



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

1

Mayo-agosto 2009

SUMARIO

Presentación

Los artículos de previo y especial pronunciamiento
Alfredo Fernández Benito, Coronel Auditor

Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de Servicios
José Luis de Pedro Moro, Comandante Auditor

Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)
Miguel Alía Plana, Comandante Auditor

El Tribunal Marítimo Central
María Contín Trillo-Figueroa, Teniente Auditor

Las incidencias procedimentales derivadas de la incomparecencia reiterada
del sujeto a expediente de evaluación extraordinaria: una visión práctica
Fernando González Alonso, Teniente Auditor
José Jáudenes Piferrer, Teniente Auditor

Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas en Chile
Ramón Huidobro Salas, Mayor del Servicio de Justicia del Ejército de Chile

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA



Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Cuaderno
práctico

1

Mayo-agosto 2009

SUMARIO

Presentación

Los artículos de previo y especial pronunciamiento
Alfredo Fernández Benito, Coronel Auditor

Sobre el derecho de acceso a los IPECs archivados con la Hoja de Servicios
José Luis de Pedro Moro, Comandante Auditor

Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)
Miguel Alía Plana, Comandante Auditor

El Tribunal Marítimo Central
María Contín Trillo-Figueroa, Teniente Auditor

Las incidencias procedimentales derivadas de la incomparecencia reiterada
del sujeto a expediente de evaluación extraordinaria: una visión práctica
Fernando González Alonso, Teniente Auditor
José Jáudenes Piferrer, Teniente Auditor

Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas en Chile
Ramón Huidobro Salas, Mayor del Servicio de Justicia del Ejército de Chile

Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos



MINISTERIO DE DEFENSA

DIRECTOR

Rafael Matamoros Martínez, Coronel Auditor

CONSEJO DE REDACCIÓN

Manuel Hernández-Tejero García, Coronel Auditor

Fernando Marín Castán, Coronel Auditor

Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, Coronel Auditor

SECRETARIO

José María Sánchez Sánchez, Comandante Auditor

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos

Camino de los Ingenieros, 6 (28047 Madrid)

Teléfono: 91 3647393

Fax: 91 3647399

Correo-e: emej@oc.mde.es

CATÁLOGO GENERAL DE PUBLICACIONES OFICIALES

<http://www.060.es>

Edita:



NIPO: 076-09-244-6

Depósito Legal: M-44484-2009

Imprime: Imprenta Ministerio de Defensa

Tirada: 400 ejemplares

Fecha de cierre: septiembre 2009

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de sus autores.

SUMARIO

Presentación	5
1. Los artículos de previo y especial pronunciamiento	7
<i>Alfredo Fernández Benito, Coronel Auditor</i>	
2. Sobre el derecho de acceso a los IPEC,s archivados con la Hoja de Servicios.....	18
<i>José Luis de Pedro Moro, Comandante Auditor</i>	
3. Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)	28
<i>Miguel Alía Plana, Comandante Auditor</i>	
4. El Tribunal Marítimo Central	39
<i>María Contín Trillo-Figueroa, Teniente Auditor</i>	
5. Las incidencias procedimentales derivadas de la incomparecencia reiterada del sujeto a expediente de evaluación extraordinaria: una visión práctica.....	52
<i>Fernando González Alonso, Teniente Auditor</i>	
<i>José Jáudenes Piferrer, Teniente Auditor</i>	
6. Régimen Jurídico de las Fuerzas Armadas en Chile	66
<i>Ramón Huidobro Salas, Mayor del Servicio de Justicia del Ejército de Chile</i>	
7. Noticias de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos	78

PRESENTACIÓN

«Cuadernos Prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos» es la revista de esta Escuela. Se trata de una publicación oficial del Ministerio de Defensa, nacida bajo los auspicios de la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar, y su periodicidad será cuatrimestral. Los «Cuadernos Prácticos» pretenden ser el vehículo para difundir artículos técnicos y, en general, colaboraciones de marcado interés práctico en el ámbito del Derecho Militar, el Derecho Marítimo, y el Derecho Aeronáutico, que, sin el rigor doctrinal y profundidad propios de la prestigiosa *Revista Española de Derecho Militar*, propongan o expresen soluciones a problemas jurídicos planteados en el giro o tráfico propios del Ministerio de Defensa, las Fuerzas Armadas y la Guardia Civil.

La orientación predominantemente práctica de los «Cuadernos» no implica renuncia a la consistencia jurídica ni a la calidad científica de los trabajos que en ellos se recojan. Al contrario, la proyección académica e investigadora de esta revista deben ser acordes con su condición de instrumento de un centro docente militar donde se imparten enseñanzas superiores de formación y de perfeccionamiento. Los «Cuadernos Prácticos» serán, así, uno de los pilares del Centro de Investigación y Doctrina Legal que funciona en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos.

Los destinatarios principales de los «Cuadernos Prácticos» son los miembros del Cuerpo Jurídico Militar, pero se dirige también a otras personas y organismos, nacionales y extranjeros, civiles y militares, que puedan tener relación con el conocimiento y aplicación del derecho.

Para concluir, y aunque resulte obvio decirlo, «Cuadernos Prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos» no se identifica con las opiniones expresadas por los autores de los trabajos publicados, a quienes corresponde, en exclusiva, el mérito y la responsabilidad por aquéllas.

El Director

1. LOS ARTÍCULOS DE PREVIO Y ESPECIAL PRONUNCIAMIENTO

*Alfredo Fernández Benito
Coronel Auditor*

SUMARIO: I. Introducción. II. De los artículos de previo –y especial– pronunciamiento. III. El procedimiento. IV. La resolución. V. Los recursos.

I. INTRODUCCIÓN

La fase intermedia

La llamada fase intermedia del procedimiento ordinario castrense, y en medida no menor la propia del procedimiento especial abreviado por determinados delitos cuya fase de instrucción está constituida por las Diligencias Preparatorias, se puede dividir en:

- Decisión relativa a sobreseimiento o apertura de juicio oral.
- Calificación de los hechos por las partes caso de apertura del juicio oral.
- Decisión sobre la calificación conjunta, si fuere pertinente Sentencia de conformidad
- Decisión sobre la prueba instada por las partes.
- Realización de prueba previa o anticipada, si procediere.
- Solventar artículos de previo y especial pronunciamiento, si se plantearan.

La regulación que se contiene de estas materias en la Ley Procesal Militar (LPM) es diferente en puntos importantes de la general que se encuentra en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr.). Se remarca el marcado carácter de vinculación de los órganos jurisdiccionales castrenses con la Sala Quinta del Tribunal Supremo, que es superior al de los juzgados y Tribunales ordinarios en relación con las Salas Segunda y Tercera del Alto Tribunal.

La LPM es un cuerpo procedimental cuasi completo y autosuficiente. Contiene la regulación del procedimiento penal principal –aquél que pivota sobre el auto de

procesamiento— y uno especial —que lo hace sobre la calificación Fiscal— a más de las Diligencia Previas. Junto a ellos se regulan procedimientos excepcionales —el sumarísimo, el de faltas penales, el antejuicio— y los no penales, tanto los de pleno conocimiento —los dos previstos para el control jurisdiccional de la actividad sancionadora castrense y de la Guardia Civil— como los de reducido y temporal, en los supuestos de prevención de testamentarias y abintestatos.

Sus primeros artículos recogen normas de carácter general, no esencialmente distintas de las contenidas en las procesales ordinarias; pero con peculiaridades, tales como un especial sistema de recursos, que excluye el de reforma, aun cuando permite una cuasiilimitada «reforma» de la actividad instructora, precisamente sin recurso¹; lo que no deja de ser una manifestación más del carácter organicista y jerárquico, especialmente remarcado en las previsiones de la jurisdicción militar.

No obstante ello, diferentes artículos y disposiciones engarzan las previsiones de la LPM con la LECr «y su normativa complementaria». Con carácter general en la Disposición Adicional Primera LPM, pero también al regular diferentes instituciones concretas, como la actuación sumarial o el recurso de casación penal.

Como veremos a continuación, las últimas reformas que se han producido en la fase intermedia de la legislación procesal común, no hubieran sido trasladables sin más a la militar, por la diferencia de estructura orgánica. La introducción de un recurso de apelación —que pasa a sustituir en esta materia a la previa casación²— ha sido posible por la existencia de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas, a los que se les atribuye la resolución de tales recursos. El único órgano jurisdiccional en materia de legalidad, superior de un Tribunal Militar Territorial es la Sala Quinta de Tribunal Supremo y por lo tanto cualquier recurso con efectos devolutivos no puede tener otro órgano «ad quem» que dicha Sala del Alto Tribunal nacional común.

II. DE LOS ARTÍCULOS DE PREVIO –Y ESPECIAL– PRONUNCIAMIENTO

Ya la intitulación de lo que para la LPM es un Capítulo y para la LECr. un Título, es diferente. La matización «y especial» es única de la LPM, y sólo en ella se reproduce en el articulado relativo a la materia. No parece que sea cuestión que afecte al fondo de la figura regulada, toda vez que la previsión normativa LECr al igual que en la LPM exige que el tribunal decida sobre ello separadamente y antes de entrar en el objeto principal del proceso³.

Se trata de excepciones que, previamente a realizar sus escritos de Conclusiones Provisionales, pueden plantear las partes.

¹ Artículo 258 LPM.

² Reforma introducida por Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, cuyo principal objetivo es regular el juicio por Jurados.

³ Artículos 387 y 389 de la de Enjuiciamiento Civil.

La LPM regula estas cuestiones entre sus artículos 286 y 292 dentro de la fase intermedia del Sumario y por extensión a lo que consideremos análogo en las Diligencias Preparatorias⁴.

La LECr permite en el juicio abreviado al inicio del acto público el planteamiento con tal nomenclatura, de artículo de previo pronunciamiento; lo que no aparece en la, por otro lado muy similar, previsión para la Vista en la Diligencias Preparatorias castrenses. No obstante el contenido de uno de los artículos previos puede, sin tal nombre, ser planteado al Tribunal militar al inicio del Juicio en el caso del procedimiento especial militar; se trata de la competencia del mismo, obviamente una declinatoria de jurisdicción (o competencia).

También la previsión «causa de suspensión de la Vista» podría basarse en una sobrevenida circunstancia que de conocerse con anterioridad constituyera motivo en que basar uno de los artículos de especial y previo pronunciamiento. En cualquier caso, tanto en la jurisdicción ordinaria, como en la castrense es cuestión que se resolvería inmediatamente por la Sala y por lo tanto ajena al procedimiento especial de la fase intermedia.

Los motivos

Tanto el artículo 286 LPM, como el 666 LECr, afirman que únicamente tendrán el carácter de artículo de previo –y especial– pronunciamiento, los que a continuación pasan a enumerar.

La doctrina y la jurisprudencia, no obstante han incluido otras cuestiones o excepciones con tal carácter. Sin querer entrar en disquisiciones jurídicas, podemos considerar que en algún caso ya tiene una regulación propia lo que fue admitido como artículo no prevenido expresamente –la nulidad de actuaciones, por ejemplo⁵– y en otros una interpretación de la previsión expresa nos permitiría integrarlos en las mismas, sin necesidad de sobrepasar los taxativos «serán tan solo objeto» y «sólo podrán proponerse» con los que se encabeza en ambas Normas procesales el artículo y la regulación general de la cuestión.

Cinco son las previsiones ordinarias y cuatro las militares. Con diferentes expresiones gramaticales, las cuatro son coincidentes.

Empezaremos nuestro análisis por la que no aparece sino en la normativa común, la amnistía o indulto.

Amnistía o Indulto

La numerada 4 del artículo 666 LECr, no es una de las previsiones, como decíamos, de la LPM.

⁴ Si bien Diligencias Preparatorias es únicamente el nombre de la fase de instrucción de este procedimiento especial castrense, es tradicional denominar así al conjunto procedimental y esa línea vamos a seguir en este trabajo.

⁵ Artículos 238 a 243 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Parecería más adecuada la regulación castrense que la ordinaria, si nos atenemos a la doctrina que considera que tal medida de gracia no cabe tras las Constitución, que proscribiera el indulto general y en consecuencia la Amnistía. Respecto a la no previsión castrense del indulto se podría considerar también pertinente ya que esta medida nunca es cuestión previa, ya que exige para poder ser concedido una Sentencia firme⁶.

Si bien el indulto parece adecuado que haya sido excluido de la regulación del incidente, al exigir para su tramitación la existencia de Sentencia firme, no compartimos la misma idea sobre la Amnistía. En nuestra opinión esta figura jurídica no ha sido sajada del Ordenamiento español. De hecho, sin ser así llamada, ha sido usada por el legislador, sin discusión jurídica, en la Ley Orgánica 3/2002, de 22 de mayo, que como consecuencia de la suspensión del deber de prestar servicio militar, «amnistió»⁷ determinados, que no todos, delitos comunes y militares relacionados con la ya no efectiva obligación.

La amnistía puede deberse principalmente a dos situaciones, que efectivamente se han producido en nuestra legislación postconstitucional.

Una es consecuencia natural de la expulsión radical del ordenamiento de determinadas instituciones que ya no son queridas, y que pasan de infracciones a ejercicio de derechos; ésta es radical e implica la anulación de condenas ya firmes y antecedentes penales.

En otro caso la acción sigue siendo antijurídica «en sí», pero se justificaría por la especial situación política. En esta línea irían las previsiones al respecto de la Ley 46/1977, de 15 de octubre y en relación con la misma la Ley 52/2007, de 26 de diciembre, que no despenaliza conductas con carácter general –sigue existiendo el delito de rebelión militar, sedición o desobediencia por el que fueron condenados la mayoría de los ahora «amnistiables»–, sino únicamente para determinadas personas cuando concurren circunstancias dadas.

En ambos casos de amnistía, al que habría que añadir la despenalización de conductas sin más, aun cuando no está especialmente prevista la aplicación de la figura al artículo de previo y especial pronunciamiento militar, cabría atenderlo bien a través de la cosa juzgada material, bien por la aceptación de otras circunstancias análogas o paralelas a las expresamente previstas; lo que como veíamos está plenamente aceptado por la jurisprudencia.

La declinatoria de jurisdicción

Iniciamos aquí el análisis de los artículos comunes a las previsiones procedimentales penales castrense y ordinaria.

En nuestra opinión por jurisdicción que se considera no competente para conocer del hecho y de la que se solicita la pérdida del conocimiento en beneficio de otra, no hay que entender sólo Jurisdicción propiamente dicha, esto es interesar en el caso

⁶ Artículo 2.1º de la Ley de 18 de junio de 1870, modificada por Ley 1/1988, de 14 de enero.

⁷ Artículo 2, apartados dos y tres; se trata de una completa amnistía, aun sin dar tal nombre.

castrense el pase a la ordinaria o en el común se remitan a la marcial. Procedería este artículo tanto en tal circunstancia, como en consideraciones de competencia vertical, por razones subjetivas predicables del presunto delincuente o de intensidad delictiva se considera que otro Juez o Tribunal Ordinario o Castrense sería el competente para conocer del hecho en Juicio –u horizontal– por el lugar de lo ocurrido, razones de conexidad o especiales circunstancias concurrentes.

Las cuestiones de competencia y jurisdicción pueden aparecer como nuevas en la fase intermedia, tanto por tratarse de sobrevenidas, como de desconocerse con anterioridad al dicho momento. En ambos casos pueden estar fundamentadas en cuestiones de hecho o de derecho.

