención dará origen a la revocación de la designación correspondiente; además, en caso de evaluación para el ascenso por antigüedad, simplemente se prevé la exclusión del evaluador incurso en causa de abstención o recusación, sin que tenga lugar su sustitución.

Al margen de lo anterior, en el artículo 92 LCM se define a las evaluaciones como el mecanismo previsto legalmente que tiene por objeto determinar la aptitud o no aptitud del interesado para el ascenso<sup>55</sup>. En caso de que determine la aptitud del interesado, se erige también como mecanismo determinante de las condiciones de idoneidad y prelación que, a su vez, establecerán la clasificación de los interesados.

De acuerdo con lo establecido en el apartado primero del presente estudio, esto es, por imperativo constitucional, la Ley obliga a que dichas evaluaciones se basen en los principios de mérito y capacidad, siendo, por otro

---

<sup>55</sup> En el artículo 85, se amplían las funciones de dicho mecanismo a la comprobación de la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas, así como la determinación de la idoneidad para la renovación de militares que mantengan una relación de servicios mediante compromisos.

lado, su realización periódica y afectando a los militares que se encuentren en las zonas del escalafón que la ley determina a continuación.

La exigencia del respeto a los principios de mérito y capacidad se encuentra íntimamente relacionada con las denominadas “*normas objetivas de valoración*”<sup>56</sup> a que se refiere el artículo 87.3 puesto que, en definitiva, son aquellas que van a predeterminar el resultado tangible de las evaluaciones, erigiéndose, por ende, en garantía para el interesado, puesto que repercute en la seguridad y certeza jurídicas, al conocer *ex ante* los criterios que fundamentarán la actuación valorativa del órgano de evaluación de que se trate. De ahí la obligación de que las mismas gocen de una publicidad general, mediante su preceptiva inserción en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa. Su determinación corresponde al Ministro de Defensa<sup>57</sup>, previo informe de los Jefes de Estado de los Ejércitos y, necesariamente, debe contener las siguientes menciones:

En primer lugar, debe establecer qué méritos y qué aptitudes deben considerar los órganos de evaluación, en función del tipo de evaluación de que se trate.

---

<sup>56</sup> Llama la atención que el legislador emplee el término “objetivo” para referirse a la positivización de una previa valoración subjetiva de los méritos. De acuerdo con el apartado i) del artículo 1 del REA se definen como “aquellas que contienen la valoración de los destinos, especialidades y títulos, así como de cuantas vicisitudes profesionales reflejadas en el historial militar identifican la trayectoria profesional de los evaluados”. Por otro lado, el carácter problemático de los criterios sobre los que debe asentarse la evaluación ha sido reiterado en la historia de la organización, A título ilustrativo, puede citarse la Ley de Bases para la Reorganización del Ejército, de 29 de junio de 1918, que disponía en su Base Novena, letra h), lo siguiente: “para asegurar una continuidad de criterio y perseverancia en los juicios que garanticen el acierto e imparcialidad en la elección del personal del Estado Mayor General y sus asimilados, se constituirá una Junta presidida por el Inspector General del Ejército y formada por cuatro Tenientes Generales, la cual propondrá reunir en pleno un cuadro de elección para cada uno de los tres empleos de Generalato y sus asimilados después de examinar la idoneidad, méritos y aptitudes militares, condiciones físicas y morales y cuantas circunstancias deben tenerse en cuenta, cuidando de mantener constantemente al día este cuadro, que presentará con carácter reservado al Ministro de la Guerra para que lo tenga en cuenta cuando corresponda.”

<sup>57</sup> La opción del legislador en confiar la definitiva determinación de las normas objetivas de valoración a un órgano de naturaleza política encuentra su fundamento en el hecho incontrovertible de que la realidad social evoluciona más ágilmente que las normas jurídicas. Esto quiere decir que, sobre todo en la rama administrativa del Derecho, se precisa de procedimientos que permitan acomodar aquéllas, de la manera más celeré posible, a los cambios acaecidos. Por ello, aunque la inclusión de esas normas objetivas de valoración en la ley sea más acorde con el principio democrático, pues, no en vano, su fijación directa se realizaría por el Parlamento, la encomienda al Poder Ejecutivo permite su fácil y rápida modificación con la finalidad anteriormente expuesta, lo que no supone un menor haz de garantías para el interesado. Al mismo tiempo, dado el carácter específico y técnico de dicha materia, no parece que sea aconsejable dejar su determinación al propio Parlamento.

En segundo lugar, se deben recoger los destinos, especialidades, títulos y cuantas vicisitudes profesionales que, obrando en el historial militar, reflejen la trayectoria profesional de los evaluados.

En tercer lugar, debe concretarse cuál es el procedimiento que debe seguir aquéllos para su valoración y el peso cuantitativo que se asigna a cada uno de ellos.

En este sentido, la Orden del Ministro de Defensa 17/2009, de 24 de abril, por la que se establece el procedimiento y las normas objetivas de valoración de aplicación en los procesos de evaluación del personal militar profesional<sup>58</sup>, contiene dichas normas objetivas de valoración, distinguiendo, a estos efectos, cuatro grupos de valoración, a cada uno de los cuales se asignan unos elementos de valoración, así como la documentación de la que se extrae la valoración en cuestión, si bien es cierto que, en cuanto a este último extremo, es decir, el de los soportes documentales, no se mantiene un criterio excesivamente formalista, al prever la posibilidad de admitir otra documentación adicional, que necesariamente habrá de ser encuadrada en alguno de los cuatro grupos. Tal es el caso de la información complementaria aportada por los interesados sobre su actuación profesional que fuera de interés y pudiera no estar reflejada en su historial militar; las certificaciones a las que se refiere el artículo 80.2 LCM o cualquier otro informe que estime oportuno, especialmente los que completen la información sobre la actuación profesional de los interesados.

Los cuatro grupos reflejan la totalidad de los aspectos de la vida militar y son los siguientes:

En el grupo de valoración número uno, denominado “Cualidades y desempeño profesionales”, se incluyen como elementos de valoración, las cualidades de carácter profesional, las cualidades personales, así como el prestigio profesional y la capacidad de liderazgo, documentadas en la colección de informes personales y cualquier otro informe que al respecto determinen los Jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire.

En el grupo de valoración número dos, denominado “Trayectoria y recompensas”, se incluye la trayectoria profesional; los destinos y situaciones administrativas en las que el interesado no tenga su condición militar en suspenso y las recompensas y felicitaciones, documentados, todos ellos, mediante la hoja de servicios.

---

<sup>58</sup> Se completa con la Orden Ministerial número 18/2009, de 24 de abril, por la que se establece el máximo y el mínimo de la relación entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas para el ascenso por los sistemas de elección y clasificación durante el periodo cuatrienal de plantillas 2009-2013.

El grupo de valoración número tres se denomina “Formación” y en él se contienen, como elementos de valoración, la enseñanza de formación, cursos de actualización y, en su caso, titulaciones necesarias para el ascenso y los cursos de la enseñanza de perfeccionamiento, de altos estudios de la defensa nacional, idiomas y titulaciones del sistema educativo general, documentados a través del expediente académico.

En el grupo de valoración número cuatro, que se denomina “Condiciones psicofísicas y sanciones”, se incluyen los resultados de las pruebas físicas y reconocimientos psicofísicos y bajas laborales que resulten del expediente de aptitud psicofísica, así como las sanciones que aparezcan en la hoja de servicios.

Una vez establecidos los elementos de valoración, así como la forma en que se acredita su contenido, debe establecerse cuál es el margen de incidencia de cada uno de los mismos, cuestión ésta que se aborda en la propia Orden Ministerial, estableciendo una horquilla porcentual, dentro de la cual la incidencia definitiva corresponde determinarla a los Jefes de Estado Mayor del Ejército en cuestión<sup>59</sup>.

Posteriormente, la propia Orden prevé la asignación de una puntuación absoluta a cada elemento de valoración, normalizándose la puntuación de cada grupo, con arreglo a una fórmula específica, y sumando, a continuación, las puntuaciones ya normalizadas y ponderadas. A dicho resultado numérico debe descontarse la puntuación asignada en el grupo de valoración número cuatro.

Como puede observarse, la citada norma trata de establecer un proceso objetivo en la valoración de los méritos, aptitudes y capacidades, que, por definición, responden a elementos de carácter subjetivo. De ahí la complejidad en la confección de dicho sistema, que, en definitiva, trata de recoger la totalidad de las vicisitudes que pueden acontecer en la carrera del militar.

Dentro del proceso de las evaluaciones, conviene hacer referencia a las actuaciones sobre las que puede plantearse una actividad impugnatoria por parte del interesado, pues no todos los actos que tienen lugar en la misma son susceptibles de actividad revisora. Es cierto que el artículo 39 REA contiene una serie de disposiciones específicas en materia de recurso, pero es tal el carácter genérico con que lo hace, que exige de una serie de precisiones. Por eso, dicha tarea obliga a remitirse a la regulación genérica que se encuentra prevista en la LRJPAC, en la medida en que determina qué actos administrativos son susceptibles de recurso administrativo y cuáles no.

---

<sup>59</sup> En el caso de los Cuerpos Comunes de la Defensa, le corresponde a la Subsecretaría de Defensa.

Así, su artículo 107.1 únicamente lo permite frente a las resoluciones y los denominados actos de trámites cualificados, que son aquellos que deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, si bien la oposición a los restantes actos de trámite podrá alegarse por los interesados para su consideración en la resolución que ponga fin al procedimiento.

En consecuencia, se consideran actuaciones no susceptibles de impugnación la resolución por la que se prepara la remisión de la documentación necesaria para practicar la evaluación, los actos que se dicten en desarrollo y deliberación de las juntas, así como los informes que puedan emanar de los Jefes de Estado o del Ministro de Defensa. Respecto a los actos de nombramiento y constitución de las juntas, debemos remitirnos a lo expuesto más arriba, en el sentido de que no son susceptibles de recurso alguno, sin perjuicio de las causas de abstención y recusación y de la posibilidad de alegar la recusación al interponer el recurso que proceda contra el acto que termine el procedimiento (artículo 29.5 LRJAPPAC).

Por otra parte, constituyen actuaciones frente a las que cabe interponer el correspondiente recurso administrativo el acto por el que se declare a un interesado no apto para el ascenso, la aprobación definitiva del resultado de la evaluación, la resolución relativa al porcentaje de evaluados y vacantes, así como las zonas del escalafón que, a efectos del ascensos, fijen los Jefes de Estado Mayor o, en su caso, la Subsecretaría de Defensa. De la misma forma, también es impugnable la orden ministerial que establece el número máximo de ciclos, si bien, en este supuesto, al tratarse de una disposición normativa de carácter general, no puede interponerse recurso en vía administrativa, sino únicamente recurso contencioso-administrativo<sup>60</sup>.

El régimen de impugnación en materia de evaluaciones y ascensos se encuentra íntimamente relacionado con el derecho del interesado a acceder a los informes personales, puesto que, según se ha expuesto, constituyen un elemento de peso en orden al resultado de la evaluación en cuestión<sup>61</sup>.

En este sentido, el artículo 37 LRJPAC reconoce a los interesados el derecho a acceder a los documentos que obren en el expediente administra-

<sup>60</sup> Artículo 107.3 LRJAPPAC en relación con el artículo 25.1 LJC-A.

<sup>61</sup> El análisis exhaustivo de la cuestión bien podría ocupar la totalidad de un trabajo de investigación jurídica. El objetivo de su inserción en el presente es más modesto ya que tiene como finalidad ofrecer una visión genérica del sistema de evaluaciones y ascensos y, en particular, cuáles son los límites con que se encuentra el interesado a la hora de articular los medios de defensa que estime oportunos. En cualquier caso, las líneas siguientes parten de los estudios llevados a cabo por DE PEDRO MORO J L., “*Sobre el derecho de acceso a los ipec,s archivados con la hoja de servicios*”.

tivo, si bien no lo configura como un derecho absoluto, sino que establece una serie de límites destacando, en lo que ahora interesa, que, si se trata de archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas, su acceso se regirá por sus disposiciones específicas.

Es cierto que el contenido de los informes personales revela información personal y que, por tanto, debería estar regido por las disposiciones de la Ley Orgánica número 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal<sup>62</sup>. Sin embargo, su artículo 2.3 remite a su regulación específica los tratamientos de datos que *“tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación del régimen del personal de las Fuerzas Armadas.”*

Dicha legislación específica aparece constituida por la LCM, en cuyo artículo 79 se faculta al Ministro de Defensa para que pueda dictar las normas relativas a la elaboración, custodia y utilización del historial militar<sup>63</sup>, así como garantizar el derecho al acceso al propio historial, *“salvo los informes calificados como confidenciales o reservados”*.

Así las cosas, la Disposición Transitoria Primera del REA, cuyo apartado primero dispone literalmente:

*“Hasta que se aprueben las correspondientes órdenes ministeriales de desarrollo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, y del presente reglamento, seguirán siendo de aplicación, en lo que no se opongan al presente reglamento, las vigentes disposiciones sobre evaluaciones y en concreto:*

Orden Ministerial 74/1993, de 8 de julio, por la que se establece el modelo de informe personal de calificación para el personal militar profesional (IPEC)<sup>64</sup>.

Orden Ministerial 84/2002, de 2 de mayo, por la que se aprueban las normas para la evaluación y clasificación del personal militar y sus instrucciones de desarrollo<sup>65</sup>.

---

<sup>62</sup> En adelante, LOPD. Dicha ley ha sido desarrollada por el Real Decreto número 1720/2007, de 21 de diciembre.

<sup>63</sup> El historial militar se compone de la hoja de servicios, la colección de informes personales, el expediente académico y el expediente de aptitud psicofísica (artículo 79.1 LCM).

<sup>64</sup> Actualmente, dicha materia se encuentra regulada en la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, por la que se determina el modelo y las normas reguladoras de los informes personales de calificación, regula dicho proceso de calificación para el personal militar de carrera y de complemento en situación de servicio activo que esté ocupando destino.

<sup>65</sup> Derogada expresamente por la Orden Ministerial 17/2009, de 24 de abril, modificada a su vez por la Orden Ministerial 12/2010, de 25 de marzo.

Orden Ministerial 85/2002, de 8 de mayo, por la que se establece el Informe personal de Calificación y la Hoja de Servicios de los Militares Profesionales de Tropa y Marinería<sup>66</sup>.”

Pues bien, tanto la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre (en su artículo 7.4), como el REA (en su artículo 81.2), imponen al superior jerárquico del calificado que forme parte de la junta la obligación de informar y orientar al interesado sobre su competencia y forma de actuación profesional, reconociéndole a éste último el derecho a formular alegaciones al respecto, que deberán unirse al informe personal de calificación.

No obstante lo anterior, hay que tener en cuenta que el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, en su apartado segundo establece lo siguiente:

*“Se otorga, con carácter genérico, la clasificación de reservado a: [...] Las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar”.*

De lo expuesto se colige que el interesado no puede acceder a los informes personales, al tratarse de materia clasificada, aspecto éste que ha sido confirmado por la Agencia Española de Protección de Datos en numerosas ocasiones<sup>67</sup>. Igualmente, ni siquiera cuando existe un mandamiento judicial para su incorporación al proceso judicial correspondiente, se remiten dichos informes, sino que únicamente se envía un certificado descriptivo de su contenido, en términos generales.

Realizada la evaluación, se establece un límite temporal de eficacia en función del sistema de ascenso de que se trate, previendo la posibilidad de que se practique nueva evaluación *“cuando circunstancias especiales así lo aconsejen”*. En este sentido, las evaluaciones producen efecto en los sistemas de elección y clasificación durante un ciclo de ascensos, que será de un año, con la posibilidad de que el Ministro de Defensa, previo informe del Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, pueda modificar la duración del ciclo cuando concurren circunstancias especiales que así lo justifiquen.

---

<sup>66</sup> Derogada parcialmente por la Orden Ministerial 85/2011, de 18 de noviembre, que, entre otros, extiende la aplicación de la Orden Ministerial 55/2010, de 10 de septiembre, a los militares de tropa y marinería que mantienen una relación profesional de carácter temporal, estableciendo, asimismo, la imposibilidad de que cualquier militar de tropa y marinería pueda ser calificado por otro del mismo empleo, ya que concurren a los procesos selectivos con independencia de su condición de temporal o permanente y de su antigüedad, y modificando la periodicidad para cumplimentar los informes personales de calificación de todo el personal militar de esta categoría.

<sup>67</sup> A título ilustrativo, las resoluciones recaídas en los procedimientos TD/00813/2007, AP/00077/2007 y TD/00153/2006.

Por su parte, en los sistemas de ascenso por antigüedad y concurso o concurso-oposición, la evaluación surtirá efectos hasta que se produzca el ascenso.

Por otro lado, se prevé también la existencia de evaluaciones como mecanismo para seleccionar a los interesados que pueden asistir a los cursos de actualización, lo que deberá de llevarse a cabo a través de los mismos criterios objetivos previstos en el artículo 87.3. Dicha selección, que lo será en el número máximo que fije el Ministro de Defensa, se realiza por los correspondientes órganos de evaluación, y la determinación definitiva de los interesados que, en primer lugar, han de entrar en evaluación y, en segundo lugar, pueden asistir a los cursos, compete a los Jefes del Estado Mayor del Ejército en cuestión, previo informe del Consejo Superior respectivo.

Por lo tanto, la evaluación presupone de una serie de actuaciones previas, que son el establecimiento de la zona de escalafón para el ascenso o bien la zona del escalafón para la asistencia a los cursos de actualización. Establecida la zona del escalafón en cuestión, los interesados que se encuentren en la misma pueden renunciar a ser evaluados para el ascenso o la asistencia al curso de actualización, con la advertencia de que, si renuncian dos veces, permanecerán en el empleo en que estuvieren hasta su pase a la situación de reserva o no serán convocados en lo sucesivo a los cursos de actualización, respectivamente.

Establecido el régimen jurídico general del sistema de evaluación, procede exponer las peculiaridades que el mismo presenta en cada uno de los sistemas de ascenso.

En lo que respecta a la evaluación para el sistema de ascenso por elección, el artículo 93 señala que serán evaluados aquellos interesados del empleo inmediatamente inferior que reúnan o puedan reunir durante el ciclo las condiciones para el ascenso exigidas en el artículo 90; es decir, haber cumplimentado el tiempo de servicios y permanencia, así como, en su caso, haber realizado el correspondiente curso de actualización. Las zonas del escalafón a efectos del ascenso para cada empleo y escala se determinan por los Jefes de Estado Mayor del Ejército respectivo y, además, es el Ministro de Defensa, previo informe de aquéllos, el que establece para cada período cuatrienal de plantillas el número máximo y mínimo de la relación existente entre el número de evaluados en cada ciclo y el de vacantes previstas.

En este sistema, las condiciones de la evaluación quedan limitadas a la especificación de cuáles son las condiciones que van a determinar la

prelación e idoneidad de los evaluados, en lo que respecta a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el empleo superior<sup>68</sup>.

Si se trata de la evaluación para el ascenso a general de brigada<sup>69</sup>, compete al Consejo Superior del Ejército en cuestión, informada por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, quien, con su informe, la elevará al Ministro de Defensa para su resolución. En el resto de empleos de las categorías de oficial, suboficial y tropa y marinería, la evaluación se realiza por el correspondiente órgano de evaluación, exigiendo, a diferencia del anterior, informe tanto del Consejo Superior, como del Jefe del Estado Mayor del Ejército en cuestión, quien propondrá al Ministro de Defensa el orden del ascenso.

En cuanto a la evaluación en el sistema de ascenso por clasificación, se asemeja al previsto en el sistema de ascenso por elección, con la particularidad de que los evaluados serán aquellos que reúnan o puedan reunir, antes del inicio del ciclo de ascensos, las condiciones generales previstas en el artículo 90 y se encuentren en la zona de escalafón determinada previamente.

Además, las evaluaciones tienen por objeto determinar la aptitud o no aptitud de los evaluados. En el segundo caso, la ley exige expresamente una motivación en el órgano de evaluación. En caso de ser declarado apto, aquél debe analizar las condiciones de idoneidad y prelación en cuanto a las facultades y capacidades profesionales requeridas para el empleo superior, determinando la clasificación de los evaluados.

Dicha evaluación ha de ser informada por el Consejo Superior respectivo, quien la elevará al Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente, a quien se le reconoce la posibilidad de introducir su propia valoración y, por ende, la posibilidad de que declare la no aptitud o la aptitud de los evaluados, en cuyo caso aprobará su orden de clasificación. Es decir, en este caso se reconoce al Jefe del Estado Mayor de cada Ejército una amplia facultad valorativa, hasta el punto de que puede excluir a los interesados que habían sido declarados aptos por el órgano de evaluación.

Cabe preguntarse si es posible que el Jefe del Estado Mayor del Ejército en cuestión pueda declarar no apto al que en un principio obtuvo una declaración favorable por parte del órgano de evaluación. La respuesta ha

---

<sup>68</sup> Dicha regulación difiere de la prevista en el artículo 114 de la Ley de 1999, que expresamente prevé que la evaluación especificará “*las condiciones de prelación e idoneidad para el desempeño de los cometidos del empleo superior de todos los evaluados*”. Es decir, que la LCM se refiere a destinos, mientras que su predecesora lo hace a los cometidos.

<sup>69</sup> No se requiere evaluación para el ascenso al resto de empleos dentro de la categoría de oficiales generales.

de ser negativa, ya que aquél no puede imponer su voluntad en contra de lo propuesto por la Junta Permanente y el Consejo Superior, pues supondría atribuirle unas facultades exorbitantes de las que, desde luego, no se encuentra provisto legalmente. Esta afirmación se deduce del carácter técnico de los órganos evaluadores y de la propia finalidad de las evaluaciones, en la medida en que tienen por objeto apreciar, con criterios técnicos, la aptitud y, en su caso, la idoneidad y ordenación del evaluado, de modo tal que si dichos criterios técnicos se hallaran al alcance de los Jefes de Estado Mayor, los órganos de evaluación perderían la razón de su existencia.

A ello hay que añadir que la opción contraria llevaría al absurdo de considerar que, a diferencia de la evaluación que lleva a cabo el órgano de evaluación, a quien la ley, en caso de apreciar la no aptitud del evaluado, exige un especial deber de motivación, el Jefe del Estado Mayor del Ejército en cuestión no tendría la obligación legal de motivar su resolución de declarar no apto al evaluado que, con carácter previo, ha obtenido una decisión inicial o indiciaria favorable por parte de aquél; circunstancia ésta que tiene mal encuadre en la obligación de motivación que impone el artículo 54 LRJPAC.

Por lo que se refiere a la evaluación en el sistema de ascenso por concurso o concurso-oposición, el artículo 95 exige de una concurrencia voluntaria de los interesados, debiendo tener cumplidas las condiciones y tiempo en el empleo correspondientes. Estos requisitos se fijan en la correspondiente convocatoria, cuya aprobación compete a los Jefes de Estado de los correspondientes Ejércitos, donde se fijarán, además, las zonas del escalafón y las especialidades, pudiendo ofertar plazas distintas en función de la zona del escalafón, en cuyo caso los procesos selectivos se celebrarán por separado.

La principal diferencia entre estos sistemas y los anteriores es que, si en los anteriores la evaluación es un acto obligatorio que se determina por la propia Administración y a la que el interesado que se encuentra dentro de la zona de escalafonamiento predeterminada se halla obligado a concurrir, salvo renuncia, en éste último la evaluación del interesado exige de un acto positivo y voluntario del mismo, que supone la concurrencia a la correspondiente convocatoria, por lo que, a diferencia de los primeros, ninguna consecuencia perjudicial para su esfera de derechos puede suponer la no participación en el proceso de evaluación.

De otro lado, el sistema de concurso supone la valoración por el órgano de evaluación de los méritos que, con carácter previo, se han establecido en las bases de la convocatoria. En el sistema de concurso-oposición se tiene en cuenta, además de los méritos apreciados conforme al sistema de

concurso, se tiene en cuenta la puntuación obtenida en la fase de oposición, con arreglo a lo establecido en la propia convocatoria.

Resta por analizar la evaluación en el sistema de ascenso por antigüedad, que aparece regulado en el artículo 96 LCM. En dicho sistema, la evaluación se realiza con anterioridad a cumplir los tiempos de servicios fijados para cada empleo y escala, siempre que se reúna las condiciones generales que prevé el artículo 90.

Por el órgano de evaluación se expresará la aptitud o la no aptitud, recogiendo expresamente para este último supuesto un deber de motivación. Dicha evaluación será elevada al Jefe del Estado Mayor del Ejército en cuestión, que decidirá sobre la aptitud o no aptitud de los evaluados. En caso de que se declare la aptitud para el ascenso, tendrá validez hasta que se produzca el ascenso, salvo que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 92.1, concurra alguna circunstancia que justifique una nueva evaluación del interesado. Si la declaración es de no aptitud, el interesado volverá a ser evaluado en la siguiente evaluación que corresponda a los de su empleo y escala.

#### 4º.- CONCESIÓN DEL ASCENSO

En cuanto a la concesión de los ascensos, la ley distingue, en su artículo 97<sup>70</sup>, dos supuestos claramente diferenciados:

De un lado, la concesión de los ascensos por los sistemas de clasificación, concurso, concurso-oposición y antigüedad, que compete al Mando o Jefatura de Personal del Ejército de que se trate<sup>71</sup>.

De otro, la concesión de los ascensos por el sistema de elección. Dentro de éste último, se establecen diversas especialidades. Así, si se trata del ascenso al empleo de la categoría de oficiales generales, su concesión es competencia del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, que previamente habrá oído al Jefe del Estado Mayor del Ejército en cuestión<sup>72</sup>. Como tal propuesta, no vincula al Consejo de Ministros, quien puede alterar el orden propuesto por el Ministro de Defensa, debiendo tener en cuenta la idoneidad para ocupar el cargo o puesto en cuestión. Se establece como especialidad el ascenso al empleo de general de brigada, en

<sup>70</sup> Materia regulada en el artículo 118 de la Ley de 1999.

<sup>71</sup> La Ley de 1999 hacía recaer la competencia en el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

<sup>72</sup> Con la Ley de 1999 era competencia del Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe de Estado Mayor en cuestión.

el que, a diferencia de los anteriores, resulta preceptivo valorar las evaluaciones previstas en el artículo 93, lo que supone una limitación expresa al margen de discrecionalidad técnica del Consejo de Ministros al establecer un elemento de carácter reglado que ha de integrar el juicio de valoración del Consejo de Ministros.

En el caso de los cuerpos cuyo empleo máximo en la escala de oficiales es el de general de división, se prevé la posibilidad de que se pueda alcanzar los empleos superiores si se ocupa uno de los cargos o puestos que constituyen plantilla indistinta de oficiales generales, en la Casa de Su Majestad el Rey o en organizaciones internacionales u otros organismos en el extranjero, si bien al cesar en los mismos, se pasará a la situación administrativa de reserva<sup>73</sup>.

Los ascensos al empleo de general de brigada en el Cuerpo de Músicas Militares<sup>74</sup> se conceden por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Ministro de Defensa, quien tendrá en cuenta el parecer de la Junta Superior de los Cuerpos Comunes.

En el resto de ascensos que se rigen por el sistema de elección, su concesión es competencia del Jefe de Estado Mayor del Ejército correspondiente, de acuerdo con la ordenación realizada por el Ministro de Defensa, que, por tanto, tiene carácter vinculante<sup>75</sup>.

##### 5º.- DECLARACIÓN DE NO APTITUD PARA EL ASCENSO

Respecto a la declaración de no aptitud para el ascenso, se regula en el artículo 98<sup>76</sup>, atribuyéndose el Jefe de Estado Mayor del Ejército en cuestión, exigiendo que la misma se base en las evaluaciones que se hayan practicado al interesado. Obviamente, dicha declaración comporta la imposibilidad del interesado de ascender, exigiendo que sea nuevamente evaluado a tal fin. Sin embargo, las evaluaciones no admiten un número ilimitado, sino que el evaluado que haya sido declarado no apto más de dos veces<sup>77</sup> para el ascenso a un mismo empleo puede ser declarado no apto

---

<sup>73</sup> Tal y como señala López Alfranca, la ubicación sistemática de dicho precepto debería encontrarse en las disposiciones generales sobre empleos militares y no en el régimen de ascensos.

<sup>74</sup> Con la Ley de 1999 el máximo empleo era el de Coronel.

<sup>75</sup> La Ley de 1999 señalaba que correspondía al Ministro de Defensa, siguiendo la ordenación establecida por el Jefe del Estado Mayor del Ejército correspondiente.

<sup>76</sup> La Ley de 1999 lo hacía en su artículo 106.

<sup>77</sup> La Ley de 1999 no exigía un número mínimo de declaraciones para formular dicha propuesta.

para el ascenso con carácter definitivo. Tal decisión es competencia del Ministro de Defensa, a propuesta del Jefe de Estado Mayor del Ejército en cuestión<sup>78</sup>.

Las consecuencias que, en el orden legal, despliega la declaración definitiva de no aptitud se enumeran en el apartado tercero del mismo artículo y consisten en que al interesado declarado no apto va a quedar afecto a su empleo, sin posibilidad de ascender, hasta que pase a la situación administrativa de reserva<sup>79</sup>. Ahora bien, en la medida en que el artículo 119 LCM impone la obligación de iniciar un procedimiento para determinar si existe insuficiencia de facultades profesionales, puede ocurrir que, a resultas del mismo, se acuerde el pase a la situación de retiro o la resolución del compromiso; igualmente, aun cuando no lo mencione expresamente el artículo 98, una interpretación sistemática del mismo y del artículo 119 conduce a considerar que, aun en el caso de que el interesado sea retenido de manera permanente en su empleo, hasta su pase a retiro, puede acordarse también la limitación para ocupar determinados destinos, dentro de su empleo.

La declaración de no aptitud para el ascenso se encuentra íntimamente relacionada con la figura de la reserva, en especial, con la reserva forzosa prevista en el artículo 113.3 LCM, que dispone:

*“Los militares de carrera podrán pasar a la situación de reserva con carácter voluntario en los cupos que autorice periódicamente el Ministro de Defensa para los distintos empleos, zonas de escalafón, escalas y especialidades, con arreglo a las previsiones del planeamiento de la defensa, siempre que se tengan cumplidos veinticinco años de tiempo de servicios en las Fuerzas Armadas.*

*En los cupos, empleos, escalas y especialidades en que así se especifique, además de con carácter voluntario, parte de las plazas se podrán ofertar para ser solicitadas con carácter anuente.*

*De no existir suficientes peticionarios con carácter voluntario o anuente para cubrir estas plazas, se completarán con el pase a la reserva con*

---

<sup>78</sup> La redacción del precepto conduce a considerar que cabe un cierto margen de apreciación valorativa en el Ministro de Defensa a la hora de resolver al efecto, a pesar de que hayan concurrido los presupuestos legalmente previstos, en un intento de poder apreciar el cúmulo de circunstancias que, en cada caso particular, concurren en el interesado. Respecto de la declaración de no aptitud para el ascenso, la anterior ley, en su artículo 106, habilitaba al Jefe del Estado Mayor en cuestión a proponer al Ministro de Defensa la declaración, con carácter definitivo, de no aptitud para el ascenso del evaluado, mientras que la vigente ley exige que el evaluado sea declarado no apto más de dos veces para el ascenso al mismo empleo.

<sup>79</sup> Regulada en el artículo 113 LCM.

***carácter forzoso de los del empleo correspondiente de mayor antigüedad en él y siempre que hayan dejado de ser evaluados para el ascenso.”***

Se trata de un mecanismo subsidiario, puesto que se precisa la inexistencia de suficientes peticionarios para pasar a la situación de reserva con carácter voluntario o, en su caso, anuente. Sin embargo, a diferencia de los 25 años que expresamente se exige para pasar a la situación de reserva con carácter voluntario, no se exige de un tiempo mínimo de servicios,

Un interpretación sistemática y teleológica obliga a considerar que la ausencia de previsión legal expresa de tiempo mínimo de servicios se debe a un mero *lapsus* del legislador, ya que, de lo contrario, se configuraría como un método claramente expeditivo para hacer posible una disminución de efectivos en la organización, cualquiera que sea el empleo que se detente o la antigüedad que se posea en el escalafón, máxime si se pone en relación con el hecho de que, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado sexto de dicho precepto, sí, procediendo el pase a la situación de reserva, el militar no tiene un tiempo de servicios de 20 años, procede acordar su pase a retiro.

Dado las graves repercusiones que dicho mecanismo puedo generar, entiendo que hubiera resultado justificado que la ley expresamente hubiera exigido un tiempo mínimo de servicios equiparado a los 25 años de servicios que se exige para solicitar, con carácter voluntario, el pase a la situación de reserva.

No obstante, es cierto que el Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar y de situaciones administrativas del personal militar profesional, recogía en su artículo 50<sup>80</sup>, letra c) que

*“El militar de carrera pasará a la situación de reserva en cualquiera de los siguientes casos: [...]*

*c) Al transcurrir cuatro años, en el caso de los declarados no aptos para el ascenso con carácter definitivo, desde el momento en que ascienda cualquiera que le siga en el escalafón.”*

Es decir, que, en el caso de la declaración definitiva de no aptitud para el ascenso, exigía el transcurso de un plazo temporal de 4 años, a contar desde el ascenso de cualquiera que le siga en el escalafón, estableciendo con carácter imperativo, de acuerdo con las leyes a las que desarrollaba, el pase a la situación de reserva de los declarados no aptos para el ascenso

---

<sup>80</sup> Dicha previsión normativa era el desarrollo reglamentario del artículo 103.1.c) de la Ley 17/1989, pero ya la Ley 17/1999 eliminó esa opción. Por tanto, debe entenderse derogado.

con carácter definitivo, mientras que la Ley únicamente lo contempla como mecanismo de carácter subsidiario.

Es decir, parece que la vigente Ley, siguiendo el camino iniciado por su predecesora, ha adoptado por establecer un sentido más garantista para el interesado, puesto que se exige que los cupos de reserva voluntaria y anuente no resulten cubiertos, si bien debería culminar dicho proceso, con la expresa introducción de un tiempo mínimo de servicios.

### 3.- SOBRE LA APLICACIÓN DE LA CARRERA HORIZONTAL

Las consecuencias que, en el orden práctico, genera el sistema de ascensos de la Ley de la Carrera Militar, han despertado el interés en diversos autores en la confección de estudios doctrinales que, sin desatender la previsión normativa del artículo 5 LCM, plantean las posibilidades de traslación al ámbito de la carrera militar de las disposiciones normativas contenidas en la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público acerca de la llamada carrera horizontal<sup>81</sup>.

Tal planteamiento tiene por objeto que la motivación profesional, la existencia de incentivos personales, la mejora de la competencia profesional y el acicate de la consecución de metas profesionales no necesariamente ligadas al ascenso redunden positivamente en un mejor funcionamiento de los ejércitos, encauzando las legítimas expectativas de los militares en el marco de las necesidades e intereses de la propia organización<sup>82</sup>.

Ciertamente, bajo la denominación carrera horizontal, se hace referencia a dos sistemas que, si bien son diferentes, pueden configurarse como complementarios; se trata, en terminología del EBEP, de la carrera horizontal en sentido estricto y, por otro lado, de la promoción interna horizontal.

Respecto a la carrera horizontal en sentido estricto, es definida en el artículo 16.3 letra a) EBEP y “*consiste en la progresión de grado, categoría, escalón u otros conceptos análogos, sin necesidad de cambiar de puesto de trabajo.*” Se trataría, a grandes rasgos, de la proyección o mejora dentro del mismo empleo.

El EBEP exige que las leyes de función pública que desarrollen este sistema regulen dos elementos. El primero de ellos consiste en la previsión

---

<sup>81</sup> ASÍ, MATAMOROS MARTÍNEZ, R, “Posibilidades de aplicación militar de la carrera horizontal”, en el Seminario sobre “*La Carrera Horizontal desde la perspectiva Militar*”, Granada, 2013.

<sup>82</sup> SÁNCHEZ URBÓN, G, “La carrera horizontal como modelo”, en el Seminario sobre “*La Carrera Horizontal desde la perspectiva Militar*”, Granada, 2013.

de un sistema que permita valorar la trayectoria y actuación profesional, la calidad de los trabajos realizados, los conocimientos adquiridos y el resultado de la evaluación del desempeño, pudiendo incluirse otros méritos y aptitudes por razón de la especificidad de la función desarrollada y la experiencia adquirida (artículo 17, b) EBEP).

Y, en segundo lugar, que se determinen los efectos de la evaluación en la carrera profesional horizontal, la formación, la provisión de puestos de trabajo y en la percepción de las retribuciones complementarias previstas en el artículo 24 de dicho cuerpo normativo (artículo 20.3 EBEP).

Este sistema quedaría limitado a aquellos militares que han perdido su aptitud para la carrera vertical y exigiría, además, que la relación de puestos militares hiciera expresa mención a aquellos destinos que quedan reservados al mismo. De la misma forma, exigiría la definición de tramos de progresión y sistemas de evaluación del desempeño específicos y no podría resultar más beneficiosa que la carrera vertical, por lo que le resultaría de aplicación los plazos máximos de permanencia en el destino a que se refiere el artículo 101.1 LCM. Sobre este extremo jugaría un papel preponderante la enseñanza militar de perfeccionamiento, como herramienta que permitiría la obtención de nuevas especialidades (artículos 48 y 53 LCM), permitiendo con ello la reorientación de la carrera del militar que daría lugar, en su caso, a una nueva trayectoria profesional (artículos 45 y 75 LCM). Se trataría, en definitiva, de construir un sistema paralelo al previsto en la LCM para la carrera vertical.

Por su parte, el sistema de promoción interna horizontal es un sistema de carrera profesional previsto en el artículo 16.3, letra d) EBEP, que lo define como *“el acceso a cuerpos o escalas del mismo Subgrupo profesional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 18”*. Supondría, en definitiva, la asignación de militares de carrera encuadrados en un grupo o subgrupo de la carrera militar a otros puestos de la Administración General del Estado integrados en el mismo grupo o subgrupo al de origen de aquél.

El fenómeno de que los funcionarios militares presten servicios en otros órganos de la Administración General del Estado no es nuevo. Así, el artículo 109 LCM regula la situación administrativa de servicios especiales, que tiene lugar cuando el militar de carrera y los militares de tropa y marinería de larga duración desempeñan determinados servicios, como por ejemplo, en el Tribunal Constitucional, Defensor del Pueblo, Tribunal Supremo, Tribunal de Cuentas o Consejo General del Poder Judicial.

Por su parte, el artículo 18 EBEP establece una serie de parámetros que deben ser tenidos en cuenta por la correspondiente normativa, a la hora de desarrollar dicho sistema de carrera horizontal.

Así, en primer lugar, la promoción interna debe realizarse a través de procesos selectivos que garanticen el respeto a los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y el resto de los recogidos en su artículo 55.2.

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha ido sentando una línea jurisprudencial en torno a la manera en que el legislador ordinario debe plasmar dichos principios constitucionales a la hora de definir el sistema de promoción interna. Uno de los aspectos más problemáticos lo constituye la valoración que se dé al tiempo de servicios prestados en una Administración, ya que, una valoración excesiva puede producir en la práctica un efecto similar al de las pruebas restringidas. Esto puede tener lugar cuando se permite valorar el tiempo de servicios prestados tanto en la fase de concurso como en la de oposición, al admitir en caso necesario que la puntuación asignada en la fase de concurso se suma a la obtenida en fase de oposición y permita remontar el resultado de esta prueba<sup>83</sup>.

La segunda vertiente de la cuestión que analizamos consiste en considerar el tiempo de servicios como mérito valorable dentro de un concurso-oposición en la fase de concurso. En este caso, el Tribunal Constitucional estima como no lesivo al principio de igualdad que el tiempo de servicios sea el único mérito valorable en la fase de concurso por considerar que tal medida no trata de favorecer desproporcionadamente a determinados aspirantes con exclusión de otros, y tampoco se impide que los aspirantes externos puedan demostrar sus méritos y capacidades en la fase de oposición. Entiende el Tribunal Constitucional que con ello no se producen acepciones o pretericiones *ad personam*, de manera que las reglas de procedimiento para el acceso a las funciones o cargos públicos se establecen en términos abstractos y generales y no mediante referencias individualizadas<sup>84</sup>, señalando también la valoración de los servicios prestados como mérito en los concursos para el acceso a la función pública, aunque no puede

---

<sup>83</sup> La STC número 67/1989, de 18 de abril se pronuncia sobre esta cuestión se pronuncia sobre esta cuestión, indicando que se trata ésta de una técnica de favorecimiento a los funcionarios interinos y contratados frente a los opositores libres en materia de concurso-oposición para el ingreso en la función pública. Señala la sentencia que con ello se consigue el mismo efecto que con la práctica de pruebas restringidas, y señala que *“esta desigualdad de trato, en cuanto al nivel de exigencia entre unos y otros opositores, por la sola razón de la existencia o no de un periodo previo de servicios administrativos, ha de ser estimada como arbitraria e incompatible con los principios de mérito y capacidad. Por ello ha de declararse que es contraria al artículo 23.2 de la Constitución y que lesiona el derecho a la igualdad en el acceso a las funciones públicas”*.

<sup>84</sup> SSTC números 67/1989, de 18 de abril, y 60/1987, de 20 de mayo.

admitirse como regla general, no es de por sí discriminatoria, siempre que se prevea de forma razonable y proporcionada.

Y, en segundo lugar, señala el artículo 18 EBEP que los funcionarios deben poseer los requisitos exigidos para el ingreso en el correspondiente cuerpo o escala, tener una antigüedad de, al menos, dos años de servicio activo en el anterior Subgrupo, o Grupo de clasificación profesional, en el supuesto de que éste no tenga Subgrupo y superar las correspondientes pruebas selectivas.

Dicho sistema de carrera profesional, a diferencia de las modalidades de carrera vertical (o ascenso en sentido estricto<sup>85</sup>), la promoción interna vertical<sup>86</sup> y la promoción interna horizontal<sup>87</sup>, no se encuentra previsto actualmente en la LCM. La justificación de la ausencia de previsión expresa se asienta, precisamente, en la adecuada interpretación del artículo 5 LCM<sup>88</sup> analizada *ut supra*; es decir, que la no previsión responde al deseo del legislador de que, por el momento, dicho sistema de carrera no tenga aplicación en el ámbito militar, por las propias características de la Institución, y la propia caracterización de la carrera militar.

Así, las Fuerzas Armadas responden a una estructura jerarquizada, tal y como recuerda el artículo 21 LCM y, por otro lado, la formación del militar se dirige a proporcionarle los conocimientos y aptitudes precisas para el ejercicio profesional de los diferentes cuerpos, escalas y especialidades en que se integra la carrera militar<sup>89</sup>, todo ello con la finalidad de atender las necesidades de la Organización, esto es, preparar las unidades y emplearlas en operaciones o, si se prefiere, prepararlos para que estén en condiciones de cumplir las misiones definidas en la Constitución y en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional<sup>90</sup>.

Ahora bien, aun siendo lo anterior cierto, no se encuentran obstáculos legales insalvables para que, de acuerdo con el artículo 5 LCM, se diseñe un sistema *sui generis* de promoción horizontal en el ámbito militar. Tal construcción podría llevarse a cabo, en lo sustancial, mediante una simple disposición reglamentaria, en la que deberían tenerse presente una serie de consideraciones específicas, adicionales a las que, con carácter básico, prevé el artículo 18 EBEP. No obstante, hay que tener en cuenta que el Tri-

<sup>85</sup> Cfr. Arts. 75 y 88 LCM.

<sup>86</sup> Cfr. Art. 62 LCM.

<sup>87</sup> El artículo 62.1 y 4 LCM sí que recogen una vía de promoción interna horizontal para cambio de escala dentro del mismo o diferente cuerpo.

<sup>88</sup> Cfr. *Ut supra* Apartado I.

<sup>89</sup> Cfr. Arts. 25 y siguientes LCM.

<sup>90</sup> Así reza el artículo 1.1 LCM.

bunal Constitucional ha dejado sentado que la reserva de ley que establece el artículo 103.3<sup>91</sup> CE obliga a que sea una norma con rango de ley la que determine en qué casos y con qué condiciones puedan reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración pública. Las normas que disciplinen estos ámbitos serán, en el concepto constitucional, ordenadoras del “estatuto de los funcionarios públicos”. Por eso, entiendo que sería necesario incluir una previsión específica en la LCM, no resultando suficiente a estos efectos la cláusula prevista en su artículo 5.

En cualquier caso, debe dejarse patente que el establecimiento de dicho sistema de promoción horizontal no tiene carácter recíproco dentro del ámbito de la Administración Pública. Lo anterior quiere decir que únicamente se prevería la promoción de militares *desde* la Administración Militar *a otras administraciones públicas*, pero no a la inversa, precisamente porque no es concebible una equiparación en la formación y conocimientos entre ambos tipos de funcionarios: los primeros con una formación genérica y otra específica, de naturaleza estrictamente militar; los segundos, con una formación genérica, pero legos en la disciplina militar.

Así, de acuerdo con dichos estudios, si se tiene en cuenta que el origen y justificación de dicho sistema se asienta en el deseo de paliar los efectos perjudiciales que puede generar el sistema de ascensos legalmente previsto, debería considerarse razonable que, en cuanto al ámbito subjetivo, el sistema de carrera horizontal sufriera una limitación: que únicamente se ofertara a los militares de carrera que no fueran aptos para promocionar en sentido vertical, con carácter definitivo. Es decir, conforme señala la LCM<sup>92</sup>, bien sea por haber alcanzado el último empleo de su escala, por no resultar evaluables para el ascenso con carácter definitivo por haber sido declarados definitivamente no apto para el ascenso o, por encontrarse en situación de reserva.

Todo ello con la advertencia de que la progresión horizontal no puede resultar más beneficiosa que la vertical, ya que, de lo contrario, podría conducir a resultados distorsionadores del sistema. Por ejemplo, en términos cuantitativos, podría generalizarse una disminución sensible de los militares que se encontraran en el último empleo de su escala – que, por tanto, ya no pueden ascender-, alentados por una mejora de las condiciones estatutarias en otras administraciones públicas, tales como las de carácter

---

<sup>91</sup> “La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.”

<sup>92</sup> Artículos 98.3 LCM y 113.7.

retributivo o régimen de horarios. Tampoco resultaría razonable “premiar” a aquel militar que, precisamente, reúne un menor grado de virtudes y capacidades frente a aquél que, por reunirlos, puede seguir promocionando en la pirámide de la organización militar.

Sin embargo, esta limitación subjetiva encuentra mal acomodo con el principio constitucional de igualdad, en tanto que parámetro que acota la admisibilidad constitucional de dicho sistema. Por ello, debería buscarse una justificación razonable a dicha delimitación, lo que puede plantear diversos problemas, no sólo desde el punto de vista del personal militar que opta a dicho proceso de promoción interna frente al personal que opta al mismo proceso selectivo en la modalidad de acceso directo, sino también dentro del propio personal militar que opta al mismo proceso de selección, unos por el sistema de promoción interna y otros en la modalidad de acceso directo.

Respecto a la primera disyuntiva, resultaría de aplicación la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional que ha ido perfilando los requisitos y justificación del sistema de promoción interna expuesto con anterioridad. Respecto a la segunda cuestión, podría darse la paradoja de que, tratándose de militares con idéntico tiempo de servicios en la Administración Militar, empleo y méritos, sólo uno de ellos pudiera acceder al sistema de promoción interna para acceder a otras administraciones públicas, mientras que otros tendrían vetada dicha posibilidad. Lo anterior adquiere un carácter más paradójico si se concibe la idea de que un militar con menor tiempo de servicios en la Administración Militar, menor empleo y menor número de méritos, pueda concurrir a una convocatoria de acceso a la prestación de servicios en otras administraciones públicas por el sistema de promoción interna y, sin embargo, el militar con mayor tiempo de servicios, empleo y número de méritos, no pueda hacerlo, sino única y exclusivamente a través del sistema de acceso directo.

No obstante lo anterior, una justificación a dicha selección subjetiva podría encontrarse en los efectos netamente desfavorables que la LCM ha propiciado para los militares que habían accedido a la condición de militar de carrera con anterioridad a su entrada en vigor, y que, con arreglo a la anterior normativa, albergaban una expectativa legítima de ascenso vertical, lo que se conectaría con la teoría de los derechos adquiridos.

Ciertamente, la doctrina mayoritaria<sup>93</sup> no concibe que el sistema de ascenso pueda equipararse a la concepción de derecho adquirido, pues lo contrario supondría una petrificación de las facultades innovativas del Po-

---

<sup>93</sup> Entre otros, Guaita Martorrel, Aurelio.

der Legislativo con respecto al ordenamiento jurídico. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse con respecto a otros elementos del régimen estatutario de los funcionarios públicos, como es la jubilación, señalando en su Sentencia de 29 de julio de 1986:

*“[...] La teoría (calificada de «huidiza») de los derechos adquiridos no está acogida deliberadamente en la Constitución y que, en todo caso, «no concierne al legislador ni al Tribunal Constitucional cuando procede a la función de defensor del ordenamiento, como intérprete de la Constitución» (STC 27/1981, de 20 de julio).*

*Esta doctrina, congruente con la sostenida al tratar de la irretroactividad y de la interdicción de la arbitrariedad y que se justifica por el respeto que merece el campo del legislador y las posibilidades de reforma del ordenamiento propios de un Estado social y democrático de derecho (artículo 1.1 de la Constitución), hace que, aun en la hipótesis de la existencia de derechos subjetivos (y con más razón sin duda tratándose de expectativas) respecto a la jubilación, no podría invocarse el principio de seguridad jurídica para hacerlos valer frente al legislador ante este Tribunal [...]”.*

Sin embargo, aun no encontrando acomodo en la doctrina de los derechos adquiridos, tal cambio a peor podría erigirse en fundamento razonable a los fines anteriormente señalados, si bien subsistiría el problema de encontrar aquel con respecto a aquellos militares que hayan alcanzado la condición de militar de carrera con posterioridad a la entrada en vigor de la LCM.

Desde otro punto de vista, la inserción de la carrera horizontal encontraría perfecto encuadre con la modificación operada en su día en los planes de estudios, a fin de incluirlos en las exigencias del Sistema Educativo General, con las adaptaciones debidas a la condición de militar, todo ello en la convicción de mejorar la selección y formación del personal militar y facilitar la movilidad social<sup>94</sup>. De ahí que la promoción horizontal pueda erigirse en mecanismo que repercuta en pro de la movilidad del recurso humano dentro de la organización de la Administración General del Estado, sin que los principios constitucionales de mérito y capacidad sufrieran detrimento alguno. Es decir, no tiene sentido adecuar la formación militar a los principios y requisitos del Sistema Educativo General si, al mismo tiempo, no se reconoce la posibilidad de que la titulación obtenida a través del sistema educativo despliegue su eficacia *extra muiros* de la propia Administración Militar.

<sup>94</sup> Cfr. Apartado V EE.MM. LCM.

En este sentido, es cierto que el artículo 43 LCM señala, en su apartado primero, que *“la finalidad de la enseñanza en las Fuerzas Armadas es proporcionar a sus miembros la formación requerida para el ejercicio profesional en los diferentes cuerpos, escalas y especialidades, con objeto de atender las necesidades derivadas de la organización y preparación de las unidades y de su empleo en las operaciones”*, es decir, que su objeto principal es procurar la formación a la carrera militar, sin embargo, no puede pasarse por alto que *“está integrada en el sistema educativo general y, en consecuencia, se inspira en los principios y se orienta a la consecución de los fines de dicho sistema establecidos en el ordenamiento jurídico, con las adaptaciones debidas a la condición militar.”*

Sistema que se completa con el reconocimiento expreso de que los títulos del sistema educativo general sean de plena aplicación en todos los ámbitos, es decir, militar y extra militar (artículo 66.3 LCM), así como la posibilidad de obtener la oportuna convalidación de asignaturas (artículo 66.1 LCM).

Por otro lado, se precisaría de una disposición normativa que procedería a establecer las equivalencias entre los empleos militares y los grupos y subgrupos de clasificación administrativa, lo que supondría una modificación de la disposición final tercera de la LCM que, únicamente, lo realiza a efectos económicos, al señalar:

*“A los exclusivos efectos retributivos y de fijación de los derechos pasivos de personal militar, se aplicarán las siguientes equivalencias entre los empleos militares y los grupos de clasificación de los funcionarios al servicio de las Administraciones Públicas:*

*General de ejército a Teniente: Subgrupo A1.*

*Alférez y suboficial mayor a sargento: Subgrupo A2.*

*Cabo mayor a soldado con relación de servicios de carácter permanente: Subgrupo C1.”*

Al margen de lo anterior, conviene tener en cuenta que el sistema de promoción horizontal no supone, *per se*, un cambio en la situación administrativa del militar, ya que sigue conservando su condición de militar. Así, el artículo 116 LCM, que recoge las causas de pérdida de la condición de militar de carrera, no contempla el ser asignado al servicio de otras Administraciones Públicas, lo que, *sensu contrario*, conlleva que el militar asignado continúa sujeto al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.

Sin embargo, en la medida en que dicho militar desempeñaría una prestación de servicios en el sector público, de acuerdo con los artículos 109

y 110 LCM, procedería su declaración de servicios especiales o excedencia, lo que, en cualquiera de los casos, supone que, durante el tiempo de permanencia en esta situación, la condición militar queda en suspenso y, en consecuencia, dejan de estar sujetos al régimen general de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y a las leyes penales y disciplinarias militares.<sup>95</sup>

Sería discutible la procedencia en articular, como causa expresa de la pérdida definitiva de la condición de militar, la prestación de servicios en el sector público consecuencia de los procesos de promoción interna, lo que exigiría la reforma de los artículos 109 y 110 LCM.

#### 4.- CONCLUSIONES

A modo de síntesis, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

En primer lugar, la afirmación de que el militar de carrera es un funcionario público no puede presentarse sin más, sino que exige de unas inmediatas precisiones, debiendo defender esa especialidad, no sólo desde un punto de vista sociológico, cuyo análisis es propio de otras disciplinas, sino también estrictamente jurídico, lo que se justifica por el deseo del legislador de proveerle de un régimen jurídico *sui generis*, así como de restringir la aplicación meramente mecánica de las disposiciones normativas de rango infraconstitucional referidas al servidor público; voluntad ésta que se plasma en el artículo 5 LCM, que se va a erigir en canon sobre el que el operador jurídico habrá de asentar su tarea de interpretación y aplicación para resolver los supuestos de conflictos o lagunas normativas.

En segundo lugar, dicho régimen jurídico específico encuentra su justificación en las características de la Organización Militar en que aquél se integra y, en especial, en los fines que se le encomienda por mandato constitucional, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8.1 CE y la Ley Orgánica de Defensa Nacional.

De la combinación de ambos extremos, se desprende que el elemento o recurso personal de dicha Organización tiene un carácter esencial en términos de eficacia y eficiencia, dando lugar al régimen estatutario del militar profesional, que se encuentra previsto, en lo sustancial, en la Ley de la Carrera Militar.

---

<sup>95</sup> Igualmente, para que se pueda optar por ello, se exige haber cumplido del tiempo mínimo de servicios que se fije reglamentariamente y que, en cualquier caso, no puede exceder de ocho años.

Dentro de dicho régimen estatutario, la Ley de la Carrera Militar acomete la regulación del sistema de ascensos del personal militar como pieza clave en la gestión de la política de recursos humanos de la organización y supone el culmen del inexorable proceso de profesionalización de las Fuerzas Armadas, tratando el legislador de compatibilizar, en la medida de lo posible, las necesidades de aquella con los derechos y expectativas de su personal, pero, en el bien entendido de que, en determinados casos, pueden llegar a primar sobre los segundos.

No puede hablarse de un único sistema de ascensos, sino de varios sistemas u opciones que se presentan al legislador. Estas opciones han sido ensayadas, renovadas y reinventadas por todos los ejércitos conocidos en una constante evolución a lo largo del tiempo. Por ello, resulta arriesgado prescindir, con carácter absoluto y apriorístico, de cualquiera de ellos, ya que el enjuiciamiento en su procedencia o no debe realizarse *a posteriori*. Por ello, tratándose de una cuestión de estricta política legislativa, desde el punto de vista de su admisibilidad en derecho, bastará con que las opciones finalmente electas sean conformes con la Constitución.

Por su parte, el sistema de ascensos previsto en la Ley de la Carrera Militar tiene un perfecto encuadre en el marco constitucional aplicable, siendo respetuoso con los principios de igualdad, mérito y capacidad, lo que no obsta a la conclusión de que pueda ser mejorable en algunos aspectos, en especial en lo que respecta a la normativa de desarrollo de la misma.

Consecuencia de lo anterior, puede destacarse, como seña de identidad del sistema de ascensos, su excesiva dispersión e inflación normativa<sup>96</sup>. En este sentido, son frecuentes las habilitaciones normativas en la Ley de la Carrera Militar al ulterior desarrollo reglamentario por Real Decreto y, posteriormente, por Orden Ministerial, a lo que debe unirse, en muchos casos, las correspondientes instrucciones de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos, que, si bien es cierto no tienen carácter normativo, de acuerdo con el artículo 21 LRJPAC, en la mayoría de los casos se convierten en elementos decisivos para resolver el ascenso en cuestión. Esta dispersión normativa hace un flaco favor al principio constitucional de seguridad y certeza jurídicas, mas encuentra su fundamento en el carácter vertiginoso con que la Organización debe dar respuesta a las nuevas necesidades que

---

<sup>96</sup> Afirma LÓPEZ ALFRANCA que “*parecen excesivas las remisiones a desarrollar por unas posterior regulación reglamentaria de cuestiones tan fundamentales como es para que empleos será necesario haber superado previamente un curso, sin que en la ley se dilucide tal cuestión. Sin embargo, en otras cuestiones de menor entidad sí que aparecen reguladas en la ley*”.

van surgiendo de forma continua, para lo cual la técnica de la habilitación reglamentaria se erige en un instrumento altamente eficaz.

No obstante lo anterior, la LCM introduce *ex novo* una serie de garantías adicionales en el actual sistema de ascensos: como por ejemplo, el carácter permanente de las Juntas de evaluación, así como la exigencia de más de dos declaraciones de no aptitud para el ascenso para que los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos eleven al Ministro de Defensa su propuesta de declaración definitiva de no aptitud para el ascenso. Las mismas constituyen un notable avance en la materia, junto con la previsión de los sistemas de ascenso por concurso y concurso-oposición, ajenos, hasta ahora, al ámbito castrense; si bien es cierto que debe exigirse una continuación y profundización de dicha tarea, en especial, en el sistema de evaluaciones, estableciendo una mayor uniformidad y publicidad en los criterios de valoración de los órganos de evaluación, así como la publicidad en la confección y evaluación de todos los evaluados.

Al mismo tiempo, dicho diseño se encuentra orientado a la instauración de una estructura piramidal en la propia Organización, lo que, en determinados supuestos, supone cercenar las expectativas de ascenso en la carrera vertical. En este sentido, la conexión con la situación administrativa de reserva, genuina de la propia Organización, es incuestionable y se erige en un instrumento altamente eficaz a dichos fines, conduciendo a la instauración de la excelencia en la carrera militar, que, al menos de modo apriorístico, no puede tacharse de contraria a los propios principios tradicionales de la Institución militar.

Precisamente, estas consecuencias desfavorables han hecho surgir algunas propuestas doctrinales para la inserción en la carrera militar, de tradicional y claro componente vertical, de las modalidades de carrera horizontal que se prevén en el Estatuto Básico del Empleado Público, es decir, la carrera horizontal en sentido estricto y la promoción interna horizontal.

Tales propuestas, sin embargo, aun no han tenido acogida por el Legislador y exigen de su propia inclusión en la Ley de la Carrera Militar, de acuerdo con el principio de reserva de ley que impera en la materia. No obstante, dado que dichos sistemas son tangencialmente opuestos al diseño clásico de la carrera militar, que tiene en el ascenso su razón de ser, su introducción presenta, como principal problema, el que exige de un preciso análisis y de un adecuado tratamiento legal, al objeto de que dichos sistemas no desnaturalicen la seña de identidad de la Organización, que es su estructura jerarquizada.

## INTRODUCCIÓN AL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LAS FAS NORTEAMERICANAS

Pablo Pérez Florido  
*Teniente Auditor*

### *SUMARIO*

I. INTRODUCCIÓN. II. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA MILITARY LAW: SISTEMA DE FUENTES. III. EL NJP: NATURALEZA, FINES, DELIMITACIÓN. IV. PRINCIPIOS A LOS QUE SE SOMETE EL NJP. V. EL DERECHO A DEMANDAR SER JUZGADO ANTE UNA CORTE MARCIAL. VI. POTESTAD DISCIPLINARIA Y COMPETENCIA SANCIONADORA. VII. CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS NO JUDICIALES. VIII. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO. IX. LA APELACIÓN. X. PODERES DE GRACIA. IX. RÉGIMEN DISCIPLINARIO JUDICIAL.

### INTRODUCCIÓN

De un tiempo a esta parte los miembros de las Fuerzas Armadas venimos observando con sumo interés, no exento en ocasiones de cierta suspicacia, cómo diversos asuntos concernientes a la institución que tenemos el honor de servir han saltado a la palestra del debate público.

No obstante, llama poderosamente la atención que una gran parte de los asuntos de tal condición que han venido monopolizando la atención mediática, lejos de referirse a aquellos aspectos que por su trascendente naturaleza podían justificar tal interés, y que genéricamente podríamos ubicar en el ámbito de la política de seguridad y defensa, se centran en aspectos

esencialmente estatutarios de la institución, que por su marginal incidencia en la sociedad española, han venido siendo tradicionalmente ignorados por la opinión pública. Así, los concernientes al estatuto del militar, y más concretamente el régimen disciplinario al que se encuentran sometidos los miembros de las Fuerzas Armadas.

Pues bien, en especial el debate referente al régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, regulado actualmente en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, ha trascendido los límites del ámbito estrictamente castrense, para ser objeto de tratamiento y crítica por parte de los medios de comunicación, generando una corriente de opinión, cuyos propósitos si bien no nos corresponde desentrañar, sí podemos tratar de explicar; bien por causas de pura oportunidad, así el tratamiento en sede parlamentaria de un nuevo proyecto de Ley del Régimen Disciplinario Militar; bien por causas más teleológicas, si bien claramente vinculadas a la anterior (e innegablemente dirigidas a influenciarla) entre las que destaca la contestación que desde el mundo asociativo se ha dirigido a la pervivencia en el régimen disciplinario militar español de sanciones privativas de libertad.

Así las cosas, y con el debate en los medios, se nos antoja oportuno aportar la siempre útil perspectiva que arroja el prisma del derecho comparado; y que mejor comparativa puede valorarse que, aquella que nos permite afrontar, el tratamiento de los instrumentos jurídico-disciplinarios articulados por la mayor superpotencia militar de nuestro tiempo, los Estados-Unidos de América.

Obviamente, el régimen disciplinario al que se someten los miembros de Las Fuerzas Armadas estadounidenses se encuentra condicionado por exigencias particularísimas, derivadas de una proyección global, sin parangón en la historia, y por las heterogéneas necesidades operativas que plantean los diferentes teatros a los que tal proyección arroja. Exigencias éstas que, lógicamente, sería injusto predicar de las FAS españolas, cuya proyección y capacidades operativas son ciertamente mucho más limitadas.

Con todo, pese a los matices referidos, el estudio y análisis de los instrumentos jurídicos disciplinarios que el derecho militar americano pone en manos de los mandos de sus FAS, sigue resultando de indudable interés y utilidad para el militar Español, pues en ambos Ordenamientos, el americano de raíz anglosajona, y el español, de raíz continental, la justificación última de la existencia de un régimen disciplinario netamente militar, se residencia en su naturaleza instrumental, como herramienta esencial para el mantenimiento del buen orden y la disciplina, presupuestos indispensa-

bles (si bien no los únicos) para la consecución de los objetivos últimos de eficacia y operatividad<sup>1</sup>.

En conclusión, y en lo que al objeto del presente trabajo atañe, reiteramos, se trata de una introducción a la materia, una aproximación muy general al funcionamiento del régimen disciplinario americano (sin perjuicio de las particularizaciones que más adelante se expondrán). Tal y como veremos más adelante, si bien existe un código con vocación de vademécum en la materia, no es menos cierto que numerosas cuestiones y particularidades procedimentales (capitales en una Potestad como la sancionadora) se encuentran recogidas en diversas normas reglamentarias, lo cual nos obligará, de cara a no perdernos disquisiciones sobre las especialidades de cada Ejército, a centrarnos en aquellas instituciones que, siendo de común aplicación, se aprecie una destacable correspondencia, o en su caso, notable diferencia con el régimen español, eludiendo profundizaciones que difícilmente pudieran tener cabida en un trabajo con una finalidad y extensión tan limitada como el presente.

Antes de entrar en materia debemos advertir que, numerosas instituciones del derecho militar estadounidense (así como instituciones de su orgánica) carecen de un equivalente natural en nuestro ordenamiento, en consecuencia, se ha optado por mantener la terminología anglosajona, al afrontar aquellas, evitando así traducciones forzosas o ficticias, a fuer que inexactas.

## 1. UBICACIÓN SISTEMÁTICA DEL RÉGIMEN DISCIPLINARIO EN LA MILITARY LAW; SISTEMA DE FUENTES

El régimen disciplinario al que se someten los miembros de las FAS estadounidense es configurado por diversas fuentes normativas, cuyas relaciones aparecen presididas por el principio jerárquico, dibujando así, una clásica pirámide de fuentes, en cuya cúspide se asienta como *norma jurídica suprema* (como no podía ser de otra manera) la **Constitución** estadounidense de 1789, a la que siguen (y de la que en puridad dimanar), en estricto orden jerárquico las siguientes:

---

<sup>1</sup> Sin tales objetivos, no existe una política de seguridad y defensa merecedora de tal nombre.

## 1º. EL CÓDIGO UNIFORME DE JUSTICIA MILITAR

La columna vertebral de la ley militar estadounidense, “*Military Law*”, se encuentra integrada esencialmente por el *Uniform Code of Military Justice* (UCMJ en adelante)

El UCMJ fue promulgado por el Congreso el 5 de Mayo de 1950 y, una vez firmado como *ley federal* por el Presidente Harry S. Truman, entra en vigor el 31 de mayo de 1951.

En este punto conviene destacar que la constitución estadounidense en su **artículo 1, sección 8ª**, destaca entre los poderes y facultades del Congreso:

“*To make Rules for the Government and Regulation of the land and naval Forces*”

“*Para dictar reglas para el gobierno y ordenanza de las Fuerzas Navales y Terrestres.*”

Actualmente el UCMJ se encuentra recogido en el Código de Leyes de los Estados Unidos (**US Code** en adelante), en concreto en su **Título 10, Subtítulo A, Parte II, Capítulo 47**, tratándose además de uno de los títulos de dicho código (son en total 51 títulos) que han sido promulgados con el rango de ley positiva<sup>2</sup>.

Pues bien, el régimen disciplinario, es regulado en el Capítulo III del UCMJ<sup>3</sup> -“*Non-Judicial Punishment*”<sup>4</sup> (NJP en adelante)- Artículo 15, y que, como veremos debe relacionarse en su tratamiento sistemático con el Capítulo X -“*Punitive Articles*”-.

Así mismo, debe destacarse que el apartado (a) del citado artículo 15<sup>5</sup>, viene a reconocer que los Poderes garantizados en el mismo, podrían verse limitados en las regulaciones que puedan prescribir el Presidente y (adicionalmente) los Secretarios de los ejércitos correspondientes.

---

<sup>2</sup> No todos los títulos del United States Code gozan de tal rango, y los beneficios del mismo no son baladís. Así las disposiciones del Código, contenidas en títulos que no hayan sido promulgados con el rango de Ley positiva gozan únicamente de la presunción “prima facie” de prueba de Ley, mientras que los Títulos elevados a tal rango Constituyen genuina prueba Judicial de Ley ante todos los Tribunales Federales y Estatales.

<sup>3</sup> En puridad se trataría de un subcapítulo, al constituir el UCMJ en sí mismo un Capítulo.

<sup>4</sup> El término, cuya traducción más exacta sería la de sanción o castigo no judicial, referiría en ocasiones tanto a la sanción disciplinaria en sentido estricto, como en ocasiones al procedimiento concreto para su imposición.

<sup>5</sup> “Under such regulations as the President may prescribe, and under such additional regulations as may be prescribed by the Secretary concerned, limitations may be placed on the powers granted by this article...”

En definitiva el UCMJ constituye el texto normativo básico del derecho militar norteamericano, en el que tienen cabida, tanto ilícitos administrativos militares (como son las faltas o infracciones menores constitutivas de NJP), como ilícitos penales, las figuras delictivas recogidas en los “Punitive Articles”.

## 2º. EL MANUAL DE CORTES MARCIALES

El UCJM es implementado<sup>6</sup> por el *Manual for Courts-Martial / Manual de Cortes Marciales (MCM en adelante)*, Orden Ejecutiva emanada por el Presidente de los Estados Unidos en su calidad de Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos, y que contiene instrucciones detalladas para la correcta implementación de la ley militar en las Fuerzas Armadas de los EEUU de América.

El vigente MCM (edición de 2012) dedica su Parte V al “*Nonjudicial Punishment Procedure*”<sup>7</sup>, esto es al procedimiento disciplinario.

## 3º. LAS REGLAMENTACIONES DE CADA EJÉRCITO

Como última categoría de fuente normativa del régimen disciplinario, tal y como señala el apartado (a) del Artículo 15, se hallarían las reglamentaciones (adicionalmente) aprobadas en el seno de cada Ejército por su Secretario correspondiente<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> Junto al apartado (a) del artículo 15 citado, téngase en cuenta que el artículo 36 del UCMJ autoriza al Presidente de los EEUU a dictar las normas y procedimientos precisos para la implementación de las disposiciones del UCMJ.

<sup>7</sup> En adelante, toda referencia que se haga al MCM, deberá entenderse circunscrita a dicha Parte V, indicándose en caso contrario, la concreta ubicación sistemática en el MCM de la referencia que se trate.

<sup>8</sup> Por Secretario correspondiente el MCM, en su Parte II –Rules for Courts-Martial-, Capítulo I “General Provisions”/ Disposiciones Generales, refiere como tal:

Al Secretario del Ejército de Tierra, respecto de los asuntos concernientes a dicho Ejército.

Al Secretario de la Armada, respecto de los asuntos concernientes a dicho Ejército, al Cuerpo de Marines y la Guardia Costera cuando desempeñe servicios para la Armada.

Al Secretario del Ejército del Aire, respecto de los asuntos concernientes a dicho Ejército.

Al Secretario de Seguridad Nacional, respecto de los asuntos concernientes a la Guardia Costera, cuando no desempeñe servicios para la Armada.

Pues bien, a los efectos del presente trabajo, hemos decidido circunscribir, el estudio y aportes de las citadas reglamentaciones, a las que para el U.S Army, se recogen en **el Army Regulation 27-10 Legal Service - Military Justice**<sup>9</sup>. Ciertamente es que, dicha particularización, en el U.S Army, pudiera aparentemente enturbiar la vocación de generalidad pretendida por el presente trabajo, sin embargo, numerosas razones de índole práctico<sup>10</sup>, en concreto la dificultad de mantener la aconsejable homogeneidad en el estudio de las instituciones disciplinarias, aconsejan actuar de tal modo.

## 2. EL NJP: NATURALEZA; FINES; DELIMITACIÓN

### NATURALEZA

El MCM al abordar la naturaleza del NJP en su apartado 1.b –*Nature-*, destaca su condición de **medida disciplinaria** (disciplinary measure) a deslindar, por un lado, del enjuiciamiento ante una Corte Marcial (o más concretamente, la condena impuesta por dicha Corte), medida con la que comparte naturaleza sancionadora/punitiva si bien se destaca la mayor severidad de aquella, y por otro, de las medidas de corrección administrativa –*administrative corrective measures*<sup>11</sup>– que carecerían de naturaleza sancionadora y revestirían, desde luego, una menor severidad.

Sin perjuicio de que sobre la delimitación de las diferentes medidas disciplinarias nos referiremos detalladamente más adelante, resulta obligado remitirnos en materia de naturaleza del NJP a las conclusiones que en torno a la misma se presentan en el artículo brillantemente armado por el Capitán Auditor D. Rodrigo de Lorenzo Ponce de León, bajo el de por sí muy significativo título “La ambigua naturaleza de los disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América<sup>12</sup>.”

<sup>9</sup> Que se ocupa del NJP en sus capítulos 3 y 4.

<sup>10</sup> Así mismo, y en atención al volumen de procedimientos y expedientes en las FAS Españolas, resulta innegable la especial incidencia del régimen disciplinario en el ámbito del Ejército de Tierra.

<sup>11</sup> Con ello nos referimos a diversas manifestaciones del ius corrigendi, contemplado en la L.O 8/98 de Régimen Disciplinario, artículos 11.2 y 26, en cuyo estudio nos detendremos más adelante.

<sup>12</sup> *Revista Española de Derecho Militar*. N° 82. Julio-Diciembre 2003; Págs. 149 a 194. En concreto el Capitán Ponce de León pone de manifiesto la ambigüedad del o disciplinario en el derecho militar norteamericano, en el que lo disciplinario aparece frecuentemente difuminado entre lo penal y lo administrativo. Tal ambigüedad, producto de la multinormatividad y pluriformalidad que atenazan al régimen disciplinario, requieren de una labor de delimitación que, lejos de residenciarse en criterios de ubicación sistemática,

## LOS FINES DEL NJP

La finalidad del NJP, al igual que sucede en el régimen español, es doble, así el MCM en su apartado 1.c *-Purpouse-* refiere;

De cara al mando, proporcionarle una herramienta esencial para el mantenimiento de la disciplina y el buen orden entre el personal militar bajo sus órdenes.

De cara al resto del personal militar, incentivar una favorable interiorización de los principios y conductas que han de presidir el comportamiento de los miembros de las Fuerzas Armadas estadounidenses, eludiendo el innegable estigma que comportaría (para el sancionado) la condena ante una Corte Marcial. Esta eficacia ejemplarizante y de prevención general, alcanzaría su máxima expresión en las medidas que puedan acordarse para dotar de publicidad a la sanción/es impuestas, y que expondremos detalladamente más adelante.

## LA DISCIPLINA

Al igual que sucede con nuestra Ley Orgánica disciplinaria, tampoco refieren ni el UCMJ ni el MCM, pese a que este último sanciona la naturaleza del NJP como medida disciplinaria, concepto o definición alguna de la disciplina, siendo preciso integrar tal laguna con las definiciones contenidas en otros textos normativos.

Así en el ámbito del Ejército de Tierra, el AR 600-20 *“Army Command Policy”* se ocupa en particular, en su capítulo IV, de la disciplina militar, cuyas bases asienta en la auto-disciplina, el respeto a la Autoridad legítima y la adopción de la ética profesional del Ejército y los valores individuales que la informan.

Tal disciplina, se reconoce, no se obtiene de un modo congénito, es preciso construirla a través de una compleja labor de instrucción, individual y de grupo, conducente a forjar una concreta actitud y determinación, esto es, la predisposición mental necesaria de cara a generar las conductas deseadas, así como la inmediata obediencia a las órdenes.

---

se ubican en criterios de oportunidad, y en última instancia, tal y como se estudiará en el presente trabajo, en la voluntad del presunto infractor (a través del derecho a solicitar que la cuestión sea sometida al conocimiento de una Corte Marcial)

## RESPONSABILIDAD Y DISCRECIONALIDAD DEL MANDO

Prevé el MCM que, todo “*Commander*” – Jefe ó Mando- es responsable<sup>13</sup> del mantenimiento de la disciplina y el buen orden en la unidad bajo su mando. Normalmente tal responsabilidad será satisfactoriamente cubierta a través del ejercicio de un liderazgo<sup>14</sup> efectivo, combinado con el recurso, cuando fuese necesario, de las mencionadas medidas de corrección administrativa<sup>15</sup>.

Ahora bien, en ocasiones, atendiendo a la naturaleza de la ofensa y/o el historial del infractor, las medidas de corrección administrativa pueden antojarse insuficientes, resultando más adecuado recurrir a los poderes garantizados en el artículo 15 UCMJ, esto es al NJP, siempre y cuando las exigencias de justicia y disciplina no demandasen el sometimiento de la ofensa a enjuiciamiento ante una Corte Marcial.

Tal posibilidad exige referirnos a la discrecionalidad que al mando atañe, a la hora de acordar la vía de proceder ante las infracciones cometidas por el personal bajo sus órdenes.

Tal discrecionalidad es reconocida en la regla 306 del MCM, Parte II, Capítulo III, “*Initial Disposition*”, que en su apartado (a) prevé que todo mando decidirá bajo su discrecionalidad, la vía de proceder ante las ofensas cometidas por el personal bajo sus órdenes. No obstante se admite la posibilidad de que un superior a aquel en la cadena de mando pueda retener la autoridad para acordar tal procedencia, ya sea en general, o para ciertas categorías de ofensas. Ahora bien, fuera de los límites de tal retención no podría en ningún caso el superior menoscabar la discrecionalidad del mando en cuestión, ya sea ordenándole una vía de proceder para el caso concreto, ya sea tasando su actuación respecto de determinadas clases de infracciones (o infractores) mediante instrucciones, reglamentaciones etc.

---

<sup>13</sup> Tal responsabilidad se corresponde con el deber de corregir y, en su caso, sancionar, contenido material de la potestad disciplinaria, que nuestro Régimen disciplinario consagra en el artículo 26.1 de la L.O 8/98. Así mismo tal responsabilidad es reiterada en la referida A.R 600-20.

<sup>14</sup> Es destacable la construcción en las FAS estadounidenses de una genuina “cultura del liderazgo”, asimilable en esencia (al margen de los valores y principios netamente castrenses) a la imperante en la empresa privada, y que es objeto de un tratamiento detallado en numerosas publicaciones, entre las que destacaremos en el seno del Ejército de tierra el Army Regulation 600-100 –ARMY LEADERSHIP-.

<sup>15</sup> Principio de intervención mínima, también referido en el A.R 600-20 al disponer que, “*commanders should consider administrative corrective measures before deciding to impose nonjudicial punishment*”.

Pues bien, bajo dicha discrecionalidad, tal y como contempla el apartado (c) de la referida Regla 306, podría el mando competente acordar alguna de las siguientes posibilidades de actuación:

- Acudir a alguna de las medidas de corrección administrativa
- Implementar el NJP del artículo 15 UCMJ, notificando la orden de inicio al interesado.
- Someter los hechos al enjuiciamiento de una Corte Marcial
- O bien, acordar el archivo de lo actuado (como veremos se trataría de lo actuado en el seno de la investigación preliminar correspondiente).

En conclusión, la oportunidad, de acudir, o no, al NJP deberá ser valorada por el mando o autoridad con competencia sancionadora en cada caso particular. La formación de dicho juicio de valor (en el que nos detendremos pormenorizadamente más adelante) exige atender a toda una serie de circunstancias, entre las cuales el MCM en su apartado 1.d. (1) destaca;

1. La naturaleza<sup>16</sup> de la ofensa.
2. El historial del ofensor.
3. Las necesidades de disciplina y buen orden.
4. El impacto que, en su caso, pueda desplegar la sanción en la conducta y el historial del ofensor, así como en la moral del resto del personal de la unidad.

Por último debemos añadir a lo expuesto que, la discrecionalidad del mando no se constriñe únicamente a acordar la orden de inicio del NJP, si no que alcanza a la determinación de la sanción/es a imponer así como su extensión o cuantía.

#### DELIMITACIÓN

Como habíamos destacado anteriormente la normativa estadounidense suministra al Mando 3 grupos o niveles de instrumentos jurídico-disciplinarios, delimitables por su naturaleza y gravedad; así, en orden creciente; las medidas de corrección administrativa, carentes de naturaleza sancionadora; la sanción disciplinaria que tiene naturaleza sancionadora - punitiva

---

<sup>16</sup> Dicha Naturaleza de la Infracción no debe ser confundida con su severidad o gravedad y que se relacionan con la cuantía de la sanción a imponer, si no con su reprobabilidad ó reproche.

pero no penal; y como forma más grave, la sanción ó condena Judicial tras la celebración de una Corte Marcial, que tiene naturaleza penal.

### **Delimitación NJP Vs. Delitos Militares: Infracciones Menores**

Tal y como se infiere del artículo 15(b) del UCMJ, y, proclama el MCM (apartado 1.e-*Minor Offenses*-), pueden ser sancionadas con NJP, aquellos actos y omisiones que constituyendo infracción de los “Punitive articles”<sup>17</sup>, merezcan la consideración de “menor”.

Por tanto, deviene fácil concluir que, la calificación de una infracción como “menor” resulta capital en el régimen disciplinario militar estadounidense.

En este punto el MCM aporta los siguientes elementos a valorar de cara a concluir el carácter menor de una infracción, así:

1. La naturaleza de la infracción, así como el conjunto de circunstancias que hayan rodeado su comisión.
2. La edad y empleo del infractor, las exigencias derivadas de las funciones y cometidos que desempeñe en su destino, su historial y experiencia.
3. La condena máxima imponible, en el caso de que la infracción se sometiese al conocimiento de una Corte Marcial General. En este punto el MCM ofrece un interesante criterio orientativo, al disponer que de ordinario serían merecedoras de la calificación de “menores” aquellas infracciones que, caso de ser sometidas al conocimiento de una Corte Marcial General, la condena a imponer no incluyese licenciamiento con deshonor, o prisión por más de un año.