Para el proceso castrense es cuestión no baladí la forma en que se tramita este artículo de previo y especial pronunciamiento en el caso de la solicitud por la parte de declinatoria de Jurisdicción pura, esto es en beneficio de la jurisdicción ordinaria. Ello por la posibilidad de extender estas previsiones al resto de los momentos procesales, tanto en el procedimiento Ordinario, como en el especial, las llamadas Diligencias Preparatorias. La legislación expresa tiene previsto el conflicto jurisdiccional cuando ya intervienen dos potestades diferenciadas, en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio; pero no el planteamiento interno previo de esta posibilidad. La discusión sobre el Tribunal llamado a decidir se circunscribe en materia de previsión expresa al conflicto de competencia dentro de la jurisdicción castrense⁸ o al procedimiento de Diligencias Previas⁹.

En la idea de apuntalar los derechos de las partes, abogamos por extender análogicamente a otros momentos procesales la previsión que como artículo de previo y especial pronunciamiento se contiene en la LPM relativa a la declinatoria –e inhibitoria– de jurisdicción, cuando implique pretensión relativa a si es la ordinaria o la castrense la llamada a conocer y fallar el hecho. Toda vez que el Tribunal Supremo ha de resolver el eventual recurso de casación, ello serviría también para homologar doctrina legal en materia de competencia dentro de la jurisdicción militar.

La excepción de cosa juzgada

Es tradicional distinguir entre cosa juzgada material y formal. Esta última se referiría a los casos en que exista Resolución jurídica vinculante, Sentencia firme o Auto de sobreseimiento definitivo, sobre un asunto de tal manera que resultara imposible legalmente volver a juzgar un hecho esencialmente idéntico más de una vez.

La cosa juzgada material impediría continuar en el conocimiento de un asunto por un motivo distinto del juicio previo recaído sobre la misma cuestión, ya sea la falta de un elemento procesal –autorización previa, inmunidad, amnistía...– o penal –despenalización de la conducta en general o para el acusado, aplicación de criterios de ley penal más favorable que pudiera degradarla...–.

⁸ Artículos 12 a 24 LPM.

⁹ Previsión 6ª del párrafo tercero del artículo 141 LPM y en relación con la misma el artículo 143 LPM.

De una forma clara la LPM en su artículo 3 establece «no se procederá penalmente contra persona alguna por hechos por los que ya hubiera sido juzgada en un proceso penal anterior, en el que haya recaído sentencia firme o auto, también firme de sobreseimiento definitivo o libre». Esta previsión legal es básica para entender la figura de la cosa juzgada, referida exactamente a los hechos y no al derecho aplicable a ellos.

En otros Ordenamientos la figura de la cosa juzgada se limita al caso de la absolución, de tal manera que nadie puede arriesgarse dos veces a ser condenado¹⁰; o se mezcla derecho con hecho; de tal manera que nada impediría un segundo juicio si se ve lo ocurrido desde la óptica de diferentes bienes jurídicos sedicentemente atacados por la conducta del posible culpable, absuelto al primer intento de las acusaciones.

Contra lo que sorprendentemente alguna vez ha ocurrido como resolución de un caso, en España no cabe ratificar la absolución de la jurisdicción militar por unos hechos no incardinables en la pretensión objeto de acusación y al mismo tiempo sugerir la posibilidad de que lo mismo pudiera integrar un delito de la jurisdicción ordinaria y que sería factible se iniciara por la misma un procedimiento. El artículo 3 LPM no habla de delitos o acciones con trascendencia jurídica, expresamente excluye un segundo análisis de hechos ya juzgados, no de la óptica que se les haya aplicado.

Esta materia, que también es cercana a cuestiones de prescripción, puede resultar expresamente problemática en relación con la aplicabilidad de criterios internacionales. Por ejemplo, la Ley Orgánica 15/1994, de 1 de junio, que regula la cooperación de España con el Tribunal Internacional para enjuiciamiento de crímenes contra el Derecho internacional en la antigua Yugoslavia, en su artículo 5, curiosamente bajo la rúbrica «principio non bis in idem» declara precisamente la posibilidad del «bis in idem» respecto a una previa Sentencia firme española, en una descripción del delito no ya visto como un hecho objetivo al que se le aplica una norma punitiva, que se ve determinada por lo realmente ocurrido, sino como la infracción del valor asumido por la norma y determinado por la misma; «las personas juzgadas en España por un delito ordinario pueden serlo también por el Tribunal Internacional, si la calificación dada por éste a los mismos hechos se fundara en las tipificaciones previstas en el Estatuto del Tribunal Internacional».

Este tipo de previsiones cabría que pudieran ser consideradas inconstitucionales. En cualquier caso es un ejemplo más de la no tan excepcional colisión entre nuestra estructura jurisdiccional y los acuerdos internacionales que obedecen a diferentes visiones completas del Ordenamiento. En tal sentido podemos citar que sea delito, por imperativo de acuerdos internacionales, infracciones de lo que en España es libertad de expresión constitucionalmente protegida¹¹; o la problemática de la llamada contaminación de quienes deben juzgar, que en nuestro procedimiento es estructural¹²

¹⁰ Es tradicional citar la literalidad de la Segunda Previsión de la llamada Enmienda V que forma parte de la Constitución de los Estados Unidos de América, en la que se establece que nadie puede ser sometido por la misma ofensa dos veces a la puesta en peligro de pérdida de la vida o miembro principal.

¹¹ Una Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de noviembre de 2007 declara inconstitucional una previsión del artículo 607.2 del Código Penal, precisamente introducida en aplicación de una obligación internacionalmente asumida.

¹² Artículos 45 a 47 LPM ó 146 y concordantes LECr.

mientras que en los Convenios internacionales suele responder a mentalidad y organización jurídica donde la figura instructora central no es un Juez, sino el «prosecutor», esto es el Fiscal.

Consideramos que cualquier excepción independientemente de la naturaleza de su fundamento, cuyo atendimento implicara que el procedimiento no sólo no puede seguir como tal, sino que necesariamente se pone fin a la pretensión acusadora, y claramente no es el caso de otro de los expresamente recogidos, cabe aducirlo como previo y especial artículo de excepción de cosa juzgada.

La prescripción del delito

Para establecer los plazos de prescripción de los delitos, se está a la entidad del crimen, entendido por la gravedad de la pena prevenida en el tipo. El hecho de que los sistemas de penas militar y común sean distintos, implica que los plazos para la prescripción lo serán también.

Por influencia de determinados conceptos de derecho internacional, especialmente el de los conflictos armados, se ha aceptado alguna excepción al principio de prescriptibilidad de cualquier conducta con trascendencia penal. Así el artículo 131.3 CP establece «los delitos de lesa humanidad y de genocidio y los delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, no prescribirán en ningún caso». No deja de ser curioso que el CPM no contenga ninguna excepción al principio de prescripción; cuando es el que regula con más profusión la competencia generalizada en tiempos de guerra, y por ende de conflicto armado¹³. No creemos suficiente la dicción de los artículos 9 CP y 5 CPM, para considerar aplicable al cuerpo legislativo específico castrense la previsión común; estaríamos ante una proscrita interpretación extensiva o analógica de normas sancionadoras o en cualquier caso limitativas de derechos. En su caso cobraría vigencia la vieja discusión sobre la naturaleza penal o procesal del instituto de la prescripción.

Los plazos de prescripción están recogidos respectivamente en el artículo 45 CPM –veinte, quince, diez y cinco años– y 131 CP –los mismos, más tres años, un año y seis meses, este último para las faltas–.

Si bien la ley prevé que en las penas compuestas se esté a la de mayor duración para determinar el plazo de prescripción, la jurisprudencia tiende a considerar la mínima extensión de la pena prevista en el tipo, como la determinante del plazo para aplicar la prescripción.

El plazo de prescripción se inicia, con carácter general, con la comisión del hecho. Si se trata de un delito continuado o que exija cierta habitualidad, debemos interpretar el termino inicial con la última actividad o el fin de la conducta típica. Esto es de especial relevancia para los delitos militares de desertión y abandono de destino.

¹³ El CPM, en seguimiento terminológico de la Constitución, mantiene la referencia a estado de guerra, mejor que la más general y hoy en boga de conflicto armado. Independientemente de la posibilidad o no de la existencia de una guerra legítima, lo que dependerá de la interpretación que hagamos de la Carta de las Naciones Unidas, a efectos de este trabajo consideramos los dos términos absolutamente equivalentes.

Excepción al dicho inicio de plazo son los delitos graves cometidos contra menores de edad, en los que la fecha inicial sería el fallecimiento del menor o su mayoría de edad.

Si se incoa procedimiento, se pierde el plazo de prescripción ya transcurrido, el cual vuelve a correr desde su paralización o finalización en forma diferente que sentencia firme; y ello a partir del momento en que las actuaciones se dirijan contra persona determinada. El concepto de paralización de procedimiento suele entenderse referido a la ausencia de actividad sustancial más allá del formal archivo del mismo.

Si bien la cuestión de cómo medir el plazo y su interrupción y pérdida está recogida en el CP y no en el CPM, no nos ofrece duda su aplicabilidad directa a la previsión castrense. Estamos ante la fijación común de los contornos de determinación de la figura jurídica, sin que la norma especial recoja excepción en este punto y sin que la común implique negación de derecho concedido en ésta.

La falta de autorización para actuar contra persona o en caso determinado

Nos hemos permitido intitular este artículo en una forma que englobe tanto la previsión común como la marcial. Esta última es acorde a la actual estructura jurídica constitucional, y más clara en sus términos.

La LECr habla de «autorización administrativa» vinculada a la Constitución y las Leyes especiales.

Obviamente por administrativa hay que entender la existencia de una necesaria autorización que no sea jurisdiccional; la cual podrá proceder del Poder Legislativo, que es el caso más común, o de los sistemas internacionales de los que la Nación forma parte.

De sobra conocida la necesidad de autorización para actuar penalmente contra legisladores tiene su origen en el artículo 71.2 de la Constitución (C). No obstante ha sido modulada por la jurisprudencia, de tal manera que se trata de un requisito –la autorización– necesario para el proceder penal, pero negable sólo de una forma justificada de acuerdo al propio sentido de la misión constitucional legislativa. No es en ningún caso manifestación de eventual impunidad «a merced del puro juego del respectivo peso de las fracciones parlamentarias» (Sentencia del Tribunal Constitucional 206/1992, de 27 de noviembre).

Menos generalmente citada suele ser la regulación de las inmunidades en diferentes acuerdos internacionales vinculantes para España.

En esta materia existen diferentes soluciones a la cuestión de si es necesaria una determinada actuación ajena al poder judicial para actuar en relación con determinadas personas. Se puede prever una absoluta imposibilidad de actuación penal contra persona determinada (artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas de 1961; muy comúnmente generalizada a fuerza de implementación de la paz o en acuerdos de despliegue de fuerzas ONU, OTAN o UE tanto en misiones activas de paz como en maniobras conjuntas, reguladas por diferentes TA, MOU,

SOFA o intercambio de cartas o canje de notas diplomáticas)¹⁴ una limitación para el caso de los delitos militares y contra la estructura del Estado de origen (artículo 7 del Estatuto de la Fuerza –SOFA– de OTAN) o un sistema de posible renuncia a la actividad punitiva en beneficio del Estado de origen, una autorización en negativo, (artículo 39.2 del Convenio España-EEUU de 1988; artículo 45 del Convenio de Viena sobre relaciones consulares de 1963). En todos estos casos podría aducirse que no existe una autorización previa no jurisdiccional, que impide seguir con el procedimiento penal; lo que podría ser predicable de uno militar o de uno común en general o en ambos casos únicamente en relación con posibles delitos determinados.

III. EL PROCEDIMIENTO

Tanto la previsión común, como la castrense pivotan sobre base de la prueba documental. En ambos casos se excluye expresamente la prueba testifical; en el artículo 672 párrafo segundo LECr y en inciso final del artículo 287 LPM.

Nada se dice de actividad probatoria de otra naturaleza, por ejemplo pericial; pero parecería que dada las características del incidente cualquier fundamento de pretensión ha de tener un soporte documentado.

El documento en que basar la pretensión puede encontrarse ya en las actuaciones, ser aportado por la parte o identificado por ésta, que deberá interesar del Tribunal lo incorpore, bien como original, bien como copia compulsada.

El procedimiento castrense es más rápido y reducido en trámites que el común. En nuestra opinión se trata de dos regulaciones diferentes, y en ambos casos completas; no parece necesario, en este punto, recurrir a la disímil regulación ordinaria, para integrar la plena militar.

El procedimiento ordinario se inicia con la pretensión, que ha de realizarse por la parte interesada, en los tres días primeros del plazo para calificación; planteamiento que obviamente suspende este último. Se entregará copia del escrito a las demás partes para que fijen su posición. Se abre el periodo de prueba, básicamente documental, con realización –obtención– de la no apartada por las partes. Todo esto se realiza por escrito.

Tras la resolución sobre la prueba documental y realización del trámite, se pasa a la Vista, en la que cada parte fija su posición. Al día siguiente de la Vista el Tribunal dictará un Auto en el que resuelve la cuestión.

Vemos que el procedimiento común tiene una fase primera de instrucción, escrita, y una segunda de plenario, Vista oral.

El procedimiento militar, por el contrario, carece de fase prefijada de Vista. El plazo de interposición es también el de los tres días primeros para la calificación provisional y su realización implica igualmente que la parte debe abstenerse de calificar.

¹⁴ Hemos usado las denominaciones en inglés, muy comunes, de los Acuerdos Técnicos (TA), Memoradums de Entendimiento (MOU), Estatuto de la Fuerza (SOFA), los cuales suelen ser aprobados en un sistema distinto del constitucionalmente previsto para los Acuerdos Internacionales; lo que no ha dejado de crear problemas jurídicos en cuestiones como la renuncia a la soberanía, por ejemplo.

A diferencia del procedimiento ordinario, antes de pasar el incidente a conocimiento de las demás partes, realizará el Tribunal lo que considere adecuado sobre la prueba aportada o instada por quien plantea el artículo. Es con las resultas con las que el incidente se pone en conocimiento de las otras partes. Éstas podrán fijar posición y aportar –no se prevé solicitar– pruebas en el plazo de tres días. Mismo plazo que tiene el Tribunal para tomar la resolución.

Resulta más sumario el castrense que el común, quizás como remarque de su carácter de excepcionalidad. No debemos olvidar que con carácter general las previsiones marciales son más actualizadas que las ordinarias y en muchas ocasiones más adecuadas a las tendencias procesales más modernas y cercanas a los imperativos derivados de las interpretaciones últimas de la Constitución y los Pactos internacionales relativos. Obviamente ello es predicable especialmente de las instituciones procesales que directamente manan de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, como la que estamos viendo.

IV. LA RESOLUCIÓN

Tendrá forma de Auto. La declinatoria de jurisdicción es lo primero que debe resolverse, caso de que se hayan planteado más de un artículo y uno sea tal cuestión. Ello tanto en el procedimiento común como en el castrense.

Si se admite se remitirán las actuaciones al estimado competente, si no se continuara con el conocimiento de las mismas.

En la LECr., la admisión de la cosa juzgada, prescripción del delito, amnistía o indulto, la causa se sobreseerá libremente. En la LPM la admisión de la excepción de cosa juzgada, prescripción del delito o falta de autorización, implicará el sobreseimiento definitivo de las actuaciones.

La ley común prevé que previamente a tomar resolución en cuanto a la falta de autorización necesaria para actuar, se solicite ésta y si es denegada se archive el procedimiento. No vemos inconveniente en hacer extensiva tal previsión al caso militar con carácter general, y no limitarla a lo previsto para la competencia de los jueces togados centrales en el juego de los artículos 291 y 152 LPM. No obstante posiblemente se trataría de una cuestión más teórica que práctica, ya que de acuerdo con el artículo 34.1 c de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, la casi totalidad del personal al que se le pudiera aplicar la medida tendría fuero ante, al menos, el Tribunal Militar Central.

V. LOS RECURSOS

En el procedimiento militar contra el auto resolutorio de la declinatoria sea cual fuere su sentido, cabe recurso de casación ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo.

En la previsión común contra la resolución sobre competencia cabe recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de la correspondiente Comunidad Autónoma.

Respecto al resto de los artículos, e independientemente de intentar la autorización si fuere posible, una vez admitidos, cabe igualmente recurso de apelación, en el procedimiento común.

En el militar contra la admisión de los mismos, cabe casación.

Contra la desestimación de artículo diferente a la declinatoria no cabe recurso alguno, si bien es posible la reproducción en la Vista; previsión tanto del artículo 678 LECr, como del párrafo cuarto del artículo 290 LPM.

Concluimos dejando constancia de que hemos realizado una comparación entre dos procedimientos preferentemente que son básicamente tanto en lo común como en lo militar, el llamado Sumario. Muy pocas cosas de lo dicho serían de aplicación al procedimiento del Jurado o al de Menores.

Como ya dejamos constancia algunas previsiones juegan en sentido contrario en los procedimientos abreviados tanto común como castrense; por ejemplo, es posible en éstos al inicio del acto plantear una desestimada previamente inhibitoria de jurisdicción; lo que está específicamente vedado para los Sumarios¹⁵.

¹⁵ Artículo 786.2 LECr para el procedimiento abreviado común; párrafo tercero del artículo 395 LPM para las llamadas Diligencias Preparatorias.

2. SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LOS IPEC,S ARCHIVADOS CON LA HOJA DE SERVICIOS

*José Luis de Pedro Moro
Comandante Auditor*

SUMARIO: I. El derecho de acceso a los documentos que forman parte de expedientes administrativos. II. La protección de la intimidad sobre documentos administrativos. III. El derecho de acceso a los IPEC,S de las Fuerzas Armadas. IV. Resoluciones de la Agencia Española de Protección de Datos sobre el tema.

I. EL DERECHO DE ACCESO A LOS DOCUMENTOS QUE FORMAN PARTE DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS

El acceso a los documentos que forman parte de expedientes terminados¹ en la fecha de la solicitud que obran en archivos administrativos, así como el de obtener copias de estos, se regulan en el art. 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común² (LRJPAC).

El derecho de acceso no se configura con carácter absoluto, pues encuentra limitado su ejercicio tanto por el deber de *respeto a la intimidad de las personas*³, como

¹ Sobre **expedientes en tramitación**, ver el R D 208/1996, de 9 de febrero, en el que se regulan los Servicios de Información Administrativa y Atención al Ciudadano. En el M de Defensa se lleva a efecto a través de la Subdirección General de Recursos e Información Administrativa, encuadrada en la SEGENTE y a la que corresponde, entre otras cosas, dirigir los servicios de información administrativa y atención al ciudadano del departamento, sean centrales o periféricos, de acuerdo con la normativa vigente. (R.D.1126/2008, de Estructura Orgánica Básica del Ministerio de Defensa).

² Artículo que tiene su origen en el artículo 105 de la Constitución Española, donde se señala que: «*La Ley regulará: b). El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas*».

³ SERRANO FERRER, M^a Esperanza. «*El Derecho de Acceso a Archivos y Registros por los Ciudadanos. Protección de datos*», en <http://www.administracionpublica.com/content/view/full/153/34/> (última visita el 20 jun 2009) La autora cita: Sentc. TSJ de Cataluña, de 26 Noviembre de 1999, sobre el derecho a la intimidad en relación al acceso a archivos y registros públicos; S TSJ de Castilla y León (Burgos), de 1

en los supuestos en que «prevalezcan razones de interés público, intereses de terceros más dignos de protección o cuando así lo disponga una Ley...»; y para este último caso, se prevé que, sobre los «archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas», su acceso se «regirá por sus disposiciones específicas». Condicionándose, también, al exigir que la solicitud sea en forma «personal», y solo por los propios interesados o por quien tenga un interés legítimo y directo. Es importante tener en cuenta que el acceso al expediente es, en la mayoría de los casos, meramente instrumental, pues se emplea como un medio previo para la consecución o defensa de otros derechos⁴.

Por último, se regula respecto a los «investigadores»⁵ que acrediten el interés histórico, científico o cultural», con la obligación de garantizar la intimidad de los afectados por la investigación.

II. LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD SOBRE DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

El derecho fundamental a la protección de datos personales persigue garantizar a la persona un poder de control sobre sus datos personales, sobre su uso y destino, impidiendo que se produzcan situaciones que pudieran atentar a su intimidad o dignidad; es decir, el poder resguardar su vida privada de una publicidad no querida⁶. Bajo esta premisa y ante los avances de la técnica surge la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal (LOPD), que *tiene por objeto el garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los*

abril 2004, sobre denegación de acceso a documentación y expedición de certificados en un procedimiento no terminado; y la S TSJ de la C. Valenciana, de 8 de marzo de 2002, el derecho de acceso a archivos y registros públicos no implica el deber de la administración de verificar, a solicitud del particular, desgloses o extrapolaciones al margen de lo que el soporte material contenga.

⁴ MONCAYOLA MARTÍN, Ana. «Derecho de acceso a los archivos y derecho a la intimidad, tras la Constitución de 1978», en pág. Web de UNED: <http://biblioteca2.uclm.es/biblioteca/ceclm/websCECLM/transición/PDF/02-03.%20Texto.pdf> (última visita el 20 jun 2009). En este sentido, ver S TS (S C-A, Secc. 6ª), de 14 de diciembre de 1990 (RJ1990.10489): «el concepto de interés directo debe entenderse sustituido por el de **interés legítimo**, pues del ejercicio de este derecho puede depender la posterior reclamación a la Administración, sin que esta reclamación tenga por qué tener su origen exclusivo en un interés individual».

⁵ La facultad de investigar constituye una manifestación del *derecho a recibir y difundir información* (art. 20 CE). Se encuentra principalmente regulada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español (LPHE); por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos Personales; por la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales, desarrollada por RD 242/1969, de 20 febrero, donde se establecen las restricciones al acceso a los archivos y registros sean de carácter público o privado; y en lo que corresponde del Real Decreto 2598/1998, de 4 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Archivos Militares.

⁶ Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre, «la garantía de la intimidad adopta hoy un contenido positivo en forma de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es el derecho a controlar el uso de los propios datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención». ...Es, «en sí mismo un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos».

derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar (art.1).

El Artículo 66 del Reglamento de Archivos Militares⁷, en cuanto a las restricciones por razón de protección de la intimidad, señala que *«1. Las series documentales sobre las que haya recaído dictamen de accesibilidad restringida por razones de protección del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas serán relacionadas en los archivos afectados en un listado. Dicho listado será de consulta pública por los usuarios del archivo. Los documentos integrantes de tales series documentales se entenderán de acceso restringido por los plazos fijados con carácter general por el artículo 57.1 c) de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español⁸. También quedará restringida la accesibilidad de aquellas series documentales que, aún sin dictaminar por la Comisión Calificadora de Documentos de la Defensa como excluidas del libre acceso por razón de defensa del honor, la intimidad y la propia imagen de las personas, se encuentren en trámite de dictamen por tal Comisión».*

En lo que ahora nos interesa, en la LOPD se establece la regulación *por sus disposiciones específicas*, de 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»* (art. 2.3 LOPD). Si bien, no los deja completamente fuera de su régimen de amparo, como si lo hace en los casos del art. 2.2 LOPD, pues añade: *«y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica»*. De su redacción, parece desprenderse que la protección debe estar garantizada, al menos, con el nivel establecido en la esta ley, aunque en razón de las especiales características de los datos, como son, los estadísticos, el censo electoral, o los Registros Civil y de penados... su tratamiento se realizará en virtud de normas específicas. En este sentido, lo que resulta diferente sería la forma en que se

⁷ El Reglamento de Archivos Militares, RD 2598/1998, de 4 de diciembre, aunque establece el principio general de libre acceso a sus fondos, excluye expresamente los documentos clasificados, de los que dice que *«se registrarán por su legislación específica»*, y ésta es, por ahora, la Ley de Secretos Oficiales, cuyo artículo 7 señala que *«la cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas [secreto o reservado] será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración»* [el Consejo de Ministros o la Junta de Jefes de Estado Mayor] y teniendo presente que *la competencia para clasificar un documento y, por tanto para desclasificarlo, «no podrá ser transferida ni delegada»* (art. 5).

⁸ *«Artículo 57. de la LPHE:1.La consulta de los documentos constitutivos del patrimonio documental español a que se refiere el artículo 49.2 se atenderá a las siguientes reglas: a.-Con carácter general, tales documentos concluida su tramitación y depositados y registrados en los archivos centrales de las correspondientes entidades de derecho público, conforme a las normas que se establezcan por vía reglamentaria, serán de libre consulta a no ser que afecten a materias clasificadas de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales o no deban ser públicamente conocidos por disposición expresa de la Ley, o que la difusión de su contenido pueda entrañar riesgos para la seguridad y la defensa del Estado o la averiguación de delitos. b.-No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, cabrá solicitar autorización administrativa para tener acceso a los documentos excluidos de consulta pública. Dicha autorización podrá ser concedida, en los casos de documentos secretos o reservados, por la autoridad que hizo la respectiva declaración, y en los demás casos, por el jefe del departamento encargado de su custodia. c.- Los documentos que contengan datos personales de carácter policial, procesal, clínico o de cualquier otra índole que puedan afectar a la seguridad de las personas, a su honor, a la intimidad de su vida privada y familiar y a su propia imagen, no podrán ser públicamente consultados sin que medie consentimiento expreso de los afectados o hasta que haya transcurrido un plazo de veinticinco años desde su muerte, si su fecha es conocida, o, en otro caso, de cincuenta años, a partir de la fecha de los documentos».*

lleva a cabo la protección, subordinada a otros fines, pero no por ello con apertura al conocimiento general. Así, pueden quedar excluidas las previsiones de la LOPD sobre el *acceso a los archivos y documentos*⁹ (art. 15), en tanto que podría ser de aplicación, por ejemplo, lo referente a la definición de qué se entiende por «Tratamiento de datos» (art.3.c), sobre la «Creación, modificación o supresión de los archivos de titularidad pública» (art. 20), o respecto del «deber de secreto» (art. 10), en virtud del cual los responsables de los ficheros no pueden revelar ni dar a conocer su contenido, teniendo obligación de guardarlos, *«obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo»*. El deber de guardar secreto una exigencia elemental de protección, y respecto a los informes personales, comporta que no puedan ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena a los mismos, fuera de los casos autorizados por la Ley¹⁰. Todo ello, sin perjuicio de la normativa en materia secretos oficiales y las sanciones penales por su incumplimiento.

III. EL DERECHO DE ACCESO A LOS IPEC,S DE LAS FUERZAS ARMADAS

El marco jurídico básico de regulación de los informes personales de calificación para el personal militar (IPEC,s) se encuentre recogido en la Disposición Transitoria Primera del Real Decreto 168/2009, de Evaluaciones y Ascensos en las FAS, dedicada a las Normas de evaluación y clasificación, donde se establece: *«I. Hasta que se aprueben las correspondientes órdenes ministeriales de desarrollo de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, (de la Carrera Militar) y del presente Reglamento, seguirán siendo de aplicación, en lo que no se opongan a este Reglamento, las vigentes disposiciones sobre evaluaciones, y en concreto:*

a) 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).

b) 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.

c) 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.»

Respecto al acceso durante su elaboración, en la Orden Ministerial 85/2002, de 8 de mayo, en cuyo punto 5.6 se reconoce el derecho al acceder al contenido IPEC personal para el personal de Tropa, señalando la obligación de mostrar al interesado

⁹ Art. 15 LOPD: 1. El interesado tendrá derecho a solicitar y obtener gratuitamente información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento Art. 4.6 LOPD: Los datos de carácter personal serán almacenados de forma que permitan el ejercicio del derecho de acceso, salvo que sean legalmente cancelados.

¹⁰ Ver Agencia de Protección de Datos. RES R/00042/2006. Proc: AAPP/00049/2005 <https://www.agpd.es>. (última visita el 20 jun. 2009).

las calificaciones obtenidas antes de enviarlas para su unión a la Hoja de Servicios, pudiendo en ese momento manifestar lo que crea conveniente en el apartado de «Alegaciones».

Concretamente, el punto 5, dedicado a las «NORMAS PARTICULARES PARA CUMPLIMENTAR LOS IMPRESOS», señala:

«5.1. Se cumplimentarán todas las Secciones, desde la «A» a la «F».

5.2. En la Sección A, «CALIFICADO», se especificarán los datos del calificado.

5.3. En la Sección B, «OBSERVACIONES DEL CALIFICADOR», el calificador especificará en «Observaciones» aquellas que considera oportuno y las tendentes a orientar al calificado sobre el resultado de la evaluación, competencia y forma de actuación profesional.

5.4. La Sección C, «OBSERVACIONES DEL SUPERIOR JERÁRQUICO DEL CALIFICADOR», será cumplimentada por el superior jerárquico, especificando en «Observaciones» las discrepancias que pudiera tener en relación con las valoraciones del calificador.

5.5. La Sección D, «CONFORMIDAD JEFE DE LA UNIDAD» será cumplimentada por el jefe de la unidad, centro u organismo, manifestando, a través de las casillas «SI», «NO» su conformidad con las valoraciones y opiniones de calificador y superior jerárquico.

Esta Sección se cumplimentará únicamente en los casos de renovación o ampliación de compromiso.

5.6. La Sección E, «ALEGACIONES Y FIRMA DEL CALIFICADO» será cumplimentada por el calificado después de leer el IPEC. Señalará la casilla que responda a sus intenciones sobre presentar alegaciones. Circunstancia que en el caso de ser afirmativa deberá realizar en un plazo de cinco días a partir de la fecha en la que firma el IPEC. Dicha firma implica, exclusivamente, el reconocimiento del calificado de que ha tenido acceso a la información contenida en el IPEC».

Una vez incorporados a archivos, es necesario tener presente el antes citado artículo 2, apartado 3.c), de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal, donde se establece que: «*Se regirán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: Los 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.*» El Real Decreto 1720/2007, de 21 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica de Protección de Datos, no recoge expresamente una previsión sobre los datos contenidos en IPC,s, aunque establece en el artículo 4, dedicado a los ficheros o tratamientos excluidos, que el régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en el presente Reglamento «*no será de aplicación a los siguientes ficheros y tratamientos: b) A los sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.*».

Actualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, se regula en el artículo 79, nº 1 y especialmente en el número 3, que, por el Ministro de Defensa se dictarán las normas para «*su elaboración, custodia, y utilización y para garantizar el derecho al acceso al propio historial, salvo los informes calificados como confidenciales o reservados*».

Hasta entonces sería de aplicación lo dispuesto en el punto 7.1 de la Orden Ministerial 85/2002, de 8 de mayo, donde se señala que el IPEC está sujeto a las normas de protección de datos oficiales; que, de conformidad con lo recogido en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, en su apartado Segundo: «*Se otorga, con carácter genérico, la clasificación de «RESERVADO» a: 6). Las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar*».

IV. RESOLUCIONES DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS SOBRE EL TEMA

La Agencia Española de Protección de Datos, ha resuelto en varias ocasiones reclamaciones y denuncias presentadas por denegaciones de acceso a IPEC,s y Hojas de Servicio, manteniendo constante el criterio de que se trata de solicitudes sobre «*materia clasificada*» y, por tanto, excluida del ámbito de aplicación de la Ley Orgánica de Protección de Datos. Entre las resoluciones sobre el asunto podemos destacar¹¹.