En lo que a las reglamentaciones de los Ejércitos corresponde, el A.R 27-10, califica como infracciones menores, aquellas conductas impropias ó indebidas que no lleven aparejado un grado de criminalidad superior a aquellas ofensas que de ordinario se sometan a una Corte Marcial Sumaria.

En última instancia, ya habíamos señalado, la decisión sobre tal calificación se somete a la discrecionalidad del mando. Sin embargo, una sanción disciplinaria no judicial, impuesta por la comisión de una infracción que no revista la calificación de menor, pese a que a juicio del mando

---

<sup>17</sup> Esto es, infracción prevista dentro del Subcapítulo X del UCMJ – Punitive articles-, genuina Parte Penal Especial del Código.

podría merecerla, no obstaculizaría que dicha infracción pudiese ser juzgada, y nuevamente sancionada, por una Corte Marcial<sup>18</sup>. Sin embargo, si el acusado demostrase en el juicio que la infracción ha sido previamente sancionada con un NJP, tal circunstancia deberá ser oportunamente valorada a la hora de determinar la sentencia apropiada a imponer<sup>19</sup>.

### **Delimitación NJP Vs. Medidas de Corrección Administrativa**

Las disposiciones contenidas en el artículo 15 UCMJ, así como lo prescrito en la Parte V del MCM, no resultan de aplicación, ni desde luego limitan el uso por parte del mando de las medidas de corrección administrativa dirigidas a promover la eficacia y mantener el buen orden y disciplina del personal militar bajo su mando.

Dentro de estas medidas de corrección administrativa, el MCM en su apartado 1.g *-Relationship of non judicial punishment to administrative corrective measures-*, destaca, los consejos y sugerencias, las amonestaciones y reprimendas, reflexiones, reprobaciones, críticas, censuras, instrucción militar complementaria y pérdida de privilegios<sup>20</sup>.

En este punto debemos apuntar que, al igual que sucede (salvando las distancias que más adelante se reseñarán) en nuestro régimen disciplinario, las amonestaciones y reprimendas, pueden ser empleadas por el mando, tanto como medidas de corrección administrativa, ó como genuina sanción disciplinaria<sup>21</sup>, en cuyo caso su imposición deberá ajustarse a los principios y disposiciones procedimentales, señaladas para el NJP en el artículo 15 UCMJ y MCM.

Así las cosas, y tal y como apunta el A.R 27-10. mientras que el NJP es impuesto para sancionar una conducta impropia ó indebida que constituya una infracción del UCMJ, y que tiene su origen en el desprecio u omisión intencional de las reglas de conducta prescritas para los miembros de las

---

<sup>18</sup> Nótese que el MCM en su Parte II, Capítulo IX, regla 907(b)(2)(D)(iv), incluye dentro de los motivos de sobreseimiento la sanción previa de la infracción, al amparo del artículo 15 del UCMJ, precisando, *siempre que se trate de una infracción menor*.

<sup>19</sup> MCM, Parte II, Capítulo X, Regla 1001 (c) (1) (B).

<sup>20</sup> *"counseling, admonitions, reprimands, exhortations, disapprovals, criticisms, censures, reproofs, rebukes, extra military instruction, and administrative corrective measures."* Dentro de éstas, el AR 600-20, promueve el uso de la Instrucción militar complementaria, como medida de corrección administrativa especialmente efectiva.

<sup>21</sup> En todo caso, de imponerse una amonestación y/o reprimenda, ya sea verbalmente ó por escrito, deberá indicarse con claridad si es impuesta como medida de corrección administrativa ó, desarrollado el procedimiento correspondiente, como NJP.

FAS, las medidas de corrección administrativas son empleadas para corregir aquellas conductas impropias o indebidas, producto de una simple negligencia, descuido, falta de celo en las instrucciones recibidas, falta de madurez así como la dificultad de adaptación a la disciplina de la vida militar, y por tanto se encuentran primariamente dirigidas a promover el correcto aprendizaje e interiorización de las normas de conducta militares.

Por último, debemos destacar que, mientras que el NJP resulta aplicable respecto de aquellas conductas que constituyan infracción (menor) del UCMJ, las medidas de corrección administrativa resultarán aplicables tanto a las conductas que constituyan tal infracción, como a las que no. Por tanto, y ante una infracción menor del UCMJ, el recurso al NJP ó a la medida de corrección administrativa, vuelve a situarse, en los términos que hemos estudiado anteriormente, en la esfera de discrecionalidad del mando.

### 3. PRINCIPIOS A LOS QUE SE SOMETE EL NJP

El MCM en su apartado 1.f-*Limitations on non judicial punishment*-, viene a proclamar una serie de límites a los que se anuda el ejercicio de los poderes discrecionales garantizados al mando en el artículo 15 UCMJ.

Pues bien, tales límites constituyen genuinos principios a los que se somete el ejercicio de la potestad disciplinaria, y que encuentran clara correspondencia en aquellos principios que, de orden estructural y sustantivo, informan nuestro régimen jurídico disciplinario. A tales efectos nos centraremos en el estudio de los siguientes:

#### *PRINCIPIO “NON BIS IN IDEM”/ DOUBLE PUNISHMENTE PROHIBITED*

El MCM recoge la clásica formulación del principio *bis in idem*”, como prohibición de que, sancionados unos hechos por la autoridad competente en la vía del artículo 15, puedan estos volver a ser sancionados por la misma vía.

En lo concerniente a la compatibilidad entre el NJP, y la condena penal ante una Corte Marcial por los mismos hechos, nos remitimos a lo dispuesto en general en materia de delimitación NJP y delitos militares (infracciones menores), y en particular a las notas nº 16 y 17.

INTERDICCIÓN DE LA “REFORMATIO IN PEIUS”/ *INCREASE IN PUNISHMENT PROHIBITED*

Dispone el MCM que, una vez impuesta una sanción disciplinaria no judicial, ésta no podrá verse incrementada, ya por vía de la apelación, o de otra manera.

PRINCIPIO DE DESVALORACIÓN UNITARIA DE LAS INFRACCIONES/ *MULTIPLE PUNISHMENT PROHIBITED*

Conforme a este principio, cuando la autoridad competente estime procedente acordar la implementación de la vía del artículo 15 UCMJ, respecto de la conducta/s de militar bajo sus órdenes, procederá a considerar globalmente, los distintos hechos e incidencias que integran la conducta/s, a los efectos de determinar la sanción que unitariamente proceda para aquella/s, evitando en consecuencia, múltiples sanciones.

PRINCIPIO DE PRESCRIPCIÓN/ *STATUTE OF LIMITATIONS*

En este punto, proclama el MCM, no podrá imponerse una sanción disciplinaria no judicial, por hechos que hubiesen sido cometidos 2 años antes de la fecha de la imposición de la misma.

En cuanto al cómputo del referido plazo de 2 años, el MCM remite a los apartados (c) y (d) del artículo 43 del UCMJ.

El apartado (c), excluye del cómputo para la prescripción de la infracción, el tiempo durante el que el acusado se encuentre ausente sin autorización ó evadido de la justicia, esto es, prófugo.

El apartado (d), excluye del referido cómputo, el tiempo durante el que el acusado se encuentre fuera de territorio en el que los Estados Unidos tengan poder para aprehenderle<sup>22</sup>, bajo la custodia de autoridades civiles o, en manos del enemigo.

NJP y Sentencias de los Tribunales Civiles

---

<sup>22</sup> Se trata obviamente de una manifestación de los límites territoriales de la Jurisdicción militar norteamericana. El precepto aludido se refiere no sólo a que el acusado se halle fuera del Territorio Nacional de los EEUU o sus posesiones, si no también fuera de territorio extranjero, en el que por existir un acuerdo de estacionamiento de tropas, se reconozcan los poderes jurisdiccionales de los EEUU sobre los miembros de sus FAS.

Salvo lo que en su caso pudiesen disponer las reglamentaciones<sup>23</sup> de cada Ejército, el MCM prevé como regla general que, no podrán sancionarse por la vía del artículo 15, aquellas infracciones que hayan sido juzgadas por un Tribunal ordinario.

#### 4. EL DERECHO A DEMANDAR SER JUZGADO ANTE UNA CORTE MARCIAL

El artículo 15 apartado (a) del UCMJ así como el MCM en su apartado 3-*Right to demand trial*- reconocen el derecho de todo miembro de las Fuerzas Armadas contra el que se dirija el procedimiento disciplinario del artículo 15 UCMJ, a demandar que la infracción/es sean sometidas a juicio ante una Corte Marcial.

Dicho derecho, no obstante, es sometido en el UCMJ a 2 límites:

Que se solicite antes de la imposición<sup>24</sup> de la sanción correspondiente.

Que el militar no se encuentre embarcado ó agregado a la dotación de un buque.

Este derecho, que deberá ser oportunamente informado al presunto infractor al notificársele la orden de inicio, y cuyo alcance y vicisitudes serán tratados detalladamente cuando estudiemos el procedimiento disciplinario, constituye sin lugar a dudas el rasgo más caracterizador del régimen disciplinario militar norteamericano, permitiendo la judicialización “ab initio” de la controversia disciplinaria, limitando(¡y de qué manera!) los poderes discrecionales que detenta la autoridad sancionadora.

En definitiva, la decisión de la autoridad sancionadora-“Initial Disposition”- de implementar la vía disciplinaria no judicial del artículo 15 UCMJ, se configura como un ofrecimiento de la acción disciplinaria (no judicial), cuya eficacia y virtualidad queda sometida al poder de disposición del presunto infractor, que es quién en última instancia decidirá la vía pertinente, ya administrativa ante la autoridad sancionadora correspondiente, ya judicial ante una Corte Marcial, en la que dilucidar y colmar las exigencias y necesidades disciplinarias.

---

<sup>23</sup> Baste reseñar que en el Capítulo 4 de las A.R 27-10, se contempla y autoriza (si bien excepcionalmente) dicha posibilidad.

<sup>24</sup> El momento procedimental adecuado para el ejercicio de este derecho será estudiada más adelante.

## 5. POTESTAD DISCIPLINARIA Y COMPETENCIA SANCIONADORA

### DEFINICIÓN DE MANDO A LOS EFECTOS DEL ARTÍCULO 15 DEL CÓDIGO

El artículo 1º del UCMJ, relativo a las definiciones, precisa que el término “*commanding officer*” alcanzará exclusivamente a los *commissioned officers*<sup>25</sup>, esto es, traducido al idioma y estructura de las FAS españolas, a los miembros de la escala de oficiales.

### AUTORIDADES CON PODER PARA IMPONER SANCIONES NO JUDICIALES

El Manual de Cortes Marciales en su apartado 2 –*Who may impose nonjudicial punishment*–, precisa en concreto las siguientes autoridades dotadas de potestad disciplinaria y, por tanto, con autoridad para imponer una sanción disciplinaria no-judicial:

1. El *Commander*. La regla 103, Parte II del MCM viene definiendo al *commander*, como el oficial al mando (esto es, el Mando en general).

Con arreglo a lo previsto en las normas aprobadas por el Secretario correspondiente, todo oficial ó mando podrá imponer sanciones disciplinarias al personal militar que se halle bajo sus órdenes. El término *commander* en este punto alcanza tanto a los *commissioned officers* como a los *warrant officers* que, en virtud de su empleo y destino, ejerzan el mando principal sobre una organización militar o área territorial prescrita que, bajo las directivas oficiales pertinentes, tengan reconocida tal categoría de mando<sup>26</sup>.

---

<sup>25</sup> Junto a estos nos encontramos en las FAS estadounidenses a los *warrant officers* (que a efectos disciplinarios SI incluimos en la categoría de “*commander*”), presentes en el Ejército de Tierra, Armada, Guarda Costas y Marines, pero no en la Fuerza Aérea, y que carecerían de equivalente exacto en las FAS Españolas, y a los *Non Commissioned Officers*, cuyo equivalente en las FAS Españolas sería la escala de suboficiales.

<sup>26</sup> El A.R 27-10, reputa como “*commands*”/Mandos a los efectos referidos a los siguientes:

- a. Compañías (inf), Escuadrones (cav) y Baterías (art)
- b. Unidades numeradas y Destacamentos (Unidades Tácticas).
- c. Misiones.
- d. Elementos del Ejército integrantes de un Mando Unificado o de una Fuerza Conjunta.
- e. Academias Militares.

En definitiva, de la lectura del MCM se desprende que 2 son las notas que determinan la cualidad de “commander” a los efectos del NJP, así, la pertenencia a la escala de oficiales y el ejercicio efectivo del mando, “Command”.

El término “commander” alcanza a los efectos expuestos también al Jefe de un mando conjunto<sup>27</sup>.

Con arreglo a lo prescrito en las normas dictadas por el Secretario correspondiente, la potestad del “commander” para imponer una sanción disciplinaria o determinados tipos de sanciones, a ciertos tipos de infracciones, a ciertas categorías o personas, o en supuestos concretos, puede encontrarse limitada ó retenida por un mando superior o el Secretario correspondiente<sup>28</sup>.

2. Officer in charge;<sup>29</sup> si así lo autorizan las normas aprobadas por el Secretario correspondiente, el “officer in charge” podrá imponer sanciones no judiciales a los suboficiales y clases de tropa y marinería<sup>30</sup> asignados a esa unidad.
3. Principal assistant; Cuando así lo prevean las reglamentaciones aprobadas por el Secretario correspondiente, los poderes contemplados en el artículo 15, detentados por un Oficial General o Almirante<sup>31</sup> podrán ser delegados en la figura del “principal assistant”, autoridad cuya determinación corresponderá al Secretario que autorice tal delegación<sup>32</sup>.

#### COMPETENCIA SANCIONADORA

La competencia sancionadora, aparece precisada en los apartados (a) a (c) del artículo 15 UCMJ, pudiendo así mismo distinguir:

---

f. Mandos de Zona.

<sup>27</sup> Joint Command.

<sup>28</sup> A tal extremo nos hemos referido anteriormente al estudiar los poderes discrecionales del Mando, en sede de la “Initial Disposition” de la regla 306 MCM.

<sup>29</sup> El artículo 1 del UCMJ define al “officer in charge” como a todo miembro de la Armada, del Cuerpo de Marines, o de la Guardia Costera así designado por la Autoridad correspondiente.

<sup>30</sup> “enlisted persons”

<sup>31</sup> El MCM utiliza la expresión “flag Rank”, que incluiría los empleos de Comodoro, Almirante, Vicealmirante y Contraalmirante.

<sup>32</sup> El A.R 27-10, contempla la posibilidad de que un Oficial General delegue el ejercicio de los poderes disciplinarios reconocidos en el artículo 15 UCMJ en su adjunto, asistente ó en el Jefe de su Estado Mayor. Se precisa así mismo que la delegación deberá efectuarse por escrito.

## Limitaciones genéricas

El apartado (a) del citado artículo 15, prevé que los Poderes (potestad disciplinaria) garantizados en el dicho artículo, podrían ser limitados por las disposiciones dictadas por el Presidente (esto es, en el propio MCM) y los Secretarios correspondientes (las reglamentaciones y ordenanzas de cada Ejército).

Dichas limitaciones podrían referirse:

- I. Al tipo y cuantía de sanciones a imponer.
- II. Las categorías de mandos con facultad de sancionar.
- III. La aplicabilidad de estos poderes, en el caso de que el acusado solicitase ser juzgado ante una Corte Marcial.
- IV. El tipo de Corte Marcial, al que referir el asunto, en el caso de que el acusado solicite el juicio ante una Corte Marcial.

En definitiva, el MCM, y en particular las reglamentaciones de cada Ejército desarrollan normas para la determinación de la competencia sancionadora que deberán ser oportunamente observadas e implementadas en cada caso concreto.

## Limitaciones Particulares.

La letra (b) del artículo 15 UCMJ, prevé que todo “*Commanding Officer*”, en los términos referidos anteriormente, podrá imponer, aisladamente o junto a las medidas de corrección administrativa que estime convenientes, una ó más de las sanciones -NJP- que se refieren a continuación:

1. Si el sancionado fuese oficial bajo su mando:
  - A. Restricción, con o sin perjuicio del servicio, hasta 30 días consecutivos.
  - B. Si el mando sancionador fuese un Oficial General o Almirante, ó, añade el MCM, el *principal assistant* en el que estos deleguen sus poderes:
    - i. Arresto domiciliario, hasta 30 días consecutivos.
    - ii. Pérdida de hasta la mitad de la paga mensual, hasta 2 meses.

- iii. Restricción, con o sin perjuicio del servicio, hasta 60 días consecutivos.
  - iv. Retención de hasta la mitad de la paga mensual, hasta 3 meses.
2. Si el sancionado fuese un Suboficial ó personal de las clases de tropa y marinería:
- A. Cuando el sancionado estuviese destinado en buque o agregado a su dotación, confinamiento a pan y agua, hasta 3 días consecutivos.
  - B. Arresto correccional, hasta 7 días consecutivos.
  - C. Pérdida de haberes, hasta siete días.
  - D. Reducción de grado retributivo.
  - E. Servicios extraordinarios, hasta 14 días consecutivos.
  - F. Restricción, con o sin perjuicio del servicio, hasta 14 días consecutivos.
  - G. Retención de, hasta 14 días de paga.
  - H. Si la autoridad sancionadora tuviese el empleo de Comandante, Capitán de Corbeta<sup>33</sup> ó superior:
    - i. La sanción prevista en la cláusula (A).
    - ii. Arresto correccional, hasta 30 días consecutivos.
    - iii. Pérdida de hasta la mitad de la paga mensual, hasta 2 meses.
    - iv. Reducción de grado retributivo.
    - v. Servicios extraordinarios, hasta 45 días consecutivos.
    - vi. Restricción, con o sin perjuicio del servicio, hasta 60 días consecutivos.
    - vii. Retención de hasta la mitad de la paga mensual, hasta 3 meses.

La letra (c), prevé la aplicación de lo dispuesto en la letra (b). 2. (A)-(G), respecto de los *Officer in charge*.

Por último y en lo que a la determinación de la competencia sancionadora corresponde, el A.R 27-10, dispone como criterio orientador que, de ordinario, a salvo los supuestos en los que la competencia haya sido retenida por un superior jerárquico, compete al mando de menor nivel en la cadena orgánica, y titular de los poderes garantizados en el artículo 15 UCMJ,

---

<sup>33</sup> Major ó Lieutenant commander respectivamente.

el ejercicio de los mismos cuando sea preciso para el restablecimiento de la disciplina y el buen orden del personal militar bajo sus órdenes.

Ahora bien, una vez valoradas todas las circunstancias relevantes de cara a acordar la implementación de la vía del artículo 15 UCMJ, si el mando en cuestión estimase la insuficiencia de su competencia para la imposición de la sanción adecuada, elevará el asunto a la autoridad superior correspondiente, mediante solicitud escrita que, en nada, limitará los poderes discrecionales que aquélla corresponden.

## 6. CLASES DE SANCIONES DISCIPLINARIAS NO JUDICIALES

A efectos de estudio, podemos clasificar las sanciones disciplinarias contempladas en el UCMJ y MCM (apartado 5.c-*Nature of punishments*-) en las siguientes:

### SANCIONES QUE NO IMPLICAN RESTRICCIÓN/PRIVACIÓN DE LIBERTAD

#### **Admonition and Reprimand/ Amonestaciones y reprimendas**

Las amonestaciones y reprimendas constituyen 2 tipos de censura<sup>34</sup> que tienen por finalidad el reproche o crítica (obviamente desfavorable) hacia la conducta de un sujeto.

En cuanto impuestas como modalidad de sanción disciplinaria no judicial, su naturaleza resulta inequívocamente punitiva<sup>35</sup>.

Las advertencias y reprimendas deberán ser impuestas por escrito cuando se trate de “commissioned” o “warrant officers”; En los demás casos, salvo lo que pudiesen disponer las normas prescritas por el secretario correspondiente, podrán imponerse tanto escrita como verbalmente<sup>36</sup>.

<sup>34</sup> Revistiendo la reprimenda una mayor gravedad que la amonestación.

<sup>35</sup> A diferencia de su naturaleza no punitiva cuando empleadas como medio de corrección administrativa.

<sup>36</sup> Las advertencias y amonestaciones previstas en el régimen disciplinario norteamericano se identifican claramente por su naturaleza con la sanción de reprensión prevista en el régimen español, si bien como principal diferencia en su configuración cabe destacar que la reprensión exige de forma escrita. Así el artículo 11 de la L.O 8/98 prevé que “no constituye sanción disciplinaria la advertencia o amonestación verbal que, para el mejor cumplimiento de las obligaciones y servicios, pueda hacerse en el ejercicio del mando”.

## Extra Duties/ Servicios extraordinarios

Comporta esta Sanción la imposición de servicios extraordinarios a aquellos que de ordinario tenga asignado el sancionado.

Tal sanción puede comportar la imposición de “*Fatigue Duties*”<sup>37</sup>.

La imposición de esta sanción se encuentra no obstante sometida a importantes límites<sup>38</sup>, así:

1. Han de tratarse de servicios de naturaleza (y utilidad) inequívocamente militar.
2. No podrán entrañar un riesgo o peligro para la salud y seguridad del sancionado ni merecer la consideración de castigo cruel, inusual o degradante.
3. Deberán adecuarse a los usos y costumbres a los que de ordinario se anude el desempeño del servicio en cuestión, evitando que el cumplimiento del mismo coloque al sancionado en una situación ridícula o degradante<sup>39</sup>.

Así mismo se contempla que, cuando la sanción se imponga a suboficiales (NCOs) o determinados miembros de las clases de tropa o marinería<sup>40</sup>, los servicios extraordinarios a imponer no deberán resultar degradantes al empleo que ostenten<sup>41</sup>.

---

<sup>37</sup> Con esta expresión, cuya traducción sería la de servicios de fatiga, aludimos al clásico servicio de fajina; esto es aquellas tareas adicionales que extraordinariamente (pero no necesariamente por motivos disciplinarios) se imponían a la tropa en los ejércitos, así, clásicos como la limpieza de letrinas, cavado de zanjas y trincheras etc.

<sup>38</sup> Para la correcta comprensión e interpretación de los límites expuestos será preciso acudir tanto a las reglamentaciones aprobadas para cada Ejército, así como a las máximas de experiencia acuñadas en el seno de los mismos.

<sup>39</sup> Así el A.R 27-10 se refiere expresamente al “cinematográfico” castigo consistente en obligar al sancionado a efectuar la limpieza de barracones o instalaciones con un cepillo dental.

<sup>40</sup> En concreto el MCM se refiere a “petty officers” con lo que nos referimos, además de los suboficiales a los miembros de tropa o marinería que ostenten un empleo E-4 o superior; esto es los empleos de “corporal” ó “Specialist Four”.

<sup>41</sup> Con ello se pretende evitar que el reproche disciplinario pueda trascender del propio sancionado, deslegitimándolo de un modo inaceptable a los ojos de sus subordinados.

## **Reduction in Pay Grade/ Reducción del Grado retributivo**

Esta sanción consiste tal y como reza su denominación en la reducción del grado retributivo, en el sentido de empleo, a uno inferior<sup>42</sup> al que ostentaba el sancionado.

Para la imposición de esta sanción se exige en el UCMJ y MCM, que el mando sancionador u oficial subordinado a éste, ostente la denominada “Promotion Authority”, esto es, que por razón de su grado retributivo ó empleo, el militar sancionado se encuentra sometido a la potestad del mando para su promoción o ascenso.

El MCM destaca el carácter particularmente severo de esta sanción, exhortando a la prudencia y discreción en su imposición, que debe entenderse restringida a aquellas faltas disciplinarias más graves.

## **Forfeiture of Pay / Pérdida de Haberes**

Esta sanción consistiría en la pérdida del derecho a percibir el salario, durante el tiempo fijado en la sanción.

En cuanto a la extensión cuantitativa de la sanción, el MCM precisa que con el término “Pay”<sup>43</sup>, el UCMJ se refiere al salario “básico”, o, en el caso de los reservistas inactivos, a las prestaciones económicas que perciban por la instrucción o maniobras, a las que puedan ser convocados durante dichos períodos de inactividad.

Así mismo, el salario básico será aquel fijado en las reglamentaciones pertinentes, en función del empleo y tiempo de servicios, y no incluiría aquellos incentivos o complementos fijados en aquéllas en función de la especial cualificación del sancionado, la prestación de servicios particularmente gravosos, su especial productividad, así como aquellas prestaciones que en general podríamos ubicar, en el régimen español, en las medidas de acción social y de apoyo a la movilidad geográfica.<sup>44</sup>

En el caso de que la resolución sancionadora impusiera conjuntamente las sanciones de reducción del grado retributivo y pérdida de haberes, la segunda se referirá al grado retributivo, empleo, degradado.

---

<sup>42</sup> Como regla general la reducción será de un grado, con las excepciones que en su caso pudieran preverse en las Reglamentaciones de cada Ejército.

<sup>43</sup> A los efectos de la sanción disciplinaria del artículo 15.

<sup>44</sup> El MCM se refiere a “subsistence and quarters allowances”, así las ayudas en materia de acción social, pero también las medidas referidas de apoyo a la movilidad geográfica, así las residencias militares, casas cuarteles, ayudas para el acceso a la vivienda etc...

En cuanto a la extensión temporal de la pérdida de haberes, esto es, su duración, de ser superior a un mes deberá indicarse en la resolución sancionadora su duración en número de meses, así como el montante en dólares a perder por mes.

Añade el MCM que, quedarán a salvo de la sanción, los haberes devengados con anterioridad a la fecha de su imposición.

#### SANCIONES QUE IMPLICAN RESTRICCIÓN/PRIVACIÓN DE LIBERTAD

Respecto del catálogo de sanciones restrictivas de libertad contempladas en el UCMJ, resulta pertinente destacar, antes de profundizar en el estudio de cada una de ellas, las siguientes premisas.

1. Por razones de índole práctica se ha optado por el empleo, junto a la terminología anglosajona empleada por el UCMJ, de la terminología empleada en su obra por el Capitán Auditor Ponce de León. Tal terminología como se verá pudiera plantear obvias reminiscencias, con las sanciones disciplinarias previstas en el régimen disciplinario militar español, ahora bien, tales paralelismos no deben ser entendidos como genuinas asimilaciones, pues resultan diversas las particularidades de unas y otras sanciones, tal y como expondremos al profundizar en el estudio de las mismas.
2. En cuanto a la naturaleza jurídica *restrictiva*, o genuinamente *privativa de libertad* de las diferentes sanciones previstas, y pese a la indistinta utilización de los términos “*restriction*” y “*deprivation*” parece inferirse del UCMJ y del MCM la distinción entre medidas meramente restrictivas de libertad<sup>45</sup>, como serían la “*restriction*” y el “*arrest in quarters*”, de las medidas que implicarían una genuina privación de libertad, como serían la “*correctional custody*” y el “*confinement on bread and wáter or diminished rations*”. Con todo, la distinción expuesta no resultaría directamente trasladable al ordenamiento Jurídico español, desde cuya perspectiva, con las particularidades que reseñaremos respecto de la *restriction*, todas tendrían la consideración de medidas privativas de libertad<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Así el MCM destaca de aquellas su constreñimiento más moral que físico.

<sup>46</sup> Tras la Sentencia del Tribunal Constitucional 14/1999, de 22 de febrero, en la que el T.C, apartándose de la doctrina jurisprudencial del T.S, califica a la sanción de arresto

## Restriction/ Restricción

Esta sanción, que presenta similitudes (si bien con abundantes reservas) en nuestro ordenamiento Jurídico con la sanción de privación de salida, es referida en el MCM como la más leve de las sanciones privativas de libertad, destacando la prevalencia en su seno de un constreñimiento con un contenido o significación más moral que físico.

Con todo, la naturaleza restrictiva o privativa de libertad, y en consecuencia su gravedad, se hacen depender en el MCM de, por un lado su duración, y de otro de los límites geográficos/espaciales a los que se someta la restricción de libertad, y que deberán ser precisados por el mando sancionador a la hora de imponer la restricción.

La autoridad sancionadora podrá, así mismo, exigir del sancionado hacer acto de presencia a la hora y en la dependencia o lugar que se determinen en la sanción<sup>47</sup>, cuando lo considere razonablemente necesario para garantizar el efectivo cumplimiento de la sanción.

El A.R 27-10, contempla la posibilidad de que los límites en los que se fija la restricción pudieran ser modificados por el mando sancionador, su sucesor en el mando o su superior jerárquico.

Por último, el MCM precisa que, como regla general, el sancionado con restricción, podrá participar en las actividades propias de la unidad<sup>48</sup>, salvo cuando otra cosa dispusiere la autoridad sancionadora.

## Arrest in Quarters/ Arresto domiciliario

Esta sanción, que en principio (tal y como su propia denominación indica) presenta similitudes con el arresto por falta leve del Artículo 9.1 de la L.O 8/1998<sup>49</sup>, es configurada en el MCM como modalidad de “restriction” en la que de nuevo prima un constreñimiento más moral que físico, si bien con las siguientes particularidades:

1. Esta sanción es exclusivamente aplicable a oficiales.

---

para falta leve como auténtica privación de libertad, únicamente la sanción de privación de salida tendría la consideración de sanción restrictiva de libertad.

<sup>47</sup> Se trataría en definitiva de dar novedades del curso de la sanción.

<sup>48</sup> En concreto el MCM utiliza la siguiente expresión : “(...) a person in restriction may be required to perform any military duty”, esto es, traducido literalmente, podrá requerirse del sancionado la prestación de cualquier servicio militar, de ahí que podamos distinguir entre restricción con o sin perjuicio del servicio.

<sup>49</sup> Conllevando por tanto auténtica privación de libertad.

2. Durante su cumplimiento obliga, al oficial sancionado, a permanecer en el *officer's quarters*, que se señale.

Por *officer's quarters*, el MCM refiere diversos lugares, así los barracones de oficiales, Residencias, tiendas de campaña, camaretas, camarotes o, a falta de otras dependencias adecuadas al efecto, el domicilio que se señale.

Al igual que habíamos señalado para la “restriction”, el oficial sancionado podrá participar en las actividades propias<sup>50</sup> de la unidad, salvo cuando otra cosa dispusiere la autoridad sancionadora, contemplándose a tal efecto la posibilidad de que aquélla pueda extender los límites (geográficos) de la sanción impuesta, facilitando así la participación del oficial sancionado en las indicadas actividades.

### **Correctional Custody/ Arresto Correccional**

Consiste la “correctional custody” en el arresto del sancionado, una privación de libertad en la que el MCM prima frente a las otras sanciones referidas el constreñimiento físico sobre el moral, con o sin perjuicio del servicio, y al que pueden acompañar como medidas adicionales servicios extraordinarios, de fatiga o trabajos forzosos.

El arresto podrá cumplirse en establecimiento adecuado al efecto, de haberlo, si bien en este caso deberá segregarse a los sancionados con esta medida, de aquellos que se hallen en régimen de preventivos (a la espera del correspondiente juicio ante una Corte Marcial) ó cumpliendo condena impuesta por una Corte Marcial.

Por último, el MCM remite a las reglamentaciones de cada Ejército:

- i. La determinación de las condiciones a las que se anude el cumplimiento de la sanción.
- ii. La determinación de las categorías de personal militar a los que la sanción puede ser impuesta.
- iii. La determinación de la autoridad competente para acordar la puesta en libertad del sancionado.

---

<sup>50</sup> Es no obstante reseñable el que el A.R 27-10, limite dicha participación, respecto de aquellos servicios que impliquen el ejercicio de las funciones de mando del sancionado sobre militares bajo su mando.

Pues bien, en el ámbito del Ejército de Tierra, estos extremos aparecen detallados en el A.R 190-47 “*The Army Corrections System*”, si bien nos interesa destacar del A.R 27-10 los siguientes extremos:

- i. Las reglamentaciones contemplan el cumplimiento de la sanción en un establecimiento adecuado al efecto como preceptivo, frente al potestativo “podrán”<sup>51</sup> previsto en el MCM, toda vez que se exige del Mando Sancionador comprobar con carácter previo a la imposición de la sanción, la existencia de dicho establecimiento.
- ii. Se excluye la imposición de la sanción al personal militar con empleo de Cabo, Especialista ó superior, por lo que únicamente resultaría imponible la sanción a los Soldados de 1ª clase (E-3) y Soldados (E-2 y 1).

### **Confinement on bread and water or Diminished rations/ Confinamiento a pan y agua**

Esta sanción, como su nombre bien indica, consistiría en el encierro, confinamiento del sancionado en el lugar o habitáculo que se indique (normalmente dado su ámbito de aplicación, un camarote), limitando sus comunicaciones exclusivamente al personal autorizado al efecto.

La imposición de esta sanción, aparece sometida en el UCMJ y el MCM a 2 requisitos, como son:

- i. La sanción únicamente resulta imponible respecto del personal militar embarcado, o agregado a la dotación de un buque (UCMJ art. 15. (b), (2), (A)).
- ii. Que con carácter previo a la imposición de la sanción se haya expedido informe de oficial médico, en el que se certifique<sup>52</sup> que la medida no pone en serio peligro la salud del sancionado (MCM apartado 5, C, (5)).

Por último destacar que el MCM remite a las Reglamentaciones de los ejércitos la determinación de las categorías de personal susceptible de ser san-

---

<sup>51</sup> El Mem prevé en concreto que, “*a person may be required to serve correctional custody in a confinement facility*”

<sup>52</sup> Obviamente se trata de una opinión del referido oficial médico, que exigirá la previa exploración del sancionado con tal medida, de cara a fijar sus condiciones de salud, y el impacto que en ésta pudiese desplegar la sanción.

cionado con este confinamiento, que en el caso del Ejército de Tierra se circunscribe, al igual que para el arresto correccional, al personal E-3 e inferior.

## 7. EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Al igual que sucede en el régimen disciplinario español, Los poderes garantizados en el artículo 15 UCMJ, no pueden implementarse directamente a través de sanciones “de plano”, sin una mínima tramitación procedimental ni audiencia del interesado<sup>53</sup>.

El procedimiento disciplinario, escasamente abordado en el artículo 15 UCMJ, es desarrollado concienzudamente en el apartado 4 del MCM-*Procedure*-, en el que se establecen las bases del *iter* procedimental para el ejercicio de la potestad disciplinaria, desarrollado en detalle por las reglamentaciones de los Ejércitos.

De la lectura del MCM puede inferirse en una primera aproximación, si bien con los oportunos matices, la vigencia en el derecho militar disciplinario americano, de la clásica distinción de 4 grandes fases procedimentales, como serían:

1. La Incoación, a través de la “*Initial Disposition*”, si bien con la particularidad de que la eficacia de la misma queda sometida al poder de disposición del presunto infractor, quien una vez notificado la orden o acuerdo de inicio podría frustrar la acción disciplinaria propuesta por el mando (Commander) y poner término al procedimiento, mediante el ejercicio de su derecho a solicitar el enjuiciamiento ante una Corte Marcial.
2. Una fase de instrucción, caso de no ejercitarse el derecho señalado, y en la que el MCM otorga especial relevancia, como no podía ser de otra forma, a la comparecencia y audiencia, “*Hearing*”, del presunto responsable.
3. Una fase de Resolución, en la que se concreta la imposición de la sanción que, bajo su discrecionalidad y con los límites que normativamente se refieran, el mando estime adecuada, y frente a la que el sancionado puede ejercitar su derecho a recurrir en apelación.
4. Por último, la fase de ejecución de la sanción impuesta

---

<sup>53</sup> Así, el apartado 4.c.(1), dispone con claridad que, “*before non judicial punishment may be imposed, the servicemember shall be entitled to appear personally before the non judicial punishment authority*”

Debe destacarse así mismo que el MCM, refiere los principios esenciales y garantías de lo que vendría a constituir el procedimiento disciplinario, general u ordinario, debiendo admitirse la posibilidad de que, con el necesario respeto de aquellas prevenciones, se contemplen en sede de las reglamentaciones de los Ejércitos, cauces procedimentales especiales.

Así, junto al procedimiento disciplinario “Ordinario”<sup>54</sup>, contempla el A.R 27-10, la existencia de un procedimiento “Sumario”<sup>55</sup>, previsto para el caso de faltas particularmente leves, entendiendo como tales aquellas para cuyo adecuado castigo, la sanción a imponer no excediera de las siguientes:

- i. Servicios extraordinarios hasta 14 días.
- ii. Restricción hasta 14 días.
- iii. Amonestación y reprimenda verbal.
- iv. Cualquier combinación de las anteriores.

Pues bien, una vez efectuada esta primera aproximación al marco general del procedimiento disciplinario, procederemos al estudio detallado de sus principales hitos.

## EL PARTE

La regla 301 del Capítulo III, Parte II del MCM, se ocupa del *Report*, o parte.

En concreto el MCM prevé que cualquier persona<sup>56</sup> puede dar parte por hechos que pudieran constituir infracciones u ofensas<sup>57</sup> del UCMJ.

Normalmente, dicho parte o denuncia será presentado a la autoridad competente<sup>58</sup> en la materia, quién, en el caso de resultar identificado en el

<sup>54</sup> “*Formal proceedings*”.

<sup>55</sup> “*Summarized proceedings*”.

<sup>56</sup> Tanto un civil como un militar.

<sup>57</sup> Esto es, alguna conducta que pudiese ser subsumida en los “*Punitive Articles*” del UCMJ, en concreto la regla 301 se refiere a una ofensa “*subject to trial by court-martial*” independientemente de su posible calificación como falta/NJP o delito que como ya hemos señalado corresponde a la Autoridad sancionadora.

<sup>58</sup> En concreto el MCM se refiere a la “*Law enforcement or investigative Authorities/personnel/agency*”. Esto es, aquel personal al que las Regulaciones del Ejército correspondiente haya atribuido competencias en materia de cumplimiento de las Leyes e investigación de infracciones.

parte el presunto infractor, lo remitirá junto con todas las informaciones adicionales recabadas al superior jerárquico de éste.

En el caso de que no resultase identificado en el parte el presunto responsable, esto es, resultase desconocido, se iniciarán las correspondientes actuaciones de investigación y averiguación del responsable.

Por último, es destacable el carácter anti-formalista que el MCM atribuye al parte al prever que éste podrá realizarse en cualquier formato<sup>59</sup>.

## LA INVESTIGACIÓN PRELIMINAR

Cuando un jefe ó mando reciba parte por presunta infracción o infracciones susceptibles de ser juzgada por una Corte Marcial, en el que se refiera como sospechoso de su comisión a militar a sus órdenes, ordenará iniciar la investigación preliminar regulada en la regla 303 del Capítulo III, Parte II MCM.

Esta investigación<sup>60</sup>, que puede ser conducida personalmente por el mando o por persona<sup>61</sup>, bajo sus órdenes, a quién designe, estará dirigida a la obtención de toda la información precisa de cara a acordar la Orden (de inicio) o acuerdo de proceder<sup>62</sup> adecuado, y en todo caso deberá referirse a los siguientes extremos:

1. Si las ofensas denunciadas se han producido efectivamente, esto es, verificar la realidad de los hechos informados.
2. Si el militar bajo su mando al que se le imputan los hechos se ha visto, efectivamente, envuelto en los mismos.
3. Todas aquellas circunstancias objetivas y subjetivas que hayan rodeado a los hechos.

---

<sup>59</sup> “A Report may be made by any means, and no particular format is required”.

<sup>60</sup> A dicha investigación, el MCM así como las reglamentaciones de cada Ejército, se le atribuye un carácter esencialmente informal, consistente en el examen del parte, informes, entrevistas a posibles testigos, etc. Con todo, en el ámbito jurisdiccional, se contemplan la posibilidad de práctica de interrogatorios e identificaciones testificales a las que resultarían de aplicación las “*Military Rules of evidence*” (tratadas en la Parte III del MCM), así como la posibilidad de acudir a la figura de la prueba preconstituída.

<sup>61</sup> Así mismo el MCM contempla la posibilidad de que en casos en los que la investigación revista una especial complejidad pueda el mando solicitar el apoyo por parte del personal y autoridades a los que las normativas de cada Ejército atribuyan competencias en materia de cumplimiento de las leyes e investigación de las infracciones, esto es, los miembros del JAG correspondiente.

<sup>62</sup> A la que se refiere la regla 306 del Cap. III Parte II del MCM como “*Initial Disposition*”.

En definitiva a los efectos del presente artículo, dicha investigación preliminar está dirigida a suministrar al mando todos aquellos elementos que le permitan armar el juicio de valor oportuno conducente a concluir la pertinencia de acudir o no a la vía sancionadora disciplinaria del artículo 15.