1.º Procedimiento TD/00813/2007, (Res/00331/2008). Reclamación formulada por contra el Ministerio de Defensa en base a no haber sido debidamente atendido su derecho de acceso a sus datos personales recogidos en los Informes Personales de Calificación, IPEC, de los años 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, y 2006.

Ha quedado acreditado que el denunciante se dirigió al Ministerio de Defensa, solicitando el ejercicio del **derecho de acceso a sus datos personales recogidos en los Informes Personales de Calificación** y que, el Ministerio de Defensa contestó denegándole el derecho de acceso solicitado, amparándose en los artículos 97 y ss. de la Ley 17/1999, de 18 de mayo, de Régimen de Personal de las Fuerzas Armadas; así como el artículo 5 de la Orden Ministerial Num. 74/1993, de 8 de julio, por la que se establece el modelo de Informe Personal de Calificación para el Personal Militar Profesional, debido a que los citados documentos contienen información que es de uso y carácter estrictamente confidencial.

Asimismo, el artículo 2, apartado 3 c de la LOPD, establece que: «*Se registrarán por sus disposiciones específicas, y por lo especialmente previsto, en su caso, por esta Ley Orgánica los siguientes tratamientos de datos personales: Los 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.*»

Por otra parte, el artículo 2, apartado f) del Real Decreto 1332/1994, de 20 de junio, establece que: «*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2.3 de la Ley*

¹¹ Los textos completos pueden consultarse en la página web de la Agencia Española de Protección de Datos. <https://www.agpd.es/portalweb/index-ides-idphp.php>. (última visita el 20 jun 2009).

Orgánica 5/1992 se registrarán por las disposiciones que, en materia de protección de datos, contienen las leyes y reglamentos respectivos, los ficheros automatizados cuyo objeto sea el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales regulados en el artículo 68 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.»

En consecuencia, procede **desestimar** la presente reclamación de Tutela de Derechos.

2.º Procedimiento AP/00077/2007, (Res/00103/2008), instruido por la Agencia Española de Protección de Datos a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, a la vista la denuncia presentada por la apertura de expediente disciplinario en el que **se hizo constar dos faltas disciplinarias** que en la fecha de emisión del mismo ya deberían haber sido canceladas según la normativa relativa al Régimen Disciplinario de la Guardia Civil; y que **dicha información ha sido trasladada a la Asamblea de la Orden de San Hermenegildo** del Ministerio de Defensa. (Cuestión similar ha sido resuelta por la Agencia Española de Protección de Datos en la Resolución de fecha 9/01/2008, R/01232/23007, dictada en el procedimiento de Declaración de Administraciones Publicas, AAPP/00067/2007).

La Ley 42/99, del Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil en su artículo 46 ampara la anotación de delitos, faltas y las penas o sanciones correspondientes que no hayan sido canceladas, al recoger lo siguiente:»1. *La hoja de servicios es el documento objetivo en el que se exponen los hechos y circunstancias de cada guardia civil desde su incorporación al Cuerpo. Incluye los ascensos y destinos, la descripción de los hechos notables y actos meritorios, las recompensas y felicitaciones personales o colectivas, así como los delitos o faltas y las penas o sanciones correspondientes que no hayan sido canceladas.»* «2: *la cancelación de una anotación de sanción por falta grave o muy grave, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, producirá el efecto de anular la inscripción en la hoja de servicios sin que pueda certificarse de ella, salvo cuando lo soliciten las autoridades competentes para ello a los exclusivos efectos de las clasificaciones reglamentarias, de la concesión de recompensas y del otorgamiento de aquellos destinos...»*

Y la Ley 11/1991, de 17/06, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil en su artículo 61, establece: *«La forma en que debe de hacerse la anotación y el procedimiento para la cancelación de las anotaciones impuestas con arreglo a la presente ley, serán las determinadas reglamentariamente con carácter general para el personal militar»*

El Real Decreto 555/1989, de 19/05, sobre anotación y cancelación de notas desfavorables en la documentación militar personal, en su artículo 1º dispone que: *«En la documentación militar personal de todo miembro de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, se harán constar las siguientes notas, una vez hayan ganado firmeza las resoluciones: d) Las penas impuestas por órganos judiciales de cualquier jurisdicción, siempre que deban constar en el Registro Central de Penados y Rebeldes del Ministerio de Justicia, según su legislación específica.»* Dicho Decreto en su artículo 2 y 4, prevé: *«2.- Toda nota estampada se cancelará a petición del interesado,*

una vez transcurridos los plazos que se señalan en el número siguiente...: 2.b) Desde el momento en que se conceda la rehabilitación, a tenor respectivamente de los artículos 47 del Código de Penal Militar, para penas por delito militar, y 118 del Código Penal, para las penas por delito común o falta penal». «4.- Los interesados en cancelar la anotación dirigirán sus peticiones por escrito, respectivamente, a la autoridad o jefe que señala el artículo anterior, a cuya instancia se acompañaran un certificado de antecedentes penales, o en su caso certificado de rehabilitación.» Por su parte, el Código Penal, establece en artículo 136, «De la cancelación de antecedentes delictivos:» «1. Los condenados que hayan extinguido su responsabilidad penal tienen derecho a obtener del Ministerio de Justicia e Interior, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales, previo informe del Juez o Tribunal sentenciador».

Por ello, procede el **archivo** de las actuaciones...

3.º Procedimiento TD/00153/2006 (Res/00548/2006), reclamación formulada contra la Dirección General de la Guardia Civil, por la **denegación del derecho de acceso** a sus datos personales contenidos en el fichero «IPEGGUCI» de la D. G. GC., motivada, en los siguientes términos: «El modelo de Informe Personal de Calificación para el Cuerpo de la Guardia Civil (IPEGGUCI) y las normas para su cumplimentación, se hallan reguladas en la Orden Ministerial de 28 de mayo de 1997, dictada por el Ministerio de Defensa a propuesta de los ministerios de Defensa e Interior y publicada en el BOE núm. 153 de 6 de junio de 1997 (en lo sucesivo, O.M. 28/05/1997)». En el apartado 3.5.3 del Anexo II de dicha Orden Ministerial, textualmente se establece que «El calificador, después de consignar la fecha y la firma, **mostrará esta sección y la portada al calificado**, quien datará y firmará en el lugar señalado al respecto, como prueba de haber quedado enterado del contenido de esta sección y de la conformidad con los datos relativos a su persona de los apartados 02 y 03». En el apartado 5 (Norma de Tramitación), párrafo primero de dicho Anexo, textualmente establece que «Todo IPEGGUCI cumplimentado tendrá el carácter de **confidencial**. Sólo accederán a la información contenida en el mismo los intervinientes en su cumplimentación y el personal responsable de su tramitación y control, explotación y archivo. En cualquier caso, es un documento amparado por el **deber de reserva**.» «Por ello, como bien le ha informado el teniente Jefe de su Unidad de destino, calificador del IPEGGUCI, **no es posible mostrarle el documento al completo sin vulnerar la legislación en vigor que lo regula.**»

La D. G. Guardia Civil, manifiesta que debe desestimarse el acceso a un informe personal de calificación por ser materia excluida de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal que «señala en su artículo 2 2.b») que no será aplicable el régimen en la misma establecido «A los ficheros sometidos a la normativa de materias clasificadas», añadiendo el apartado 3 del mismo artículo, párrafo c), se regirán por las disposiciones específicas los tratamientos de datos personales «... que tengan por objeto el almacenamiento de los datos contenidos en los informes personales de calificación a que se refiere la legislación de personal de las Fuerzas Armadas». El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1.986, otorga genéricamente la clasificación de reservado a «Las concepciones e informes individuales y sanciones del personal militar, con lo que no cabe duda de la condición de materia clasificada. Por otra parte la inclusión de los informes persona-

les de clasificación de los componentes de la Guardia civil en el régimen específico dispensado en el artículo 2.3.c) de la LOPD a la legislación de régimen del personal de las Fuerzas Armadas, es también incuestionable, dada la común condición militar de ambos colectivos, y el idéntico fundamento legal de los informes personales, que hasta la publicación de la Ley 42/1999, de 25/11, de régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, venía constituido por el artículo 68 de la Ley 17/1989, de 19 de julio, reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional.»

Examinadas las alegaciones presentadas por el reclamante, quien señaló:

- Que de acuerdo a la LOPD, los únicos ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas son los informes relativos a la Defensa Nacional y a la Protección del Estado, y que se regulan por la Ley 9/1968 de Secretos Oficiales, modificada por la Ley 48/1978, cuyos requisitos para su inclusión no parece que cumpla el «IPECGUCI».

- Que en el Recurso de Reposición que interpuso por la denegación de acceso a sus datos, y que le fue desestimado por la D.G. Guardia Civil, en su Fundamento de Derecho Primero señalaban: «*Que el personal de la Guardia Civil no tiene consideración de Personal de las FAS -artículos 1 y 2 de la Ley núm. 17/99 y que disponemos de nuestro propio régimen, regulado en Ley núm. 42/99.*»

1.º La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Director de la Agencia Española de Protección de Datos, de acuerdo con el artículo 37.d), en relación con el artículo 36, ambos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en lo sucesivo LOPD).

2.º El artículo 18.1 de la LOPD señala que «*Las actuaciones contrarias a lo dispuesto en la presente Ley pueden ser objeto de reclamación por los afectados ante la Agencia Española de Protección de Datos, en la forma que reglamentariamente se determine.*».

3.º El artículo 2.2.b). de la LOPD establece: «*2. El régimen de protección de los datos de carácter personal que se establece en la presente Ley Orgánica **no será de aplicación:** b) A los ficheros sometidos a la normativa sobre protección de materias clasificadas.*».

4.º La Ley 9/1968, de 5 de abril, reguladora de los Secretos Oficiales, en su artículo 3, establece lo siguiente: «*Las materias clasificadas serán calificadas en las categorías de secreto y **reservado** en atención al grado de protección que se requieran.*».

5.º El artículo 4 de la citada Ley 9/1968 dispone: «*La calificación a que se refiere el artículo anterior corresponderá exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor.*».

6.º El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986, en su apartado Segundo, establece: «*Se otorga, con carácter genérico, la clasificación de **RESERVADO a:** 6) Las concepciones, informes individuales y sanciones del personal militar.*».

7.º La Orden del Ministerio de la Presidencia de 28 de mayo de 1997, por la que se establece el modelo «IPECGUCI», en el Punto 5 de las Normas para la cum-

plimentación del «Informe Personal de Calificación Guardia Civil» especifica: «*Todo IPECGUCI cumplimentado tendrá el carácter de confidencial. Sólo accederán a la información contenida en el mismo los intervinientes en su cumplimentación y el personal responsable de su tramitación y control, explotación y archivo. En cualquier caso, es un documento amparado por el deber de reserva.*»

8.º La Ley 42/1999, de 25 de noviembre, de Régimen del Personal del Cuerpo de la Guardia Civil, en su artículo 1.2, establece: «*2. Esta Ley es de aplicación a los guardias civiles y a los alumnos del sistema de enseñanza de la Guardia Civil que, al ingresar en los centros de formación correspondientes, **adquieren la condición de militar**.*».

La denegación del acceso a los datos personales del reclamante contenidos en el fichero «IPECGUCI», se **encuentra fuera del ámbito de aplicación de la LOPD**.

3. LAS REGLAS DE ENFRENTAMIENTO (ROE)

Miguel Alía Plana
Comandante Auditor

SUMARIO: I. Concepto de ROE. II. Requerimientos operacionales. III. Requerimientos políticos. IV. Requerimientos legales. V. Fuentes y contenido: «la fórmula DAMP».

I. CONCEPTO DE ROE

Introducción

Las Reglas de Enfrentamiento («*Rules of Engagement, ROE*») son aquellas órdenes del mando que determinan cuándo, dónde, contra quién y cómo se usa la fuerza, incluso la letal, durante una operación militar¹. Mediante ellas se establece el uso legítimo, gradual y proporcionado de la fuerza para cada operación en la que participen unidades españolas, o, si se prefiere, las reglas en virtud de las cuales se puede abrir fuego^{2 3}. A su vez, se entiende por operación militar el conjunto de actividades realizadas por unidades, coordinadas en tiempo, espacio y propósito, de acuerdo con lo establecido en una directiva u orden, para el cumplimiento de una misión o cometido⁴. Según el «*Glosario de Términos Militares del Ejército de Tierra español*» (documento «*DO-005*»)⁵, son...

¹ Cf. el artículo 45 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero; DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2008), Reglas de enfrentamiento (ROE) Práctica Jurídica, en www.legaltoday.com/index.php/practica-juridica/militar/reglas-de-enfrentamiento-roe; y DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2007), Las ROE salen del armario, Ejército, nº 794.

² MARTINS, M.S. (1994), Rules of Engagement for Land Forces: A Matter of Training, Not Lawyering, Military Law Review, vol. nº 143, en www.jagcnet.army.mil.

³ CENTER FOR LAW AND MILITARY OPERATIONS & JOINT FORCE JUDGE ADVOCATE (2002) Operational Law Handbook 2002, The Judge Advocate General's Legal Center & School (US Army), Charlottesville, en www.jagcnet.army.mil.

⁴ EJÉRCITO DE TIERRA, (1996), Empleo de la Fuerza Terrestre (DO1-001), Dirección de Servicios Técnicos del Ejército, Madrid.

⁵ EJÉRCITO DE TIERRA (1999), Glosario de Términos Militares (DO2-005), Dirección de Servicios Técnicos del Ejército, Madrid.

1. Directivas emanadas por la autoridad militar para especificar las circunstancias y limitaciones en las que las fuerzas iniciarán o continuarán un enfrentamiento con otras fuerzas. Definen las circunstancias, condiciones, grado y forma bajo las que se puede o no aplicar la fuerza. Están redactadas en forma de prohibiciones, limitaciones y autorizaciones, que regulan la aplicación controlada de la fuerza.

También es semejante definición contenida en el «D-CP-07», de la Armada española, titulado «Manual de Derecho Marítimo para Comandantes de Buques y Estados Mayores» (apartado 0541), de junio de 2005:

Las Reglas de Enfrentamiento (ROE) son directivas emitidas a las Fuerzas Militares que definen las circunstancias, condiciones, grado y manera bajo las cuales las fuerzas militares podrán emplear la fuerza.

El término se ha incorporado a la doctrina militar española y su traducción del inglés nos permite comprender su doble perspectiva. Por un lado, «*engagement*» quiere decir enfrentamiento, lucha, combate, y por ello el concepto se refiere a las reglas que debemos cumplir en el mismo; pero por otro lado «*engagement*» también quiere decir compromiso, porque el mando se compromete a usar la fuerza, ya sea en caso de legítima defensa, ya sea en los casos y formas previstos para el cumplimiento de la misión y solamente en tales casos y formas. Las ROE son por tanto un aspecto concreto de la acción de mando y, correlativamente, un asunto de disciplina, operatividad, planeamiento, doctrina y entrenamiento⁶.

Se pueden promulgar ROE para restringir acciones concretas o para ampliar los límites de una acción, y son la suma de varios factores, que incluyen el marco jurídico de las operaciones, las instrucciones políticas y las consideraciones operativas que derivan de la propia misión⁷.

La Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar y las Reales Ordenanzas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero.

Las ROE se han recogido en la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar, establece, en su artículo 4, regla sexta, lo siguiente:

Sexta.- En el empleo legítimo de la fuerza, hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.

Además, son mencionadas en las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, en los siguientes artículos:

Artículo 42. Manejo y uso de las armas. Pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, consciente de su gran importancia. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y reglas de enfrentamiento.

⁶ HOEGE, H. H. (2002), ROE... also a Matter of Doctrine, The Army Lawyer, Department of the Army Pamphlet 27-50-353 (June 2002), en www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/06-2002.pdf.

⁷ SAGEN, S. D. (1991), «Rules of Engagement,» Security Studies, vol. 1, n° 1 (Autumn), p. 80.

Artículo 84. Uso legítimo de la fuerza. En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.

Artículo 94. Respuesta ante situaciones cambiantes. El conocimiento y cumplimiento de las reglas de enfrentamiento le permitirán hacer frente a las situaciones cambiantes de cada momento, debiendo estar preparado para asumir la protección de la población afectada y los riesgos consiguientes.

II. REQUERIMIENTOS OPERACIONALES

Las ROE poseen tres columnas básicas: los requerimientos operacionales, los políticos y los jurídicos. Los primeros establecen limitaciones concretas al ejercicio del mando, puesto que determinan cómo, dónde, cuánto, cuándo y contra quién debe ser empleada la fuerza. Esto significa que catalogan una gama de acciones que van más allá del mero empleo de la fuerza, y que se agrupan por actividades, combinando medidas permisivas y prohibitivas, más o menos violentas⁸, en relación con una escala de incremento de la fuerza, desde las meras amenazas a las acciones de combate.

El uso de los mejores medios, a través tales medidas, aumenta la efectividad de las operaciones, asegura que las hostilidades se someten al Derecho de los Conflictos Armados, especialmente en lo relativo al principio de distinción entre civiles y combatientes; y reduce los daños colaterales en porcentajes aceptables a nivel político y de opinión pública, ya sean sobre la población civil, ya sean sobre fuerzas propias o aliadas («*fratricidios*») o bajas «*blue on blue*»⁹). Se entiende por daño colateral el no intencionado, ocurrido como resultado del empleo de armamento; y por fratricidio, las muertes causadas en fuerzas propias y aliadas como consecuencia de tales daños, al confundirlas con un blanco enemigo, aunque las definiciones del daño colateral son mucho más complejas, abundantes y prolijas^{10 11}.

⁸ HALL, D.B., (1997), Rules of Engagement and Non-Lethal Weapons: A Deadly Combination?, Thesis, Marine Corps University Command and Staff College, en www.globalsecurity.org/military/library/report/1997; ROACH, J. A. (1983), «Rules of Engagement,» Naval War College Review, (Jan.-Feb); y MARTINS, M.S. (1994), op. cit.

⁹ MALDONADO GARCÍA, E., Buscando la interoperabilidad: la identificación en combate en operaciones multinacionales (2004), Escuela Superior de las FAS, Madrid, Monografía del Curso de Estado Mayor 2003-2004.

¹⁰ «...collateral damage is unintentional damage or incidental damage affecting facilities, equipment or personnel occurring as a result of military actions directed against targeted enemy forces or facilities». Cf. USAF INTELLIGENCE TARGETING GUIDE, Air Force Pamphlet 14-210 (1 February 1998), en www.fas.org/irp/doddir/usaf/afpam14-210/part20.htm. Sobre el daño colateral, cf. REYNOLDS, J. D. (2005), Collateral damage on the 21st century battlefield: enemy exploitation of the law of armed conflict, and the struggle for a moral high ground, Air Force Law Review (Winter), en http://findarticles.com/p/articles/mi_m6007/is_56/ai_n14700122; y SHAW P. M. (1997), Collateral Damage and the United States Air Force, Thesis, School of Advanced Aerospace Studies, Air University, en <http://handle.dtic.mil/100.2/ADA391809>.

¹¹ Para el US Department of Defense (DoD), se define como «...unintentional or incidental injury or damage to persons or objects that would not be lawful military targets in the circumstances ruling at the time. Such damage is not unlawful so long as it is not excessive in light of the overall military advantage anticipated from the attack» Cf. DOD 1-02 (Dictionary of Military and Associated Terms).

Las relaciones entre el daño colateral, el sistema de «*targeting*», las ROE y el Derecho de los Conflictos Armados son muy importantes. ¿Qué se entiende por tal palabra inglesa? El empleo de fuego por unidades terrestres, navales o aéreas exige el cumplimiento de unos protocolos de actuación predeterminados. La fuerza no es aplicada sin lógica ni proporcionalidad, según el libre albedrío de los comandantes militares y sus estados mayores, ni en conflictos bélicos clásicos ni en operaciones de paz o de imposición de la paz¹² contra cualquier tipo de objetivos («*targets*»), sino con los susceptibles de ser batidos, de acuerdo con la legalidad de los conflictos armados, que se definen como sigue:

*A target is a geographical area, complex, or installation planned for capture or destruction by military forces.*¹³

En el «*Proceso de targeting*» o de «*Sincronización e Inteligencia de Objetivos*», participan Asesores Jurídicos, con el fin de asegurar que la fuerza empleada, los métodos de combate y los objetivos batidos no son contrarios al Derecho de los Conflictos Armados, a tenor del artículo 82 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra, de 1977¹⁴. Nos encontramos ante un aspecto propio de la función de Combate, Mando y Control, que implica a los Sistemas de Combate, Maniobra, Inteligencia y Apoyos de Fuego; y al Asesor Jurídico en operaciones.

III. REQUERIMIENTOS POLÍTICOS

Las ROE son un instrumento usado para limitar la guerra, aislar un conflicto o prevenir la escalada de la violencia en un escenario concreto, que se debería basar en la legalidad internacional y nacional del Estado de bandera¹⁵, la internacional general y en la específica de los conflictos armados (en tierra, mar o aire)¹⁶. Sus requerimientos políticos y jurídicos determinan la responsabilidad por el uso de la fuerza. Son una de las más importantes herramientas de control civil sobre el poder militar en una democracia: adquieren su máximo sentido en el marco de un Estado de Derecho, en el cual el poder militar está sujeto al civil mediante el sometimiento a la ley, de tal manera que solamente corresponde a los militares desplegados en campaña cumplir las órdenes que les dicta su gobierno, respecto a la situación concreta, pero no tomar decisiones políticas por sí mismos¹⁷. Por todo lo anterior, el conocimiento de las ROE

¹² El Derecho de los Conflictos Armados es de aplicación a las fuerzas de mantenimiento de la paz, como ha manifestado la NATO, la UE o Naciones Unidas, cuyo Boletín al respecto es un documento de referencia muy importante. Cf. «Boletín del Secretario General. Observancia del derecho internacional humanitario por las fuerzas de las Naciones Unidas», documento ST/SGB/1999/13, de 6 de agosto de 1999.

¹³ AIR LAND SEA APPLICATION CENTER (1997), *Targeting, The Joint Targeting Process and Procedures for Targeting Time Critical Targets*, ALCA Center, Langley.

¹⁴ Relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales.

¹⁵ El Estado de bandera es aquel que cede tropas en una misión internacional, como, por ejemplo, España en una misión de la ONU o la NATO.

¹⁶ MILLER, E.S. (2003), *Interoperability of Rules of Engagement in Multinational Maritime Operations*, Center for Naval Analyses, Alexandria.

¹⁷ «ROE have a two-way function. First, they are intended to make sure that military operations are consistent with policy objectives; civilian leaders can review the ROE to determine if they are too violent, too risky, or result in too much collateral damage. Secondly, ROE are intended to provide a dear set of

debe exigirse no solo a los militares implicados en una zona de operaciones, sino a todo responsable, políticos incluidos, del desarrollo y éxito de una misión¹⁸.

IV. REQUERIMIENTOS LEGALES

Las ROE como conjunto de órdenes

Las referencias jurídicas a las ROE quedan contenidas en el Derecho español, como se ha apuntado, en el artículo 4, regla sexta, de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar. Las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, previenen lo siguiente al respecto:

Artículo 42. Manejo y uso de las armas. Pondrá máxima atención en todo lo concerniente al manejo de las armas, especialmente en la aplicación de las normas de seguridad, consciente de su gran importancia. Para hacer uso de ellas, se atenderá estrictamente a la normativa vigente, órdenes recibidas y reglas de enfrentamiento.

Este artículo debe relacionarse con el 4 del mismo cuerpo legal, que establece lo siguiente:

Artículo 84. Uso legítimo de la fuerza. En el empleo legítimo de la fuerza, el militar hará un uso gradual y proporcionado de la misma, de acuerdo con las reglas de enfrentamiento establecidas para las operaciones en las que participe.

Veamos el régimen jurídico de las ROE. En primer lugar, hay que señalar que son una orden o conjunto de órdenes, lo cual se relaciona directamente con lo establecido en el artículo 19 de la Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre (Código Penal Militar), cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 19. A los efectos de este Código orden es todo mandato relativo al servicio que un superior militar da, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que legalmente le corresponden, a un inferior o subordinado para que lleve a cabo u omita una actuación concreta.

Las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, han recogido el concepto y el régimen jurídicos de las órdenes, aplicable a las ROE, en sus artículos 45 a 50. Como toda orden, puede manifestarse externamente tanto en una prohibición concreta, en un mandato positivo concreto o en una autorización de uso de las armas, en las circunstancias que se establezcan¹⁹. En cualquier caso, conviene destacarse que las ROE no pretenden resumir

guidelines for the commander and his troops, under die presumption that the military's role is to carry out orders and not make policy decisions». Cf. BERKOWITZ, B. D., (1994), Rules of engagement for U.N. peacekeeping forces in Bosnia, Orbis, (Fall), en http://findarticles.com/p/articles/mi_m0365/is_n4_v38/ai_16443484.

¹⁸ ROACH, J. A. (1983), op. cit., p. 46.

¹⁹ MILLER, Eric S., op cit., p. 9.

los preceptos del Derecho de los Conflictos de Armados, cuyo conocimiento por parte de los militares se supone siempre²⁰. Al respecto, las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas de 2009 establecen, en dos artículos, lo siguiente:

Artículo 56. Responsabilidades penales graves en relación con los delitos contra el Derecho Internacional Humanitario. Será consciente de la grave responsabilidad que le corresponde y asume para evitar la comisión, por las fuerzas sometidas a su mando o control efectivo, de los delitos de genocidio, lesa humanidad y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado.

Artículo 85. Principio de humanidad. Su conducta en el transcurso de cualquier conflicto u operación militar deberá ajustarse a las normas que resulten aplicables de los tratados internacionales en los que España fuera parte, relativos al Derecho Internacional Humanitario.

Las nuevas Reales Ordenanzas contienen el capítulo VI, denominado «*De la ética en operaciones*», que abunda en los principios señalados en los artículos anteriores y «*recuerdan*» el sometimiento absoluto de las Fuerzas Armadas al Derecho Internacional Humanitario. Y decimos «*recuerdan*» porque tal sometimiento deriva de los oportunos tratados internacionales de los que España es Parte, a tenor de lo establecido en el artículo 93 y siguiente de la Constitución, pero no de la obligatoriedad jurídica determinada por un Real Decreto, como es el número 96/2009, de 6 de febrero.

Podemos relacionar las ROE con el concepto «*instrucciones y órdenes de servicio*» previsto en las principales normas orgánicas de la Administración, regulado en el artículo 21.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Las ROE carecen de rango normativo independiente. No cabe que su contenido colisione con lo prescrito por los instrumentos convencionales sobre la materia en los que España es Parte o con las normas que constituyen el núcleo del Derecho consuetudinario aplicable en los conflictos armados. El sometimiento de las ROE al Derecho es absoluto²¹. Sería absolutamente imposible que las ROE derogaran el bloque normativo español o internacional sobre el uso de la fuerza y sus consecuencias. Es preciso traer a colación lo establecido por las Reales Ordenanzas en su artículo 106:

Artículo 106. Deberes en relación con el Derecho Internacional Humanitario. El militar conocerá y difundirá, así como aplicará en el transcurso de cualquier conflicto armado u operación militar, los convenios internacionales ratificados por España relativos al alivio de la suerte de heridos, enfermos o náufragos de las fuerzas armadas, al trato a los prisioneros y a la protección de las personas civiles, así como los relativos a la protección de bienes culturales y a la prohibición o restricciones al empleo de ciertas armas.

²⁰ DE LAS RIVAS ARABURU, I., (2008), op. cit.

²¹ PERRY, R. M. (1999), *Striking the Balance: Airpower Rules of Engagement in Peace Operations*, School of Advanced Airpower Studies, Air University, Alabama, p. 9.

Es imposible que derogue parte de la legalidad (española o internacional) porque no se encuentran recogidas entre las fuentes del Derecho español ni en el Internacional. Desde el punto de vista de este último, no tienen carácter de fuente, según lo establecido en el artículo 38.1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia; no forman obligaciones de carácter convencional internacional ni son costumbre. La circunstancia de que esta categoría tampoco se incluya dentro de ninguna disposición interna, a excepción de la remisión que se hace en la Ley de la Carrera Militar y en las nuevas Reales Ordenanzas de 2009, no permite darle, desde el punto de vista de nuestro Derecho, la consideración de norma jurídica. De todo ello resulta que no se les pueda otorgar otra consideración que la concedida a las «órdenes de servicio» en el ámbito administrativo tal y como se mantenía en una sentencia a la Corte Militar de Bélgica, de 24 de mayo de 1995²². La doctrina francesa abunda en esta idea y mantiene que son actos administrativos unilaterales o actos jurídicos adoptados unilateralmente por una autoridad administrativa, sometidos al Derecho y que afectan, por ello, a los derechos y deberes de determinadas personas (los militares concernidos e incluso «*el enemigo*») sin que se haya contado con su consentimiento²³. En análogo sentido, para la doctrina norteamericana son lo que denomina «*administrative regulations*»²⁴. En nuestra opinión, consisten en el ejercicio concreto de una potestad administrativa (el mando, a través de una orden) consistente de ordenar un comportamiento (activo o pasivo) para circunstancias específicas que implica una estandarización técnica²⁵. A mayor abundamiento, serían manifestación de los principios de eficacia y eficiencia en el funcionamiento de la Administración, recogidos en el artículo 3 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La responsabilidad jurídica derivada de las ROE

Las ROE contienen tres facetas: el control político del uso de la fuerza, la legalidad de la regulación y, por último, el establecimiento de la responsabilidad que cada escalón de la estructura operativa tendrá en la toma de decisiones y en su ejecución. En expresión penal, las ROE determinan los espacios legales en los que el ejercicio de la fuerza comprende un uso ilícito de las armas. Según el Derecho español, la desobediencia a las ROE supondría la responsabilidad prevista en el artículo 102 del Código Penal Militar, cuyo tenor literal es el siguiente:

El militar que se negare a obedecer o no cumpliera las órdenes legítimas de sus superiores relativas al servicio que le corresponde será castigado con la pena de tres meses y un día a dos años de prisión.

²² DE LAS RIVAS ARAMBURU, I. (2008), op. cit.

²³ «*Ainsi les ROE peuvent-elles être assimilées à un acte administratif unilatéral ou, plus précisément à un «un acte juridique adopté unilatéralement par une autorité administrative, portant sur l'ordonnement juridique et affectant les droits ou les obligations des tiers sans leur consentement.*»». Cf. GRANET, M. B. (ed. al.) (2004), L'environnement juridique des forces terrestres dans les opérations extérieures, Ministère de la Défense, París, p. 85.

²⁴ CENTER FOR LAW AND MILITARY OPERATIONS & JOINT FORCE JUDGE ADVOCATE (2007), Rule of Law Handbook. The Judge Advocate General's Legal Center & School (US Army) Charlottesville, p. 59.