#### LA NOTIFICACIÓN

Si, practicada la investigación preliminar, el mando entiende que procedería la implementación de la vía sancionadora disciplinaria del artículo 15 UCMJ<sup>63</sup>, deberá notificar al afectado la “Orden de Inicio” – *Initial Disposition* -.

Dicha notificación deberá referir los siguientes extremos<sup>64</sup>:

1. Deberá indicarse la decisión de la autoridad disciplinaria relativa a la elección del Artículo 15 UCMJ como procedimiento para sustanciar la falta.
2. Relato conciso de los hechos cuya comisión se imputan, indicando los artículos del UCMJ-“Punitive Articles”- en los que estos sean tipificados como infracción.
3. Exposición de las pruebas en las que se basa la culpabilidad del presunto infractor.
4. Relación de los derechos que asisten al interesado, y en cuyo estudio nos detendremos más adelante.
5. Deberá informarse al interesado de su derecho a solicitar ser juzgado ante una Corte Marcial, a salvo las excepciones expuestas anteriormente<sup>65</sup>.

#### EJERCICIO DEL DERECHO A SOLICITAR EL ENJUICIAMIENTO ANTE UNA CORTE MARCIAL

A efectos del adecuado ejercicio de tal derecho deberá así mismo informarse en la referida notificación los siguientes extremos:

- i. La sanción máxima imponible en vía disciplinaria.

---

<sup>63</sup> Por entender que efectivamente estamos ante una “*Minor Offense*”

<sup>64</sup> Extremos que deberán ser expuestos razonadamente al interesado.

<sup>65</sup> Esto es, cuando se halle embarcado en Buque, o agregado a su dotación.

- ii. Que de ejercitar el referido derecho, los cargos podrían ser sometidos al conocimiento de una Corte Marcial General, Especial o Sumaria.
- iii. Que no podrá ser juzgado por una Corte Marcial Sumaria contra su oposición.
- iv. Que en el caso de ser juzgado ante una Corte Marcial General o Especial tendrá derecho a ser representado por abogado.

Una vez informado el derecho a solicitar el juicio ante una Corte Marcial, prevén las reglamentaciones de los Ejércitos la apertura de un plazo, “*Decision period*”<sup>66</sup>, para que el interesado valore la oportunidad de ejercer o no el derecho, planteándose en consecuencia, las siguientes hipótesis:

1. Caso de ejercer el derecho. Si el interesado demandase ser juzgado ante una Corte Marcial, finalizará toda actuación disciplinaria. En tal caso los hechos en cuestión no podrán ser sancionados disciplinariamente<sup>67</sup> por la vía del artículo 15, salvo en el supuesto de que el acusado retirase voluntariamente su solicitud inicial de ser sometido a una Corte Marcial.
2. En el caso de que transcurrido el plazo señalado para ello, el acusado no solicitase el juicio ante Corte Marcial, o se trate de un supuesto en el que no proceda dicho derecho, seguirá el procedimiento disciplinario con las indicaciones que a continuación se señalan.

#### COMPARECENCIA DEL ACUSADO

Resulta preceptivo para la imposición de la sanción disciplinaria, tal y como precisa el MCM, que el acusado, caso de no solicitar que los hechos sean sometidos al conocimiento de una Corte Marcial, sea informado de su

---

<sup>66</sup> Al respecto del mismo, prevé el A.R 27-10 que, una vez notificada la orden de inicio y expuestos los derechos que le asisten se concederá al interesado un tiempo razonable para consultar con su abogado o los oficiales pertinentes (JAG) la oportunidad de ejercitar o no el derecho. La extensión de dicho plazo deberá fijarse atendiendo a las circunstancias que concurran en el caso concreto, en especial su complejidad y la facilidad para acceder al asesoramiento referido. Como regla general el A.R considera como adecuado un plazo de 48 horas, sin perjuicio de que el interesado pueda solicitar las ampliaciones pertinentes que el mando considere justificadas.

<sup>67</sup> Si bien, no impediría la aplicación de las medidas de corrección administrativa que el mando estimase pertinentes.

derecho a comparecer personalmente, si así lo solicitase, ante la autoridad sancionadora.

En el caso de no encontrarse disponible dicha autoridad, o bien concurrir circunstancias excepcionales que impidan la comparecencia, el acusado tendrá no obstante derecho a comparecer ante persona designada por aquélla.

Dicha persona, normalmente un oficial<sup>68</sup>, procederá a conducir la “audiencia” al acusado, debiendo diligenciar por escrito, sumario de la misma que, junto a las cuestiones que por escrito pueda plantear el acusado, deberá dirigir a la autoridad sancionadora.

En cualquier caso, si el acusado hiciese uso de su derecho, solicitando la referida audiencia, deberá ser adecuadamente informado de los siguientes derechos:

1. Derechos del Artículo 31 (b)<sup>69</sup> del UCMJ.  
Según dicho precepto, todo acusado tendrá derecho a ser informado de la acusación que contra él se formule. Así mismo deberá informarse el derecho que le asiste a guardar silencio, advirtiéndole que toda declaración que en su caso efectúe podrá ser empleada en su contra.
2. Derecho a ser acompañado de portavoz<sup>70</sup> durante el procedimiento.  
Con todo, el MCM exceptúa este derecho para aquellos procedimientos en los que la sanción máxima a imponer no exceda de 14 días de servicios extraordinarios o *restriction*/restricción, o consista en una reprimenda verbal.  
Debe destacarse que dicho portavoz no requiere ser abogado, ni tampoco reunir las cualificaciones exigidas en la regla 502 (d) del Capítulo V Parte II MCM respecto de los abogados que hayan de actuar ante una Corte Marcial.  
La intervención del portavoz al igual que sucede con la intervención del asesor en nuestro régimen disciplinario, se configura como

<sup>68</sup> Así las reglamentaciones se refieren a un *comissioned officer*.

<sup>69</sup> “No person subject to this chapter may interrogate, or request any statement from an accused or a person suspected of an offense without first informing him of the nature of the accusation and advising him that he does not have to make any statement regarding the offense of which he is accused or suspected and that any statement made by him may be used as evidence against him in a trial by court-martial”

<sup>70</sup> “Spokesperson”, entendiéndose como tal, a la persona que habla en nombre de un colectivo, causa u otra.

un derecho de cuyo ejercicio puede disponer<sup>71</sup> el infractor, no siendo pues su intervención obligatoria, dada la naturaleza administrativa del procedimiento ventilado en el artículo 15 UCMJ.

Así el MCM precisa que la inasistencia de dicho portavoz en alguna de las actuaciones, no impediría la celebración de aquellas, y desde luego no viciaría la eficacia de las mismas, ni conculcaría el contenido esencial del derecho.

Por otro lado, y en consonancia con lo expuesto, no es de extrañar que las facultades del portavoz en el procedimiento se encuentren seriamente constreñidas, tanto en el MCM como en las regulaciones de cada Ejército, a la de hablar en nombre e interés del infractor<sup>72</sup>, no pudiendo, salvo autorización, puramente discrecional, de la autoridad sancionadora hacer preguntas a los testigos llamados a declarar en el procedimiento.

3. En línea con lo expuesto en el referido artículo 31 (b) deberá ser informado verbalmente o por escrito de los hechos que se le imputen.
4. Derecho a examinar toda la documentación, piezas y elementos de prueba puestos a disposición de la autoridad sancionadora en orden a formar la convicción de ésta sobre la culpabilidad del acusado, y decidir la cuantía de la sanción (lo que en nuestro régimen disciplinario se conoce como vista del expediente).
5. Derecho a presentar las pruebas que estime pertinentes, y en general a plantear verbalmente o por escrito, todas aquellas cuestiones<sup>73</sup> que, en materia de defensa, a su derecho convengan.
6. Derecho a solicitar la comparecencia de testigos, cuya declaración pudiera ser relevante para la causa, y siempre y cuando se hallasen razonablemente disponibles.

En este punto, tanto el MCM como las regulaciones de los Ejércitos han venido a precisar la disponibilidad razonable<sup>74</sup> de los testi-

---

<sup>71</sup> De hecho, el MCM es tajante a la hora de denegar posibles dietas al portavoz, cuya minuta, de exigirla, correría a expensas del infractor.

<sup>72</sup> Así, las reglamentaciones de los distintos Ejércitos, al igual que sucede en nuestro régimen disciplinario, niegan al portavoz toda representación procesal.

<sup>73</sup> “*Present matters in defense, extenuation and mitigation orally, or in writing, or both*”

<sup>74</sup> Parece clara la voluntad del MCM, así como de las regulaciones de los Ejércitos, de limitar la intervención de los testigos, a aquellos que por estar destinados en la misma unidad o, localizados en la misma instalación en la que se halle el acusado, o sus proximidades, puedan, una vez llamados, personarse sin provocar dilaciones procedimentales, gastos de traslado, o quebranto para sus servicios.

Tales limitaciones se encuentran respaldadas no sólo en el principio de economía procesal que, con particular intensidad, debe informar un procedimiento de naturaleza esen-

gos, entendiendo como tales (testigos razonablemente disponibles) aquellos cuya personación no implicase para las Fuerzas Armadas gastos por traslado, dilaciones excesivas para el procedimiento, o de tratarse de militares, quebranto para su servicio.

7. Derecho a que las actuaciones a practicar en el marco del procedimiento del artículo 15, estén abiertas al público<sup>75</sup>, salvo, cuando la autoridad sancionadora, valorando<sup>76</sup> las circunstancias del caso concreto e intereses en juego, acuerde la celebración de las actuaciones a puerta cerrada.

Ahora bien, este derecho no obliga a la Autoridad sancionadora a adoptar medidas dirigidas a favorecer el escrutinio público (esto es habilitar una sala adecuada al efecto), ni, en caso de acordar la celebración del procedimiento a puerta cerrada, impediría la intervención de testigos ni limitaría las prevenciones que en materia de publicidad del procedimiento contemplan el UCMJ y el MCM.

Por último, el MCM contempla, como vertiente negativa del derecho, la posibilidad de que el acusado renuncie a comparecer en audiencia ante la autoridad sancionadora, si bien subordina la eficacia de la renuncia a que ésta sea solicitada por el mismo acusado y autorizada por la autoridad sancionadora. De proceder en tal sentido, exige el MCM que, en todo caso, se informe al acusado de su derecho a guardar silencio, así como a plantear por escrito cuantas cuestiones a su defensa convengan<sup>77</sup>.

## PRÁCTICA DE PRUEBAS

El MCM precisa que, en lo que a la práctica de las pruebas atañe, no resultan de aplicación al procedimiento disciplinario sancionador del artículo

---

cialmente administrativa, si no también, en razones de índole práctica derivadas de la especial proyección de las FAS norteamericanas en diversos puntos del globo.

<sup>75</sup> En este punto las Army Regulations 27-10, destaca el contenido doble del Derecho, tanto como derecho a solicitar que la audiencia se celebre abierta al público (lo cual ya hemos señalado constituye el núcleo esencial del Derecho con las posibilidades de excepción referidas) como a solicitar que se celebre a puerta cerrada, sin perjuicio de que la decisión última sobre tales extremos corresponda a la autoridad sancionadora (tras la valoración de las circunstancias expuestas).

<sup>76</sup> El MCM se refiere en concreto a cuando concurra buen motivo para ello, bien por exigencias militares o de seguridad, y cuando la sanción a imponer no exceda de 14 días de servicios extraordinarios o *restriction*, o se trate de una reprimenda verbal.

<sup>77</sup> En este sentido deberá informarse al acusado que toda cuestión planteada podría en su caso ser utilizado en su contra.

15 UCMJ, las reglas de valoración de la prueba – *Military Rules of Evidence* – desarrolladas en la Parte III del MCM, a salvo de lo dispuesto en la sección V, de la referida Parte III en materia de “*Privileges*”/ Inmunidades<sup>78</sup>.

#### ERRORES PROCEDIMENTALES Y SU VIRTUALIDAD

En materia de errores procedimentales, el MCM, en su apartado 1.i, se limita a prevenir que, la concurrencia de un error de tal naturaleza carece por sí mismo de fuerza para enervar la validez de la sanción impuesta, con la lógica salvedad de aquellos errores que pudieran haber perjudicado materialmente, alguno de los derechos que, en sede de NJP, asisten al militar contra quien se dirige el procedimiento disciplinario.

#### LA RESOLUCIÓN SANCIONADORA

Un vez valoradas por la autoridad sancionadora, las declaraciones y demás pruebas, así como las diferentes cuestiones que se hayan planteado a lo largo de las actuaciones, procederá a resolver el NJP, en alguno de los sentidos siguientes:

- i. Si la autoridad sancionadora concluyese que el acusado NO ha cometido la infracción/es imputadas pondrá término al procedimiento sancionador, comunicándolo al acusado.
- ii. Si la autoridad sancionadora concluyese que el acusado ha cometido efectivamente la infracción/es imputadas (o alguna de ellas) deberá notificarlo<sup>79</sup> al acusado, informándole así mismo de:
  - a. La sanción impuesta y su extensión.

---

<sup>78</sup> Se trata en puridad, de ciertas dispensas y exoneraciones respecto de la obligación de declarar, análogas a las previstas en los artículos 416-418 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882. Así, el MCM contempla entre otras las siguientes inmunidades:

Respecto de las revelaciones en el marco de las relaciones abogado-cliente.

Respecto de las revelaciones entre cónyuges.

Respecto de las revelaciones efectuadas a ministros de culto.

Respecto de revelaciones concernientes a información clasificada, u otras informaciones Gubernamentales cuya revelación pudiese ser contraria al interés público, etc...

<sup>79</sup> Así, el A.R 27-10, prevé que el mando sólo impondrá la sanción disciplinaria cuando esté convencido, más allá de toda duda razonable, que la infracción ha sido efectivamente cometida por el acusado. Así mismo se contempla la posibilidad, que no la obligación, de que el mando al comunicar la sanción al acusado le exponga las razones de, porqué, la elección de la sanción que se trate.

- b. El derecho que le asiste a recurrir en apelación la sanción impuesta.

En lo concerniente a la sanción/es a imponer, el MCM en su apartado 5.d. plantea las siguientes limitaciones en materia de imposición de sanciones -“Limitations on combination of punishments”-:

1. El arresto domiciliario, no podrá imponerse conjuntamente con la sanción de restricción.
2. El confinamiento a pan y agua no podrá imponerse conjuntamente con las sanciones de arresto correccional, servicios extraordinarios ó Restricción.
3. La custodia correccional no podrá imponerse conjuntamente con las sanciones de restricción ó servicios extraordinarios.
4. Las sanciones de restricción y servicios extraordinarios podrán imponerse conjuntamente, ahora bien, lógicamente el cumplimiento conjunto no podrá exceder el máximo previsto para los servicios extraordinarios impuestos.
5. Sin perjuicio de las limitaciones anteriormente referidas, las sanciones aplicables, singular o conjuntamente, al caso concreto podrán imponerse en su máxima extensión.

#### LA PUBLICIDAD DE LA SANCIÓN

Ni el UCMJ ni el MCM, se refieren a las medidas concretas a implementar para dotar de publicidad a la sanción disciplinaria impuesta, siendo éstas desarrolladas en las reglamentaciones de cada Ejército.

Así el A.R 27-10 prevé que la sanción, una vez firme Podrá ser anunciada en la siguiente formación de la unidad a la que el sancionado pertenezca, y si la sanción hubiese sido apelada, una vez ésta se resuelva. Así mismo la sanción impuesta podría también ser publicada, omitiendo obviamente el anuncio los datos de carácter personal que pudiesen atentar contra la intimidad del sancionado, en el tablón de anuncios y novedades de la unidad correspondiente.

Las medidas de publicidad expuestas persiguen un doble propósito.

1. De un lado, dotar al NJP de transparencia evitando sospechas y acusaciones sobre la justicia o arbitrariedad del procedimiento y la sanción/es en la que halla desembocado.

2. De otro, es indudable la finalidad de prevención general, disuadiendo, al personal militar de la unidad, de la comisión de tales conductas indebidas.

Como hemos señalado, las medidas para dotar de publicidad de la sanción impuesta son potestativas (*podrán*), debiendo pues la autoridad competente formarse un juicio de procedencia de las mismas en relación con su idoneidad para conseguir los fines expuestos, evitando favoritismos, innecesarias estigmatizaciones y en consecuencia los correspondientes agravios comparativos.

Así el A.R 27-10, refiere como elementos a valorar de cara a acordar la procedencia de dotar de publicidad a la sanción/es impuestas, cuando el sancionado tenga el empleo de sargento (E-5) o superior, los siguientes:

- a. La naturaleza de la ofensa.
- b. El historial militar del sancionado.
- c. La eficacia disuasoria de la medida.
- d. El impacto que la publicitación de la sanción pudiese tener en la moral de la Unidad ó de la misión.
- e. El impacto en el sancionado.
- f. El impacto en el prestigio y liderazgo del sancionado.

#### CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN

En lo que al cumplimiento, y en definitiva ejecutividad, de la sanción atañe, el MCM (5.g. “*Effective date and execution of punishments*”) se limita a aportar las siguientes reglas:

- i. Si se tratase de la sanción de reducción de grado retributivo, ó la de pérdida de haberes, si no mediase suspensión, desplegará sus efectos, la sanción, desde la fecha de su imposición.
- ii. Si se tratase de otras sanciones, la eficacia y ejecutividad de las mismas se ajustará a lo dispuesto en las reglamentaciones correspondientes de cada Ejército.

En este punto conviene destacar que como regla general, las reglamentaciones de los Ejércitos, contemplan la ejecutividad inmediata, desde la fecha de su imposición, de las sanciones no suspendidas, salvo que otra cosa pudiese disponer la autoridad sancionadora.

## 8. LA APELACIÓN

### DERECHO DE APELACIÓN

El apartado (e) del artículo 15 del UCMJ reconoce el derecho<sup>80</sup> de todo sancionado, que considere injusta la sanción impuesta y/o desproporcionada a la gravedad de la infracción, a formular, a través de los cauces adecuados, recurso de apelación ante el superior jerárquico de la autoridad que hubiese impuesto el NJP (esto es, la autoridad sancionadora).

### REQUISITOS DE LA APELACIÓN

1. La apelación, que debe revestir forma escrita, deberá expresar aquellos motivos que sirvan como base al sancionado para invocar la injusticia<sup>81</sup> o desproporcionalidad de la sanción impuesta.
2. La apelación deberá formularse a través de los cauces adecuados<sup>82</sup>, con lo que el artículo 15 se refiere claramente a la figura del conducto reglamentario.
3. La apelación deberá formularse ante el superior jerárquico<sup>83</sup> de la autoridad que hubiese impuesto la sanción disciplinaria.
4. La apelación deberá formularse en el plazo de 5 días desde la imposición de la sanción, transcurridos los cuáles devendrá inexigi-

---

<sup>80</sup> El apartado 7 de la Parte V del MCM se refiere expresamente a la apelación como derecho- *right to appeal*-.

<sup>81</sup> La Injusticia de la sanción podría resultar de diversos motivos, siendo las más relevantes, la inexistencia o insuficiencia de prueba, la inobservancia de derechos esenciales o la concurrencia de otras circunstancias que en general vicien la legalidad y validez de la sanción.

<sup>82</sup> El A.R 600-20, se ocupa en su capítulo 2º de la cadena de mando. Destaca en concreto que la comunicación efectiva a través de la cadena de mando entre los superiores y los subordinados es esencial para el correcto funcionamiento de las unidades, en consecuencia, exige por parte de los soldados, la estricta observancia de dicha cadena de mando de cara a comunicar cualquier asunto a sus superiores jerárquicos. Así las cosas, y en lo que a la apelación atañe, el que ésta se interponga ante el superior jerárquico del mando sancionador, no socava la obligación de seguir el conducto reglamentario, y en consecuencia deberá el recurso presentarse ante el mando sancionador, quién lo elevará a la autoridad pertinente.

<sup>83</sup> El artículo 15 utiliza en concreto la expresión *Next Superior Authority*, esto es, la autoridad superior Siguiente, entendiéndose como tal, tal y como precisa el MCM a la Autoridad fijada por el Secretario correspondiente en las regulaciones de cada Ejército que, normalmente, al margen de ciertas particularidades, suelen identificar con el superior en la cadena de mando. Ahora bien, cuando el mando o autoridad sancionadora hubiesen ejercido los poderes garantizados en el artículo 15 UCMJ por delegación, deberá entenderse como superior jerárquico a los efectos de la apelación al de la autoridad delegante.

ble el derecho, salvo prueba de haber concurrido un buen motivo<sup>84</sup> para ello.

#### CUMPLIMIENTO DE LA SANCIÓN DURANTE LA PENDENCIA DE LA APELACIÓN

Durante la pendencia de la apelación podrá exigirse del sancionado el cumplimiento de la sanción impuesta. No obstante, si transcurridos 5 días desde la presentación de la apelación, la autoridad de apelación no hubiese adoptado acción alguna respecto de la misma se suspenderá, siempre que así lo solicitase el sancionado, la ejecución de aquellas sanciones que impliquen restricción de libertad o deberes extraordinarios.

#### INTERVENCIÓN DEL AUDITOR MILITAR O DEL LETRADO DEL DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD NACIONAL

El artículo 15 del UCMJ, prevé que, antes de adoptar acción alguna, y siempre que se trate de alguna de las sanciones previstas en los números 1 a 7 del apartado (e)<sup>85</sup>, la autoridad de apelación deberá<sup>86</sup> remitir la causa a un Auditor Militar o Letrado del Departamento de Seguridad Nacional para su estudio y asesoramiento (informe).

Estos, no se encuentran constreñidos, durante el desempeño de sus funciones, al examen y revisión de la documentación obrante en el expediente, si no que podrán iniciar y desarrollar pesquisas e indagaciones, así como examinar cuantas cuestiones estimen necesarias.

---

<sup>84</sup> Si por un buen motivo, resultase para al sancionado imposible, o extremadamente difícil, preparar y presentar la apelación en el plazo referido, deberá exponerlo ante la autoridad disciplinaria, solicitando una ampliación de dicho plazo. La autoridad sancionadora deberá decidir, sobre la concurrencia o no del referido buen motivo, y la procedencia de la ampliación.

<sup>85</sup> En concreto, las siguientes:

- a. Arresto domiciliario por más de 7 días.
- b. Arresto correccional por más de 7 días.
- c. Pérdida de haberes por más de 7 días.
- d. Reducción de grado retributivo a partir del 4º grado retributivo o superior.
- e. Servicios extraordinarios por más de 14 días.
- f. Restricción por más de 14 días.
- g. Retención de paga por más de 14 días

<sup>86</sup> La intervención del Auditor ó Letrado del Departamento de S.N, se configura pues, como preceptiva, cuando se trate de las sanciones referidas, siendo la remisión potestativa cuando se trate de otras sanciones.

## FACULTADES Y PODERES DE LA AUTORIDAD DE APELACIÓN

Durante su intervención en la apelación, la autoridad de apelación de-  
tentará, y en consecuencia podrá ejercitar, los mismos poderes y facultades  
contemplados en el apartado (d) del artículo 15 UCMJ para la autoridad  
disciplinaria, y, en consecuencia:

- i. Suspender la ejecución de la sanción impuesta.
- ii. Confirmar la sanción impuesta.
- iii. Disminuir la sanción impuesta.
- iv. Sustituir la sanción impuesta por otra menos severa.
- v. Revocar la sanción impuesta.

Así mismo, la autoridad de apelación, durante la revisión de las actua-  
ciones de la autoridad disciplinaria podrá entrar a valorar no sólo la do-  
cumentación obrante en el expediente, sino también, todas aquellas cues-  
tiones planteadas por el sancionado en la apelación, las suscitadas en la  
revisión legal referida en el apartado anterior, y cualquier otra que estime  
necesaria.

## ACTUACIONES ADICIONALES

Si la autoridad de apelación dejase sin efecto la sanción impuesta por  
concurrir un error en el procedimiento disciplinario (obviamente subsan-  
table<sup>87</sup>), podrá ordenar su devolución a la autoridad disciplinaria (o su  
sucesor en el mando) autorizando la práctica de actuaciones adicionales.

Ahora bien, a resultas de las nuevas actuaciones practicadas en el pro-  
cedimiento, no podrá imponerse una sanción más grave<sup>88</sup> a la originaria-  
mente impuesta.

---

<sup>87</sup> Véase lo dispuesto para los errores procedimentales, tanto en materia de principios  
del procedimiento, como lo que a continuación se refiere con ocasión de la revocación, en  
el estudio de los poderes de Gracia.

<sup>88</sup> Consecuencia del principio de prohibición de la *Reformatio in peius*.

## NOTIFICACIÓN DE LA RESOLUCIÓN

Una vez practicadas las acciones pertinentes por la autoridad de apelación, ésta dictará resolución que deberá ser notificada al sancionado a la mayor brevedad.

## LA REVISIÓN DE OFICIO

La posibilidad de que la sanción impuesta pueda ser revisada de oficio, sin la previa excitación directa a través de la interposición del recurso de apelación expuesto, aparece admitida en sede del MCM en cuyo apartado 7.f.(1), en el que tras referir los poderes generales que ostenta la autoridad de apelación (artículo 15 (d) UCMJ), se dispone literalmente que, *The superior authority may take such action even if no appeal has been filed*, esto es, los mismos poderes podrían ser ejercitados por el superior jerárquico incluso en el caso de que no se hubiese interpuesto la apelación.

No obstante, esta potestad, que resulta escasamente desarrollada en el MCM así como en el A.R 27-10, entendemos, debe considerarse con suma cautela. Toda vez que, la prodigalidad en su uso, fácilmente podría enmascarar un inasumible ataque a los poderes discrecionales que el MCM, en materia de NJP, garantiza al mando sancionador

## 9. PODERES DE GRACIA

El artículo 15 UCMJ en su apartado (d) reconoce la potestad del mando sancionador ó, en su caso, de su sucesor en el mando, pero también, tal y como hemos señalado en el número anterior la autoridad competente para conocer la apelación, para:

- a. Suspender en todo o parte la sanción impuesta.
- b. Sustituirla por otra más leve.
- c. Acordar la remisión de la sanción.
- d. Acordar su revocación.

Tal potestad -“Clemency Powers”-, se ubica así mismo dentro de los poderes discrecionales que en materia de NJP, son reconocidos en el mando sancionador.

## LA SUSPENSIÓN/ *SUSPENSION & VACATION*

El MCM (1.3) recomienda a los mandos sancionadores, valorar la posibilidad de suspender en todo o parte la sanción impuesta, en particular, cuando se trate de la primera infracción cometida por el sancionado, o concurren en los hechos circunstancias particularmente atenuantes.

La suspensión es justificada en el MCM en cuanto otorga un particular incentivo al sancionado, y permite someter sus progresos a la observación del mando durante el período fijado para la suspensión.

Pues bien, el MCM en su apartado 6.a, reconoce el poder del mando sancionador para suspender, en cualquier momento, cualquier parte o cuantía de la sanción impuesta no cumplida, así como para suspender las sanciones de reducción de grado retributivo o pérdida de haberes, cumplidas o no.

Tal poder para acordar la suspensión de la sanción impuesta, se encuentra no obstante sometido a una serie de reglas y requisitos, así:

1. Respecto de las sanciones de reducción y pérdida de haberes, si éstas estuviesen ya cumplidas, sólo podrá acordarse su suspensión dentro de los 4 meses siguientes a la fecha de su cumplimiento.
2. El plazo de suspensión no podrá exceder de 6 meses.
3. Salvo que otra cosa se dispusiere por la autoridad sancionadora, la suspensión de la sanción impuesta, se encontrará condicionada, como regla general, a que el beneficiado por esta medida, no cometa otra infracción del UCMJ, durante el período de suspensión.

Así mismo, se contempla la posibilidad de que la autoridad sancionadora fije condiciones adicionales a observar durante el período de la suspensión.

4. En consecuencia con lo expuesto, procedería revocar la suspensión acordada, en el caso de que durante el período de suspensión fijado, el beneficiado volviese a cometer una infracción del UCMJ, ó inobservase alguna de las condiciones que de modo adicional sean fijadas por la autoridad competente.

Respecto de dicha revocación –*Vacation*–, el MCM como regla general prevé que ésta antes de ser acordada, deberá ser informada al sujeto, otorgándole así la oportunidad de alegar lo que estime pertinente, sin que ello suponga en este punto reconocer

para el sancionado un presunto derecho de audiencia, en materia de revocación de la suspensión<sup>89</sup>.

Con todo, el MCM, considera que, tratándose de alguna de las sanciones previstas en el artículo 25, (e), (1) a (7), debería otorgársele al sancionado la posibilidad de comparecer ante la autoridad competente, para presentar todas aquellas cuestiones que en orden a su defensa le convengan, respecto de la nueva infracción que justifique la revocación de la suspensión.

La revocación de la suspensión, en nada obstaculizaría la implementación de un nuevo procedimiento disciplinario con base en el artículo 15 UCMJ, por la infracción<sup>90</sup> cuya comisión fundamente la revocación de la suspensión acordada.

Por último destacar que tal y como precisa el A.R 27-10, si bien una sanción suspendida es susceptible de ser apelada, se proscribe tal posibilidad respecto de la revocación de la suspensión.

#### SUSTITUCIÓN POR OTRA MÁS LEVE/ *MITIGATION*

De acuerdo con el apartado 6.b del MCM, consiste esta medida de gracia en la reducción cuantitativa ó cualitativa de la sanción impuesta<sup>91</sup> conservando ésta su naturaleza esencial.

Tal medida es justificada en el MCM, en los siguientes supuestos:

1. Cuando así lo aconseje la favorable progresión del comportamiento del sancionado.
2. Cuando se aprecie la desproporcionalidad de la sanción impuesta.

El MCM somete la medida a una serie de reglas generales y particulares.

En lo tocante a las primeras, dispone el MCM que cuando se proceda a sustituir:

---

<sup>89</sup> Baste destacar, que el A.R 27-10, desarrolla detalladamente el procedimiento conducente a la revocación de la suspensión acordada.

<sup>90</sup> Siempre y cuando obviamente constituya una infracción de tal naturaleza, esto es, infracción menor de los “*Punitive articles*” del UCMJ.

<sup>91</sup> Con la excepción que referiremos respecto de la sanción de reducción de grado retributivo, la presente medida despliega su eficacia exclusivamente respecto de la parte o cuantía de la sanción no cumplida aún.

1. La sanción de arresto domiciliario por la de restricción.
2. La sanción de confinamiento a pan y agua por el arresto correccional.
3. Las sanciones de confinamiento ó arresto correccional, por las de servicios extraordinarios y/o restricción.
4. La sanción de servicios extraordinarios por la de restricción<sup>92</sup>.

La sanción por la que se sustituye la sanción originariamente impuesta, no puede serlo por una duración superior a aquella.

Siendo la restricción la forma más leve de privación de libertad, no podrá ésta ser sustituida por otra de igual naturaleza, aunque sea por una menor duración, puesto que, pese a que ello pudiese originar una reducción cuantitativa de la sanción impuesta, la incrementaría cualitativamente.

Como norma particular prevé el MCM la posibilidad de sustituir la sanción de reducción de grado retributivo, haya sido o no ejecutada, por la de pérdida de haberes, si bien la cuantía de dicha pérdida no podrá ser superior a la que en su caso hubiese podido imponer originariamente el mando sancionador correspondiente. Así mismo, esta sustitución, sólo será aplicable, dentro del plazo de los 4 meses siguientes a la fecha del cumplimiento de la sanción.

#### LA REMISIÓN DE LA SANCIÓN/ *REMISSION*

Con arreglo al apartado 6.c del MCM la remisión consiste en la cancelación de aquella parte, aún no cumplida, de la sanción impuesta.

Así mismo produce la remisión automática de toda sanción impuesta, y aún no cumplida, la terminación del compromiso profesional del sancionado<sup>93</sup>.

#### LA REVOCACIÓN DE LA SANCIÓN/ *SETTING ASIDE & RESTORATION*

Tal y como contempla el apartado 6.d del MCM, esta medida consiste en la revocación de la sanción impuesta, en todo o parte, independiente-

---

<sup>92</sup> Llama la atención este supuesto, pues en principio parece admitir una sustitución de sanciones con una naturaleza distinta, dada la naturaleza restrictiva/privativa de libertad de la restricción.

<sup>93</sup> Se trata de lo que el MCM refiere como “*expiration of term of service*” o “ETS”, esto es, la conclusión sin renovación del compromiso temporal.

mente de si ha sido o no cumplida, y la consiguiente restauración de los derechos, privilegios o propiedades, afectados, por la sanción, o la parte de aquella, revocada.

El MCM viene en general justificando esta medida en aquellos casos, en los que a la autoridad competente, se le manifieste la clara injusticia de la sanción impuesta.

En este sentido el A.R 27-10, considera que existiría esa clara injusticia cuando concurren errores de hecho o legales, insubsanables, que hayan perjudicado materialmente derechos esenciales del sancionado. Así, a título ejemplificativo se expone aquella situación en la que con posterioridad a la imposición de la sanción hubiesen aparecido documentos, o cualesquiera elementos de prueba que, evidencien la inocencia del sancionado.

Por último, destaca el MCM que la potestad para revocar la sanción impuesta, una vez ésta haya sido cumplida, deberá ejercitarse dentro de un plazo razonable desde la fecha de su cumplimiento. Señalando a título orientativo, y por analogía a los anteriormente señalados, un plazo de 4 meses desde la fecha del cumplimiento de la sanción a revocar<sup>94</sup>.

## 10. RÉGIMEN DISCIPLINARIO JUDICIAL

Como colofón al presente trabajo entendemos, resultaría de interés referirnos, si bien muy someramente, a las bases del régimen disciplinario judicial militar.

Este régimen, cuya base inmediata encontramos en el artículo 6.<sup>a</sup><sup>95</sup> del UCMJ, es implementado en sus aspectos esenciales en la regla 109 – *Professional supervision of military judges and counsel*-, parte II del MCM, y desarrollado en las reglamentaciones de cada Ejército<sup>96</sup>, en concreto a

---

<sup>94</sup> Éste plazo es el afirmado en el A.R 27-10, si bien contempla excepcionalmente, la posibilidad de ejercitar la potestad de revocación de la sanción impuesta más allá de dicho término de 4 meses, en cuyo caso la Autoridad revocante deberá justificar oportunamente las circunstancias excepcionales presentes a la hora de acordar la revocación.

<sup>95</sup> Prevé el apartado (a) del artículo 6.<sup>a</sup> UCMJ que, *the president shall prescribe procedures for the investigation and disposition of charges, allegations, or information pertaining to the fitness of a military judge or military appellate judge to perform the duties of the judge's position. To the extent practicable, the procedures shall be uniform for all armed forces*. En consecuencia, corresponde al Presidente, a través del MCM fijar las bases de aquellos instrumentos que permitan la supervisión de la labor profesional y aptitud de los jueces togados.

<sup>96</sup> A ellas remite el número (8), apartado (c) de la regla 109 al prever que, *The Secretary of Defense or the Secretary of the service concerned may establish additional procedures consistent with this rule and Article 6.<sup>a</sup>*

lo que al Ejército de Tierra atañe en el capítulo 15 del A.R 27-10, y en el Capítulo 7-Professional conduct inquiries- del A.R 27-1 – Judge Advocate Legal Services-.

#### POTESTAD DISCIPLINARIA JUDICIAL

La regla 109 MCM, atribuye a cada *Judge Advocate General*<sup>97</sup> (JAG en adelante) la supervisión de la labor profesional de los jueces togados del servicio correspondiente. Para el cumplimiento de dicha responsabilidad se residencia en aquellos las potestades inspectora y disciplinaria sobre los jueces togados de 1ª instancia, jueces togados de apelación<sup>98</sup>, auditores militares, y otros profesionales del derecho que puedan intervenir en los procedimientos sujetos al MCM.

A tales efectos el MCM autoriza a los JAG a dictar normas de contenido ético, códigos de conducta<sup>99</sup>, a observar por los jueces togados en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

Obviamente, para que tales “estatutos deontológicos” puedan tener una auténtica virtualidad, no quedándose en una mera declaración de intenciones, más o menos moralizante, admite el MCM la posibilidad de anudar como consecuencia jurídica represiva a aquellas conductas contrarias a su letra y espíritu, la imposición de una sanción.

#### NATURALEZA JURÍDICA

A la vista de lo expuesto en el MCM, y en lo que a su naturaleza concierne, entendemos que el régimen disciplinario judicial militar desgranado en la regla 109, no debe ser encuadrado en la órbita de los poderes disciplinarios garantizados en el artículo 15 UCMJ, y por lo tanto en sede de NJP, si no en el de las medidas de corrección administrativa<sup>100</sup>, cuyo fundamento se halla en la supervisión profesional de la que se respon-

---

<sup>97</sup> Con arreglo a lo dispuesto en la definición del artículo 1 UCMJ, debemos entender por Judge Advocate General, a los Generales Auditores, asesores jurídicos del Ejército correspondiente.

<sup>98</sup> El artículo 1 UCMJ define a los *military judges*, como a aquellos oficiales que presiden las Cortes Marciales Generales y Especiales, en los términos previstos en el artículo 26 UCMJ.

<sup>99</sup> Obviamente armonizados con las disposiciones del UCMJ y MCM.

<sup>100</sup> Son diversos los motivos que nos inducen a plantear tal conclusión y que relacionaremos a continuación, así:

sabiliza a cada JAG, lo cual permite a su vez sostener la compatibilidad de dichas medidas (censuras, suspensión) con la sanción disciplinaria no-judicial del NJP.

#### INFRACCIONES Y SANCIONES

El MCM reputa como infracciones del régimen disciplinario judicial militar, toda conducta que, en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, merezca la consideración de indebida, entendiéndose como tal

1. en particular, aquella que contravenga los principios éticos fijados en los códigos de conducta aprobados al efecto.
2. en general a todo acto u omisión que evidencie la inidoneidad del infractor para continuar desempeñando funciones jurisdiccionales.

Es esencial precisar que dicha inidoneidad, con relevancia a los efectos disciplinarios que nos hallamos exponiendo, ha de relacionarse con la conducta profesional del infractor, así su ineptitud, falta de imparcialidad, incorrección o impericia, pero no con su criterio o juicio en un asunto concreto, aspectos estos últimos que podrán ventilarse en el marco de la apelación.

El A.R 27-10, dispone en este punto que los jueces togados podrán ser censurados, suspendidos temporalmente en el desempeño de sus funciones judiciales o de modo permanente<sup>101</sup> (remoción) por aquellas conductas que:

- a. Constituyan infracción del artículo 15 UCMJ (NJP)<sup>102</sup>, conducta indebida en el ejercicio de funciones judiciales, o revele la inidoneidad para el desempeño de las mismas.
- b. Infrinja los códigos de conducta aprobados en la materia<sup>103</sup>.

---

1. La ausencia del derecho a demandar que la cuestión sea sometida al conocimiento de una Corte Marcial.

2. La posibilidad de que puedan castigarse por esta vía conductas que no sean necesariamente tipificadas en los códigos de conducta en juego.

3. En conexión con la anterior, la excesiva amplitud de la infracción.

4. La escasa atención de la que es merecedor el trámite de audiencia.

5. Por último, la ausencia de todo recurso frente a la Resolución del JAG.

<sup>101</sup> Revocándole la certificación a la que se refiere el artículo 26 del UCMJ.

<sup>102</sup> Se refiere en concreto a aquellas que, “*constitute misconduct, or constitute judicial misconduct or unfitness*”.

<sup>103</sup> En el ámbito del Ejército de Tierra el A.R 27-10 se refiere a el “*Code of Judicial Conduct for Army Trial and Appellate Judges*” y al *Rules of professional conduct for lawyers*”

## PROCEDIMIENTO

Las bases configuradoras de la vía procedimental para la exacción de la responsabilidad disciplinaria judicial expuesta, se hallan perfiladas en el apartado (c) de la regla 109 MCM, remitiendo el número (8) del mismo a las particularidades procedimentales que adicionalmente sean aprobadas en las reglamentaciones de cada Ejército.

Así las cosas, dada la finalidad introductoria de este trabajo, y en particular del presente epígrafe, nos limitaremos a referir las actuaciones que de modo general refiere la regla 109.

Las denuncias por conductas indebidas (en el ejercicio de funciones jurisdiccionales) que en su caso se interpongan, deberán ser remitidas al JAG correspondiente, o en su caso a la persona designada por éste<sup>104</sup>, quien en todo caso deberá dar cuenta a aquel de la denuncia recibida, y en su caso del inicio de la investigación.

Recibidas tales denuncias, será preciso<sup>105</sup> iniciar la correspondiente investigación<sup>106</sup>, dirigida a verificar la realidad de las conductas imputadas, y que se caracterizará por su carácter confidencial y su celeridad. Admitiendo el MCM la posibilidad de que el JAG acuerde, en tanto no se resuelva la denuncia planteada, suspender temporalmente al denunciado en el ejercicio de funciones judiciales.