²⁵ TARRÉS VIVES, M. (2003), Normas técnicas y ordenamiento jurídico, Tirant Lo Blanc, Valencia.

Si se tratare de órdenes relativas al servicio de armas, se impondrá la pena de seis meses a seis años de prisión.

Estos hechos, cometidos en tiempo de guerra, estado de sitio, frente a rebeldes o sediciosos o en situación peligrosa para la situación del buque o aeronave, serán castigados con la pena de diez a veinticinco años de prisión.

Si la desobediencia consistiera en rehusar permanentemente el cumplimiento de las obligaciones militares, se impondrá la pena de dos años y cuatro meses a seis años de prisión y la pérdida de empleo.

El mando que ordenara incumplir o incumpliera las ROE podría incurrir también en el delito previsto en el artículo 139 del mismo cuerpo legal:

El militar que, en el ejercicio de sus funciones y sin causa justificada, empleare u ordenare ejercer contra cualquier persona violencias innecesarias para la ejecución de un acto de servicio que deba realizar u ordenare, permitiere o hiciera uso ilícito de las armas será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión.

A su vez, si se incumplieran las ROE y se produjeran daños, entrarían en juego otras consideraciones, posibles concursos, absorción de delitos, etc., y podríamos encontrarnos ante delitos contra las leyes o usos de la guerra (artículo 69 y siguientes del Código Penal Militar); abuso de autoridad (artículo 103 y siguientes); incumplimiento de los deberes inherentes al mando (artículo 130 y siguientes); delitos contra la eficacia en el servicio (artículo 155 y siguientes), etc.; e incluso la aplicación del Código Penal Común.

V. FUENTES Y CONTENIDO: «LA FÓRMULA DAMP»

Las ROE se establecen de dos formas²⁶. La primera, antes del diseño de una operación, mediante la redacción previa de un catálogo general (denominado «*SROE*» o «*Standing ROE*»), del que luego se elegirán las que se consideran más adecuadas para cada operación concreta.

La segunda, es la redacción para una operación específica. En cualquier caso, ya se elijan de entre las posibles de un catálogo previo, ya se creen ad hoc, su redacción es responsabilidad del mando operacional y se elaboran o eligen en fase de planeamiento, con intervención del Asesor Jurídico²⁷, una vez fijados el concepto de la misión, después de establecido el marco legal en que debe desenvolverse y tras definirse los objetivos político-estratégicos a alcanzarse²⁸. Forma parte del oportuno

²⁶ BENNETT, D. A., y MACDONALD, A. F. (1995), *Coalition Rules of Engagement*, Joint Forces Quarterly (Summer); y WOMACK, S. (1996), *Rules of Engagement in Multinational Operations*, Marine Corps Gazette, February, 1996.

²⁷ Que en España solamente puede ser un oficial auditor del Cuerpo Jurídico Militar, no un mero oficial de estado mayor, a tenor del artículo 37 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar; y del artículo 1 de la Ley 52/1997, de 27 noviembre, de Régimen de la Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas.

²⁸ MARTINEAU, F. (2004), *The Rules of Engagement in Ten Questions*, Doctrine, n° 4 (Septembre), en www.cdef.terre.defense.gouv.fr/publications/doctrine/doctrine04/Us/doctrine04_US.pdf.

Plan de Operaciones («*OPLAN*», «*Operation Plan*») anterior al despliegue de la misión, confirmado en la Orden de Operaciones («*OPORD*», «*Operation Order*») una vez se haya desplegado en la zona de operaciones, y en posteriores órdenes menores o fragmentarias («*FRAGO*», «*Fragmentary Order*»).

El SROE establece un número de situaciones y de posibles respuestas en el uso de la fuerza, y en cada Orden de Operaciones se determina, ante un hipotético desarrollo de los acontecimientos, qué concreto uso de la fuerza y con qué intensidad es posible aplicar, escogiéndose las ROE que se estimen oportunas del catálogo general.

Los códigos de ROE (SROE) actualmente en vigor son los siguientes: para la NATO, el documento MC 362/1 «*NATO Rules of Engagement*», de 30 de junio de 2003 (este documento es de libre acceso); para la Unión Europea, el EUMC Mtg Doc 67/1/05 REV1, de 20 de febrero de 2006; y para Naciones Unidas, el documento UN MD/FGS/0220.0001(2000) «*UNDPKO, Guidelines for the Development of Rules of Engagement for Peace Keeping Operations*». Actualmente, el Estado Mayor de la Defensa está trabajando en un catálogo general de ROE españolas que todavía no ha visto la luz²⁹.

Las ROE, dado su carácter sensible, son materia clasificada, con lo que su estudio concreto, salvo para el personal de cada misión, está vedado, con la excepción del documento MC 362/1, lo cual es otro razonamiento que permite afirmar que no son una norma jurídica. No obstante, por ejemplo, podemos deducir cómo fueron las establecidas por las fuerzas españolas desplegadas en Irak, por el testimonio del entonces Ministro Defensa, Federico Trillo-Figueroa³⁰, recogidas en su comparecencia ante el Congreso de Diputados de julio de 2003. En ella, señalaba lo siguiente:

Señoras y señores diputados, señor presidente, uno de los aspectos de mayor relevancia e importancia en las operaciones de este tipo lo constituye, sin ninguna duda, lo que se denomina en técnica militar reglas de enfrentamiento —más conocidas como ROES—. A pesar de que esta misión no tiene como finalidad la confrontación, el planeamiento militar y la lógica prudencia aconsejan definir con claridad unas reglas que establezcan las condiciones en las que la fuerza puede ser empleada. Su contenido, evidentemente, estará en consonancia con los compromisos internacionales y la legislación española.

Estas reglas serán establecidas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa y autorizadas por el ministro de Defensa, y regularán la actuación de las unidades españolas en la zona, durante la operación.

Como es natural, las reglas que se establezcan no deberán entrar en conflicto con las que pueda establecer una autoridad en el área de operaciones —la autoridad—, y han de permitir el cumplimiento de la misión de manera com-

²⁹ FERNÁNDEZ TRESGUERRES, J. A. (2007), Reglas de Enfrentamiento (ROE), XVème Congrès International de Défense Sociale, Le Droit Pénal entre la guerre et la paix: Justice et coopération pénale dans les interventions militaires internationales, en www.defensesociale.org/xvcongreso/informacion_fr.php.

³⁰ Comparecencia del señor ministro de Defensa (Trillo-Figueroa y Martínez Conde), a petición propia, para informar sobre el acuerdo del Consejo de Ministros celebrado el día 11 de julio relativo al envío de contingente de tropas a Irak. (Número de expediente 214/000191), Diario de Sesiones del Congreso de Diputados, año 2003, VII legislatura, nº 799, p. 25220 y sis.

patible con la máxima protección de la integridad física de los componentes del contingente. Protección esta que constituye, sin duda, la prioridad número uno para el Gobierno de la nación. Estas reglas de comportamiento, cuya redacción está ya avanzada, establecen unos condicionantes, que resumimos a continuación. En primer lugar, la misión encomendada no es en ningún caso de confrontación, sino de contribución a la seguridad y estabilidad en Irak. Segundo, las unidades españolas no estarán nunca obligadas a ejecutar cometidos que pudieran constituir un quebrantamiento del derecho internacional ni de las leyes españolas. Tercero, el derecho a la autodefensa individual estará garantizado por medio del empleo de la mínima fuerza, que debe entenderse como aquella que, incluyendo la letal, se limita en su nivel y proporcionalidad, así como en su duración e intensidad. Los procedimientos a emplear serán conformes con la normativa de la Alianza Atlántica y adaptados a la situación.

La aplicación de estas reglas —ROES— deberá contemplar la observancia de los derechos humanos y el respeto a la propiedad privada. El plan de operaciones contendrá la prohibición del uso de cualquier tipo de minas antipersona, bajo cualquier circunstancia. Además —y entre otras—, en el comportamiento del contingente se seguirán las siguientes directrices: el respeto y la consideración de las costumbres locales, y muy especialmente de las de carácter religioso.

También podemos citar el caso de las ROE previstas para el contingente español de la misión de Naciones Unidas en Líbano (FINUL), respecto a las cuales, el entonces Ministro de Defensa, José Antonio Alonso, declaró ante el Congreso de los Diputados que eran claras, detalladas y robustas para proporcionar un grado aceptable de seguridad y protección a la Fuerza así como la necesaria libertad de acción³¹.

Las ROE tienen un contenido mínimo, cuya determinación pasa por la aplicación de la denominada «*fórmula DAMP*», acrónimo que obedece a las siguientes consignas³²:

1. *Devuelva el fuego. Vd. siempre tiene derecho a repeler actos hostiles con la fuerza necesaria.*
2. *Anticipe el ataque. Sea el primero en usar la fuerza pero solamente si percibe claros indicios de intentos hostiles.*
3. *Mida la cantidad de fuerza a utilizar, si las circunstancias lo permiten*
4. *Proteja con uso de fuerza mortífera sólo la vida humana y la propiedad designada por su comandante.*

Siempre se debe tener presente el derecho a la legítima defensa en caso de agresión. La NATO establece claramente que la legítima defensa es un derecho universalmente reconocido tanto a unidades, al personal militar y al civil (sea de la organización o no, pues en determinadas circunstancias se deben proteger a las «*personas*

³¹ MINISTERIO DE DEFENSA, Nota de Prensa del Ministerio de Defensa (jueves, 07/09/2006), Misión de Naciones Unidas en Líbano, en www.mde.es/NotasPrensa?accion=1&id_nodo=4072&id_nota=1131.

³² MARTINS, M. S. (1994), op. cit., p. 86.

calificadas con un estatuto especial», como diplomáticos, personal sanitario, refugiados, etc.). El uso de la fuerza en este caso debe reunir los siguientes requisitos:

1. Necesaria, lo cual implica que sea imprescindible para asegurar la legítima defensa.
2. Proporcional, acorde con la percepción del nivel de la amenaza que se plantee.
3. Ante ataque inminente, de forma manifiesta e inmediata.

Comprende también la *«legítima defensa ampliada»*, que permite actuar a las fuerzas NATO en defensa de sus aliados, cuando hayan sido éstos los atacados y no las fuerzas que ejercen el derecho.

Finalmente, si el contenido de las ROE conculca el Derecho Español, es posible denunciar unilateralmente su aplicación, de tal manera que la autorización o prohibición concreta no vincularía a las fuerzas españolas. Ello recibe el nombre de *«caveat»* o suspensión.

4. EL TRIBUNAL MARÍTIMO CENTRAL

María Contín Trillo-Figueroa
Teniente Auditor

SUMARIO: I. Régimen jurídico. II. Composición. III. Naturaleza jurídica. IV. Competencia. V. Procedimiento, resolución y recursos. VI. Objeto: asistencias. VII. Remolque. VIII. Casuismo.

Una figura escasamente conocida, incluso por miembros del Cuerpo Jurídico Militar, es el Tribunal Marítimo Central, institución que no puede quedar ajena a nuestro conocimiento, máxime si tenemos en cuenta la alta representación de jurídicos militares en la composición del mismo. El presente estudio pretende una simple aproximación a este órgano especializado y sus funciones, razón de su existencia.

El fundamento de este Tribunal Marítimo Central y Juzgados Marítimos Permanentes, según indica el Preámbulo de la Ley 60/1962 es esencialmente la de mantener la competencia de la jurisdicción de la Marina, por razón de especialización en técnica náutica y procedimiento rápido y gratuito.

El carácter iuspublicista que adquiere la seguridad del mar da lugar a que la Administración intervenga como órgano arbitral en el asunto, a través del Tribunal Marítimo Central. Así lo afirmó el Consejo de Estado en su dictamen sobre el «Castillo de Mombeltrán» en 1944, según el cual es el predominante interés público del salvamento lo que justifica su atribución a la jurisdicción de Marina.

La Ley número 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, en su título II, capítulo 1.º, creó el Tribunal Marítimo Central con sede en Madrid y jurisdicción en todo el territorio nacional, así como los Juzgados Marítimos Permanentes dependientes del mismo, actualmente con sede en Cartagena, Cádiz, Ferrol y Canarias y que instruyen en la actualidad más de un centenar de expedientes de asistencias marítimas y cuando no se llega a acuerdo entre las partes lo elevan al Tribunal Marítimo Central, lo cual sucede aproximadamente en más de un cuarenta por ciento de los casos.

I. RÉGIMEN JURÍDICO

El régimen jurídico que aplica el Tribunal Marítimo Central en sus resoluciones viene constituido por la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, que regula los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones, ley que concuerda el régimen jurídico español con el Convenio de Bruselas de 1910 para la Unificación de ciertas reglas en materia de auxilio y salvamento en la mar. Por Decreto 984/1967, de 20 de abril, se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley. De conformidad con lo dispuesto en la ley 60/62 y el Decreto será de aplicación supletoria la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común. El Convenio de Bruselas ha sido recientemente actualizado por el Convenio de Salvamento Marítimo de Londres de 28 de abril de 1989, que entró en vigor en España, tras su ratificación, el 14 de enero de 2006.

La Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, en su Disposición Final Segunda, apartado 2 establece que las disposiciones contenidas en el Título II de la Ley 60/1962, que regula cuestiones relativas a la jurisdicción y procedimiento en materia de auxilios, salvamento, remolques, hallazgos y extracciones marítimas, continuarán en vigor en calidad de normas reglamentarias, pudiendo ser derogadas o modificadas por el Gobierno a propuesta conjunta de los Ministros de Defensa y Fomento. Hasta la fecha no ha tenido lugar este desarrollo reglamentario, por lo que el Tribunal Marítimo Central continúa manteniendo su competencia en materia de salvamento, auxilios y remolques.

II. COMPOSICIÓN

En cuanto a su composición, lo preside un Almirante, designado por Decreto, a propuesta del Ministro de Fomento, y está compuesto de cuatro vocales y un Secretario, que es un miembro del Cuerpo Jurídico Militar. Los vocales son un Capitán de Navío, dos Jurídicos Militares y un funcionario del Ministerio de Fomento. Para los asuntos técnico aeronáuticos, cuando el auxilio o salvamento afecte a aeronaves, se sustituye el vocal procedente de la Armada por otro perteneciente al Ejército del Aire. La función del Presidente y del Secretario, así como del personal de secretaría, se desarrolla de modo permanente por exigencias del buen desarrollo, interviniendo el resto de sus componentes en las sesiones convocadas para el despacho de asuntos (artículos 7, 9 y 10 del Reglamento).

III. NATURALEZA JURÍDICA

La potestad jurisdiccional se atribuye por la norma constitucional española con carácter exclusivo a la jurisdicción ordinaria, contemplando como única jurisdicción especial la castrense.

Por ello resultan impropios para referirse al Tribunal Marítimo Central los términos de «Tribunal», «Juzgados», «Jurisdicción», «cuestiones de competencia», su actuación cuando exista un litigio entre partes, ... El Tribunal Marítimo

no reúne las características propias de la función jurisdiccional, características como pueden ser la inamovilidad, ya que sus miembros son removibles; no dicta sentencias, sino resoluciones; no conoce de causas sumarias o autos, sino de «expedientes de salvamento»; y existe la posibilidad de recurso en vía administrativa frente a sus resoluciones, y una vez agotada la vía administrativa la resolución puede recurrirse en la vía contencioso-administrativa, con arreglo a las normas de esta jurisdicción.

De este modo, el Tribunal Marítimo Central debe ser considerado como un órgano administrativo, encuadrado dentro de la Administración Pública, y carácter administrativo que también se aprecia en la designación de sus miembros, en la índole del procedimiento y la posibilidad de recurrir sus resoluciones en vía administrativa y ulterior vía contencioso-administrativa. Y que la denominación de Tribunal también se aplica en otros órganos administrativos carentes de naturaleza jurisdiccional, como los Tribunales Económico-Administrativos, o el Tribunal de Cuentas.

No obstante, algún autor como Justo Carrero¹ ha considerado la función de este Tribunal como jurisdiccional-administrativa, y ello derivado de su independencia funcional, especialización jurisdiccional, imparcialidad en la litis, naturaleza contenciosa de las pretensiones de las partes interesadas y la capacidad de plantear por sí directamente cuestiones de competencia con otras jurisdicciones. O como ha señalado Jaime Maldonado Ramos², la expresión de «jurisdicción administrativa» es muy elocuente del tipo de intervención que determinados órganos administrativos tienen en ciertos aspectos de la vida de los administrados, como pueden ser los atinentes a los salvamentos y remolques en la mar.

Otra opinión doctrinal que se puede aquí poner de manifiesto, es la clasificación de los recursos administrativos por Garrido Falla³, siendo uno de los tres tipos de estos recursos, los recursos administrativos jurisdiccionales, que son sustanciados por órganos encuadrados en la organización administrativa, pero especialmente estructurados para el ejercicio de la función jurisdiccional con independencia de toda otra. Considerando que una modalidad de este tipo de recursos es el recurso económico-administrativo, que se resuelve por órganos integrados en la Administración, y puede calificarse de jurisdiccional-administrativo en base a la especialización funcional de los órganos, siendo susceptible de impugnación contencioso-administrativa. Recurso económico-administrativo, que en mi opinión, guarda una estrecha semejanza con el recurso ante un Tribunal Marítimo Central.

En relación a la naturaleza jurisdiccional o administrativa del Tribunal Marítimo Central, encontramos ya un pronunciamiento del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala de lo Civil, de fecha de 9 de octubre de 2006 (recurso de casación nº 3757/1999), de la que ha fue ponente el Presidente de la Sala, D. Juan Antonio Xiol Ríos.

¹ «Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la Justicia Administrativa», Justo Carrero Ramos, Revista de Administración Pública (Madrid), 1965 sep-dic, XV (48), páginas 377-389.

² «De nuevo sobre la pervivencia y competencia del Tribunal Marítimo Central», Jaime Maldonado Ramos, Revista Jurídica Militar 15 de enero de 2006.

³ Tratado de Derecho Administrativo, vol. III, «La Justicia Administrativa», 1963».

El Juzgado de Primera Instancia consideró que la intervención del Tribunal Marítimo Central había quedado fuera de lugar como consecuencia de la previsión que contiene el art. 22.3 en relación con el art. 9 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que determina la jurisdicción civil como competente para el conocimiento de este tipo de controversias.

La sentencia que resolvió el recurso de casación en este asunto desmonta el intento de la parte recurrente de desvirtuar, en el plano constitucional, la justificación de la intervención del Tribunal Marítimo Central y de los Juzgados Marítimos Permanentes en materia de auxilio y salvamento marítimo. Señala que una norma con rango de ley puede atribuir funciones arbitrales a un órgano administrativo en materias de Derecho privado siempre que concurran determinados requisitos, «entre los cuales debe subrayarse el consistente en que la intervención del órgano arbitral esté justificada y no suponga un obstáculo o imponga una dilación desproporcionada para acudir a la jurisdicción, así como que sus resoluciones sean susceptibles de impugnación ante los tribunales»; el Tribunal Supremo ha reconocido la existencia de razones que pueden contribuir a considerar aceptable la opción legislativa por el mantenimiento de la referida instancia administrativa arbitral, consistentes en la especificidad y carácter técnico de la materia tratada y la preparación y solvencia acreditada por los expresados tribunales durante largos años.

La Sala proclama que la existencia de la Sociedad de Salvamento y Seguridad Marítima (SASEMAR⁴), como entidad de Derecho público que ajustará sus actividades al ordenamiento jurídico privado, no se opone a sus anteriores conclusiones, «pues representa la instauración de una forma de gestión indirecta del servicio público de salvamento y no se refiere a la actividad de salvamento entre particulares».

En el mismo sentido, reiteradas Sentencias del Tribunal Supremo y Sentencias del Tribunal Superior de Madrid, entre otras la de 15 de febrero de 1988 y 25 de marzo de 2003 señalan que nos encontramos ante un singular ordenamiento en virtud del cual una materia de naturaleza privada, por afectar a cuestiones patrimoniales entre particulares, derivada de la remuneración o resarcimiento por operaciones de salvamento a otros bienes particulares, es sometida a la intervención de órganos administrativos, dadas las especiales circunstancias y riesgos que llevan consigo la navegación y las operaciones de auxilio a los siniestros producidos en ellas.

⁴ Creada en artículo 89 la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, de 1992, es una Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica, patrimonio propio y plena capacidad de obrar, adscrita al Ministerio de Fomento, es el organismo responsable de los servicios de búsqueda, rescate, salvamento marítimo, prevención y lucha contra la contaminación del Estado español en el área geográfica de su responsabilidad, y ayuda al tráfico marítimo. Cuenta para el cumplimiento de sus fines con una sociedad anónima (REMASA) de la que es propietaria única, en virtud de una encomienda de gestión (BOE n 138, de 10 de junio de 2006).

Respecto al salvamento, la remuneración a SASEMAR se fija a través del procedimiento fijado por la Ley 60/1992, es decir, el mismo que se aplica entre particulares, mutuo acuerdo o acudiendo Tribunal Marítimo Central. En lo que respecta a las operaciones de remolque existen unas tarifas aprobadas por el Ministerio de Fomento en las que se valora la eslora de la embarcación remolcada y la duración del servicio, concretándose en las Órdenes Ministeriales de 2 de marzo de 1999, 4 de septiembre y 7 de octubre de 2002, y 14 de mayo de 2007.

IV. COMPETENCIA

La competencia tanto del Tribunal Marítimo Central como de los Juzgados Marítimos Permanentes se delimita en la Ley 60/62 a través de criterios objetivos (ámbito de aplicación de la Ley) y territoriales, cuando se establece la que corresponde a ambos, bien referida a la totalidad del territorio nacional o a la demarcación territorial de los propios Juzgados Marítimos.

Desde el punto de vistas objetivo, su competencia se extiende al conocimiento y resolución de los expedientes de asistencias marítimas⁵ que se siguen por los Juzgados Marítimos Permanentes en los supuestos de auxilio, salvamento y remolque marítimo en los que no se haya producido acuerdo entre las partes intervinientes en el procedimiento (el Juzgado Marítimo Permanente no es un juez instructor de los asuntos luego resueltos por el Tribunal Marítimo Central como podría pensarse por similitud a la jurisdicción ordinaria, sino que el Juez Marítimo conocerá del asunto intentando que las partes lleguen a un acuerdo, y en caso de que no se logre se dará traslado del expediente al Tribunal Marítimo Central). Asimismo, el Tribunal Marítimo Central conocerá de los recursos de los interesados contra las decisiones del Juez, y según el artículo 34 de la ley puede plantear y sostener las cuestiones de competencia con las autoridades y Tribunales de otras jurisdicciones.

Sus atribuciones se extienden tanto a las cuestiones de procedimiento como a las pruebas (artículo 44), y goza de un amplísimo arbitrio para fijar la remuneración equitativa por salvamento útil (artículos 6 y 7), pudiendo incluso modificar o anular los convenios estipulados entre los interesados no sólo por vicio, sino también por desproporción de la remuneración (artículos 8 y 9 de la Ley), y fija la participación de los salvadores.

En cuanto a la competencia desde el punto de vista territorial, los supuestos a los que el conocimiento de las asistencias habrá de delimitarse son los siguientes:

- a) Asistencia de buques o aeronaves españoles por otro español en cualesquiera aguas (españolas libres o extranjeras), cualquiera que fuere el Puerto al que unos y otros arriben.
- b) Asistencia de buques o aeronaves españoles desde territorio español.
- c) Asistencia de buques o aeronaves españoles en cualesquiera aguas, por buque o aeronave extranjero.
- d) Asistencia prestada a buques o aeronaves extranjero en cualesquiera aguas si el auxiliado es conducido a Puerto español.
- e) Asistencia prestada por buque o aeronave español a otro extranjero en cualesquiera aguas y conducido a puerto no español, ni del Estado del pabellón del buque extranjero asistido.

⁵ No es unánime el significado que se le atribuye al término «asistencia» en el Derecho Marítimo. La doctrina no ha sido pacífica, si bien el hecho de calificar la acción de una u otra forma no tiene consecuencias prácticas al fijar las obligaciones de las partes. Garrigues equipara la asistencia al auxilio en la mar, mientras que Menéndez considera que la asistencia comprende tanto el auxilio como el salvamento, excluyendo el remolque. Según la doctrina derivada de las resoluciones del Tribunal Marítimo Central y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que tampoco es unánime, la asistencia marítima incluye tanto los salvamentos como los auxilios y remolques producidos en la mar.

- f) Asistencia prestada desde tierra extranjera a buques españoles.
- g) Remolque solicitado desde la mar, no constitutivo de auxilio o salvamento, cuando no tengan por objeto facilitar la entrada en puerto.

Los acuerdos del Tribunal Marítimo Central de 29 de abril de 1996 relativo a una asistencia marítima prestada entre dos pesqueros de bandera británica que arribaron a un puerto extranjero; y de 28 de junio de 1996 entre dos pesqueros, uno de nacionalidad portuguesa y otro de nacionalidad alemana, aun cuando en este caso el parte fue dado en la Capitanía del Puerto de Vigo, decidieron el archivo de las actuaciones que se seguían por no ser competente el citado Tribunal para el conocimiento de los hechos.

V. PROCEDIMIENTO, RESOLUCIÓN Y RECURSOS

En cuanto al procedimiento en orden a la satisfacción de la remuneración, el capitán de la embarcación interviniente en la asistencia ha de cumplimentar un Parte de Asistencia ante la Autoridad Marítima Local dentro del plazo de 24 horas de la llegada de la embarcación a puerto. En dicho parte se identifican las embarcaciones, el estado de la mar, la situación, se califica el servicio y se describen los hechos.

A partir de este momento se inicia el procedimiento por el Juzgado Marítimo Permanente, dirigiendo las actuaciones a la comprobación de los hechos y circunstancias que puedan contribuir a la fijación de la remuneración, conservación de las cosas y garantía de los derechos de las partes.

También publicará inmediatamente en el Boletín Oficial del Estado y, si lo considera oportuno por la importancia del expediente, en un diario de la provincia, edictos en los que dará cuenta de la iniciación del procedimiento, citando a los que puedan considerarse interesados en el mismo para que en el plazo de treinta días naturales se personen en el expediente aportando los comprobantes en que fundamenten su derecho.

Lo salvado se valorará de conformidad con las partes, y, de no conseguirse ésta, el Juez acordará su tasación mediante peritaje, adoptando sin dilación, cuando lo estime preciso, las medidas sobre reconocimiento y garantías que considere oportunas para que aquél pueda realizarse sin retrasar la salida del barco. Los propietarios podrán disponer de los efectos salvados⁶ antes de la terminación del expediente, constituyendo fianza bastante a criterio del Juez para garantizar el pago de la remuneración debida por el salvamento. A la vista de los comprobantes aportados y del valor de lo salvado, formará el instructor una cuenta general de gastos, con lo que terminará la fase de instrucción del expediente.

Terminada la instrucción del expediente, el Juez dará vista del mismo a los interesados que se hubieran personado, por quince días hábiles, para que puedan formular

⁶ Si el salvado quiere llevarse su barco deberá poner una garantía por el valor del salvamento (artículos 40, 23 y 31 de la Ley 60/1962). A este respecto, el citado artículo 23 distingue entre buques españoles y extranjeros, al decir que si el buque es español se inscribirá en el Registro la prohibición de venta del buque o de gravarlo.

alegaciones y proponer las pruebas que consideren oportunas, cuya pertinencia será declarada por el Juez. Si por causa de fuerza mayor el interesado, actuante tanto activa como pasivamente en el acto de auxilio, salvamento o remolque, no hubiera podido personarse en el expediente, será oído dentro del plazo de quince días. Terminado ese plazo, el Juez convocará una reunión de los interesados en la que, bajo su presidencia, tratará de que lleguen a un acuerdo, levantándose acta de la misma. Si se llegara a un acuerdo entre todos los interesados presentes, el Juez procederá a su ejecución. En otro caso, elevará el expediente con el acta de la reunión y las alegaciones de los interesados al Tribunal Marítimo Central.

Los Vocales del Tribunal Marítimo Central estudiarán los asuntos que tengan entrada en el mismo en los aspectos técnico-naval y jurídico que proceda y con arreglo a la distribución que la Presidencia acuerde. Si el Tribunal estimase que ha habido defectos procesales o que no se han aportado las pruebas necesarias, repondrá el expediente al estado correspondiente para que se subsane o se complete. En otro caso, dictará la resolución que proceda.

La decisión del Tribunal Marítimo Central adopta la forma de acuerdo o resolución, según su entidad o naturaleza. La resolución del Tribunal Marítimo Central debe ser razonada y motivada, pudiendo ser impugnada en alzada, siendo la autoridad competente para conocer del recurso el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada por aplicación de lo dispuesto en el artículo 1 de la Orden Ministerial 1601/1997, de 7 de septiembre, sobre Régimen Transitorio de Competencias del Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada. Dicha resolución agota la vía administrativa y contra la misma se podrá interponer, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente al de la notificación, recurso contencioso-administrativo ante la Sala de dicha Jurisdicción del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, por ser en su circunscripción donde se ha dictado el acto originariamente impugnado y no haber sido modificado por vía administrativa de recurso, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 10 y 14 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. El expediente deberá ser devuelto al Tribunal Marítimo Central para su curso al Juez Marítimo correspondiente, a efectos de notificación, ejecución de resolución y demás trámites legales.

Las sentencias dictadas por las Salas de lo Contencioso Administrativo cuando conoce contra las resoluciones del Tribunal Marítimo Central confirmadas por el Almirante Jefe del Estado Mayor de la Armada, en un 99 % de los casos confirman la decisión adoptada por el Tribunal Marítimo Central, haciendo mención en reiteradas ocasiones de la alta capacitación técnica de sus componentes.

VI. OBJETO: ASISTENCIAS

La discrepancia fundamental que es sometida al Tribunal Marítimo Central versa sobre los gastos y premio del salvador, que ha de sufragar el salvado, o sobre la participación a distribuir entre los salvadores o el prorrateo de la cuenta de gastos entre los diversos interesados en el buque o la carga salvados. Por tanto, se refiere a intereses privados de contenido económico, no teniendo la Administración ni sus fun-

cionarios interés en el asunto, salvo casos especiales de intervención en el salvamento de buques del Estado o de servicio público. Se suele plantear la calificación por el Tribunal Marítimo de la asistencia prestada con la intención de que sea reconocida a una de las partes implicadas en la asistencia una mayor o menor remuneración (mayor remuneración en el salvamento que en el auxilio).

No existe una unanimidad doctrinal en diferenciar los términos de auxilio y salvamento. Aunque la doctrina no ha sido pacífica al definir los términos, sí que ha existido acuerdo en que el supuesto de salvamento supone una mayor implicación en la acción por parte del buque auxiliador. La jurisprudencia actual del Tribunal Marítimo Central sostiene que ambos conceptos, tanto el auxilio como el salvamento, van a suponer una asistencia a un buque en peligro, y que la diferencia entre ambos conceptos es que en el salvamento el buque que socorre está en peligro, mientras que en el auxilio el buque que socorre no se encuentra en esta situación de peligro.