Dicha investigación preliminar podrá ser dirigida, bien personalmente por la Autoridad indicada, bien por persona designada al efecto, en cuyo caso sugiere el MCM, sea ésta de superior empleo al afectado y, en la medida de lo posible se trate de juez togado, o persona con experiencia en el ámbito en el que el afectado desempeñe sus funciones jurisdiccionales (esto es, la 1ª instancia o la apelación).

Durante el desarrollo de esta investigación, exige el MCM que como mínimo se notifique al afectado el inicio de la misma, los hechos denun-

---

<sup>104</sup> En este punto el A.R 27-10 prevé que tales denuncias deberán ser reportadas:

1. Al JAG del servicio (ejército) correspondiente en el caso de Jueces Togados de 1ª instancia.
2. Al Presidente de la Corte de Apelaciones Criminales del Ejército de los EEUU (Chief Judge, US Army Court of Criminal Appeals) en el caso de Jueces Togados de Apelación.

<sup>105</sup> Si los hechos denunciados, de ser tenidos por ciertos, pudieran ser constitutivos de la infracción que hemos venido caracterizando, pues en caso contrario debería, previo visto bueno del JAG, inadmitirse la denuncia.

<sup>106</sup> Initial inquiry, dispone el MCM que, no debe ser confundida con la investigación preliminar del NJP.

ciados que hubiesen dado motivo a ésta, concediéndosele a éste la oportunidad de ser oído.

Así las cosas, concluida la investigación expuesta a la luz de los resultados arrojados por la misma, se suscitan 2 posibilidades:

1. Que no se consideren los hechos denunciados como constitutivos de conducta indebida (a los efectos previamente expuestos), en cuyo caso y, previo el visto bueno del JAG, se desestimarán como infundada la denuncia planteada.
2. Que se consideren los hechos denunciados como constitutivos de tal conducta indebida, en cuyo caso, se plantean dos posibilidades. Acudir, previo el visto bueno del JAG, a las medidas disciplinarias judiciales de menor entidad<sup>107</sup> ó, si se estima la infracción como particularmente grave, elevar las actuaciones al JAG, junto con el informe correspondiente.

Elevado el asunto al JAG, la regla 109 MCM (c).6.(B), refiere las siguientes acciones a adoptar por dicha autoridad:

1. Desestimar la denuncia.
2. Ordenar vías de investigación adicionales.
3. Nombrar una comisión de ética<sup>108</sup> –*Ethics comisión*–.
4. Adoptar las medidas disciplinarias adecuadas con arreglo a los códigos de conducta aprobados al efecto.

En todo caso, la decisión adoptada por el JAG, pondrá fin al procedimiento no siendo susceptible de apelación.

---

<sup>107</sup> Así el MCM se refiere en concreto al asesoramiento u orientaciones (counseling) o a las advertencias y reprimendas orales o verbales.

<sup>108</sup> Esta comisión, prevé el MCM estará integrada por al menos 3 personas que deberán, en la medida de lo posible, reunir los requisitos referidos para el encargado de conducir la investigación. Esta comisión podrá desempeñar los cometidos señalados para el JAG, sometiendo a éste, una vez practicadas las actuaciones que estimen pertinentes, una propuesta de proceder.

# NOTAS



# EL FUERO MILITAR Y EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR A FINALES DEL ANTIGUO RÉGIMEN

José Vicente Lorenzo Jiménez  
*Doctor en Derecho*  
*Profesor Asociado de Derecho Administrativo*  
*Universidad de Sevilla*

## SUMARIO

I. CONSIDERACIONES PREVIAS. II. EL FUERO MILITAR Y LA EXISTENCIA DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL MILITAR. III. EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR. IV. LOS FUEROS SUPERPRIVILEGIADOS DE GUERRA. V. LOS CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS DE DISTINTAS JURISDICCIONES

## I.- CONSIDERACIONES PREVIAS

El presente trabajo tiene por objeto estudiar la jurisdicción militar en España (con exclusión de las peculiaridades de esta jurisdicción en las Indias) en los últimos años del Antiguo Régimen, fijándonos fundamentalmente en los momentos inmediatamente anteriores a la guerra de Independencia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Vid. una visión de conjunto del Ejército en el siglo XVIII en PUELL DE LA VILLA, F., *Historia del Ejército en España*, Madrid: Ed. Alianza, 2000, págs. 19 y ss.

Al aludir a la jurisdicción militar no nos referimos a la jurisdicción en su sentido actual, como un poder distinto del Legislativo y del Ejecutivo, que evidentemente no existía en ese tiempo y menos aún en el ámbito militar, en el que tradicionalmente ha regido el principio de que quien manda debe juzgar<sup>2</sup>. En cualquier caso, en esa época no rige el principio de separación de poderes, y lo que hay es una acumulación de funciones en determinados órganos, aunque ya entonces existía una opinión general que distinguía las funciones judiciales y las funciones gubernativas. Por tanto, entendemos por jurisdicción una organización a la que está atribuida el conocimiento de las causas civiles y criminales, y la estudiaremos en función del ejercicio de tal potestad jurisdiccional.

Las normas fundamentales en la materia se encuentran en las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768, fundamentalmente en su Tratado VIII<sup>3</sup>. Estas ordenanzas constituyen un auténtico código, lo que facilita el conocimiento de tal legislación, lo que no es muy corriente en esa época. En este sentido, pueden considerarse una avanzada de la labor codificadora del siglo siguiente, en cuanto que es clara su pretensión de regular una determinada materia con carácter sistemático y completo, sin duda con el objeto de facilitar su conocimiento a los militares encargados de su aplicación, carentes de conocimientos jurídicos especializados<sup>4</sup>.

Tales Ordenanzas constituyen, por tanto, el núcleo central de la regulación. Pero además de ellas hay que tener en cuenta las Ordenanzas de determinados Cuerpos especiales, como veremos más adelante, sujetos a unos fueros especializados. Asimismo hay que tener en cuenta que la

---

<sup>2</sup> Vid. las consideraciones que sobre esta cuestión hace GONZÁLEZ-DELEITO DOMINGO, N., «La evolución histórica de la Jurisdicción penal militar en España», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 38, 1979, pág. 11.

<sup>3</sup> Las ordenanzas se dividen en tratados, estos en títulos y estos en artículos. En este trabajo la cita será por este orden: tratado, título, artículo. Por ejemplo, 8,3,1, sin otra especificación, significa tratado 8, título 3, art. 1, de las Ordenanzas de Carlos III. Cuando se trate de otro texto legislativo, se indicará así expresamente. En particular, la Novísima Recopilación se designará con la expresión Nov., seguida con el número del libro, título y ley. Por tanto, por ejemplo, Nov. 6,4,14 significará Novísima Recopilación, libro VI, título IV, ley 14.

<sup>4</sup> Señala esta anticipación RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, t. IV, Barcelona, 1952, pág. 304. Estas Ordenanzas no surgen de la nada, sino que tienen importantes antecedentes históricos. Pueden mencionarse la Ordenanza de 13-06-1551 (antecedente de las de Flandes); la cédula de 9-05-1587 y las Ordenanzas de Alejandro Farnesio de 13-05-1587; las cédulas de 11-12-1598, 29-05-1621, 5-11-1626, 22-11-1632, 29-04-1697 y 28-05-1700. Ya en tiempos de los Borbones, se dictaron sucesivamente las Ordenanzas de 18-12-1701 (las de Flandes), 30-12-1706, 12-07-1728, 1-03-1750, y las de 1762 (COLÓN DE LARRIATEGUI, F., *Juzgados militares de España y sus Indias*, tomo I, Madrid, 1817, pág. XLV ss.).

Armada se regía por sus propias Ordenanzas, habiéndose dictado también varias a lo largo del tiempo<sup>5</sup>.

Pero no solo deben tenerse en cuenta las Ordenanzas de 1768. Además, hay que tener en cuenta diversas normas de carácter organizativo, gran parte de ellas recogidas en la Novísima Recopilación. Y también deben tenerse en cuenta numerosas normas que fueron completando, aclarando y también modificando lo establecido en esas Ordenanzas<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> Por lo que se refiere a la Armada, hay que tener en cuenta que se dictaron las de 13-10-1748 (estando influidas por las Ordenanzas francesas de 15-04-1689, y que a su vez inspiraron a las de Carlos III de 1768) y 8-03-1793. No obstante, por Real Orden (en adelante, RO) de 14-02-1769 se dispuso la aplicación a la Marina de las Ordenanzas del Ejército de 1768 en cuanto fueran compatibles con el servicio en la mar (ALÍA PLANA, M., *Historia del Cuerpo Jurídico de la Armada*, Madrid: Ministerio de Defensa, 2011, pág. 111).

<sup>6</sup> Otra precisión hay que hacer sobre los «disfuncionamientos» a los que alude DEDIEU: «Se parte de una idea contemporánea de lo que tiene que ser un aparato administrativo, dominado por la idea del servicio público. Se constata que no es el caso de la época estudiada: el nepotismo, el enriquecimiento personal son fenómenos masivos ... Tales fenómenos se califican como infracciones a una norma, a un estado ideal de cosas en el que no tienen que existir, sin ver que son la base misma sobre la que descansa el sistema y que tenía entonces un grado de legitimidad que han perdido en nuestros tiempos» (DEDIEU, J.P., *Procesos y redes*, en DEDIEU, J.P., CASTELLANO, J.L. Y LÓPEZ CORDÓN, M.V., *La pluma, la mitra y la espada : estudios de historia institucional en la Edad Moderna*, Madrid: Ed. Marcial Pons, 2000, págs. 15-16). Ideas similares en DEDIEU, J.P., «Lo militar y la monarquía. Con especial referencia al siglo XVIII», en JIMÉNEZ ESTRELLA, A. y ANDÚJAR CASTILLO, F. (eds.), *Los nervios de la guerra. Estudios sociales sobre el Ejército de la Monarquía hispánica (s. XVI-XVIII): nuevas perspectivas*, Ed. Comares, 2007, pág. 232 y ss.: las normas jurídicas no tuvieron hasta principios del siglo XIX el poder vinculante que asociamos hoy a ellas, ya que no vinculaban absolutamente a los actores. Proporcionaban una pauta de comportamiento, en su caso un argumento en una negociación, de ninguna forma una regla de mecánica aplicación. Claro está que el usar de tal libertad frente a la norma no estaba al alcance de cualquiera. Pertenece en propiedad a quien la había puesto. Por tanto, tal norma tenía que entenderse salvo dispensa. De tal forma que la imposición de una norma tenía dos finalidades alternativas o simultáneas: aplicarse y/o abrir un espacio al ejercicio de la «gracia» de la autoridad dispensadora, gracia que podía ejercerse de balde, pero que podía ir también acompañada de un contra-don en forma de entrega de dinero o de cualquier otro recurso. La dispensa es, en efecto, un ejercicio de la libre voluntad del dispensador al que el dispensado no tiene ningún derecho previo. Es por consiguiente objeto legítimo de intercambio según mercado. DEDIEU alude como ejemplo a las normas procesales, en especial en relación con las normas penales, que no tenían muchas veces otra función que la de abrir un espacio al «arbitrio» del juez y que de ninguna manera estaban hechas para aplicarse. El poder de dispensar pertenecía a la autoridad que puso la norma y también a sus «ministros», agentes por él escogidos, que compartían su esencia y, por consecuencia, su facultad de decir Derecho. Porque el manejo de la ley para dar solución a problemas concretos, al no ser una operación codificable ni un mero ejercicio interpretativo que se pudiera enmarcar en pautas predefinidas, dependía, en cuanto a su validez, de dos factores, la calidad de la persona que lo efectuaba y la adecuación de la solución adoptada a los fines para los cuales se estableció la norma.

## II.- EL FUERO MILITAR Y LA EXISTENCIA DE UNA JURISDICCIÓN ESPECIAL MILITAR

### 1.- LA EXISTENCIA DE FUEROS Y JURISDICCIONES ESPECIALES

Una de las características del Antiguo Régimen es la existencia de numerosos fueros especiales, lo que es reflejo de una sociedad estamental. La proliferación de fueros especiales es algo consustancial a una organización social basada en la desigualdad estamental. La existencia de un fuero especial o privilegiado supone la existencia de un estatuto especial que rige las relaciones de las personas sujetas a ese fuero, lo que muchas veces se traduce en la existencia de unos privilegios con respecto a los sometidos al fuero común.

Pero además la existencia de ese fuero supone no solo el sometimiento a unas normas especiales o a un ordenamiento específico, sino el sometimiento a una jurisdicción especializada o privilegiada. De ahí que las jurisdicciones especiales no fueran meros apéndices residuales de la jurisdicción común ni simple concesión a la irracionalidad. Su función, que los contemporáneos conocían perfectamente, consistió en adaptar la justicia a los imperativos del privilegio<sup>7</sup>.

### 2.- JURISDICCIÓN MILITAR Y FUERO MILITAR

Pues bien, uno de los fueros especiales era el militar, existiendo también una jurisdicción militar como jurisdicción especial.

Los autores de la época justificaban la existencia de un fuero como el militar porque el Estado necesita militares «para el uso de la fortaleza», lo cual les hace acreedores de muchos privilegios, siendo uno de estos el fuero militar, «que en todas partes se les concede, aunque en unas con más y en otras con menos extensión»<sup>8</sup>.

En este sentido, aparece claramente una idea de fuero personal, que se concreta en la existencia de una serie de privilegios que beneficiaban a

---

<sup>7</sup> GONZÁLEZ ALONSO, B., en ARTOLA, M. (dir.), *Enciclopedia de Historia de España*, Madrid: Alianza Editorial, 1988, t. 2, pág. 392.

<sup>8</sup> Así, por ejemplo, DOU Y BASSOLS, R. L., *Instituciones del Derecho Público General de España con noticia del particular de Cataluña y de las principales reglas de gobierno de cualquier Estado*, ed. 1975 (facsimil de la de 1800), Banchs Editor, t. III, pág. 345.

los militares<sup>9</sup>. Limitándonos ahora a los extrajudiciales, cabe mencionar que no podían ser apremiados a tener oficios concejiles, estaban exentos de las cargas del impuesto de la cruzada, podían eximirse de la mayordomía y tutela; no podían imponérseles alojamiento, repartimiento de carros, bagajes y bastimentos, salvo que fueran para la Real Casa y Corte; tenían privilegios relacionados con el uso de armas y caza (8,1,3, luego recogido en la Nov. 6,14,14,3)<sup>10</sup>. También estaban exceptuados del pago del servicio ordinario y extraordinario hasta la supresión de este tributo por Real Decreto de 20-09-1795<sup>11</sup>.

Asimismo los oficiales, sargentos, cabos y soldados que se retirasen con quince años de servicios ostentaban una serie de privilegios, que debían recogerse en la cédula de premio (8,1,6).

Sin embargo, el fuero militar y el sometimiento a la jurisdicción militar tenían un envés, porque frente a los privilegios aparecían unos contraprivilegios. En efecto, la jurisdicción militar, si bien otorgaba ciertas ventajas a los militares, fundamentalmente pretendía garantizar el mantenimiento de la disciplina de los ejércitos, formados por militares armados, mediante una justicia autónoma, rápida y enérgica. Quienes han tratado esta materia han puesto de relieve la relación existente entre una jurisdicción y un Derecho penal militar por un lado y un Ejército permanente por otro, así como la preponderancia del Derecho penal militar como fundamento de la aparición de la jurisdicción militar. Por tanto, primaba el aspecto criminal, y de hecho, el sistema penal militar de esta época se caracteriza por su dureza<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Ver DOU, R. L., *op. cit.*, t. III, págs. 85 y ss. El fuero se integraba en el círculo de recompensas no pecuniarias que percibía el militar; y además –y sobre todo– era un elemento identificador de pertenencia a un grupo social diferenciado, singularizando a los militares como grupo (ANDÚJAR CASTILLO, F., «El fuero militar en el siglo XVIII. Un estatuto de privilegio», en *Chronica Nova*, n.º 23, 1996, pág. 16).

<sup>10</sup> Los privilegios sobre el uso de armas constituían una excepción a las reglas generales establecidas en la Nov. 12,19, que también incluían algunas normas relativas a los militares. Sobre militares y uso de armas de fuego, MARTÍNEZ RUIZ, E., *Los soldados del Rey. Los ejércitos de la Monarquía Hispánica (1480-1700)*, San Sebastián de los Reyes: Ed. Actas, 2008, págs. 953 y ss.

<sup>11</sup> Por lo que se refiere a la Marina, los individuos inscritos en la matrícula de Marina –en virtud de lo cual gozaban de fuero militar– tenían el privilegio exclusivo de la pesca y navegación en agua salada (Real Decreto de 8-03-1793, Nov. 6,7,1).

<sup>12</sup> Visto desde este punto de vista, la dureza de las leyes penales militares tendría su contrapunto en el reconocimiento de una serie de exenciones y privilegios. Decía COLÓN que las leyes militares son más severas que las civiles y sus penas y castigos mucho más ejecutivos y más duros, porque así lo exige la constitución de la milicia para mantener el buen orden y la disciplina de los ejércitos; por lo mismo –añadía el autor–, merecen mayor consideración y aprecio estos vasallos que voluntariamente se someten a una legislación más rígida y reconocen un mayor vasallaje; y por eso son necesarias exenciones y privilegios (COLÓN, F., *op. cit.*, t. I, pág. XIX).

De esta forma, el fuero militar se concebía como un fuero de «clase», de estamento. Pero por otro lado dentro del propio estamento se observaban diferencias. Así, existían órganos judiciales diferentes en función de la categoría de la persona a juzgar o del cuerpo en el que prestara sus servicios. En similar sentido, a los cadetes podían imponérseles las mismas penas que a los soldados, pero «con reflexión a su calidad, para variar las que fueren indecorosas».

Por otra parte, no puede entenderse desligada la jurisdicción militar del modelo de Ejército existente en el siglo XVIII. Y este modelo reunía las siguientes características:

- Un Ejército relativamente pequeño. No obstante, la extensión del fuero militar a las milicias aumentó notablemente el número de aforados<sup>13</sup>. Hacia 1780 descendió el número de personas sujetas al fuero militar, pero hacia 1790 volvió a crecer<sup>14</sup>. Se ha interpretado el fuero militar como una forma de fomentar la incorporación de personas al Ejército, al menos en lo que se refiere al sometimiento de una jurisdicción especial. Sin embargo, esto es muy discutible. Por de pronto, los delitos regulados por las Ordenanzas tenían atribuidas penas muy duras, por lo que no parece que fuera un aliciente por lo que se refiere a la tropa. Y en cuanto a los oficiales, en su mayoría formaban parte de la nobleza, por lo que no parece que les beneficiaran especialmente las ventajas que pudiera tener el fuero militar, ventajas que ya disponían en virtud de su pertenencia a este estamento (por ejemplo, exención de cargas concejiles, de cargas de alojamiento a militares, etc.)<sup>15</sup>.

- Ese ejército estaba fundamentalmente formado por voluntarios, completándose mediante la leva de vagos y el sistema de quintas<sup>16</sup>. La Real

---

<sup>13</sup> Así, en Canarias gran parte de los habitantes formaba parte de las milicias provinciales (ÁLAMO MARTELL, M.D., «Los comandantes generales de Canarias y su gestión en el siglo XVIII», en VV. AA.: *De las Navas de Tolosa a la Constitución de Cádiz. El Ejército y la guerra en la construcción del Estado*, 2012, pág. 302). Los propios privilegiados se quejaban de que los privilegios del fuero militar se extendieran a determinadas personas (vid. la crítica de su extensión a las milicias en la Memoria de Aranda, en CEPEDA GÓMEZ, J., «El fuero militar en el siglo XVIII», en MARTÍNEZ RUIZ, E. y DE PAZZIS PI, M. (coords.), *Las Jurisdicciones*, Madrid: Ed. Actas, 1996, pág. 299).

<sup>14</sup> CEPEDA, J., *op. cit.*, pág. 300.

<sup>15</sup> Sobre privilegios y exenciones de la nobleza, vid. DOU, R.L., *op. cit.*, t. III, págs. 371 y ss.

<sup>16</sup> Al acceder al trono Carlos IV el 90% de los soldados de Infantería eran soldados profesionales (PUELL DE LA VILLA, F., *El soldado desconocido: de la leva a la "mili" (1700-1912)*, Madrid: Ed. Biblioteca Nueva, 1996, pág. 126).

Ordenanza de 3-11-1770 ya adoptaba el sistema de reclutamiento forzoso, aunque este método dejó de utilizarse en 1776, y hay que esperar a 17-10-1800 para encontrar una disposición que establecía el reemplazo por sorteo de cierto número de plazas, aunque prescindía de la anualidad de los llamamientos<sup>17</sup>.

- La milicia adquiere un gran prestigio social, lo que se tradujo en la vuelta de la nobleza a la carrera de las armas con la intención de monopolizar la oficialidad del ejército<sup>18</sup>, de la que prácticamente quedaba excluida el pueblo llano, que quedó reducido a las clases de tropa<sup>19</sup>.

- Ese ejército era esencialmente móvil. No existía como regla general una vinculación de un regimiento con una base territorial fija, ya que podía ser trasladado a otra población, por lo que no era necesario contar con un acuartelamiento estable<sup>20</sup>. Es este un dato importante en una época que no se caracterizaba por la movilidad de las personas, en la que lo normal era que quien naciera en un pueblo no llegara a alejarse en su vida a mucha distancia de él.

Es evidente que un modelo de Ejército de esta naturaleza difería sustancialmente de otro en el que el Ejército fuera numeroso, formado por no voluntarios y sus unidades asentadas en una determinada población.

Pero además hay que tener en cuenta que la jurisdicción militar no solo atendía a criterios personales, sino también materiales (conocía, por ejemplo, del delito de insulto a centinela) o de lugar, por lo que es evidente que había otros aspectos que se tenían en cuenta, como podía ser la eficacia y defensa del Ejército en sí.

Por ello, no coincide exactamente la idea de fuero militar con la de jurisdicción militar, en el sentido de que la jurisdicción militar podía conocer de asuntos con independencia del fuero personal de que pudieran gozar los intervinientes. Por otro lado el sometimiento al fuero militar no impedía que ciertos asuntos afectantes a militares pudieran ser conocidos por otras jurisdicciones.

---

<sup>17</sup> PUELL DE LA VILLA, F., *El soldado desconocido*, cit., págs. 72 y ss.; *Historia*, cit., pág. 83.

<sup>18</sup> Vid. DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C., «Recopilación y codificación del derecho militar en el siglo XVIII: la colección general de ordenanzas militares de José Antonio Portugués», en MARTÍNEZ PEÑAS, L. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, M., *El Ejército y la Armada en el Noroeste de América: Nootka y su tiempo*, Madrid: Ed. Universidad Rey Juan Carlos, 2011, págs. 211 y ss.

<sup>19</sup> Sobre el particular vid. especialmente ANDÚJAR CASTILLO, F., *Los militares en la España del siglo XVIII. Un estudio social*, Granada: Ed. Universidad de Granada, 1991.

<sup>20</sup> PUELL, F., *El soldado*, cit., pág. 135.

### 3.- LA EXISTENCIA DE JURISDICCIONES SUPERPRIVILEGIADAS

Existía otra característica de la jurisdicción militar, y era la de su fragmentación. Dentro de la jurisdicción militar determinados Cuerpos tenían unos tribunales y ámbitos de atribuciones específicos. Esto era lo que pasaba con los Guardias reales, los Cuerpos de Artillería e Ingenieros, y otros que veremos en su momento. No obstante, todas estas jurisdicciones participaban de una cierta unidad al dirigirse al colectivo militar y seguir las pautas de las Ordenanzas de Carlos III.

### 4.- LOS ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

Aunque el presente trabajo tiene por objeto estudiar la extensión de la jurisdicción militar y las atribuciones de esta, no puede prescindirse de hacer una breve mención a los órganos que ejercían tal jurisdicción.

En primer lugar, hay que resaltar la figura del rey, que en esta jurisdicción no se limitaba a una mera titularidad formal de poderes, sino que efectivamente los ejercía, bien a través de la elevación de consultas, bien aprobando o rechazando determinadas sentencias. Por otra parte, como veremos más adelante, cabe observar en los fueros superprivilegiados una tendencia a resolver los litigios en el ámbito de los respectivos Cuerpos y a tratar de evitar el conocimiento de órganos ajenos, y en particular de los capitanes generales y del Supremo Consejo de Guerra, accediendo directamente al rey como última instancia.

Bajo la dependencia del rey, integraban el núcleo básico de la jurisdicción militar el Supremo Consejo de Guerra, las capitanías generales con sus juzgados y los Consejos de Guerra.

El Supremo Consejo de Guerra ocupaba la cúspide de la jurisdicción militar. Conocía de ciertos asuntos en única instancia y también de recursos y cuestiones elevadas con respecto a las decisiones de órganos inferiores. Asimismo ejercía una labor de defensa del fuero militar. Durante un breve tiempo (1807-1808) en materias de Marina se constituyó el Consejo de Almirantazgo.

Los capitanes generales, cuyas funciones desbordaban ampliamente las estrictamente militares, constituían la autoridad judicial militar. Tales funciones las ejercían mediante el juzgado de la capitanía general, estando asesorados por los auditores. Con carácter general el juzgado de la capitanía general era competente para conocer de todos los asuntos relativos al fuero militar ordinario que no correspondieran a los Consejos de Guerra

ordinarios o de oficiales generales o al Supremo Consejo de Guerra. Pieza fundamental era el auditor, en quien residía el ejercicio de la jurisdicción del capitán general o general en jefe del Ejército.

A los Consejos de Guerra les correspondía el conocimiento de los delitos militares. Los Consejos de Guerra podían ser ordinarios, que conocían de los delitos en causas contra soldados, sargentos y clases de tropa de Infantería, Caballería y Dragones; y los de oficiales generales, que conocían de los delitos cometidos por oficiales. Los Consejos de Guerra ordinarios estaban compuestos por varios miembros militares, sin que interviniera ningún asesor letrado, y dictaban sentencias, que necesitaban la aprobación del capitán general y que en determinados casos podían llegar al Supremo Consejo de Guerra e incluso al rey. Figuras destacadas dentro de los Consejos de Guerra ordinarios eran los sargentos mayores, con importantes competencias instructoras y de ejercicio de la acción penal.

Los Consejos de Guerra de oficiales generales, formados por militares de superior graduación, juzgaban a oficiales por crímenes militares y faltas graves indicados en el título VII del tratado 8 de las Ordenanzas militares. En estos Consejos intervenía el auditor, ejerciendo el fiscal funciones instructoras.

### III.- EL ÁMBITO COMPETENCIAL DE LA JURISDICCIÓN MILITAR

#### I.- ASPECTOS GENERALES

En principio la jurisdicción militar conocía de los asuntos relativos al fuero de guerra, que era un fuero de carácter subjetivo, es decir, que correspondía a ciertas personas por razón de sus cualidades. Sin embargo, había asuntos de aforados que quedaban fuera del conocimiento de esta jurisdicción. Y por otra parte, había determinados hechos, por razón de la materia o del lugar, de los que conocía esta jurisdicción a pesar de que los afectados no fueran aforados.

Desde otro punto de vista, la jurisdicción militar podía conocer de asuntos penales y civiles en sentido amplio. Por lo que se refiere a los asuntos penales, las Ordenanzas establecían delitos y penas ciertamente duras<sup>21</sup>. Por lo que se refiere a los asuntos civiles, hay que entenderlos en

---

<sup>21</sup> Aunque las establecidas en la jurisdicción ordinaria tampoco se caracterizaban por su levedad (ALVARADO PLANAS, J.: «La codificación del Derecho militar en el siglo XIX», en *Estudios sobre Ejército, Política y Derecho (siglos XII-XX)*, cit., pág. 281). No obstante,

un sentido muy amplio, como cualquier proceso que no tuviera carácter penal<sup>22</sup>.

En principio, las Ordenanzas militares de 1768 pretendían recoger todas las disposiciones relativas al fuero militar. Sin embargo, a lo largo del tiempo se produjeron notables modificaciones. En particular, hay que mencionar la del año 1793<sup>23</sup>. Lo que ocurre es que, como en otras muchas ocasiones, las reformas no indicaban las disposiciones que se derogaban, dando lugar a dudas interpretativas, lo que a su vez obligó a dictar nuevas disposiciones que añadieron más confusión a una materia ya de por sí confusa.

## 2.- PERSONAS SUJETAS AL FUERO MILITAR

### A) Los militares en sentido estricto y sus allegados

El fuero militar se extendía en principio a los militares. Como decían las Ordenanzas de 1768, «el referido fuero (militar) pertenece a todos los militares que actualmente sirven, y en adelante sirvieren en mis tropas regladas, o empleos que subsistan con actual ejercicio en guerra, y que como tales militares gocen sueldo por mis tesorerías de ejército en campaña o en las provincias; comprendiéndose en esta clase los militares que se hubieren retirado del ejército y tuvieren despacho mío para gozar de fuero, pero con la diferencia y distinción que se expresará sucesivamente» (8,1,1, recogido en la Nov. 6,4,14,1)<sup>24</sup>. Las tropas ligeras de Infantería y Caballería gozaban del mismo fuero que las regladas (8,1,2; Nov. 6,4,14,2). Más adelante aludiremos a las personas que estaban sometidas a fueros superprivilegiados.

---

muchas veces no existía correlación entre lo legalmente previsto y lo realmente practicado, dado el amplio arbitrio del que de hecho disponían los juzgadores.

<sup>22</sup> Sobre las competencias civiles de la jurisdicción militar, vid. NAVAS CÓRDOBA, J.A., *Las competencias civiles de la Jurisdicción militar*, Madrid: Ministerio de Defensa, 1998.

<sup>23</sup> Sobre ella ha escrito la doctrina relacionándola con la difícil obtención de recursos humanos en ese momento. Vid. CEPEDA, J., *op.cit.*, pág. 300; y ANDÚJAR CASTILLO, F., *El fuero militar en el siglo XVIII, cit.*, págs. 28 y ss.

<sup>24</sup> No obstante, la Novísima Recopilación recoge también normas anteriores (vid. por ejemplo 6,4, leyes 1 a 13). Lo curioso es que el contenido de muchas de estas normas se recogía ya en las Ordenanzas de una manera sistematizada. La única explicación a esta forma de legislar solo puede encontrarse en la idea de resaltar la antigüedad de determinadas normas y el consiguiente prestigio derivado de esa circunstancia, frente al criterio de la sistemática.

Como consecuencia, no podían ser presos por la justicia ordinaria por deudas que hubieran contraído después de estar sirviendo, ni se les podía ejecutar por ellas en sus caballos, armas ni vestidos, ni en los de sus mujeres (8,1,4; Nov. 6,4,14,4). Los reclutas gozaban de fuero militar desde que se les formaba su filiación por el comisario de guerra o en su defecto por el escribano del Ayuntamiento (RO de 7-11-1791).

Por lo que se refiere a los militares retirados, solo gozaban de fuero militar los oficiales desde la clase de alférez o subteniente, siempre que se hubieran retirado del servicio con licencia real y cédula de preeminencia<sup>25</sup>, y referido a las causas criminales, no a las civiles; por el contrario, los oficiales agregados a plazas, destinados a inválidos y los de milicias provinciales regladas gozaban también del fuero civil, sacando la cédula de preeminencia correspondiente a su clase (8,1,7; Nov. 6,4,14,7).

No obstante, la RO de 1-09-1806 extendió el conocimiento de la jurisdicción militar a los delitos de robo y otros semejantes de los soldados retirados «en clase de dispersos».

Las mujeres e hijos de militares gozaban de este fuero, y muertos estos, lo conservaban la viuda y las hijas mientras no tomasen estado, y los hijos varones hasta la edad de 16 años (8,1,8; Nov. 6,4,14,8).

También gozaba del fuero militar el criado de militar con servidumbre actual y goce de salario, por el tiempo en que mantuviera estas cualidades: gozaba del fuero en causas civiles y criminales que contra ellos se movieran, no siendo por deudas o delitos anteriores. A estos efectos el cochero de un comisario ordenador debía reputarse criado preciso de un militar y gozar de fuero (comunicación de 20-08-1766). No obstante, se establecieron algunas restricciones. Así, la circular de 3-01-1788 estableció que perdían el fuero militar los criados que estuvieran presos y no fueran mantenidos por sus amos o fueran despedidos de su servicio. Asimismo la RO de 27-11-1806 aclaraba que solo gozaban del fuero militar los empleados en la asistencia personal de los sujetos al fuero de guerra o de sus familias, pero no los empleados en administraciones, gobierno de labores, guarda de ganados y heredades u otro ministerio distinto de la servidumbre personal.

---

<sup>25</sup> Cédulas de preeminencias eran los documentos en los que se hacía constar de forma minuciosa las exenciones y prerrogativas que se reconocían a su titular (ANDÚJAR, *El fuero*, cit., pág. 24). Como expone este autor, constituían un importante incentivo de carácter jurídico y de prestigio social.

## B) Otras personas sujetas al fuero militar

El examen de la legislación muestra los reiterados intentos de extender el fuero a otras personas más o menos relacionadas con los militares, con resultados positivos o negativos según los casos. En la mayor parte de las ocasiones lo pretendido no era el estar sujeto a la jurisdicción militar, sino beneficiarse de los privilegios y exenciones propias de ese fuero y que hemos mencionado más arriba.

En este sentido, Colón dividía el fuero de guerra en militar y político. Gozaban de este último los jefes y oficiales de las Secretarías de Guerra y Marina, los intendentes de Ejército, comisarios, contadores y tesoreros de Ejército, con sus respectivos oficiales y los dependientes de los hospitales militares<sup>26</sup>. La regulación del Supremo Consejo de Guerra contemplaba que incluso pudiera gozarse del fuero en virtud de contrato (Nov. 6,5,7,9).

Gozaban del fuero militar en los tribunales de guerra el auditor, el escribano principal, un abogado fiscal, un procurador agente de pobres, el alguacil mayor y un escribiente de la escribanía, sin extensión a ningún otro (RO de 25-09-1765). Y asimismo gozaban de ese fuero los miembros y empleados del Supremo Consejo de Guerra.

Gozaban también del fuero los empleados con Real aprobación del servicio de provisiones (arts. 19-22 del Reglamento de 25-07-1800), pero limitado a los asuntos de la dependencia, de modo que de tales asuntos conocían los intendentes de Ejército, con apelación al Consejo de Guerra en los criminales y al de Hacienda en los civiles. En estos casos, no obstante, eran de más relevancia los privilegios y exenciones extrajudiciales.

Asimismo gozaban del fuero militar los asentistas de cualesquiera cosa que tocara a la guerra terrestre y marítima, sus factores y oficiales que tuvieren títulos de tales, pasados por el Consejo de Guerra, pero solo en lo relativo a las diferencias y pleitos que tuvieren con sus factores y oficiales, que ellos mismos nombraban para su Gobierno, y en todas las causas relativas a si habían cumplido con el asiento o provisión de la cantidad y

---

<sup>26</sup> Estos y sus viudas, en las causas civiles y criminales que no dimanasen de sus oficios (COLÓN, *op. cit.*, t. I, pág. 1). La RO de 15-08-1788 parece basarse en esta distinción al distinguir entre las personas puramente militares y las que «por condecoración, conveniencia del estado u otros motivos» gozan de fuero militar sin ser expresamente soldados. La RO de 26-12-1803 establecía que correspondían a la jurisdicción militar los asuntos de los intendentes, comisarios ordenadores y de Guerra y demás dependientes del ramo de Hacienda del Ejército –y, en el caso concreto, sus viudas–, siempre que se tratase de asuntos que no dimanasen de su servicio.

bondad de los géneros que se obligaban a proveer, «porque en esto está interesado el Fisco, y en esta parte deberán estar sujetos al fuero militar»<sup>27</sup>.

También las causas criminales de delitos que cometieran como asentistas debían verse y determinarse por el Consejo de Guerra. Sin embargo, en los delitos comunes a todos, como hurto, homicidio y otros, no debían gozar de fuero militar, porque «los asientos no tienen respecto alguno con los delitos de esta especie; y se conocerá de ellos por las Justicias ordinarias para más breve expedición y satisfacción de la vindicta pública».

En cambio, por lo que se refiere a las causas civiles y pleitos originados entre proveedores, asentistas y sus oficiales y factores en contratos celebrados con personas particulares sobre compra de granos, vestuarios y otros géneros, portes y otros manejos y disposiciones para el cumplimiento de sus asientos, no cabía invocar el fuero militar, «por obviar los perjuicios y agravios que muchos de mis vasallos padecerían con desaforarlos, y traerlos de todo el recinto de España para comparecer en el Consejo de Guerra, respecto de los insuperables gastos que se les ocasionarían con sus viajes, y asistencia más costosa en la Corte que en otra parte alguna del Reino; y así encargo con especialidad a mi Consejo de Guerra, atienda con el mayor desvelo a la puntual observancia de esta mi resolución, tocante a la distinción con que se ha de usar del fuero militar, por lo que conduce al mayor alivio de mis vasallos y buena administración de justicia». Puede observarse que la explicación que da es un tanto sorprendente (el tener que conocer el asunto en la Corte), cuando esta dificultad podría obviarse desconcentrando esta competencia. Pero es que parece que aquí la razón es más simple: estos ya no eran asuntos entre los contratistas y la Administración militar, sino entre aquellos y terceros, o, con otras palabras, ya no se trataba de un interés directo del Fisco y de la Administración militar.

Asimismo se extendía el fuero a los empleados en las obras de fortificación por lo que se refiere a los delitos que cometieran, incluso fuera de las horas de trabajo (Nov. supl a 6,4,2, que recoge la RO de 23-08-1805).

También había otras disposiciones que enumeraban personas que gozaban de ese fuero. En particular, incluía a los extranjeros transeúntes, salvo

---

<sup>27</sup> Nov. 6,4,1. Hay que destacar que toda la logística de los ejércitos se gestionaba de forma indirecta a través de los contratos de obras y de suministro, originando así una importante actividad contractual, lo que justificaba su exclusión de la jurisdicción ordinaria. Sobre ello, DEL SAZ, S., «Origen, desarrollo y plenitud de la Justicia administrativa», en VV. AA.: *Estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez*, t. II, Madrid, 1993, pág. 1.255; TORRES SÁNCHEZ, R., «Cuando las reglas cambian. Mercados y privilegio en los abastecimientos del ejército español en el siglo XVIII», en *Revista de Historia Moderna. Anales de la Universidad de Alicante*, n.º 20, 2002, págs. 487 y ss.

las causas de ilícito comercio o contrabando, que correspondían a los tribunales de Hacienda.

### **C) La reforma de 1793**

El Real Decreto de 9-02-1793, inserto en cédula del Consejo de 8-03-1793 (Nov. 6,4,21) introdujo una importante innovación acerca del alcance del fuero, reservando a la jurisdicción militar las causas civiles y penales en que fueran demandados los individuos del Ejército, salvo ciertas excepciones que veremos a continuación<sup>28</sup>. La Real Orden de 16-07-1798 aclaraba que la norma era aplicable no solo a los individuos del Ejército, sino a todos los que gozaban del fuero militar (Nov. 6,4,21, nota 18).

El preámbulo del Real Decreto, no recogido en la Novísima Recopilación, ponía en relación la derogación del fuero y privilegios concedidos a los militares por Carlos I y Felipe II con la escasez de personal dispuesto a entrar en el Ejército. Sin embargo, la reforma no era sustancial, teniendo en cuenta que solo se refería a asuntos en que los militares actuaran como demandados, no como demandantes.

### **3.- ASUNTOS EXCLUIDOS DE LA JURISDICCIÓN MILITAR POR RAZÓN DE LA MATERIA**

Había determinados asuntos que, aunque afectasen a personas sujetas al fuero militar, sin embargo su conocimiento no correspondía a la jurisdicción militar.

#### **A) Asuntos relacionados con la Real Hacienda y con empleos no militares**

En primer lugar, hay que destacar los asuntos afectantes a la Real Hacienda, en que prevalecía el conocimiento de la jurisdicción de Hacienda. El fuero de Hacienda era un fuero atractivo, en cuanto que en determinados casos los eclesiásticos, extranjeros y militares no podían invocar sus fueros privilegiados (Nov. 6,4,14,4). Se recogían en particular una serie de conductas, como extraer o ayudar a extraer del Reino moneda, o pasta de oro o

---

<sup>28</sup> En esa misma fecha se dictó un Real Decreto en términos similares referido a la Armada.

plata, introducir moneda de vellón, fabricar o ayudar a fabricar o expender moneda falsa (8,2,2; Nov. 6,4,15,2)<sup>29</sup>. Igual ocurría con los delitos contra la Administración y recaudación de las rentas reales, cuando se verificase la aprehensión de los fraudes en su persona, casa o equipaje (8,2,3; Nov. 6,4,15,3).

Como hemos visto, el Real Decreto de 9-02-1793 (Nov. 6,4,21) reconocía las atribuciones de la jurisdicción militar en todos los asuntos civiles y criminales –salvo alguna excepción– en que fueran demandados los individuos del Ejército. Sin embargo, pronto comenzaron a hacerse recortes a esas atribuciones. Así, según la Real Resolución de 17-10-1794 (Nov. 6,4,21, nota 16), el fuero militar no se extendía a los casos en que los militares fuesen demandados sobre cobranzas y contribuciones reales. La circular de 21-05-1795 insistía en que no se demandara en los juzgados militares a los deudores de la Hacienda, ni a los administradores de Rentas que resultaran alcanzados, aunque gozaran de fuero militar, sino en los Juzgados de Rentas. A la vista de estas disposiciones, parece que los militares pretendían extender su fuero a la recaudación de contribuciones reales, de manera que hubiera que demandar en sus juzgados a los que gozaran del fuero militar, aunque desempeñaran los cargos de administradores, recaudadores o arrendadores de rentas.

También perdían el fuero militar los oficiales retirados que ejercieran oficios que no fueran puramente militares, no solo con respecto a este cargo, sino de cualquier otra especie, salvo delitos militares que cometieran si llegaran a estar empleados en el servicio militar (RO de 30-11-1795, que contemplaba el caso de que el cargo ejercido era el de regidor de Zaragoza y comisionado del abasto del carbón). El Real Decreto de 25-09-1797 insistía en lo mismo, al privar del fuero militar a los militares retirados que pasaran a estar empleados por la Real Hacienda.

En igual sentido, la Real Declaración de 8-12-1800 (Nov. 6,4,25) daba cuenta de que algunos militares que servían empleos de Justicia de la Real Hacienda u otros políticos, delinquían con relación a estos encargos. En estas circunstancias, tales militares pretendían, invocando el citado Real Decreto de 9-02-1793, no perder en tales casos el fuero de guerra, originando dilaciones y competencias. Frente a ello, la Real Declaración estableció que todo individuo militar que formara parte de Ayuntamiento o sirviera empleo de Real Hacienda u otro político, y contraviniera las obligaciones

---

<sup>29</sup> COLÓN considera que la conducta de fabricar, ayudar a fabricar o expender moneda falsa estaba derogada por el Real Decreto de 9-02-1793 (*op. cit.*, t. I, pág. 124). Sin embargo, lo cierto es que la disposición estaba incluida en la Novísima Recopilación como vigente, lo que confirma la falta de claridad en la materia.

de estos encargos, debía ser juzgado precisamente en razón de los crímenes o excesos que cometieran en ellos por la correspondiente jurisdicción de la que dependían; si bien debía darse cuenta al rey por la vía reservada de Guerra en los casos en que las penas que se les impusieran irrogaran infamia, y conviniera, por consecuencia, privarlos de sus empleos militares antes de su ejecución.

Por lo que se refiere a los asuntos de contrabando y fraude en que participaban militares, el art. 19 de la Instrucción de 8-06-1805 reiteraba lo ya dispuesto en el Real Decreto de 29-04-1795, estableciendo que en tiempos de guerra y cuando los reos militares no tuvieran cómplices de otro fuero, conociera del asunto su juez inmediato, con apelación al Consejo de Hacienda, como lo haría el de Rentas, pero debía asesorarse del subdelegado de Rentas o, en su caso, del asesor de este; y en caso de no encontrarse estos en el lugar, con el auditor o asesor de su confianza. En cambio, si había cómplices de otro fuero, correspondía el asunto al juez de Rentas, pero para las confesiones de los militares y sentencias debía concurrir el jefe militar en calidad de conjuez. Y en tiempo de paz el asunto correspondía a la jurisdicción de Hacienda, quedando para la militar la ejecución de las penas personales.

Sin embargo, no dejaron de suscitarse competencias. Así, la Real Resolución de 16-06-1806 (circulada el 22 de junio, apéndice a la Nov. 6,4,8) establecía que en tiempos de guerra y cuando los reos militares no tuvieran cómplices de otro fuero, eran los capitanes generales, gobernadores de plazas o comandantes de armas del destino, según los pueblos donde ocurrieran las aprehensiones, los que debían conocer y sentenciar las causas de contrabando y fraude que se formasen contra reos militares, como prevenía el Real Decreto de 29-04-1795.

Ahora bien, poco después, la Real Orden de 31-10-1806 aclaraba que la Real Orden de 16-06-1806 antes citada no alcanzaba a los Cuerpos privilegiados del Ejército que tenían fuero y juzgado particular, por lo que debían ser juzgados por los respectivos jefes y tribunales, en las causas de dicha clase (apéndice a la Nov. 6,4,9).

Y poco después, la Resolución de 31-12-1806 añadía –también referido al tiempo de guerra– que siempre que los tribunales de Rentas formaran proceso a individuo militar en causas de complicidad con reos de otras clases, debía asistir el jefe de aquel para las confesiones; concluido el proceso, el subdelegado de Rentas debía pasarlo con su sentencia al mismo jefe militar, para que examinara si se había faltado al fuero de guerra, sin que se le atribuyera el carácter de conjuez (apéndice a la Nov. 6,4,10).

## **B) Otros asuntos excluidos**

Tampoco podían invocar el fuero militar quienes incurrieran en los delitos de resistencia formal a la justicia o desafío (8,2,1; Nov. 6,4,15,1; 12,10,8; 12,10,9; 12,11,4)<sup>30</sup>. Además, la sujeción al fuero militar no impedía que los que cometieran algún delito pudieran ser arrestados por pronta providencia por la jurisdicción ordinaria, que procedería a formar sumaria, pasándola luego con el reo a la jurisdicción militar (Real Decreto de 9-02-1793, Nov. 6,4,21).

Otras conductas que impedían invocar el fuero militar eran el robo o amancebamiento dentro de la Corte (8,2,3; Nov. 6,4,15,3)<sup>31</sup> y la de usar armas prohibidas (8,2,2; Nov. 6,4,15,2).

No obstante, conforme a la RO de 25-05-1773, si el reo, además de cometer un delito de los que privaban del fuero militar, cometía otro de los que correspondía conocer a la jurisdicción militar (en el caso en cuestión se trataba de un delito de desertión), correspondía el conocimiento del asunto a quien correspondiera el conocimiento del delito castigado con mayor pena.

La Real cédula de 6-03-1785 establecía que cuando los justicias procedieran contra militares por el delito de robo u otros, no los reclamara la jurisdicción militar, aunque fueran reos del delito de desertión, ni les fueran entregados por esta hasta que resultaran purificados de las sospechas o indicios del delito por el que se procedía.

Por su parte, la RO de 11-12-1793 exponía el grave problema del gran número de desertores dedicados a la delincuencia, la necesidad de un pronto castigo y la escasez de tropas en el interior del Reino. Por ello ordenaba que en la persecución y castigo de los delincuentes debía procederse por las Salas del crimen y demás justicias como hallaran conveniente, sin que pudiera invocarse el fuero militar, «que debe perderlo por incurrir en semejante clase de delito».

Según la RO de 29-01-1779 tampoco cabía invocar el fuero militar en los casos de policía y buen gobierno de los pueblos (en el caso en cuestión se trataba de un asunto de mendicidad, aunque al militar condenado se le

---

<sup>30</sup> También en este punto COLÓN, en contradicción con lo dispuesto en la Novísima Recopilación, entendía que correspondía al fuero militar tras los Decretos de 9-02-1793 (*op. cit.*, t. I, pág. 120).

<sup>31</sup> COLÓN, entendía que estos asuntos correspondían a la jurisdicción militar tras los Decretos de 9-02-1793 (*op. cit.*, t. I, pág. 138). Reiteramos lo antes dicho sobre lo confuso de la reforma.

obligaba a cumplir la condena en el Regimiento de milicias del que formaba parte).

No podía invocar el fuero militar el que interviniera en motines o tumultos (Real Pragmática de 17-04-1774), entendiéndose por tales cuando «el pueblo por algún antecedente o causa de agravio se junta armado en gavillas capitaneadas por alguno de caso pensado, conspirando contra el gobierno y sus superiores, turbando el sosiego y tranquilidad pública»<sup>32</sup>.

Tampoco cabía invocar el fuero militar en materia de salud pública para evitar contagios, ni en las infracciones de caza y pesca<sup>33</sup>.

Tampoco podía invocarse el fuero militar frente a los delitos capitales cometidos antes de entrar en el servicio (8,2,4; Nov. 6,4,15,4), y en general frente a todos los cometidos con anterioridad a comenzar a servir, «para evitar que busquen dicho fuero como asilo de sus crímenes» (Reales Órdenes de 1-12-1785 y 30-10-1794).

Asimismo quedaban despojados del fuero militar y sujetos a la jurisdicción ordinaria los militares que se encontraran sin el uniforme y divisa (Nov. 6,4,18, que recoge el Real Decreto 17-03-1785).

En materias civiles, estaban excluidas las cuestiones relativas a deudas anteriores al tiempo en que el deudor entró al servicio, en cuyo caso respondería según la calidad de la obligación en su persona y bienes raíces y muebles que no fueran de uso militar (8,1,4; Nov. 6,4,14,4).

Tampoco correspondían a la jurisdicción militar los asuntos sobre particiones de herencia (salvo que fuera de persona que gozara del fuero militar, en cuyo caso tocaba al fuero de Guerra el inventario según Real Decreto 25-03-1752, recogido en Nov. 10,21,5<sup>34</sup>), pleitos sobre bienes raíces, sucesión de mayorazgos, acciones reales, hipotecarias y personales que provinieran de trato y negocio, y sobre oficio y encargo público en que voluntariamente se hubiera mezclado el militar (Nov. 6,4,15,4)<sup>35</sup>.

El posterior Real Decreto de 9-02-1793, ya mencionado en diversas ocasiones, que reservaba a la jurisdicción militar las causas civiles y penales en que fueran demandados los individuos del Ejército o se dirigieran

---

<sup>32</sup> COLÓN, I, *op. cit.*, t. I, pág. 62, el cual no obstante distinguía lo anterior de las peticiones ordinarias casuales, en que no se perdía el fuero.

<sup>33</sup> COLÓN, *op. cit.*, t. I, págs. 54 y ss.

<sup>34</sup> Posteriormente se insistió en las atribuciones de la jurisdicción militar para determinados asuntos de testamentarias (Nov. 6,4,20 y 10,21,6, que recogen respectivamente la Real Resolución comunicada por Orden de 17-03-1792 y el Decreto de 3-10-1776).

<sup>35</sup> De esta forma, quedaba reducido el ámbito del fuero militar a las acciones personales que naciesen de cualquier contrato accidental o que no procediesen o constituyesen tráfico ni oficio, y a las provenientes de cualquier hecho penado, dejando a salvo las testamentarias (NAVAS CÓRDOBA, J.A., *op. cit.*, pág. 49).

de oficio contra ellos, sin embargo exceptuó las demandas de mayorazgos en posesión y propiedad y particiones de herencias, salvo que estas provinieran de disposición testamentaria de los mismos militares, lo que supuso una importante ampliación con respecto a lo regulado anteriormente.

Los individuos con fuero militar debían declarar si eran citados ante la jurisdicción ordinaria, siempre que los justicias lo notificaran previamente al mando natural (notificación que no era necesaria cuando se tratara de un delito flagrante) (8,1,10).

#### 4.- ASUNTOS INCLUIDOS POR RAZÓN DE LA MATERIA O DEL LUGAR

Por el contrario, correspondían a la jurisdicción militar una serie de asuntos por razón de la materia sobre la que versaban o el lugar en que se produjeran los hechos, con independencia de las personas, es decir, aunque quienes participaran en ellos no fueran militares: se trataba de delitos típicamente militares, como el de desertión (con el criterio de que era competente para conocer el asunto aquel a quien le correspondiera por razón de la pertenencia del desertor al fuero militar ordinario o a alguno de los fueros superprivilegiados) (8,3,1 a 8,3,3, recogidos también en la Nov. 6,4,16,1 a 6,4,16,3), incendio de cuarteles, almacenes de boca y guerra y edificios reales militares, robos o vejaciones en los mismos, trato de infidencia por espías o en otra forma, insulto de centinelas o salvaguardias y conjuración contra el comandante militar, oficiales o tropa (8,3,4, recogido también en la Nov. 6,4,16,4).

Asimismo la jurisdicción militar conocía de los asuntos sobre bandidos, contrabandistas y salteadores y sus cómplices que hicieran fuego o resistencia con arma blanca a la tropa destinada a perseguirlos (Real Instrucción de 19-06-1784, recogida en Nov. 12,10,10). En tal caso serían juzgados por un Consejo de Guerra de oficiales presidido por uno de graduación elegido por el capitán general, con la peculiaridad de consultar las sentencias por la vía reservada de Guerra antes de ser ejecutadas, remitiendo los autos para la Real aprobación<sup>36</sup>.

---

<sup>36</sup> Vid. COLÓN, F., *op. cit.*, t. III, págs. 177 y ss., que alude a la RO de 30-03-1802, según la cual al consejo de guerra debía asistir un asesor distinto del auditor (Nov. 12,17,8).

## IV.- LOS FUEROS SUPERPRIVILEGIADOS DE GUERRA

### 1.- ASPECTOS GENERALES

El fuero militar constituía un fuero especial. Pero junto al fuero militar que podríamos llamar común u ordinario existían unos fueros especiales o superprivilegiados para determinados Cuerpos. El privilegio en estos casos, basado en el carácter estamental de la sociedad de aquella época, consistía en la existencia de unos órganos específicos dentro de dichos Cuerpos encargados de conocer de los asuntos civiles y penales. Asimismo, algunos de estos fueros tenían ciertas particularidades en cuanto al ámbito personal y al de los asuntos de los que pudieran conocer.

Hay que hacer notar, además, que estos fueros superprivilegiados no tenían un carácter residual o minoritario, sino que afectaban a colectivos de numerosas personas.

### 2.- FUERO DE LAS REALES COMPAÑÍAS DE GUARDIAS DE CORPS Y DE GUARDIAS ALABARDEROS

En la época que tratamos se consideraba que este privilegio reconocido a estas compañías de Guardias se fundamentaba en que estaban destinadas a la seguridad de los reyes<sup>37</sup>. La Nov. 3,11 se extiende prolijamente sobre las Guardias de la Casa Real y sus privativos fueros.

Dentro de los guardias de la Casa Real había diferentes clases. Por lo que se refiere a los guardias de Corps, la Nov. 3,11,7 recoge la ordenanza de 12-03-1792<sup>38</sup>. Esta confirmaba el privilegio del fuero activo y pasivo para todos sus oficiales e individuos porque dado el objeto y dedicación al servicio debía considerarse «como si estuviese en guerra viva». En consecuencia, en las causas civiles y criminales, fueran actores o reos los guardias, debía juzgar el sargento mayor con acuerdo de asesor, debiendo con-

---

<sup>37</sup> DOU, L., *op. cit.*, t II, págs. 373 y ss. Sobre los guardias de la Casa Real, vid. ANDÚJAR CASTILLO, F., *La Corte y los militares en el siglo XVIII*, Valencia: Real Sociedad Económica de Amigos del País, 2001, págs. 211 y ss., quien pone de relieve que constituían unos Cuerpos especiales plenamente diferenciados del Ejército regular, con la doble función de servir de custodia al rey y al tiempo actuar como tropa de élite en los momentos de conflicto bélico, lo cual se traducía en la concesión de numerosos privilegios, dependiendo única y exclusivamente del rey –ni siquiera a través de la Secretaría del Despacho– y constituyendo, en definitiva, un verdadero ejército dentro del Ejército.

<sup>38</sup> Hay que tener en cuenta, no obstante, que estas Ordenanzas fueron derogadas cuando Fernando VII subió al poder en 1808, ordenando se observaran las de 1769.

sultar para su ejecución las sentencias y autos definitivos al rey por la vía reservada. Por tanto, los juzgados de las capitanías generales y el Supremo Consejo de Guerra carecían de atribuciones en estos asuntos.

No obstante, algunos asuntos quedaban excluidos en lo civil y en lo criminal, en general coincidentes con los excluidos del fuero militar ordinario (art. 3). Este fuero beneficiaba también a los criados que reunieran los requisitos previstos para los del fuero militar ordinario, y también limitado –como con respecto a estos– a las causas civiles y criminales que contra ellos se dirigieran (art. 5).

El juzgado estaba formado por el asesor, que era un consejero de Guerra o de Castilla nombrado por el rey, un escribano y un alguacil (art. 6). También debía haber un abogado fiscal para que en este juzgado promoviera la justicia, defendiera la jurisdicción y demás correspondiente a su empleo (art. 7). No se contemplaba, en cambio, la existencia de un Consejo de Guerra similar a los previstos para el fuero militar ordinario.

Por lo que se refiere a la Real Compañía de Guardias Alabarderos, carecía de Ordenanzas y de Consejo de Guerra para la sustanciación de las causas, tramitándose estas ante el juzgado formado por el capitán con el asesor. En lo demás el régimen era análogo al de los guardias de Corps<sup>39</sup>.

### 3.- FUERO DE LOS REGIMIENTOS DE REALES GUARDIAS DE INFANTERÍA ESPAÑOLA Y WALONA

Estos Regimientos también formaban la Guardia del rey. La Nov. 3,11,12 recoge las Ordenanzas de 2-12-1773<sup>40</sup>. Cada coronel componía en su regimiento el juzgado respectivo con asesor general (que era el consejero de Guerra togado más antiguo), abogado fiscal, escribano y alguacil, que eran los mismos que los nombrados para el juzgado de Guardias de Corps. Conocía de todas las causas criminales y civiles en que fueran reos demandados los individuos de estos Cuerpos, sus mujeres, hijos y criados con salario y servidumbre actual, exceptuándose (RO de 28-07-1771) los retirados y las viudas, que estaban sometidos a la jurisdicción militar ordinaria. Su ámbito, pues, era más limitado que el de los guardias de Corps y Alabarderos. Las sentencias debían ser consultadas al rey para su aprobación por la vía reservada, pudiendo las partes recurrirlas ante el rey. Como

<sup>39</sup> Vid. COLÓN, F., *op. cit.*, t. II, pág. 284.

<sup>40</sup> También recoge la Real Ordenanza de 1-03-1750 (Nov. 3,11,11), a pesar de que ambas contienen normas contradictorias en diversos puntos.

ocurría con los guardias de Corps y Alabarderos, en estos asuntos el Supremo Consejo de Guerra y los juzgados de las capitanías generales carecían de atribuciones.

Se contemplaba también la existencia de juzgados delegados «siempre que se necesite por ausencia o división de los regimientos o por causa privativa del Juzgado».

Por lo que se refiere a las causas penales, distinguía entre las dirigidas a oficiales y las demás. En cuanto a las de oficiales, debían «formarse con arreglo a lo prevenido en la ordenanza general sobre la formación de procesos para los consejos de guerra de oficiales generales», tras lo cual dictaba sentencia el coronel con acuerdo del asesor general, siendo luego consultada al rey. En las demás, era el jefe con acuerdo del asesor o su subdelegado el que providenciaba la pena o corrección correspondiente, salvo que por la gravedad del caso debieran pasar los autos al asesor «para que se sustancien y determinen conforme a Derecho». Se contemplaba también el Consejo de Guerra ordinario y el extraordinario, que equivalían en lo sustancial al ordinario y de oficiales generales, con la peculiaridad de estar formados por oficiales del propio regimiento.

#### 4.- FUERO DE LA REAL BRIGADA DE CARABINEROS

También se reconocía el fuero privilegiado de la Brigada de Carabineros Reales (Nov. 3,11,16, que recoge la RO de 17-08-1787). La jurisdicción correspondía a su comandante y jefe con asesor, con inhibición de los juzgados de las capitanías generales y del Supremo Consejo de Guerra.

#### 5.- JURISDICCIÓN DE ARTILLERÍA

El Cuerpo de Artillería, sin perjuicio de otros antecedentes, se organizó a principios del siglo XVIII, manteniendo un fuero especial<sup>41</sup>. La Ordenanza de Artillería de 22-07-1802 (la vigente en la época que estudiamos) dedicaba el Reglamento n.º 14 al juzgado privativo del Real Cuerpo de Artillería. Contemplaba un juzgado en la Corte, compuesto del director coronel general del Cuerpo, asesor general (que lo era un consejero de Guerra

---

<sup>41</sup> En el Real Decreto de 3-05-1705 y en la Real Ordenanza de 2-05-1710 se regulaba el fuero especial del Real Cuerpo de Artillería (GONZÁLEZ-DELEITO, N., *op. cit.*, pág. 54). DOU justificaba la especialidad de su fuero por su importante función en el éxito de las campañas (*op. cit.*, t. II, pág. 380).

nombrado por el rey), un abogado fiscal y un escribano (art. 1). En cada capital de departamento debía existir un juzgado subalterno compuesto por el comandante del Cuerpo, asesor (donde hubiera letrado idóneo), abogado fiscal y escribano.

Estos juzgados tenían jurisdicción privativa para conocer de todas las causas civiles y criminales en que fueran reos demandados los individuos, empleados y dependientes, tanto del ramo militar como del de cuenta y razón del Cuerpo de Artillería, incluso los milicianos artilleros de Indias, las mujeres de unos y otros, hijos y criados asalariados en actual servicio (art. 3)<sup>42</sup>. Y también se extendía a los trabajadores en las fábricas sujetas a la dirección del Cuerpo de Artillería, «aunque se manejen por asentistas», mientras se encontraran allí trabajando (Nov. supl a 6,4,3, que recoge la RO de 1-11-1805)<sup>43</sup>. Las inclusiones y exclusiones de asuntos por razón de la materia o del lugar eran similares a las contempladas en el fuero militar ordinario.

Además, se dictaban normas específicas sobre competencias y Consejos de Guerra. Cabe destacar que en un principio el Supremo Consejo de Guerra conocía de las apelaciones, pero por RO de 10-02-1807 se suprimió tal posibilidad, de modo que las sentencias pasaban a ser consultadas directamente al rey para su aprobación y, en caso de proceder la apelación, esta se resolvía por el juzgado general de Artillería de Madrid.

## 6.- JURISDICCIÓN DE INGENIEROS

El Cuerpo de Ingenieros se reguló por primera vez por Real Ordenanza de 4-07-1718, y en ella se recogía el fuero especial para el Cuerpo de Ingenieros militares, creado en 1711<sup>44</sup>.

En el periodo que estudiamos la Ordenanza de Ingenieros vigente era la de 11-07-1803. Esta (Reglamento n.º 10) contemplaba un juzgado privativo del Cuerpo. Existía un juzgado general, compuesto por el ingeniero

---

<sup>42</sup> Conocían también de los inventarios, testamentarias y abintestatos de todas las personas citadas, entendiéndose en cuanto a las mujeres, si fallecían durante el matrimonio, pues si fueran viudas el conocimiento de sus causas correspondería a la jurisdicción militar ordinaria.

<sup>43</sup> Lo que ocurre es que, a la vista de los razonamientos que incluía, más parecía una medida dirigida a obtener la exención de los sorteos para el Ejército y las milicias.

<sup>44</sup> GONZÁLEZ-DELEITO, N., *op. cit.*, pág. 54. La ordenanza de Flandes de 1701 separó a los ingenieros del Cuerpo de Artillería, nombrándose a aquellos un ingeniero jefe, siendo organizado el Cuerpo de Ingenieros en 1711.

general, asesor general (que sería el consejero de Guerra designado por el rey), abogado fiscal y escribano.

Además, en cada subinspección de Ingenieros o Comandancia independiente –así como en las escuelas del Cuerpo– habría un juzgado subalterno, compuesto del director-subinspector o ingeniero comandante, un asesor, un abogado fiscal y un escribano.

Estos juzgados conocían de las causas civiles y criminales en que fueran reos demandados los individuos, empleados y dependientes del Cuerpo de Ingenieros, incluidos mujeres, hijos y criados asalariados en actual servicio, alumnos de las escuelas militares del Cuerpo, asentistas y empleados y operarios mientras se hallasen trabajando en las obras dirigidas por oficiales del cuerpo.

Por lo demás, el régimen jurídico era muy similar al del Cuerpo de Artillería. De hecho en las Ordenanzas de ambos cuerpos se preveía que, donde coincidieran, los juzgados de ambos Cuerpos compartieran el mismo asesor, abogado fiscal y escribano.

Y al igual que ocurrió con el Cuerpo de Artillería, por RO de 19-09-1807 se suprimió el recurso de apelación ante el Supremo Consejo de Guerra.

## 7.- JURISDICCIÓN DE MILICIAS

Las milicias constituían un importante componente del Ejército<sup>45</sup>. Y también tenían un fuero privilegiado (Nov. 6,4,11 y 6,4,12, que recogen las Ordenanzas de 30-05-1767).

La jurisdicción residía en el coronel o comandante del Regimiento, con apelación al Supremo Consejo de Guerra, gozando del fuero todos los oficiales, sargentos, primeros cabos y los segundos de Granaderos y Cazadores, los tambores y pífanos bajo el concepto de veteranos en lo civil y en lo criminal. Los demás miembros de las milicias solo gozaban de fuero militar en lo criminal mientras el Regimiento se mantuviera en su provincia, siendo sus causas juzgadas por sus coroneles con su asesor. Pero si el Regimiento salía a hacer el servicio en guarnición o campaña, ellos y sus mujeres gozaban de fuero militar en lo civil y criminal al igual que los veteranos.

---

<sup>45</sup> Sobre las milicias, PUELL, F., *Historia, cit.*, págs. 29 y ss. No obstante, su existencia fue muy criticada. Vid. por ejemplo COLÓN, *op. cit.*, t. II, pág. 380; y ALMIRANTE, J., *Diccionario Militar*, Madrid, 1869, págs. 967 y ss. Ya hemos aludido antes a la crítica de Aranda a la extensión del fuero militar a las milicias.

Si el Regimiento de milicias se encontraba en su propia provincia o departamento, los coroneles o comandantes ejercían la jurisdicción, debiendo proceder con asesor en la misma forma que se practicaba ante los auditores de Guerra y corregidores legos, con apelación, en su caso, ante el Supremo Consejo de Guerra. En cambio, en los delitos puramente militares los procesos se ajustaban a la Ordenanza del Ejército, con intervención del sargento mayor. En caso de que se planteara competencia con cualquier otra jurisdicción, correspondía la decisión sobre tal competencia al Supremo Consejo de Guerra o, en su caso, al rey, «sin que otro juez ni tribunal puedan mezclarse en semejantes asuntos».

Si el Regimiento o parte de él salía a servir en guarnición o campaña, la jurisdicción pasaba al oficial del Regimiento del más alto grado que hubiera quedado en el distrito; y si hubieran salido todos, la ostentaba el juez de la capital, con apelación al Supremo Consejo de Guerra. Lo peculiar es que quedaba la jurisdicción en lo civil respecto de los individuos que salieran de la provincia y de sus mujeres.

#### 8.- FUERO DE LOS REGIMIENTOS SUIZOS

Los Regimientos suizos prestaban sus servicios en virtud de contrato del rey de España con determinados cantones suizos y desde 2-08-2004 con la Confederación Helvética. En virtud de esos contratos eran sus propios coroneles quienes ejercían la jurisdicción, como personas en quienes el cantón del que dependían depositaba tal jurisdicción, salvo que se tratara de delitos de lesa majestad divina y humana, o de excesos cometidos directamente y contra el servicio militar, en cuyo caso no podían invocar el fuero superprivilegiado (RO de 20-07-1742)<sup>46</sup>.

#### 9.- FUERO DE INVÁLIDOS Y AGREGADOS

Se distinguía entre agregados (que solo podían ser oficiales), dispersos, hábiles e inhábiles. Los oficiales, sargentos y soldados destinados a las compañías de inválidos hábiles e inhábiles estaban sujetos a la jurisdicción militar en todas sus causas civiles y criminales del mismo modo que los de tropa viva, y estaban sujetos a sus respectivos comandantes con dependencia del capitán general.

---

<sup>46</sup> Vid. más casuística en COLÓN, F., *op. cit.*, t. II, págs. 516 y ss.

Los oficiales agregados a plazas gozaban del fuero civil y criminal en sus causas, sacando la cédula de preeminencias correspondiente a su clase; pero los otros oficiales retirados desde alférez o subteniente, que también tuvieran cédula de preeminencias, gozaban solo del fuero militar en lo criminal; en las causas civiles o casos exceptuados estaban sujetos a la justicia ordinaria.

En los delitos de inválidos, el sargento mayor respectivo formaba los autos y los remitía al Supremo Consejo de Guerra para su examen y resolución (art. 24 del Reglamento de 5-01-1804).

#### 10.- LAS CUESTIONES SOBRE RECLUTAMIENTO Y LAS LEVAS

Ya hemos dicho que durante el siglo XVIII el Ejército estuvo formado mayoritariamente por voluntarios. Sin embargo, a medida que transcurrió el tiempo se vio la necesidad de acudir al reclutamiento forzoso, lo que obligó a dictar una extensa regulación acerca de la materia.

La Nov. 6,6,14 incorporó la Real Ordenanza de 27-10-1800 para el reemplazo anual del Ejército<sup>47</sup>. Contra los actos de reclutamiento podían plantearse reclamaciones y recursos ante las Juntas provinciales de agravios (arts. 71 y 72)<sup>48</sup>. Estas estaban compuestas por el capitán o comandante general, donde lo hubiera, el intendente y el auditor de Guerra (con peculiaridades en Navarra, Vizcaya, Guipúzcoa, Álava, Asturias, Santander, Andalucía y Reino de Granada). En las provincias subalternas de las del Ejército, la Junta estaba formada por el intendente, el oficial designado por el rey y un asesor nombrado por el capitán o comandante general.

Contra las providencias definitivas de las Juntas cabía apelación ante el Consejo de Guerra. Y dependiendo de que «se traten por expedientes o fueren consultivos» o «contenciosos entre partes», su conocimiento correspondía, respectivamente, a la Sala de Gobierno y a la de Justicia.

Las demás operaciones del reemplazo se realizaban por las autoridades ordinarias, por lo que la intervención de la jurisdicción militar era muy limitada, lo que no deja de llamar la atención, porque la obtención de los

<sup>47</sup> Sobre la regulación inmediatamente anterior, vid. DOU, L., *op. cit.*, t. II, págs. 389-391.

<sup>48</sup> Estas Juntas aparecen por primera vez en la Ordenanza de 1762. DOU (*op. cit.*, t. II, pág. 391) consideraba que ejercían funciones gubernativas y no contenciosas, porque debían oír «de plano a los interesados» y recibir «informaciones sumarias». Sobre el reclutamiento en general, y en particular sobre las Juntas de agravios, vid. BORREGUERO BELTRÁN, C., *El reclutamiento militar por quintas en la España del siglo XVIII*, Valladolid: Universidad de Valladolid, 1989, págs. 287 y ss.

recursos humanos es algo que afecta de una manera sustancial a la eficacia del Ejército. Quizás ello se deba al dato ya indicado del carácter subsidiario del reemplazo en el siglo XVIII con respecto al servicio voluntario, pero que, sin embargo, va a permanecer a lo largo del tiempo.

Por lo que se refiere a los asuntos originados por las levas de vagos, la jurisdicción real ordinaria ostentaba plena exclusividad, por entenderse que era materia propia de la policía y gobierno de los pueblos<sup>49</sup>. Solo una vez incorporados con la filiación en alguna de las compañías que se mandaran formar de ellas y recibidos en los depósitos, los vagos debían considerarse como plazas efectivas de Infantería y gozar de fuero militar (art. 27).

## 11.- LA JURISDICCIÓN DE MARINA

A lo largo de este trabajo se han hecho reiteradas menciones al fuero de Marina. Sus Ordenanzas específicas eran las de 1748 (aquí nos interesa especialmente el tratado V, títulos 2 a 5), aplicables en lo que fueran compatibles con las de 1768<sup>50</sup>.

Por lo que se refiere al ámbito de esta jurisdicción era muy amplio: la Real cédula de 27-02-1807, que regulaba el Consejo del Almirantazgo, venía a recoger en un solo texto las atribuciones que tradicionalmente correspondían a esta jurisdicción<sup>51</sup>. En este sentido, establecía que los tribunales de esta jurisdicción conocían de todos los asuntos relativos a personas que tuvieran declarado el fuero de Marina, salvo las cuestiones relativas a bienes de mayorazgo y de los patrimoniales señalados en las Ordenanzas (art. 37)<sup>52</sup>. También conocía esta jurisdicción de los asuntos

<sup>49</sup> VALLEJO GARCÍA-HEVIA, J.M., *La monarquía y sus ministros. Campomanes*, Madrid: CEPC, 1997, pág. 393. Vid. la Ordenanza de 7-05-1775, recogida en Nov. 12,31,7, en particular los arts. 12, 15, 16, 17 y 19.

<sup>50</sup> También hay que tener en cuenta otras Ordenanzas, como la de 8-03-1793 (que fue formalmente derogada por la Orden de 20-07-1984), la Ordenanza de las matrículas del mar de 12-08-1802 (Nov. 6,7) y la Ordenanza naval de 18-09-1802.

<sup>51</sup> Vid. Nov. 6,7,9 y 6,7,10. Asimismo correspondía a esta jurisdicción de Marina el conocimiento de las causas sobre presas realizadas por los corsarios (Nov. 6,8,4,11, que recoge la Ordenanza de 20-06-1801).

<sup>52</sup> Conforme a las Ordenanzas de la Armada, gozaban de fuero militar los individuos que estuvieran en actual servicio en la Armada en cualesquiera cuerpos, clases y empleos, o ejercicios de guerra, Ministerio y mar, los empleados en las ocupaciones necesarias a la construcción, aparejo y armamento de bajeles, la gente de mar, y obreros de todos géneros matriculados para servicio de ellos (Ordenanzas de la Armada, 5,2,1). Asimismo gozaban de ese fuero los retirados, viudas, asentistas de manera similar a los militares de tierra, con similares inclusiones y exclusiones (Ordenanzas de la Armada, tratado V, título 2).

puramente contenciosos tocantes a los arsenales, astilleros y montes de Marina; a las fábricas de armas y municiones, de jarcia, lonas, betunes y cualesquiera otros efectos para el servicio de la Armada; y a los hospitales, asientos de ellos de víveres, vestuarios u otra cualquiera provisión (art. 38). También conocía, sin excepción de personas, aunque fueran privilegiadas, españolas o extranjeras, actores o reos, de todos los asuntos contenciosos pertenecientes a la seguridad y limpieza de los puertos, balizas, linternas y muelles; a presas, rescates en el mar y contrabando de guerra; a materias de pesca comprendidas en el privilegio de los matriculados; a construcción, carena o recorrida, salvamento, equipamiento, ventas y adjudicaciones de bajeles; a fletes, soldadas de marineros, roturas de cartas partidas, conocimiento o pólizas de cargamento, contratos cumplideros en el mar, inventarios y entregas de efectos dejados en las naves por los que mueren embarcados; a incendios, naufragios, varadas, echazones, arribadas y averías; a homicidios, piraterías, robos y malversaciones; en general a todos los delitos cometidos a bordo de buques españoles mercantes en el mar, sus puertos, abras y costas, y también en los ríos navegables hasta el primer puente (art. 39).

Ahora bien, dentro de la jurisdicción de Marina, se distinguía entre una jurisdicción militar en sentido estricto, a la que le correspondían las materias de guerra y los asuntos de los individuos empleados en ellas; y otra política o del Ministerio, a la que correspondían los asuntos de policía y los que tuvieran conexión con los caudales de la Hacienda (Ordenanzas de la Armada, 5,2,21)<sup>53</sup>. Esta última jurisdicción correspondía a los intendentes, comisarios ordenadores, de guerra, provincia y otros cargos inferiores<sup>54</sup>.

Limitándonos a la jurisdicción militar en sentido estricto, la organización era similar a la de la jurisdicción militar ordinaria terrestre, siendo ejercida por los capitanes generales de Departamento, auditores, Consejos de Guerra ordinarios y de oficiales generales. Precisamente las Ordenanzas de 1748 justificaban la existencia de los Consejos de Guerra por los graves perjuicios que se seguirían de la impunidad de los crímenes o retardo excesivo de los castigos, poniendo de relieve precisamente los viajes dilatados y distantes a los dominios reales, a los cuales podían destinarse las escuadras; de modo que en estas ocasiones, como repetidamente ha manifestado la experiencia, es difícil contener las guarniciones y tripulaciones en exacta obediencia y disciplina, «sin prompts exemplares que las escarmienten»

<sup>53</sup> Vid. sobre ello ALÍ, M., *op. cit.*, pág. 56 ss.

<sup>54</sup> Para los asuntos sobre el cuidado, fomento y conservación de los montes de Marina existía un juzgado específico (vid. Nov. 7,24,28).

(tratado V, título 3, art. 1). En estos asuntos la intervención del Supremo Consejo de Guerra era similar a lo que ocurría en la jurisdicción militar ordinaria.

Sin embargo, las facultades jurisdiccionales no estaban limitadas al capitán general, sino que se extendían a los comandantes de las provincias o partidos en sus respectivas circunscripciones (Ordenanza de las matrículas del mar de 12-08-1802; Nov. 6,7,3,19). Para ello en cada capital de provincia debía haber un letrado para que actuara como asesor del comandante de la provincia, designado a propuesta de este; así como un escribano nombrado por el capitán general del Departamento<sup>55</sup>. Contra las sentencias de los comandantes de provincia cabía recurso de apelación ante el capitán general del Departamento y luego ante el Supremo Consejo de Guerra (Nov. 6,7,3,33); pero en las causas de pena de la vida, las sentencias de los comandantes de provincias debían ser remitidas al Supremo Consejo de Guerra previo informe del juzgado de la capitanía general (Nov. 6,7,3,32).

Asimismo, para los distritos, los comandantes de provincia debían nombrar un abogado de los establecidos en el pueblo como asesor del ayudante respectivo; así como un escribano, gozando ambos del fuero de Marina, sin sueldo y cobrando por arancel (Nov. 6,7,3,28). En los distritos los ayudantes eran jueces privativos de testamentos y abintestatos de determinadas personas sujetas al fuero de Marina (Nov. 6,7,11).

Por otra parte, quienes gozando del fuero de Marina se encontraban en Madrid o en un radio de 20 leguas, se hallaban sometidos judicialmente al director general de la Armada, asistido por un asesor, un escribano, un fiscal y un alguacil, con la peculiaridad de que las sentencias eran consultadas directamente al rey (con exclusión, por tanto, del Supremo Consejo de Guerra), de una manera similar a lo establecido con el sargento mayor de los guardias de Corps y los coroneles de las guardias españolas y valonas (Nov. 6,7,14, que recoge la RO 28-11-1803).

La Real cédula de 27-02-1807, que reguló el Consejo de Almirantazgo, introdujo importantes –aunque de escasa duración– reformas en la materia. El almirante, titular de la «absoluta y omnímoda» autoridad judicial, podía nombrar jueces del almirantazgo en todos los puertos, así como los auditores, fiscales, escribanos y demás ministros subalternos de los juzgados de Marina, como también los intérpretes (art. 28). No obstante, hasta que se dictaran nuevas Ordenanzas, se mantenían las competencias de las autoridades jurisdiccionales inferiores, «con validez de ejecutarlo en lugar de vos, y como vuestros subdelegados» (art. 29), aunque facultándoles

<sup>55</sup> Sobre ello, vid. ALÍ, M., *op. cit.*, pág. 192.

para nombrar presidentes y vocales de Consejos de Guerra, para lo cual debían darles cuenta, «delegándoles la jurisdicción» (art. 30).

Asimismo se suprimió la Dirección General de la Armada, y su tribunal fue sustituido por un juzgado de almirantazgo, cuya jurisdicción se extendía a 20 leguas en contorno para conocer en primera instancia de las causas civiles y criminales de los aforados, reservándose el almirante el conocimiento de las tocantes a las personas de los ministros del Consejo de Almirantazgo y sus mujeres (art. 31).

## V.- LOS CONFLICTOS ENTRE ÓRGANOS DE DISTINTAS JURISDICCIONES

### 1.- LA PROLIFERACIÓN DE CONFLICTOS COMO CONSECUENCIA DE LA ABUNDANCIA DE JURISDICCIONES

La existencia de varias jurisdicciones especiales y superprivilegiadas junto a la ordinaria provocó reiterados conflictos entre ellas, con el consiguiente entorpecimiento de la Administración de Justicia<sup>56</sup>. De hecho, la jurisdicción militar entró en conflicto con otras jurisdicciones en numerosas ocasiones<sup>57</sup>, y asimismo entraron en conflicto entre sí las diferentes jurisdicciones militares.

Los conflictos entre distintas jurisdicciones produjeron una rica y variada casuística no siempre solucionada con los mismos criterios objetivos,

---

<sup>56</sup> SALAS, R, manifestaba en 1821, para justificar la abolición de fueros especiales, que «es increíble el tiempo que los jueces de privilegio gastaban en competencias, que casi siempre protegían la impunidad, porque cada uno de estos jueces, más que como tal, obraba como un protector y defensor de sus aforados» (*Lecciones de Derecho Público Constitucional*, Madrid: CEC, ed. 1982, pág. 257). Por su parte, DEDIEU hace las siguientes observaciones: «No se puede definir el papel de ningún actor en el mundo jurídico por la lista de sus atribuciones. Una jurisdicción se define por su centro, por la misión que se le encarga dentro del conjunto orgánico de las instituciones que regulan la sociedad. Termina esta jurisdicción donde termina esta misión. Se deriva lógicamente de tal concepto que dos poseedores de jurisdicciones complementarias tienen necesariamente que coincidir algún día sobre el mismo objeto. El mismo Derecho intenta establecer pautas para solucionar estos problemas, siendo la más usual el conocimiento “a prevención”: se encarga del negocio el primero que se hizo con él. El concepto de “prevención” es sin embargo difícil de llevar a la práctica. De ahí que la competencia se dilucide a veces por medios que hoy en día se considerarían violentos, en los que dos autoridades se enfrentan públicamente, se desco-mulgan, se encarcelan, se secuestran los bienes a la vista de todos» (DEDIEU, J. P., *Lo militar y la monarquía*, cit., pág. 234).

<sup>57</sup> Así, entre la jurisdicción ordinaria y la militar se produjeron continuas fricciones, generadas por el convencimiento por parte de los paisanos de que se dejaban impunes los delitos de los soldados cometidos contra civiles.

pues los personalismos y las cuestiones preeminenciales, en un momento dado, resultaban mucho más determinantes que la importancia y significación de tal o cual tribunal dependiente de esta o aquella jurisdicción<sup>58</sup>. Además, al considerarse que las atribuciones se ejercían por delegación del rey, debían ser defendidas a toda costa frente a cualquiera que pretendiera menoscabarlas. A ello se unía la defectuosa técnica legislativa, ya que, al regular un determinado fuero, especialmente los superprivilegiados, la norma reguladora se limitaba a decir que tal fuero tenía prevalencia sobre los demás, con lo que podía darse el caso de que entraran en colisión varios fueros, todos ellos prioritarios según sus respectivas normas reguladoras<sup>59</sup>.

Por lo demás, no parece que las competencias suscitadas llegaran a resultados efectivos, dado que se eternizaban. Y no siempre favorecían al encausado, pues se dieron numerosos ejemplos de lo contrario, en que lo importante era determinar quién debía conocer del asunto, desentendiéndose de la situación del acusado, que podía quedar privado de libertad y sin medios durante meses e incluso años<sup>60</sup>.

Existió conciencia de la gravedad del problema de las competencias y también voluntad de resolverlo, como lo prueba el número de disposiciones promulgadas al respecto, aunque con muy escasos resultados, derivados de una incapacidad estructural para conseguirlo<sup>61</sup>.

De hecho, no estaba nada claro quién debía resolver los conflictos que pudieran surgir. Por un lado, la preeminencia del Consejo de Castilla podría hacer creer que este no podía tratarse de igual a igual con el Consejo de Guerra. Sin embargo, las normas dictadas contradecían esta supuesta primacía (máxime cuando ambos órganos fueron calificados como Supremos). Así, la Real cédula de 3-04-1776 establecía que las competencias entre la jurisdicción ordinaria y la militar se resolverían por el Consejo de Guerra, lo que provocó el rechazo del Consejo Real (Nov. 4,1, nota 7 a la Ley 15). Como consecuencia, poco después se dictaba una Real cédula de 11-06-1779, que estableció que la competencia se intentara resolver entre

---

<sup>58</sup> MARTÍNEZ RUIZ, E., *Las jurisdicciones*, cit., pág. 11.

<sup>59</sup> Es el caso por ejemplo, de los fueros superprivilegiados de los diversos Cuerpos de la Casa Real. En RO circular de 20-08-1806 (Adicional a la Nov. 6,7,1), por ejemplo, se aludía a que el juzgado de la Dirección General de la Armada en Madrid debía tener la misma acción atractiva que gozaban los Cuerpos de Guardias de Infantería española y valona, Alabarderos y Carabineros Reales, «estando en un todo nivelados con ellos», salvando únicamente el derecho de atracción del Cuerpo de Guardias de Corps.

<sup>60</sup> Así, en el Real Decreto de 9-02-1793 (Nov. 6,7,1) se alude a arrestos de «tres, cuatro o más años, ínterin se deciden las competencias».

<sup>61</sup> DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C., *El Real y Supremo Consejo de Guerra (siglos XVI-XVIII)*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 294.

los fiscales de los dos Consejos, y no siendo posible, se resolviera directamente por el rey o se formara la competencia de estilo común entre los tribunales superiores (Nov. 4,1, nota 8 a la Ley 15). Posteriormente se dictó una nueva disposición de 1-08-1784, que ordenaba elevar la cuestión a los Consejos implicados. Pero, dado el sistemático incumplimiento del Consejo de Guerra de lo así dispuesto, por Real cédula de 3-06-1787 se estableció que los órganos que plantearan las competencias elevaran el asunto a los Consejos de Castilla y Guerra, para que se terminaran por conferencia de los fiscales, y en caso de discordancia de estos, se siguieran en la Junta de Competencias, nombrándose dos ministros por Consejo, más un quinto ministro, sin molestar la real atención a no mediar caso gravísimo que exigiese nueva regla (Nov. 4,1, nota 9 a la Ley 15). Nuevamente se tuvo que dictar otra cédula de 30-03-1789, esta vez con carácter general para todos los Consejos, ordenando que las competencias se elevaran a los correspondientes Consejos para que se resolvieran por sus fiscales, y en caso de no ser posible, se remitieran a los correspondientes secretarios de Estado y de Despacho para que se resolviera en la Junta Suprema del Estado o se remitiera en la forma ordinaria a la Junta de Competencias, nombrándose un quinto miembro.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en esta época se entrecruza otro órgano: en 1792, tras suprimirse la Junta Suprema del Estado, el Reglamento del Consejo de Estado estableció como una de las funciones de este órgano la de examinar las consultas de los tribunales superiores en asuntos de competencias de jurisdicción que necesitasen de la resolución del rey. No obstante, los demás asuntos que no necesitaran la resolución real se dirimirían por la Junta de Competencias según la forma establecida con quinto ministro de diferente tribunal. Lo que ocurre es que el Consejo de Estado en seguida comenzó a languidecer, lo que hace pensar que estas decisiones carecieron de operatividad.

Por Real resolución a consulta del Consejo de 04-05-1802 y Reales Órdenes de 10 y 14 de febrero, comunicadas en circular del Consejo de 2-05-1803 (Nov. 4,1,15) se acordó que los asuntos o causas fueran remitidos a las Secretarías de Estado y de Despacho a quienes correspondieran y se pasaran los autos reunidos a informe del ministro o ministros togados que se eligieran para el caso, y en vista de lo que expusieren se diera cuenta al rey para que resolviera. Con lo cual el asunto parece que salía de los propios tribunales y pasaba a los órganos ejecutivos<sup>62</sup>.

---

<sup>62</sup> Sobre todo ello, DOMÍNGUEZ NAFRÍA, J.C., *op. cit.*, págs. 496 y ss.

2.- EN PARTICULAR, LOS CONFLICTOS ENTRE LA JURISDICCIÓN MILITAR COMÚN Y LAS JURISDICCIONES MILITARES SUPERPRIVILEGIADAS

Entre la jurisdicción militar común y las superprivilegiadas también surgieron conflictos, lo que obligó a dictar diversas resoluciones.

Con motivo del bloqueo a Gibraltar por el Ejército en campaña se plantearon diversos problemas como consecuencia de delitos cometidos por militares de los Cuerpos de Guardias valonas, con fuero superprivilegiado, que obligaron a dictar varias Reales Órdenes. Así, la RO de 7-11-1780 reconocía la jurisdicción del capitán general para cuidar del cumplimiento de las leyes generales de policía y buen gobierno, salvo que se tratara de asuntos que afectaran exclusivamente a los Cuerpos privilegiados.

La RO de 29-01-1781 insistía en lo mismo, aclarando además que las facultades del comandante general de un Ejército en campaña debían ser mayores y más ejecutivas que en las provincias, incluso sobre los Cuerpos privilegiados. Como consecuencia, todos los infractores de bandos generales o que hubieran cometido delito de desafuero, debían ser corregidos y castigados por el comandante general y auditor, aunque fueran individuos de Cuerpos con juzgado privativo.

Matizando lo anterior, la RO de 5-06-1783 estableció que los reos militares debían ser juzgados por los Consejos ordinarios de sus respectivos cuerpos, pues al tribunal del general en jefe de un Ejército en campaña solo le correspondía entender de las contravenciones a los bandos cuyo privativo conocimiento se reservaba, o de las faltas o crímenes cometidos por la infracción de los que hacía publicar bajo penas que no prescribía la Ordenanza general.

Por su parte, la RO de 26-05-1806 imponía un deber de colaboración: cuando en una misma causa estuvieran comprendidos individuos de distintos Cuerpos privilegiados con la acción atractiva, sin formar entre sí competencia, debía remitirse testimonio de las actuaciones al respectivo jefe, debiéndose comunicar respectivamente las noticias y certificaciones que se pidieran.



## ÁNGEL SALCEDO RUIZ: JURISTA, MILITAR Y ACADÉMICO DE LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Pablo Ramírez Jerez

*Bibliotecario de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*

La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas fue fundada en 1857, y a lo largo de su historia han pasado por ella más de 285 académicos, entre los que se encuentran varios militares: Ángel Salcedo Ruiz (1913) y Eugenio Vegas Latapié (1965) como miembros del Cuerpo Jurídico del Ejército, y los militares de carrera Manuel Díez-Alegría (1968), Ramón Salas Larrazábal (1988), Sabino Fernández Campo (1994) y Agustín Muñoz-Grandes Galilea (2010)<sup>1</sup>, habiendo ocupado estos cuatro últimos sucesivamente la medalla número 13. Se continúa así con una tradición que se inició con la elección de Ángel Salcedo como primer académico militar.

Decía en su discurso de ingreso el general Ramón Salas Larrazábal que a los militares se les suelen negar aspiraciones intelectuales, y que la opinión predominante es que no están dotados para actividades literarias<sup>2</sup>. Esta afirmación no se puede aplicar a los militares que han sido miembros

---

<sup>1</sup> Sus discursos de ingreso llevan por título: «Substantividad y fundamento del Derecho militar» (Salcedo), «Consideraciones sobre la democracia» (Vegas Latapié), «Defensa y sociedad: Un enfoque actual del problema externo de los ejércitos» (Díez-Alegría), «Seguridad y paz» (Salas Larrazábal), «Una relectura de “El Príncipe”» (Fernández Campo) y «Sociedad y milicia: dos retos a vencer en el siglo XXI. Activación de la conciencia de defensa nacional; Reafirmación de las virtudes militares» (Muñoz-Grandes).

<sup>2</sup> SALAS LARRAZÁBAL, R.: Seguridad y paz; discurso leído en el acto de su recepción. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1988, p. 8.

de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, pues todos ellos han sido autores de una amplia obra bibliográfica de temática muy variada.

Ángel Salcedo Ruiz nació en Cádiz el 29 de mayo de 1859; fueron sus padres Francisco de Paula Salcedo Ortiz y Serafina Ruiz Gutiérrez. En 1875 obtuvo el título de Bachiller, licenciándose en Derecho Civil y Canónico en 1880, y recibiendo el título de Doctor en 1882.

Matriculado en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, ejerció la abogacía de pobres en 1881-1882, y después como abogado mediante el pago de la contribución correspondiente durante los años 1882-1884, cuando fue nombrado para ejercer la abogacía de pobres con destino a causas graves, desempeñando dicho cargo hasta el 31 de diciembre de 1884. Ese mismo año ingresó en el Cuerpo Jurídico Militar con el n.º 1 de su promoción, obteniendo el empleo de Auxiliar con destino a la Auditoría de Guerra de Valencia, siendo trasladado en julio de 1885 a la Capitanía General de Castilla la Nueva, donde prestó sus servicios hasta abril de 1889, en que fue nombrado Asesor de la Caja General de Ultramar.

Allí seguía hasta que por Real Orden de 9 enero de 1890 se le promovió en propuesta reglamentaria al empleo de Teniente Auditor de Guerra de 3.ª clase, siendo destinado a la Auditoría de Baleares, donde permaneció hasta que en abril de ese año pasó a la de Burgos, aunque por Orden de 29 de julio de 1890 queda en situación de supernumerario sin sueldo, debido a su nombramiento de Oficial 2.º de la Administración auxiliar de la clase de cuartos de la Secretaría del Ministerio de Ultramar; en marzo de 1891 se dispone quede en situación de reemplazo por haber sido elegido diputado en Cortes.

En efecto, entre abril de 1891 y enero de 1893 fue diputado por el distrito de San Germán, provincia de Puerto Rico, en las filas del Partido Conservador de Cánovas del Castillo. A lo largo de esta legislatura (1891-1892) fue elegido para diversas comisiones, así: Presupuestos de Puerto Rico, Fijación de fuerzas navales para 1891-92, Carretera del barrio de San Roque de la Acebal al pontón de Frescares, Suspensión de una sentencia del Tribunal Contencioso-Administrativo, Ferrocarril de Turis a Madrid, Reglas para premiar los servicios de los voluntarios de Cuba y Puerto Rico, y Carretera de Vilademat a San Miguel de Fluvía. También tomó parte en las siguientes discusiones: Ampliación de la facultad del Banco de España para emitir billetes, Incorporación de colegios particulares a los Institutos de la provincia de Cádiz, Rumores relativos a la sustracción de documentos en el Ministerio de Ultramar, Fijación de programas para exámenes de alumnos de enseñanza libre, y equiparación de dichos alumnos con los de la enseñanza oficial, Penalidad y procedimientos para perseguir los delitos

cometidos por medio de petardos, y Presupuestos para la isla de Puerto Rico para 1892-1893. Fue esta una legislatura en la que proliferaron las leyes sobre carreteras e infraestructuras en general, créditos y presupuestos generales. Como puede observarse, Salcedo se preocupó por diversos asuntos concernientes a la provincia de Cádiz.

Tras ese breve paso por la política, retoma su empleo de Teniente Auditor de 2.<sup>a</sup>, siendo destinado en marzo de 1894 al 2.<sup>o</sup> Cuerpo de Ejército, pasando pronto al 1.<sup>er</sup> Cuerpo de Ejército. Continúa su carrera jurídico-militar siendo nombrado en julio de 1895 Auxiliar de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Guerra y Marina; en diciembre de ese mismo año, en propuesta de antigüedad, pasó a ser Teniente Auditor de 1.<sup>a</sup> clase en el mismo Consejo Supremo de Guerra y Marina, y en comisión a la Capitanía General de Baleares. En enero de 1896, destinado de plantilla a dicha Capitanía General, continuó en Comisión en el Consejo Supremo, pasando a la Junta Consultiva de Guerra, donde estuvo hasta que en febrero de 1898 fue promovido a Auditor de Brigada con destino a la Capitanía General de Aragón; en mayo de ese año pasa de nuevo al Consejo Supremo de Guerra y Marina por haber sido nombrado Secretario Relator del mismo, en cuyo puesto se mantuvo hasta 1911.

Por Real Orden de 2 de junio de 1911 y en propuesta reglamentaria de ascenso le fue concedido el empleo de Auditor de División y por otra resolución del 10 del mismo mes causó baja en el Consejo Supremo de Guerra y Marina por pase a situación de excedente en la 1.<sup>a</sup> Región. En octubre de 1912 fue nombrado vicesecretario, con voz, de la Comisión de reforma de las leyes sobre materia de justicia en las jurisdicciones de Guerra y Marina. En 1913 fue destinado en comisión a la Fiscalía del Consejo Supremo de Guerra y Marina, y allí permaneció hasta julio de 1918, cuando fue nombrado Auditor de la capitanía General de la 5.<sup>a</sup> Región, con destino en Zaragoza. En septiembre de 1919 se le concede el empleo de Auditor General de Ejército por antigüedad y se le nombra Auditor de la 4.<sup>a</sup> Región, con destino en Barcelona.

Finalmente, en marzo de 1920 fue nombrado Consejero Togado, en comisión, del Consejo Supremo de Guerra y Marina, en lo que sería su último destino, pues falleció en Madrid el 11 de diciembre de 1921. Estuvo casado con Francisca Ansó González, con quien tuvo cuatro hijos.

A lo largo de su vida recibió las siguientes condecoraciones: Cruz de 2.<sup>a</sup> Clase del Mérito Naval con distintivo blanco, por sus servicios especiales prestados en el Consejo Supremo de Guerra y Marina (RO de 21 de octubre de 1902); Medalla de Plata conmemorativa de la Jura de S. M. Alfonso XIII (1903); Medalla de Plata conmemorativa de los Sitios de Za-

ragoza, creada por la Junta del Centenario (1908); Cruz de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (1918); Placa de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo (1920); Gran Cruz del Mérito Militar, designada para premiar servicios especiales (1921); Gran Cruz de Leopoldo II de Bélgica.

Además de jurista y militar, Salcedo Ruiz fue miembro del Consejo de Instrucción Pública y profesor en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. También fue un notable y polifacético periodista, historiador y literato. Destacó en el campo del periodismo católico, y colaboró en los periódicos *El Universo*, *La Lectura Dominical*, *El Movimiento Católico*, *Diario de Barcelona*, y *La Ilustración Católica*, que dirigió desde 1890. En este contexto de propagandista católico hay que situar sus obras: *El matrimonio cristiano. Explicación sencilla de lo que es el matrimonio y debe ser la familia entre cristianos* (Madrid, 1899, 220 pp.) y *El anticlericalismo y las órdenes religiosas en España* (Madrid, 1908, 512 pp.), una apología de las instituciones monásticas desde el punto de vista jurídico, histórico y católico, publicada con el seudónimo de Máximo, que utilizaba para sus escritos periodísticos en *La Lectura Dominical*.

Como historiador de la literatura, es autor de un *Resumen histórico-crítico de la literatura española* (Madrid, 1876), obra elogiada en su momento por Menéndez Pelayo, y de la que se publicó una segunda edición en 4 volúmenes, refundida y muy aumentada (Madrid, 1915). Su faceta de literato queda asimismo patente en sus novelas: *Víctor. Novela madrileña* (Madrid, 1887, 360 pp.) y *La novela de un prohombre* (Madrid, 1909, 127 pp.).

Por otro lado, es autor de diversas monografías históricas, algunas de ellas de temática militar, como *Ignacio de Loyola. Narración histórica* (Madrid, 1898, 32 pp.); *El Libro de Villada: Monografía histórica de esta villa y noticia biográfica de sus hijos más ilustres* (Madrid, 1901, 256 pp.), obra premiada por el Ayuntamiento de este municipio palentino en 1900; *Astorga en la guerra de la Independencia* (Astorga, 1901, 256 pp.), premiada en los Juegos Florales de dicha ciudad también en 1900; *Un bastardo insigne del Gran Duque de Alba* (Madrid, 1903, 29 pp.), donde se estudia por primera vez la figura de Hernando de Toledo, gran personaje político y militar de la España de Felipe II, pues fue gran prior de san Juan en Castilla, coronel de Infantería en la guerra contra Paulo IV, general de Caballería en la guerra de Flandes, virrey de Cataluña, y consejero de Estado de Felipe II; *El coronel Cristóbal de Mondragón: apuntes para una biografía* (Madrid, 1905, 200 pp.), obra que rescató del olvido a este personaje del XVI. En *El Universo*, periódico de orientación católica, publicó una serie de artículos con el título *¿Dónde murió Isabel la Católica?*, trabajo

presentado a los Juegos Florales de Medina del Campo de 1904. En colaboración con Manuel Ángel Álvarez publicó *Historia de España: Resumen crítico* (Madrid, 1914, 969 pp.). Su última obra histórica, publicada póstumamente, fue *La época de Goya: Historia de España e Hispanoamérica desde el advenimiento de Felipe V hasta la Guerra de la Independencia* (Santander, 1924, 434 pp.).

Como obras de actualidad de su tiempo escribió *Contemporáneos ilustres: Francisco Silvela* (Madrid, 1888, 120 pp.), *La segunda enseñanza en España y fuera de España* (Madrid, 1899, 74 pp.) y *Bélgica y España* (Madrid, 1916, 93 pp.), serie de artículos sobre las relaciones durante la Primera Guerra Mundial publicados en el *Diario de Barcelona* y otros periódicos.

Por otra parte, como militar y jurista, dio una serie de conferencias en el Centro del Ejército y la Armada durante el curso 1902-1903, recogidas más tarde con el título de *Evolución del Derecho militar en las naciones modernas* (Madrid, 1910, 307 pp.) y editadas por la *Revista Técnica de Infantería y Caballería*.

Tradujo también *La Guerra de la Independencia contada por un oficial francés. Memorias de M. de Rocca* (Madrid: Imp. de la Revista de Archivos, 1908, 223 pp.), obra que se encargó de anotar y contrastar<sup>3</sup>.

Merece la pena rescatar lo que dijo de él el periodista y crítico literario Enrique Díez Canedo en el diario *El Sol* (29-04-1925): «Era persona de gran entendimiento, vasta cultura, trabajo fácil y claro criterio. Sus ideas le llevaron al periodismo en el campo católico. Buen periodista, nunca extremó remilgos ni le asustó el aspecto mundano de las cosas. La sociología, la política le dieron a menudo temas, pero su gusto principal fue el de la historia».

## ÁNGEL SALCEDO RUIZ EN LA REAL ACADEMIA DE CIENCIAS MORALES Y POLÍTICAS

Ángel Salcedo resultó electo el 5 de diciembre de 1911 para ocupar la medalla n.º 5, vacante por el fallecimiento de Antonio García Alix; fue propuesto por los académicos Joaquín Sánchez de Toca, Francisco J. González de Castejón (marqués del Vadillo), Javier Ugarte y Faustino Álvarez del

<sup>3</sup> Se trata del teniente Albert-Jean-Michel de Rocca (1788-1818), segundo marido de Madame de Staël, que luchó en la guerra de la Independencia. La obra fue editada en París en 1814 con el título de *Mémoires sur la guerre des Français in Espagne*; existe una nueva traducción española publicada por la Universidad de Cádiz en 2011.

Manzano. Ingresó en la Academia el 27 de abril de 1913, con un discurso titulado «Substantividad y fundamento del Derecho militar»; la contestación corrió a cargo del académico Javier Ugarte y Pagés. A lo largo de sus ocho años como académico se le contabilizaron 257 asistencias y fue nombrado vocal representante de la Academia en el Pleno del Instituto de Reformas Sociales. Además de ello fue el encargado de redactar el discurso de contestación al de ingreso del ilustre jurista Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez<sup>4</sup>.

Pero su relación con la Academia venía de lejos, ya que antes de ser elegido presentó tres memorias a los concursos convocados por la Academia, siendo premiado en las tres ocasiones, y publicándose dichos trabajos a costa de la misma. Así, el tema primero del concurso ordinario de 1893 versaba sobre los «Peligros del socialismo de campo: precedentes históricos; causas que pueden contribuir a su desarrollo; medios de evitarlo; división de la propiedad; reformas en el sistema de cultivos o distribución de la propiedad en donde se encuentre acumulada»; se presentaron cuatro memorias y fue premiada la de Ángel Salcedo, que llevó por título *El socialismo del campo* (Madrid, 1894, 113 pp.) Este trabajo es un completo estudio de la situación agraria española a fines del siglo XIX, sus tipos de propiedad y sistemas de cultivo, en el que analiza también las causas de la propagación de las ideas socialistas en el campo, a pesar de los múltiples errores que, a su juicio, contiene esta teoría.

Por otro lado, el tercer concurso extraordinario Conde de Toreno, convocado para el bienio 1900-1902 llevaba por tema «¿Es compatible el sufragio universal con el régimen electoral basado en los gremios o en las clases?». Se presentaron al mismo cinco memorias y ganó de nuevo Ángel Salcedo, con su trabajo *El sufragio universal y la elección por clases y gremios* (Madrid, 1902, 120 pp.) El tema de la reforma electoral fue uno de los grandes asuntos políticos tratados en la Academia a finales del siglo XIX, sobre el que versaron diversos discursos de ingreso y discusiones, y en este contexto se inscribe dicha memoria.

Finalmente, el 14 de marzo de 1905, con motivo del III Centenario de la publicación de *El Quijote* se convocó un concurso extraordinario con el tema «Estado social que refleja el Quijote», al que se presentaron 19 memorias. Aunque solo se ofrecía un premio, la Academia consideró merecedores del premio a dos de ellas, resultando premiadas la de Salcedo Ruiz

---

<sup>4</sup> «El uso, los usos sociales y los usos convencionales en el Código Civil español». Discurso leído en el acto de su recepción por D. Felipe Clemente de Diego y Gutiérrez; contestación de D. Ángel Salcedo (13-10-1918).

*Estado social que refleja el Quijote* (Madrid, 1905, 155 pp.) y la de Julio Puyol Alonso, con el mismo título, y también futuro académico<sup>5</sup>. En esta obra, Salcedo diserta sobre los Grandes y los hidalgos, el pueblo llano, la nobleza, las costumbres religiosas, el concepto de Estado, la vida jurídica y social, ideas, creencias, supersticiones... todo sacado de la lectura de *El Quijote*. Aun con todo lo que se ha escrito sobre *El Quijote*, se seguirá escribiendo muchísimo más, dice Salcedo.

En cuanto al discurso de ingreso de Ángel Salcedo, *Substantividad y fundamento del Derecho militar*, versa sobre un tema que conocía bien. Ya se ha señalado que en el curso 1902-1903 dio en el Centro del Ejército y la Armada una serie de veinte conferencias sobre la «Evolución del Derecho Militar en las naciones modernas». De acuerdo con el nuevo académico, siempre ha existido la guerra y siempre ha sido considerada una de las mayores calamidades que afligen al hombre sobre la tierra. Ello no es óbice para que algunos hayan visto lados buenos a este fenómeno y efectos saludables derivados de él. La guerra es el derecho de la propia defensa transmitido por el individuo al grupo social del que forma parte. Es algo inevitable, aunque se puede influir en ella regulando y disminuyendo sus estragos. Así pues, si la defensa colectiva es algo indispensable, es normal que las naciones se doten de instituciones y leyes encaminadas a esa función pública, y el conjunto de todo ello conforma el Derecho militar. El Derecho militar, dice, tiene hondas raíces que lo desarrollan y legítimos fundamentos que lo sustentan; está formado por el conjunto de normas jurídicas emanadas de la necesidad de la defensa nacional. En España hay muchos preceptos referentes a la condición militar de los ciudadanos, en la Constitución vigente, el Código civil y penal, las leyes de enjuiciamiento, el Derecho internacional, etc. Hay además normas jurídicas especiales para el Ejército y la Marina. Dice el autor que el Ejército es una de las instituciones del Estado, al que se subordina y de cuyo organismo forma parte. Al igual que el Estado, el Ejército tiene sus leyes constitutivas en que se define su objeto, se marca su fin y los límites de su acción y se definen los derechos y deberes de sus miembros. Al igual que el Estado, la ley constitutiva del Ejército se despliega en diversas normas jurídicas encaminadas a regular jurídicamente la vida militar.

---

<sup>5</sup> Fueron varios los académicos, además de Ángel Salcedo y Julio Puyol, que tuvieron su primer contacto con la Academia a través de los concursos organizados por la misma: Rafael Altamira, Adolfo Bonilla San Martín, Fermín Caballero, el padre Venancio Diego Carro, José García Barzanallana, José Gascón y Marín, Eduardo de Hinojosa, Emilio Miñana, Juan M. Ortí y Lara, Lorenzo Paret, Luis Redonet, y Vicente Santamaría de Paredes. Todos ellos resultaron premiados en diversos concursos.

Trata también el discurso de la justicia militar: delitos y penas, tribunales militares y procedimientos especiales. A este respecto, recalca que el sujeto del Derecho militar no es propiamente el militar, sino todo individuo que se pone en contacto con sus preceptos. Las normas jurídico-militares pertenecen al Derecho público y se derivan de un principio del Derecho que no es tratado por los poderes del Estado, ni el ejecutivo ni el judicial. Dicho principio es la necesidad de emplear la fuerza del Estado, organizada del modo más eficaz posible, para defender la existencia de la nación, de la que el Estado es la representación jurídica, contra enemigos exteriores o interiores. En este principio se basa el Derecho militar y le da su fisonomía propia frente a otros derechos. En este punto cita Salcedo a Amadée Le Faure, quien escribió que la ley militar es una ley de salud pública apoyada sobre la necesidad social<sup>6</sup>.

Pero el principio de necesidad social no se aplica solo a las leyes penales, sino que también es inspirador de todo un conjunto de recompensas, honores y ventajas positivas que estimulan al hombre de guerra en el cumplimiento de sus deberes. Este mismo principio de necesidad se impone a la hora de dotar a un Ejército; el Estado ha de vivir, y por tanto defenderse, y ese es el principio fundamental del Derecho militar. Este principio arranca de la misma vida social y es suficientemente fecundo para crear complejas relaciones e innumerables reglas, leyes y códigos, por lo que establece todo un Derecho de incuestionable sustantividad.

El Derecho militar moderno se basa en el romano, y el español en concreto ha conocido cuatro grandes fases. En un primer momento, las leyes militares formaron parte de los Códigos generales medievales, tales como el Fuero Juzgo, el Fuero Viejo, los Fueros municipales, o Leyes de los Adelantados Mayores; una segunda fase incluiría las Partidas, las Ordenanzas y los Bandos. El tercer periodo comienza con las Ordenanzas Generales de Felipe IV, a las que siguieron las dos de Felipe V (1701 –llamadas Segundas de Flandes– y 1728) y las de Carlos III de 1768, en realidad una reforma de las de 1728. El cuarto periodo se inicia con la Revolución francesa. A continuación el autor hace una disquisición histórica sobre los abusos de otros tiempos y menciona como se han intentado corregir estos con las leyes de reclutamiento y reemplazo, la Ley constitutiva del Ejército, la de Tribunales de Guerra, y el Código de Justicia Militar de 1890, entonces vigente.

---

<sup>6</sup> Amadée Le Faure (1838-1881), político francés, autor de varias obras de temática militar y fundador del *Année Militaire*. Se ocupó de la organización del Ejército y fue el promotor del servicio de los tres años.

La base moral de las instituciones militares, continúa, es el patriotismo, que brota del amor racional y ferviente a la comunidad política de que somos parte y al solar histórico de cada país. El patriotismo inspira el deseo de servir a la nación, cumpliendo sus leyes, procurando su progreso y fomentando el estudio de los problemas que le afectan. Pero, se lamenta Salcedo, ni el Derecho militar se explica en las universidades, ni en los institutos y escuelas se inculca a los niños las máximas de moral patriótica y militar que son su fundamento educativo. Concluye el discurso diciendo que al Ejército se le debe amar como a nosotros mismos, pues el Ejército es todos nosotros puestos en hermandad de raza y tradición para disfrutar pacíficamente del territorio que nos legaron los antepasados, para no dejar de ser independientes y para desarrollar libre y ordenadamente nuestras facultades y nuestro trabajo.

Por otra parte, y valga como muestra de sus polifacéticos saberes e intereses, Ángel Salcedo participó en una discusión académica que tuvo lugar entre octubre de 1913 y junio de 1914 con el título «La filosofía estoica y el libre albedrío»; en dicha discusión tomaron parte seis académicos además del propio Salcedo, a saber: Melchor Salvá, Eduardo Sanz y Escartín, Adolfo Bonilla, Alejandro Groizard, Gumersindo de Azcárate y Álvaro López Muñoz<sup>7</sup>. La discusión la comenzó Salvá, debido a los comentarios del francés Marcel Dieulafoy en la Academia de Ciencias Morales de Francia sobre la presciencia, la predestinación y el libre albedrío en los clásicos españoles y en el Corán. En esta discusión las intervenciones de Salcedo giraron en torno a la influencia del estoicismo en la literatura picaresca española, y la identificación del sabio descrito por Séneca con el superhombre de la filosofía alemana, aunque al final acabó disertando sobre el materialismo y la obra de Gustave Le Bon *Psicología de la educación*, tema que no le era ajeno en absoluto, pues ya se ha señalado que fue Consejero de Instrucción Pública.

---

<sup>7</sup> «La filosofía estoica y el libre albedrío», en *Extractos de Discusiones de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, t. IX (1916); las intervenciones de Salcedo en págs. 58, 73, 85, 181 y 199.



**TEXTOS**



# **DOCUMENTACIÓN**



## DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO

José-Leandro Martínez-Cardós Ruiz  
*Letrado Mayor del Consejo de Estado*

### SUMARIO

- I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL: I. Comentario general.
- II. Doctrina legal: Riesgo y ventura contractual y alza de precios

## I. COMENTARIO GENERAL DE DOCTRINA LEGAL

### 1. *SOBRE LAS PRESTACIONES PATRIMONIALES PÚBLICAS*

La incorporación de normas y modelos organizativos de Derecho europeo está comportando la proliferación de esquemas de ejercicio privados de funciones públicas. Los particulares asumen con naturalidad el desempeño de actividades tradicionalmente reservadas, por razón de su titularidad, a las administraciones públicas. Ahora bien, dicha asunción no comporta su íntegra privatización sino que, en muchas ocasiones, conservan resabios de índole pública. Se hace así preciso, de una parte, construir nuevas figuras conceptuales en las que incardinar los nuevos modelos organizativos que van surgiendo muchas veces de manera dispersa y, de otro lado, conjugar adecuadamente técnicas de Derecho privado y de Derecho público que hasta la fecha tenían ámbitos perfectamente delimitados y eran frecuentemente excluyentes entre sí.

Uno de los ámbitos en que la situación expuesta tiene mayor incidencia es el ámbito de financiación de las referidas actividades encomendadas a particulares que ejercen funciones públicas. Y es que, frente a las concepciones tradicionales en las que dichos particulares se calificaban sin más como vicarios administrativos y les resultaban de aplicación mutatis mutandis las regulaciones propias de las administraciones públicas, hoy las situaciones son mucho más diversas y complejas. El ejercicio privado de funciones públicas ha adquirido tintes en los que, en muchas ocasiones, el sujeto que las ejerce mantiene íntegramente su carácter privado y difícilmente es calificable de vicario administrativo. Ahora bien, esta situación no va acompañada de un completo sometimiento de su régimen de financiación a las reglas de Derecho privado. Antes al contrario, por razones diversas, los ingresos que perciben se califican de públicos. Se quiebra así la tradicional identidad entre ingreso público y sujeto público receptor sin que tal quiebra comporte la inexistencia de una relación jurídica de Derecho público entre el obligado al abono de las correspondientes prestaciones y el mencionado receptor.

En varias ocasiones, el Consejo de Estado ha tenido ocasión de examinar supuestos en los que se han suscitado dificultades de calificación y articulación jurídica de dichos ingresos públicos. Así, con ocasión del dictamen 1041/2013, de 28 de noviembre, se abordó la cuestión incardinando los ingresos percibidos por una entidad de forma privada, a la que se encomendaba la asignación de determinadas autorizaciones administrativas (*slots*) a las compañías aéreas, como prestaciones públicas.

La calificación de determinados ingresos percibidos por una entidad privada que ejerce funciones públicas como prestación patrimonial pública no es baladí pues su establecimiento y la determinación de sus elementos esenciales están reservados a la ley por exigencia del artículo 31.3 de la Constitución, como ha señalado el Tribunal Constitucional en reiterados pronunciamientos (por todas, sentencia 185/1995, de 14 de diciembre).

La categoría de prestación patrimonial de carácter público resulta controvertida jurisprudencial y doctrinalmente. Se ha llamado la atención sobre el hecho de que el artículo 31.3 de la Constitución, apartándose de nuestra tradición constitucional y legal en la que el objeto de la reserva de ley se establecía por referencia a categorías tributarias concretas o a la genérica de tributo, utiliza la expresión «prestación patrimonial pública». Este hecho ha suscitado la cuestión de si el concepto se identifica con el de tributo o si, por el contrario, es distinto.

La jurisprudencia constitucional no ha sido ajena a dichas dudas y vacilaciones. Así, en ocasiones, ha afirmado (sentencias 233/1999, de 13 de

diciembre y 106/2000, de 4 de mayo) que prestación patrimonial pública y tributo son sinónimos, de tal suerte que son una misma figura, cuyas notas características definitorias consisten en ser ingresos públicos pecuniarios exigidos por una Administración Pública como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho al que la ley vincula el deber de contribuir con el fin de obtener los ingresos necesarios para el sostenimiento de los gastos públicos. Su exigencia y percepción corresponden siempre a una Administración Pública.

En otras ocasiones –y más frecuentes–, el Tribunal Constitucional (sentencias 185/1995, de 14 de diciembre, 182/1997, de 28 de octubre, 63/2003, de 27 de marzo, 102/2005, de 20 de abril y 121/2005, de 10 de mayo) ha sostenido que ambas expresiones no son sinónimas, siendo la prestación patrimonial pública el género y el tributo, una de sus especies, pues es impensable, conforme a una interpretación sistemática, que la Constitución se refiera a las mismas cosas en el artículo 33.1 –que habla de prestaciones patrimoniales públicas– y en el artículo 133.1 –donde emplea el término tributos–. Por tanto, el Tribunal ha concluido que ambos preceptos se refieren a figuras diferentes con dos características comunes: la necesidad de su establecimiento a través de ley y la coactividad. Las prestaciones patrimoniales públicas son, según este criterio, ingresos de Derecho público que deben ser establecidos por ley y que son coactivos y los tributos, una especie del género, que tiene como característica adicional y propia el estar basados en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlos.

Así las cosas, la prestación patrimonial de carácter público existe cuando hay una imposición coactiva de la prestación patrimonial, es decir, un establecimiento unilateral por parte del poder público sin el concurso de la voluntad del sujeto llamado a satisfacerla –lo que es el elemento determinante de la exigencia de reserva de ley–, una imposición coactiva de dicha obligación (sentencia 185/1995, de 14 de diciembre) y una finalidad pública justificativa (sentencia 182/1997, de 28 de octubre).

A la vista de lo expresado, para el Tribunal Constitucional, la nota característica de las prestaciones patrimoniales de carácter público como categoría jurídica es la coactividad (sentencia del Tribunal Constitucional 185/1985, de 14 de diciembre). Este término presenta dos perspectivas, a saber:

a) Por una parte, hace referencia al modo mismo de establecimiento de la prestación, dispuesta de forma unilateral por los poderes públicos, sin que intervenga para nada la voluntad de los ciudadanos, con indepen-

dencia del régimen jurídico –público o privado– de la relación de que se trate –pues tiene carácter meramente instrumental–, del sujeto perceptor –entidad pública o sujeto privado– y del obligado al pago. La coactividad se concibe como un concepto material, apreciable en cada caso concreto, pues, para verificar si concurre o no, se atiende exclusivamente a si el obligado tiene libertad real de contratar o hacer uso del servicio –lo que no deja de conllevar el peligro de que la calificación dependa excesivamente de las circunstancias de tiempo, lugar y sector considerados–. Por ello, deben considerarse impuestas coactivamente las prestaciones pecuniarias derivadas de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por entes en posición de monopolio de hecho o de derecho. No excluye la coactividad la abstención de realizar el supuesto de hecho al que se vincula la prestación, pues esta libertad es ilusoria, ya que comportaría la renuncia a bienes, servicios o actividades esenciales para la vida privada o social (sentencia 185/1995, de 14 de diciembre).

b) Por otra parte, hace alusión a los procedimientos de exigencia de pago. De este modo, si no se realiza de forma voluntaria y espontánea, los poderes públicos pueden exigirlo de forma forzosa (a través de la vía de apremio). Ahora bien, esta característica no es predicable de toda prestación patrimonial de carácter público, sino solo cuando se previene específicamente frente a lo que ocurre cuando se trata de tributos.

Una de las características comunes de las prestaciones patrimoniales de carácter público y de los tributos es que son impuestas por los poderes públicos, pero unas y otras pueden diferir sin embargo en cuanto al sujeto que las exige y percibe. En el caso de tributos, el perceptor necesariamente ha de ser una entidad pública, frente a las prestaciones patrimoniales de carácter público en las que los poderes públicos pueden establecerlas en beneficio de otros poderes públicos o sujetos privados, según se deduce de lo declarado por el Tribunal Constitucional en la sentencia 182/1997, de 28 de octubre.

Afirmada conforme a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional citados, la existencia autónoma de la figura de la prestación patrimonial de carácter público, su sustantividad hay que encontrarla en la necesidad de acudir a nuevas fórmulas de financiación pública distintas de los tributos. La asunción de nuevos compromisos de gasto solo puede ser financiada con figuras que no estén basadas en el principio de capacidad económica, sino en otros principios como el del beneficio. La figura sirve para dotar de cobertura a nuevos modos de obtención de ingresos –la denominada nueva parafiscalidad–. Al exigirse su establecimiento a través de la ley, se les

somete a cierto orden. De ahí que sean incardinables en su concepto los pagos exigibles tanto cuando se derivan de la necesidad de acceder a bienes, servicios o actividades que son esenciales para la vida privada, como cuando son consecuencia de la utilización de bienes, servicios o actividades prestadas o realizadas por poderes públicos en posición de monopolio de hecho o de derecho –y siempre con independencia de la condición pública o privada del sujeto receptor–.

No puede dejar de señalarse que el establecimiento por ley de las prestaciones patrimoniales públicas no orilla todas las dificultades que se derivan de la proliferación de este tipo de ingresos públicos. La falta de una regulación general y unitaria de las prestaciones patrimoniales públicas que asegure la existencia y aplicación de unos criterios generales, claros y objetivos, en la materia constituye un grave peligro para la seguridad jurídica. Se corre el peligro de que se repitan las situaciones indeseables conocidas en otro tiempo en la práctica totalidad de los ordenamientos –y también en el español– derivadas de la proliferación de figuras parafiscales.

En efecto, como es conocido, la ampliación de los fines y cometidos del Estado, de carácter económico, comportó que, junto a los tributos clásicos –basados en el principio de capacidad económica» destinados a financiar los fines tradicionales de la actividad pública surgieran otras figuras, asentadas en los principios del interés o del beneficio que para los usuarios tenía la labor desarrollada por el Estado, llegándose a configurar la existencia de dos Haciendas paralelas, la tradicional y la parafiscal. La parafiscalidad, como se puso de manifiesto doctrinalmente, fue un fenómeno íntimamente asociado al eclipse de las instituciones democráticas al permitir la creación de figuras al margen de la ley, al fragmentar el régimen jurídico y económico de los ingresos en la misma Administración Pública y al atribuir su gestión a entidades no integradas en esta. Todo ello trajo una grave quiebra del Estado de Derecho pues se vulneraron los principios tributarios tradicionales, los presupuestarios clásicos y se privó a los ciudadanos de los sistemas de impugnación generales existentes frente a unas exacciones que recibieron una calificación distinta de la tributaria pese a ser materialmente tales.

Hoy, como se ha señalado, tales peligros se ciernen nuevamente sobre el ordenamiento. No se trata ya, como antaño, de la aparición de exacciones destinadas a retribuir a funcionarios públicos sino que, hogaño, las nuevas prestaciones patrimoniales públicas financian todo tipo de actividades estrictamente privadas. Se hace pues preciso asegurar la existencia de una regulación unitaria que, sin perjuicio de las singularidades propias de las distintas actividades y sujetos perceptores, establezca unos criterios

claros y ciertos que garanticen la vigencia de los principios tributarios tradicionales –debidamente modulados en atención a las circunstancias concurrentes en las nuevas figuras– y asegure al ciudadano la disponibilidad de los medios eficaces para impugnar en su caso unas liquidaciones que materialmente participan o se asemejan a los tributos, aunque formalmente se califiquen como realidades distintas.

*2. SOBRE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS FORMULEN REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN (REQUEST FOR INFORMATION) PARA DETERMINAR EL OBJETO DE LA PRESTACIÓN EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS*

La decisión y gestión de adquisiciones en el seno de las organizaciones públicas y privadas se articula en tres procesos sucesivos encaminados, el primero, a planificar las compras de bienes y servicios, analizando su necesidad; el segundo, a planificar la contratación; y, el tercero, a seleccionar los proveedores y a adjudicar y ejecutar el contrato.

El *proceso de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios* requiere la existencia de una certeza sobre la necesidad de llevarlas a cabo. Esta certeza se alcanza tras un examen de sus pros y contras, de la imposibilidad de satisfacer las necesidades por los propios medios de la organización y de definir los requisitos de los bienes y servicios a adquirir.

El *proceso de planificación de la contratación* tiene dos ámbitos: uno, material, encaminado a determinar con exactitud las características del objeto del contrato –de manera que puedan ser satisfechas de la manera más adecuada para el comprador por los oferentes–; y a establecer los criterios de evaluación de las ofertas; otro, formal, para aprobar los instrumentos documentales en los que se especifican las condiciones jurídicas y técnicas de la prestación y para asegurar la existencia de fondos económicos con los que afrontar el pago de los servicios a contratar.

El primero de los ámbitos señalados tiene pues como finalidad definir las características del objeto del contrato que se pretende licitar, a fin de asegurar que, con base en estas, las finalidades perseguidas se satisfarán de la manera más adecuada y eficiente.

En ocasiones, el adquirente de los bienes y servicios tiene conocimiento exacto tanto de las características de estos como de las técnicas y modos de prestación ofrecidas en el mercado por las empresas que pueden suministrarlos. Pero, de ordinario, el comprador carece de ese conocimiento completo y cabal de las cosas. Esta situación se da también con frecuencia en el caso de las administraciones públicas. Así, a los compradores, les

resulta útil conocer la experiencia y los saberes de los eventuales oferentes para aprovecharlos a la hora de definir las características del bien o servicio a adquirir y así satisfacer mejor sus necesidades.

Los instrumentos empleados en el ámbito de la contratación para obtener información de los eventuales oferentes son varios, a saber:

- a) *Request for information* (RFI): solicitud de información.
- b) *Request for proposal* (RFP): solicitud de propuesta.
- c) *Request for quotation* (RFQ): solicitud de presupuesto.
- d) *Invitation for bid* (IFB): solicitud para ofertar.

A los efectos de la presente nota, interesa especialmente el primero de los instrumentos citados: el requerimiento de información (*request for information*).

El proceso de solicitud de información suele venir definido en la práctica contractual por las dos siguientes características: de un lado, el establecimiento de mecanismos que generen incentivos a las empresas para participar del RFI –establecer un criterio de evaluación que otorgue puntos adicionales a los participantes en el RFI–, sin que esta participación comporte una barrera de entrada al proceso de licitación. Y, de otro, la amplia difusión del proceso, a fin de asegurar la celebración de intercambio de información –a través de reuniones de discusión y contacto– entre el futuro comprador y el eventual ofertante.

En la legislación de contratos públicos, los procesos de planificación de compras y adquisición de bienes y servicios, de planificación de la contratación y de selección del contratista tienen un grado de regulación y formalización muy distinto. El primero no está ni formalizado ni sometido a ningún tipo de procedimiento administrativo de carácter rígido. El de planificación de la contratación, por el contrario, está formalizado en algunos aspectos, en especial, en los económico-presupuestarios y se plasma en el expediente administrativo de contratación encaminado a asegurar la existencia de crédito suficiente con el que afrontar el gasto derivado de la adquisición. Finalmente, el proceso de selección, adjudicación y ejecución del contratista está rigurosamente reglado.

Se ha suscitado en la práctica administrativa la cuestión de si es posible articular un proceso de requerimiento de información a empresas (*request for information*) en el proceso administrativo de gestión de adquisiciones o, en otros términos, en el procedimiento administrativo de contratación.

Para resolver la cuestión, ha de partirse del hecho de que, salvo en el caso del diálogo competitivo, la Ley de Contratos del Sector Público –ar-

título 179 del Texto Refundido, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre— no contempla ninguno de los instrumentos para obtener información antes enumerados, con las excepciones de las invitaciones a ofertar —*invitation for bid (IFB)*— propias del procedimiento restringido y del diálogo competitivo —*request for proposal*—.

De cualquier modo, en ambos casos, los citados instrumentos de obtención de información se insertan en el proceso de selección del contratista y adjudicación del contrato y no en la fase previa de determinación de su objeto y de las características de la prestación.

Por el contrario, la sede propia del requerimiento de información (*request for information*) es otra; es el proceso de planificación del contrato; esto es, se inserta en la fase administrativa interna de determinación de su objeto y de definición de las características de la prestación.

Como se ha señalado, respecto de esta fase, la Ley de Contratos del Sector Público —artículo 109 y siguientes— y la legislación presupuestaria se limitan a establecer que la celebración de los contratos requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente administrativo, que se iniciará por el órgano de contratación. En dicho expediente, se justificará la necesidad del contrato y se incluirán el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas así como el certificado de existencia de crédito o documento que legalmente le sustituya.

Por otra parte, el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público previene que:

«1. Los entes, organismos y entidades del sector público no podrán celebrar otros contratos que aquellos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de sus fines institucionales. A tal efecto, la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas, deben ser determinadas con precisión, dejando constancia de ello en la documentación preparatoria, antes de iniciar el procedimiento encaminado a su adjudicación.

2. Los entes, organismos y entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y

el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley.».

A la vista de la regulación expuesta, es palmario que la Ley de Contratos del Sector Público no contempla expresamente la figura del requerimiento de información (*request for information*) en su articulado. Tampoco lo prohíbe.

Cabe entonces plantearse si es posible insertarlo en el procedimiento administrativo de contratación. La respuesta a la cuestión suscitada debe ser afirmativa. El instrumento del requerimiento de información (*request for information*) puede insertarse en el procedimiento administrativo de contratación. Dos razones abonan este parecer, a saber:

a) El *request for information* es una figura contemplada por las normas jurídicas europeas, que preconizan su establecimiento con carácter general en el ámbito de las relaciones contractuales públicas y privadas como método adecuado para favorecer la eficiencia económica. Así, se contempla en el artículo 2.302 del Proyecto de Código Contractual Privado Europeo, en el Plan de Acción sobre un Derecho europeo de contratos más coherentes, hecho por la Comisión Europea en enero de 2003, y en el *Draft Common Frame of Reference*, de 2008.

b) El *request for information* es un instrumento adecuado para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley de Contratos del Sector Público en el sentido de que las necesidades que pretenden satisfacerse con los contratos y la idoneidad de sus objetos y contenidos deben determinarse con exactitud, velándose en todo caso por la eficiencia, valorando la innovación y la incorporación de la alta tecnología y promoviendo la participación de las empresas.

En síntesis, el requerimiento de información se configura como un instrumento adecuado para satisfacer los objetivos establecidos – y antes citados–, con carácter general, tanto por la legislación comunitaria como por la legislación nacional.

No constituye obstáculo para la introducción de la figura del requerimiento de información en el seno del procedimiento administrativo de contratación el hecho de que no esté legalmente contemplado en la Ley de Contratos del Sector Público.

Como se ha señalado, la sede propia de la inserción del instrumento es la fase previa al proceso de selección del contratista; es decir, la fase administrativa interna en la que se define con exactitud el contenido del

objeto o prestación contractual y se determinan sus características técnicas, luego plasmadas en los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas.

A la hora de conformar los trámites de dicha fase, la Administración tiene libertad de hacerlo –sin perjuicio del contenido mínimo que previene el artículo 109 y siguientes de la Ley de Contratos del Sector Público– y nada impide que se sirva de cualesquiera instrumentos que se ofrecen en práctica comercial para mejor formar su juicio sobre el objeto del contrato a celebrar, entre los que encuentra el *request for information*.

Este instrumento resulta de posible aplicación a todos los tipos contractuales y procedimientos de selección previstos legalmente, si bien, como se ha señalado, carece de sentido utilizarlo en el diálogo competitivo, puesto que el requerimiento de información se ve embebido en la solicitud de propuesta contractual (*request for proposal-RFP*) previsto en él.

La inserción de un proceso de *request for information* en la fase interna del procedimiento administrativo de contratación –en concreto, en la fase denominada legalmente expediente administrativo de contratación– es por consiguiente admisible conforme a nuestra legislación contractual pública. Su adecuada utilización no comporta, en principio, infracción de los principios rectores de la contratación. Esta adecuada utilización implica que su aplicación quede sujeta a diversas reglas extraídas de las recomendaciones y de legislación comunitaria aplicable<sup>8</sup>, a fin de asegurar los principios de igualdad y concurrencia según opinión doctrinal y administrativa unánime.

En concreto, el requerimiento de información debe dirigirse a una pluralidad de sujetos –no es admisible el requerimiento a uno único–. Puede articularse, bien mediante su difusión o publicación general –de tal suerte que cualquier empresa pueda participar–, bien mediante invitaciones concretas –a la manera de las invitaciones a ofertar propias del procedimiento restringido–.

A la hora de practicarse, la Administración debe proporcionar los mismos datos sobre las necesidades que hay que satisfacer a todos los invitados a participar. Las solicitudes de información sobre las soluciones a alcanzar deben ser también iguales para todos los requeridos, asegurando su igualdad de trato.

Los requerimientos de información pueden estar referidos a todos o solo a algunos de los aspectos del contrato.

---

<sup>8</sup> Así la Comisión Europea, Sistema de soporte a la decisión de las Autoridades Públicas en la gestión de adquisiciones, Rapport, 2009, etc.

El modo de recibir la información de los participantes en el proceso puede ser formal –por escrito por parte de los invitados a facilitarla– o informal –verbal o mediante reuniones–, conjunta –de todos o varios de los participantes– o individual.

En todo caso, durante el proceso –y aún después–, la Administración no puede revelar a los participantes en el proceso las soluciones propuestas por los otros intervinientes, de tal suerte que las soluciones aportadas solo serán conocidas íntegramente por aquella quien las ponderará y las incorporará, en su caso, a la hora de definir el objeto del contrato.

El requerimiento de información no puede comportar la generación de incentivos o ventajas para las empresas participantes a la hora de adjudicarse los contratos. En otros términos, no puede reconocerse como criterio preferente de adjudicación o como valor ponderable favorable a la misma el hecho de haber participado en el proceso de requerimiento de información.

Tampoco cabe que, del proceso de requerimiento de información, resulte un objeto contractual tan concreto y delimitado que solo se ajuste a las características técnicas de uno de los requeridos, de tal suerte que, de facto, queden excluidos otros eventuales oferentes. El resultado del requerimiento de información debe concretarse en la introducción de características genéricas, exigencias generales o fórmulas abstractas que aseguren una mejor satisfacción de los intereses públicos.

Finalmente, algunos consideran que quienes dirigen el procedimiento de requerimiento de información no pueden formar parte del órgano de selección o propuesta de selección del contratista. Este criterio encuentra un fundamento más específico en las reglas reguladoras de los conflictos de intereses que en la legislación contractual. En esta, no existe prohibición alguna, de manera que no es de obligada observancia, según el parecer mayoritario.

Expuesto lo que antecede, se puede concluir que no existe obstáculo legal alguno para servirse del instrumento del requerimiento de información a las empresas (*request for information*) en los procedimientos de contratación de cualesquiera obras, suministros o servicios a celebrar por las administraciones públicas.

Dicho requerimiento debe insertarse en la fase interna del procedimiento administrativo de contratación; esto es, en la fase denominada expediente administrativo de contratación. Las administraciones públicas tienen amplias facultades para conformar el modo de articularlo, si bien deben observarse los requisitos y limitaciones establecidas en el número anterior de esta nota. En ningún caso, la participación en el proceso de re-

querimiento de información puede comportar preferencia o ventaja alguna para las empresas participantes en el mencionado proceso a la hora de la adjudicación del contrato.

En todo caso, sería deseable que se promoviera la correspondiente iniciativa normativa a fin de articular la inserción de los distintos sistemas de requerimiento de información en los procedimientos de contratación para impulsar su utilización y orillar eventuales dudas a la hora de su empleo.

## II. DOCTRINA LEGAL

«I.- Se somete a consulta una reclamación formulada por la empresa contratista de la Administración, Empresa Constructora, S. A., por el perjuicio económico derivado del incremento de los precios de los materiales bituminosos empleados en la ejecución de las obras de referencia, cuya cuantía comporta, a juicio de la empresa reclamante, una ruptura del equilibrio económico del contrato y excede a su juicio de lo que debe entenderse por principio de riesgo y ventura.

En este caso, además, la empresa reclamante aduce que el sobrecoste experimentado no ha quedado cubierto por la aplicación de ningún mecanismo compensatorio como es la cláusula de revisión de precios –ya que el plazo de ejecución del contrato era inferior a un año–. En otros términos, pretende que, al amparo de la doctrina del *rebus sic stantibus*, se le resarza el incremento de esos precios respecto de los que se contemplaban en el presupuesto del proyecto de la obra adjudicada.

II.- El Consejo de Estado ha señalado reiteradamente con ocasión del despacho de expedientes similares al ahora examinado que todo contrato establece una relación jurídica entre las partes, como regla general, inalterable y obligatoria (artículos 1.254, 1.256 y 1.258 del Código Civil). En el caso del contrato de obras, uno de los elementos esenciales de la relación jurídica que liga a las partes es el de que la ejecución de los trabajos se hace a riesgo y ventura del contratista, sin que a la Administración “le importe para nada el desarrollo de su ejecución y las incidencias que pudieren surgir”, por utilizar las palabras del artículo 26 de la Real Orden de 14 de abril de 1836. La única excepción a la vigencia del principio de riesgo y ventura es la fuerza mayor –que no es el caso–.

En otros términos, el contratista está obligado a construir la obra pública, asumiendo los eventuales riesgos derivados de su ejecución y pérdida, salvo en el caso de fuerza mayor. La referida regla de la construcción de

la obra a riesgo y ventura del contratista comporta que el adjudicatario se beneficie de las ventajas y rendimientos de la actividad que desarrolla y se perjudique con las pérdidas que pudieran derivarse de su quehacer empresarial en la gestión de la labor pública o de interés público que tiene encomendada. La Administración permanece pues ajena a la suerte o desventura del contratista. Lo que sí hace la Administración es garantizar la indemnidad de las prestaciones económicas del contratista a que se obliga en virtud de la relación contractual mediante la técnica de la revisión de precios (cuando resulte de aplicación) que no es sino una cláusula de estabilización, de las llamadas de índice, directamente encaminada a proteger contra la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Lo expuesto no significa que la regla del riesgo y ventura del contratista no tenga sus naturales límites, determinados por la vigencia del principio de equilibrio económico-financiero. El contrato de obras está sujeto, como se ha indicado, al criterio general de la obligatoriedad. Y la obligatoriedad de las prestaciones debidas por las partes cede en el caso de que su cumplimiento resulte excesivamente oneroso, hasta el punto de alterar los presupuestos del negocio (la propia base del negocio) o sus condiciones (cláusula *rebus sic stantibus*). Debe tratarse de una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual (*bouleversement*, decía el Consejo de Estado francés en su *arrêt* de 27 de junio de 1919). La gravosa onerosidad puede tener un origen vario, bien en decisiones de la propia Administración *factum principis*, bien en circunstancias ajenas a ésta, bien en la fuerza mayor. El Consejo de Estado no ha sido ajeno en nuestra patria a la construcción de la doctrina del restablecimiento del equilibrio económico en los contratos cuando se produce una quiebra total y absoluta del sinalagma establecido entre la Administración y el contratista. Desde el Real Decreto Sentencia de 20 de junio de 1840, recaído en el asunto de Portazgo de Soncillo, hasta los dictámenes más recientes, el Consejo de Estado ha señalado que la alteración de las circunstancias existentes en el momento de la conclusión de los contratos de tracto sucesivo puede dar lugar a una revisión de su contenido, pero ello sólo es posible cuando, además de no tener adecuada compensación mediante el instrumento ordinario de la revisión de precios, el riesgo concretado no es normal, sino patológico y desmesurado, de tal suerte que lo desbarata completamente y se quiebre enteramente el equilibrio contractual (Dictámenes 3205/2003 de 20 de noviembre y 635/2005 de 5 de mayo). Es por tanto esta doctrina la que ha de examinarse para su aplicación en este concreto supuesto. El principio de riesgo y ventura

que rige la actuación económica de la contrata no cede ante una alteración sobrevenida de las circunstancias sino cuando ésta (fuera de los supuestos de fuerza mayor) es de tal índole que comporta una quiebra radical del equilibrio económico financiero contractual, por su excesiva onerosidad, por su imposible compensación mediante los mecanismos contractuales regulares (la revisión de precios cuando procede entre otros), y por suponer una frustración completa de los presupuestos contractuales (todo ello conjuntamente).

III.- En el presente caso no puede concluirse que se haya producido esa quiebra. Como el Consejo de Estado ha mantenido en sus recientes dictámenes 953/2011, 954/2011, 64/2012, 65/2012, 169/2013, 267/2013, 370/2013 y 716/2013, entre otros, la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, como límite a la aplicación del principio de riesgo y ventura, no puede trasladarse sin más a otra construcción jurídica, la de la excesiva onerosidad, aplicable a las prestaciones caracterizadas por la conmutatividad contractual. El ordenamiento español nunca ha incorporado versiones de esta índole como otros cercanos que se orientan en esta línea. Pero aún en este planteamiento tampoco sería de aplicación ese límite (el de la excesiva onerosidad) cuando no se ha pretendido por el afectado, en el curso del periodo contractual de cumplimiento, ninguna medida para hacer frente al mismo, cual podría haber sido la de suspensión de la obra (para poder realizar un acopio de materiales de modo más adecuado en su precio). En el contrato de obra pública la obligación principal es la de ejecutar la misma, no la del suministro de materiales, y el precio no se fija por el de los materiales, sino por el de la realización de ese servicio (la obra). La conmutatividad de las prestaciones se mide en la correspondencia del precio al servicio, no a los materiales de que se provee quien lo presta. Y tampoco, en modo alguno, se ha puesto de manifiesto aquí por la contrata, ni por ninguno de los informes, que se haya incurrido en un posible enriquecimiento injusto (por razón precisamente de la aportación de esos materiales a la obra).

Por todo ello, el Consejo de Estado considera que no procede indemnizar en el caso presente. La construcción jurídica en que se fundamenta la reclamación atiende a una suerte de ponderación del grado de asunción del propio riesgo y ventura, valorando la baja, el coste efectivo de materiales empleados, el porcentaje de utilización de medios empresariales, y factores similares. Pero ese criterio no se corresponde al acogido por la legislación en vigor. Este tipo de reclamaciones solo cabría si quedase acreditada una concurrencia de circunstancias del tipo extraordinario que supone la

doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*; y no es posible extender, sin quebrar el espíritu y la letra de la ley, ese supuesto al de solo una excesiva onerosidad.

No se trata de reequilibrar económico financieramente el contrato, sino de estar a lo pactado, la ejecución de una obra a riesgo y ventura de la contrata. Y el principio de riesgo y ventura no está sometido a grados ni escalones. No se trata de hacer una valoración de la subjetiva estimación empresarial para una obra en concreto, ni tampoco de indagar acerca de parámetros objetivos en los que encajar esa previsión mercantil. En el régimen contractual español la postura de la contrata se refleja en una auténtica oferta y es la Administración quien la acepta mediante la adjudicación. La posible representación errónea de las circunstancias que para sí realice la contrata, a fin de competir con otras en su oferta, tiene su significado estricta y exclusivamente en su ámbito interno. De otro modo se subvertiría en el procedimiento de adjudicación contractual, pues toda baja, se corregiría posteriormente al alza, eliminándose de hecho la libre competencia en la adjudicación, penalizando al más eficiente frente a quien opera con mayor ligereza en la presentación de sus ofertas.

En la contratación de obras públicas se mantiene como principio esencial del contrato el de riesgo y ventura de la contrata y éste supone que sea la mercantil adjudicataria la que valore las circunstancias de mercado y decida, asumiendo su riesgo empresarial acerca del modo y ritmo de ejecución de la obra, de que resultará su beneficio. Entrar en el examen de cual sea el normal en estos casos (que oscila entre el 3 al 7% según las instituciones que realizan las estadísticas) lleva a desnaturalizar ese principio esencial. La Administración no garantiza un beneficio empresarial, ni de ello se trata en el contrato de obra. La formación de precios para el presupuesto contractual se hace precisamente conforme a los adecuados al mercado en el momento de formarse ese presupuesto, previéndose en ocasiones –no en el caso presente– variaciones normales de mercado en los mismos mediante las cláusulas de revisión de precios.

IV.- Por todo lo expuesto, no apreciándose en el caso sometido a consulta una onerosidad tal que, además de obedecer a una causa imprevisible o de ordinario injustificable, rompa el efectivo equilibrio de las prestaciones y trastoque completamente la relación contractual, el Consejo de Estado considera que procede desestimar la reclamación formulada por Empresa Constructora, S. A.».

(Dictamen 520/2013)



# **BIBLIOGRAFÍA**



# **RECENSIÓN DE LIBROS**



**MILLÁN GARRIDO, ANTONIO, *Vida y obra de un jurista militar en el exilio. Ricardo Calderón Serrano (1897-1952)*, Editorial Reus, Madrid, 2014, 95 páginas**

Carlos Eymar  
*General auditor*

Antonio Millán Garrido, doctor en Derecho y catedrático de la Universidad de Cádiz, aunque ya desde hace años dejó de ejercer como miembro del Cuerpo Jurídico Militar, sigue manteniendo un alto nivel de producción científica en el ámbito del Derecho militar. Es, además, un gran divulgador de esta materia como lo acreditan sus conocidas obras sobre el delito de deserción militar o el de la objeción de conciencia y, sobre todo, su *Justicia Militar* (Ariel 2012) que va ya por su novena edición y que se ha convertido en la herramienta de trabajo cotidiana de muchos juristas militares. También, como complemento necesario de su vocación de jurista militar, hay que destacar la atención que Millán Garrido ha venido prestando desde hace años al Derecho militar comparado, especialmente en el ámbito latinoamericano. Han sido muchas sus contribuciones en esta Revista, relativas a diversos aspectos del Derecho militar en dichos países. La última referencia de esta actividad nos llegaba, de forma indirecta, en la recensión del libro *Jurisdicción Militar. Estudio latinoamericano del modelo de justicia*, (México, Porrúa, 2013) realizada por el capitán auditor José Antonio Rodríguez Santiesteban y publicada en el pasado número cien de esta Revista. Allí descubríamos que en ese libro colectivo coordinado por dos eminentes juristas mejicanos como el almirante Renato de Jesús Bermúdez Flores y el catedrático de Derecho militar de la Universidad Autónoma de México, Alejandro Carlos Espinosa, figuraba la participación de Millán

Garrido entre otros diecisiete juristas latinoamericanos. Se trataba de un libro surgido con un criterio abarcador del estado y perspectivas de la jurisdicción militar en Sudamérica, y en el que se buscó la participación de diversos representantes de los principales países latinoamericanos, incluido Brasil, o de la Corte interamericana de derechos humanos. Con esos presupuestos, la presencia de Millán Garrido como único representante europeo, junto al francés Brochard, nos da idea del prestigio del que goza nuestro compatriota en el ámbito del Derecho militar en aquellos países hermanos, aunque de un modo especial en México de donde partió la iniciativa.

A la luz de esos antecedentes resultaba casi inevitable que Millán Garrido se tuviese que topar, tarde o temprano, con la figura de Ricardo Calderón Serrano, con quien comparte, al menos, tres cosas: origen andaluz, pasión por el Derecho militar y cercanía con México. Pienso con ello que, con este librito cuidadosamente editado, además de divulgar la obra y la figura de un jurista militar, tan interesante como desconocida, Millán Garrido realiza una tarea de personal búsqueda de sí mismo. Es un libro, sin duda, hecho con cariño, desde esa cercanía personal que se revela en la cuidada labor de investigación y de recopilación de datos, en las fotos de expedientes, de la tumba de su biografiado o incluso de la lista de pasajeros del vapor que lo llevó hasta su exilio mexicano.

Es este de las biografías de miembros del Cuerpo Jurídico militar, o de estudios de determinados aspectos históricos vinculados a él, un campo de investigación poco explotado pero que, poco a poco, está comenzando a abrirse paso. Recordemos, entre otros trabajos, el de Miguel Alía Plana sobre la Historia del Cuerpo Jurídico de la Armada (2010), o el artículo de Ángel Serrano sobre la justicia en la División Azul, publicado en el nº 100 de la REDEM y en el que se hacía referencia a la actuación de determinados oficiales jurídico militares que intervinieron en la misma, basándose en sus expedientes personales. Especial mención merece también el artículo del académico Don Pablo Ramírez Jerez consagrado a Ángel Salcedo Ruiz, jurista militar y académico de la Academia de Ciencias Morales, que figura en el presente número. Precisamente a Ángel Salcedo y a su obra *Substantividad y fundamento del Derecho Militar* (1913), se hace referencia en el presente libro como precedente de las tesis de Calderón Serrano. Pues fue a éste a quien llegó a atribuirse, al menos en el ámbito latinoamericano, aquella tesis de la autonomía del Derecho Militar. Y, si como pone de manifiesto Millán Garrido, esa precedencia corresponde al General y jurista Octavio Véjar Vázquez que publicó su obra en 1936, lo cierto es que Calderón Serrano fue un efectivo divulgador de aquella teoría a través de

diversos trabajos monográficos, pero, sobre todo, en su obra más conocida y difundida en su cátedra de la Universidad Autónoma de México: *Derecho Penal Militar*, impresa en 1944.

Como indica su propio título, el libro de Millán se divide en dos partes: una consagrada a la vida y otra a la obra de Calderón Serrano. En cuanto a su vida, sus hitos más importantes fueron los siguientes: nacimiento en Marchena (Sevilla) el 12 de septiembre de 1897, ingreso en el Cuerpo Jurídico Militar en 1920, destinado, en 1934, como secretario de la Sala Sexta de Justicia Militar del Tribunal Supremo, donde le sorprende el inicio de la Guerra Civil; en 1936, por las autoridades de la República, es nombrado magistrado del Tribunal Supremo y Presidente suplente de los Tribunales populares de Madrid; desde Barcelona, en 1939, inicia el camino del exilio, primero a Toulouse y luego a México donde desembarca el 29 de mayo de 1940; en poco más de dos meses, y de forma excepcional, se le otorga la nacionalidad mexicana, el 3 de septiembre de 1940, y, dos semanas más tarde, ingresa en el Ejército mexicano con el grado de Teniente, iniciando una carrera de jurista militar que terminó con el empleo de General Brigadier Auxiliar del Servicio de Justicia Militar, concedido el 16 de mayo de 1952, dos semanas antes de su fallecimiento acaecido, repentinamente, el 1 de junio de aquel mismo año, cuando contaba cincuenta y cuatro años de edad. Paralelamente, a partir de 1944, en que fue nombrado catedrático de Derecho militar en la Universidad Nacional Autónoma de México, desarrolló una intensa actividad docente e investigadora.

En cuanto a su obra, el núcleo de la misma responde al desarrollo del extenso programa de la asignatura de Derecho Militar que se articulaba en tres partes. La primera dedicada a cuestiones generales de la disciplina y al estudio de los órganos jurisdiccionales. La segunda relativa al Derecho penal militar, parte general y parte especial. Y, por último, la tercera consagrada al Derecho procesal militar. Otra obra importante fue *El Ejército y sus tribunales* (1946) en la que Calderón hace una propuesta de organización de la justicia militar que se inspiraba directamente en el modelo judicial republicano que se mantuvo en España hasta 1939 y que luego ha sido adoptado en nuestro país a partir de 1987. De esta y de otras obras como las de *Derecho Penal Militar (Parte General)*, *Derecho Penal Militar (Parte especial)*, *Crímenes de Guerra. Las responsabilidades enjuiciadas en Nüremberg* y *Derecho Procesal Militar*, Millán Garrido va exponiendo las líneas maestras y diseccionando su contenido. Asimismo se destaca la labor realizada por Calderón como Jefe de redacción del *Boletín Jurídico Militar*, surgido en 1935, y que él contribuyó a desarrollar y a enriquecer con sus aportaciones a lo largo de la década de los cuarenta.

A modo de evaluación general de toda esta obra, Millán Garrido mantiene que el de Ricardo Calderón “no solo fue el primer tratado de Derecho militar en lengua hispana, sino que, setenta años después, sigue siendo – aún desfasada y, por tanto, con un valor meramente histórico – la única obra, dentro de la literatura jurídica española e hispanoamericana, en la que por un solo autor se estudia y expone todo el Derecho (judicial) militar, en sus vertientes orgánica, penal y procesal”.

Independientemente de destacar la posición relevante de Ricardo Calderón en la Historia del Derecho militar, esta obra de Millán Garrido constituye un verdadero estímulo para el establecimiento de lazos, mecanismos y procedimientos de cooperación con los países latinoamericanos, aunque solo sea en ámbitos tan especializados y particulares como el del Derecho militar. El frío método del Derecho comparado esconde muchas veces un verdadero deseo de aproximación cordial entre países y culturas. Esta fibra cordial hacia México es la que encontramos en Ricardo Calderón y no solo por su condición de poeta, que queda solo sugerida en el libro de Millán Garrido. Ricardo Calderón fue uno de los personajes que integraron esa magnífica generación de intelectuales del exilio español en México. Millán Garrido nos descubre que la Universidad Nacional Autónoma de México incluyó a Calderón entre los juristas honrados con un recinto en la Facultad de Derecho: El Aula “Maestros del Exilio Republicano Español”. Allí, aparte de Ricardo Calderón, encontramos nombres como los de Alcalá-Zamora, Jiménez de Asúa, José Gaos, Victoria Kent, Recasens Siches, Wenceslao Roces... y de tantos otros que tras consagrar lo mejor de sus energías al servicio de México, fueron enterrados en el Panteón Español, como si pidieran a gritos que, desde España, no los olvidásemos. Por eso el libro de Millán Garrido tiene que ser apreciado como una saludable dosis de recuerdo.

# **NOTICIAS DE REVISTAS**



## NOTICIA DE REVISTAS

José Leandro Martínez-Cardos Ruiz

### SUMARIO

- A) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO;
- B) CUESTIONES PENALES

#### A) CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL Y HUMANITARIO

En el n.º 3 del vol. 56 (agosto de 2013) de *The Journal of Law and Economics*, se incluyen varios artículos de interés, entre los que cabe entresacar: «Media versus special interests» de Alexander Dick y David Moss; «The evolution of property rights: state law of informal norms?» de Ryan Bubb y «Racial Disparities in Job Finding and Offered wages» de Roland G. Fryer.

En el *International Journal of Constitutional Law*, vol. 11 (2013), n.º 4, se publican tres artículos de interés: «What comparativism tells us about originalism» de Lael K. Weis; «Constitutional reengineering: Dialogue's migration» de Scott Stephenson; y «Getting rights right: Explaining social rights constitutionalization in revolutionary Portugal» de Monica Brito Vieira y Filipe Carrelra da Silva.

La *Harvard Law Review*, vol. 123, february 2010, n.º 4 incluye una nota, sin firmar, «Prosecutorial power and the Legitimacy of the Military Justice System».

En *Política exterior*, septiembre de 2013, monográfico de temas de defensa, se incluyen, entre otros, los siguientes artículos de interés: «Defensa en España y de España» de Pedro Morenés; «El retorno político de la defensa» de Javier Solana; «Industria y administración: una sola defensa» de Tom Enders; «El auge de Asia y la dispersión del poder mundial» de Zbigniew Brzezinski; «Definir nuevas cooperaciones concretas» de Jean-Yves Le Drian; «La defensa en un mundo inestable» de Christopher N. Donnelly; «España, frontera europea con el Magreb y el Sahel» de Carlos Echeverría; «Nuevos tiempos para la industria de defensa» de Pedro Argüelles; «La industria de defensa en tiempos de cambio» de Julián García Vargas; «Por una política de defensa a largo plazo en Europa» de Domingo Ureña; «¿Qué defensa necesita España?» de Constantino Méndez; «El retorno social de la defensa» de Gustavo Suárez Pertierra; y «El retorno económico de la defensa» de Antonio Fonfría.

## B) CUESTIONES PENALES

La revista *Ley Penal*, n.º 98-99, de 2012, está dedicada al Derecho penal militar. Incluye un editorial, «Derecho penal militar y conflictos de jurisdicción» y tres estudios monográficos, a saber: «Delimitación constitucional de la jurisdicción militar», de Angel Calderón; «El derecho de defensa en la jurisdicción militar» de Eduardo de Urbano Castrillo y «La casación penal militar» de Fernando Pignatelli.

# INFORMACIÓN



## **NOTA SOBRE LA SECCIÓN DE DERECHO MILITAR DE LA REAL ACADEMIA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN**

Antonio Juan Carlos Fernández Martín

*Coronel auditor*

*Director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos*

*Secretario de la Sección de Derecho Militar de la Academia de*

*Jurisprudencia y Legislación*

La Sección de Derecho militar fue creada inicialmente por acuerdo de la Junta de Gobierno de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de fecha 24 de junio de 2013, siendo su primer acto la conferencia que, bajo el título de “discurso de las armas y de las letras”, fue pronunciada el día 5 de noviembre de 2013 por el Excelentísimo Señor don Eduardo Serra Rexach, siendo presidido el acto por el académico de número Excelentísimo Señor don Luis María Cazorla Prieto y contando con la presencia del Excelentísimo Señor Ministro de defensa don Pedro Morenés Eulate.

Una vez creada la Sección, se constituyó la misma el día 21 de enero de 2014, con la copresidencia de los académicos de número Excelentísimo Señor don Luis María Cazorla Prieto y el Excelentísimo Señor don Antonio Pau Pedrón; ese mismo día, se llevó a cabo el estudio del programa de actividades de la Sección de Derecho militar.

En este sentido, se acordó por la Sección el siguiente calendario de conferencias:

1º. La primera, el día 12 de marzo de 2014, con el título de “Derecho militar y Constitución”, pronunciada por el Ilustrísimo señor don Ángel Luis Alonso de Antonio, profesor titular de Derecho constitucional.

En la expresada conferencia el profesor Alonso pasó revista al régimen de los derechos constitucionales, dentro del ámbito militar, en la Constitución Española, con especial mención a la configuración constitucional de la Jurisdicción militar, con un excelente análisis del artículo 117.5 de nuestra Carta magna.

2º. La siguiente conferencia tuvo lugar el 29 de abril de 2014, y fue pronunciada por el Excelentísimo Señor General auditor don Gonzalo Zarranz Domenech, Asesor jurídico del Ejército de tierra, y versando la misma sobre “consideraciones jurídicas sobre las reglas de enfrentamiento (ROE)”.

El general Zarranz realizó una extraordinaria explicación conceptual de las ROES dentro del llamado “Derecho militar operativo”, planteando la diversa tipología de las mismas, su naturaleza jurídica y los diversos supuestos de aplicación en cada caso.

3º. Finalmente el 1 de junio de 2014 intervino el Excelentísimo Señor General auditor don Fernando Marín Castan, Asesor jurídico del Cuartel General de la armada, que disertó acerca de “la piratería y protección jurídica de la seguridad marítima en el siglo XXI”.

El general Marín Castan elaboró una documentadísima exposición sobre el marco jurídico aplicable a la piratería y a su represión, así como el tratamiento del delito de piratería en la Legislación penal española, deteniéndose en los problemas legales que se están planteando en la actualidad y que están dando lugar a controversia y debate en este ámbito.

En definitiva la Sección de Derecho militar ha iniciado su andadura con conferencias y disertaciones de una gran altura científica con, la participación de excelentes juristas civiles y militares, todo lo cual augura un gran futuro para esta recién constituida Sección, en la Academia de Jurisprudencia y Legislación.

# **NORMAS DE PUBLICACIÓN**



## **REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES**

La *Revista Española de Derecho Militar*, en sus siglas (REDEM), iniciada en 1956, y publicada por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho Militar, fundamentalmente Penal, Disciplinario, Administrativo, Internacional, Constitucional, Marítimo, Aeronáutico o Comparado, desde cualquier perspectiva científica ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad. Su periodicidad es semestral.

Lo publicado en la *Revista Española de Derecho Militar* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web <http://publicaciones.defensa.gob.es>

## REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La Revista Española de Derecho Militar solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de Estudios y Notas. Los Estudios habrán de tener una extensión máxima de 16.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 40 páginas impresas. La extensión máxima de las Notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: Resumen, Sumario, Desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, seguido de la correspondiente traducción en inglés, tanto del resumen como de las palabras clave.

El sumario encabezará el artículo, y en él se harán constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo. O bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página.

En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, Título, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y el título de la revista en cursiva, por ejemplo, RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., “La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra”, *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Los trabajos serán enviados a la redacción de la REDEM, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros nº6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo electrónico: [emej@oc.mde.es](mailto:emej@oc.mde.es). Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

## NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en números anteriores. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor a quien se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de revisión por pares. A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de cuatro semanas para entregar sus informes motivados. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se procederá según lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la REDEM y se halla pendiente de publicación.



ISSN 0034-9399



9 770034 939003