Tanto el auxilio como el salvamento van a suponer una actividad dirigida a socorrer o ayudar a un buque, personas o cosas en una situación de peligro en la mar, pudiendo ser obligatoria (cuando la prestación viene ordenada por la ley) o facultativa. El auxilio supone la ayuda marítima a un buque sometido a un peligro no inminente ni extraordinario, mientras que el salvamento supone la ayuda marítima a un buque sometido a un peligro inminente, grave.

La discutida diferenciación por parte de la doctrina no tiene ningún sentido, ya que ambos son equiparados tanto por el Convenio de Bruselas de 1910 como por la Ley 60/1962. Antes de la Ley 60/1962 sí que existían diferencias, pues le asignaba al auxilio el carácter de conjurar o evitar un peligro, mientras que al salvamento le era asignado el de liberar de un peligro ya existente. Así pues a partir de la citada Ley ya no existe diferencia entre uno y otro concepto, siendo ambos considerados iguales y regulados al unísono. Así, el artículo 1 de la Ley de Auxilios, Salvamentos, Remolques, Hallazgos y Extracciones marítimos de 24 de diciembre de 1962 dispone que «El auxilio y salvamento de los buques de navegación marítima o aeronaves en la mar que se encuentren en peligro, de las cosas que se hallen a bordo, del flete y del precio de pasaje, así como los servicios del mismo género que se presten entre sí los buques de navegación marítima y los de navegación interior, quedan sometidos a las disposiciones siguientes, sin que haya lugar a distinguir entre ambas clases de servicios, ni a tener en cuenta las aguas en que hayan sido prestados». A la vista del anterior precepto, podemos concluir diciendo que no hay diferencias entre un concepto y otro.

Así, el artículo 1 de la citada Ley no distingue entre «auxilio» y «salvamento», de modo que ha de acudir a la interpretación jurisprudencial, que en una variadísima casuística determina que entre ambas figuras no existe diferencia conceptual, sino de grado o intensidad.

La delimitación entre el salvamento y el remolque sí que es clara desde el punto de vista doctrinal, aunque no lo sea tanto a efectos prácticos cuando se trate de un remolque fortuito, lo que va a justificar la existencia de figuras como el Tribunal Marítimo Central y de los Juzgados Marítimos Permanentes. El salvamento es la prestación de ayuda a una embarcación en peligro, y el remolque es un contrato en el que, a cambio de un coste, una embarcación presta servicio de tracción o empuje a otra en condicio-

nes ordinarias de navegación, de forma que el buque presta ayuda a otro para intentar sustraerlo de una situación anormal, sin que el buque ayudado tenga necesariamente que encontrarse en situación de peligro.

El salvamento o auxilio, frente al simple remolque, supone la existencia de una situación de peligro matizada por factores que, en mayor o menor medida, acarreen verdadero riesgo, que concurren circunstancias críticas generadoras de peligro y que exija en el salvador unos trabajos que pudieran considerarse como excepcionales, que excedan de lo normalmente exigible o que supongan riesgo para la tripulación o el buque. El riesgo ha de ser de tal entidad que ponga al buque salvado en trance de perderse o sufrir graves daños, como exige reiterada Jurisprudencia, entre la que podemos citar las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1962, 12 de febrero y 12 de noviembre de 1966, 15 de marzo de 1967, 25 de mayo de 1973, 15 de febrero de 1988 o 30 de octubre de 1996. El peligro ha de ser no sólo real y grave, sino inminente, circunstancia exigida por las Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1962, 12 de febrero de 1966 o por la de 16 de mayo de 1988. La diferencia entre el salvamento y el auxilio radica en la gravedad de los supuestos, apreciándose en el salvamento la inminencia del peligro y una situación de riesgo para la tripulación del buque auxiliador. No es una diferencia conceptual, sino de grado.

En esta calificación el Tribunal tiene en cuenta las circunstancias concurrentes en la asistencia prestada, como son las relativas a las circunstancias meteorológicas, el tiempo invertido en la asistencia, el esfuerzo requerido en la asistencia, o el riesgo corrido por el buque asistente y su tripulación.

La existencia de un peligro para la embarcación asistente es determinante para la calificación como asistencia, contribuyendo otros factores como que las circunstancias atmosféricas no sean las idóneas para facilitar la asistencia, que la embarcación asistida se encuentre en una situación precaria, o la distancia recorrida desde el punto de la asistencia u otras excepcionales circunstancias. En cualquier caso el Tribunal al valorar la prueba debe tener en cuenta los partes de la asistencia, el informe meteorológico, las alegaciones formuladas por ambas partes y las distintas declaraciones testificales.

Los requisitos fundamentales que configuran el «salvamento» son la situación de peligro inminente y grave en el buque asistido, la situación de peligro para el asistente, el resultado útil (principio «no cure, no pay», si no existe resultado útil, no hay derecho a exigir el premio, ni tan siquiera indemnización por los daños y perjuicios sufridos en el intento de salvar el buque y otros bienes, aunque se trate de un resultado sólo parcial) y la relación de causalidad entre la actividad desplegada por el buque salvador y el resultado útil obtenido. Asimismo, el titular de la embarcación auxiliado no debe haberse negado de forma razonable y manifiesta. El requisito de ser razonable pretende evitar las consecuencias negativas que podrían derivarse de conductas del capitán motivadas solo por su deseo de no abonar remuneraciones por asistencia.

En el «auxilio» marítimo, como se ha hecho referencia anteriormente, la embarcación asistida también ha de encontrarse en una situación objetiva de peligro, con riesgo de pérdida, de tal manera que los servicios prestados por el buque asistente exceden de un simple remolque, si bien esta modalidad de asistencia no merece la

calificación de salvamento, pues la situación no alcanza la gravedad de los supuestos que tipifican el salvamento. En todo caso, se exige también un resultado útil. El auxilio marítimo si bien parte de una situación de peligro, por las circunstancias de la mar, meteorológicas o del propio buque, real y objetiva, como ocurre con el salvamento, no exige sin embargo la inminencia del riesgo, ni tampoco una situación de riesgo para la tripulación del propio buque asistente, aún cuando realicen labores extraordinarias más allá del simple remolque en caso de asistencia a buques en presumible estado de riesgo o pérdida.

El auxilio o salvamento con resultado útil dará lugar a una remuneración equitativa con cargo al armador del buque asistido, además del abono de la correspondiente indemnización por gastos, daños y perjuicios, sin que pueda exceder del valor de lo salvado.

A la hora de fijar la remuneración el Tribunal debe valorar las circunstancias en que se produjo la asistencia marítima, y utilizar su propia experiencia como órgano especializado. Tendrá en cuenta, entre otros criterios de valoración, el resultado obtenido, los esfuerzos y el mérito de los que hayan prestado el socorro, el peligro corrido por la embarcación auxiliada, por sus pasajeros y por su tripulación y las cosas embarcadas, por los salvadores y por la embarcación salvadora, el tiempo empleado, los gastos y daños sufridos, los riesgos de responsabilidad y de otra clase que hayan corrido los salvadores y el valor del material expuesto por ellos, teniendo en cuenta el destino especial del buque o embarcación que preste el auxilio y el valor de las cosas salvadas, acudiendo en muchos casos para determinar el valor del buque asistido al valor fijado en la póliza de seguros concertado por el armador y la compañía aseguradora, criterio claramente objetivo, fiable e imparcial.

De la remuneración señalada en concepto de premio un tercio corresponde al armador del buque asistente y los dos tercios restantes a su tripulación en proporción a sus respectivos sueldos base (salvo que se trate de buques armados y equipados especialmente para prestar socorro, que se ajustará a lo establecido en sus respectivos contratos de embarque).

En cuanto al salvamento de vidas humanas, por sí solo no da lugar a remuneración, pero según se deduce de lo dispuesto en los artículos segundo y séptimo de la Ley 60/62 sí lo dará cuando dicho salvamento vaya unido al de un resultado útil material como es el salvamento, además, del buque y/o la carga, por lo que habrá que acudir al caso concreto, a la diferente casuística.

Como se ha señalado a lo largo del presente estudio, para fijar el importe de la remuneración se estará a lo convenido entre ambas partes, asistente y asistido, y en su defecto a lo resuelto por el Tribunal Marítimo Central.

La acción para el cobro de la remuneración prescribe a los dos años a contar del día en que terminaron las operaciones de auxilio y salvamento.

VII. REMOLQUE

Constituye la asistencia prestada por un buque a otro fuera de los casos de auxilio o salvamento por ausencia de peligro y da lugar a la correspondiente indemnización

por los gastos, daños y perjuicios ocasionados, así como al abono de un precio justo que se fijará tomando por base los trabajos que haya exigido el remolque, la distancia recorrida y las demás circunstancias concurrentes. El remolque supone una ayuda que un buque presta a otro, con o sin la cooperación de éste, para intentar substraerlo de la situación de anormalidad en que se encuentra, sin que éste ni la ejecución de aquélla, puedan concretarse en una situación de peligro, circunstancia que lo diferencia del auxilio y salvamento.

Se exceptúan de la retribución los remolques que, aun prestados en la mar, tengan únicamente por objeto facilitar la entrada en puerto de un buque que se encuentre en sus proximidades, cuando hubiera tarifas establecidas.

Cuando se trate de fijar la retribución en los supuestos de remolque prestado por entidades con buques de la Sociedad Estatal de Salvamento y Seguridad Marítima debe acudirse a las tarifas aprobadas por el Ministerio de Fomento, y no a la Ley 60/62.

El precio del remolque se distribuirá atribuyendo dos tercios al armador del buque remolcador y un tercio a su dotación. Cuando el servicio fuere prestado por buques dedicados a la industria del remolque, el importe del premio corresponderá íntegramente al armador.

El artículo 18 de la Ley 60/1962 prevé que la acción para el cobro de la retribución por remolque prescribirá, de acuerdo con lo establecido en el artículo 11 de la misma ley, a los dos años del día en que terminaron las operaciones. En el remolque prestado por buques de guerra o afectos a un servicio público, la retribución irá a parar al Ministerio u Organismo de que dependan dichos buques. No obstante, a este respecto, hay que distinguir entre los distintos países, y así como en España no cobran, en Gran Bretaña sí cobran los oficiales.

VIII. CASUISMO

Con el objeto de ilustrar las diferencias entre los supuestos de salvamento, auxilio y remolque, a continuación se hace referencia a algún supuesto real.

1. La resolución del Tribunal Marítimo Central número 660/00007/08 calificó como auxilio marítimo la asistencia prestada por el remolcador «DON INDA» a la embarcación de recreo «ZEELANDIA» el día 17 de marzo de 2007. Este día el remolcador «DON INDA» recibió aviso del Centro de Salvamento de Finisterre para prestar asistencia al yate «ZEELANDIA», de nacionalidad holandesa, para ser llevado a puerto ante la imposibilidad de gobernar, al sufrir avería en su sistema de gobierno de timón. El remolcador se encontró al «ZEELANDIA» al garete, atravesado en la mar, dando fuertes bandazos y embarcando agua por sus costados, y con la ayuda de dos de los tres tripulantes que quedaban a bordo de la embarcación asistida, por haber sido rescatados los otros dos por un helicóptero de salvamento, el remolcador consiguió hacer firme el remolque a la embarcación deportiva.

El Tribunal Marítimo Central calificó la asistencia como auxilio porque la embarcación asistida se encontraba en una evidente situación comprometida sin manio-

brabilidad por la avería en su sistema de gobierno de la que fue liberada por el remolcador «DON INDA», hasta dejarla en la entrada del Puerto de Muros, de modo que su intervención va más allá del simple remolque en la mar que no supone más que la atracción o arrastre de un buque por otro, sin exigir la concurrencia de la circunstancia de peligro, que sí están presentes en la asistencia origen de las actuaciones aun cuando las circunstancias meteorológicas no fueron especialmente adversas, si bien esta situación comprometida no era suficiente para comprometer su integridad hasta el extremo de estimar como posible real y objetivamente su pérdida (lo que en caso de que así hubiera sido hubiera llevado a calificar la asistencia como salvamento).

2. La resolución del Tribunal Marítimo Central número 660/00019/07 calificó como «salvamento marítimo» la asistencia prestada por el Ministerio de Defensa del Reino Unido al buque pesquero «MARETON».

Hacia las 7.45 del día 16 de julio de 2004 el Ministerio de Defensa del Reino Unido movilizó el Escuadrón nº 22 de sus Fuerzas Aéreas de Rescate y Salvamento disponiendo el despegue del helicóptero de rescate r169 a tendiendo a una llamada de socorro del buque pesquero MARETON con base en el puerto de Burela (Lugo), que se encontraba en aguas internacionales a una distancia de 160 millas náuticas al suroeste de las Islas «Scilly» de Gran Bretaña. El helicóptero asistió el buque, que se encontraba aproado debido a la inundación en la bodega delantera, y una vez que se situó sobre el pesquero, desembarco un maquinillero a bordo provisto de una bomba de achique portátil. El maquinillero supervisó las operaciones de achique, y una vez que consiguió una evidente disminución de la inundación regresó de nuevo al helicóptero, dejando a bordo la bomba de achique. El mismo helicóptero procedió al rescate de 9 miembros de la tripulación del buque asistido siguiendo las indicaciones de su patrón. La intervención del helicóptero permitió que el buque navegase ya por sus propios medios hasta un puerto francés y finalmente hasta su puerto de base. Las circunstancias del tiempo y la mar en eran de marejada a fuerte marejada y vientos de fuerza 3 a 4 según el Instituto Nacional de Meteorología.

El Tribunal Marítimo Central calificó la asistencia como «salvamento» al considerar que el buque asistido se encontraba en evidente y objetiva situación de peligro grave, real e inminente, debido a la inundación que presentaba el buque asistido, siendo decisiva la intervención del helicóptero de rescate, y existiendo también un riesgo para la tripulación de este helicóptero asistente, en especial para el maquinillero que provisto de una bomba descendió hasta el pesquero en circunstancias complicadas, y evacuando a nueve tripulantes, siendo también circunstancias concurrentes el lugar en que se prestó la asistencia (en aguas internacionales a una distancia de 160 millas de las Islas «Scilly») y el estado del tiempo (marejada a fuerte marejada y vientos de fuerza 3 a 4).

BIBLIOGRAFÍA

- «De nuevo sobre la pervivencia y competencia del Tribunal Marítimo Central», Jaime Maldonado Ramos, Revista Jurídica Militar 15 de enero de 2006.
- «Carácter del Tribunal Marítimo Central y su encuadramiento en la Justicia Administrativa», Justo Carrero Ramos, Revista de Administración Pública (Madrid), 1965 sep-dic, XV (48), páginas 377-389.
- Instituciones de Derecho Mercantil, Sánchez Calero, F. y Sánchez-Calero Guilarte, J.Aranzadi, Pamplona, 2009

5. LAS INCIDENCIAS PROCEDIMENTALES DERIVADAS DE LA INCOMPARECENCIA REITERADA DEL SUJETO A EXPEDIENTE DE EVALUACIÓN EXTRAORDINARIA: UNA VISIÓN PRÁCTICA

*Fernando González Alonso
Teniente Auditor*

*José Jaudenes Piferrer
Teniente Auditor*

SUMARIO: I. Planteamiento de la cuestión: descripción de los supuestos analizados. II. Consideraciones en el plano disciplinario. III. Las dificultades en la terminación del expediente de evaluación extraordinaria. IV. Actuaciones en el orden económico. V. Conclusiones.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN: DESCRIPCIÓN DE LOS SUPUESTOS ANALIZADOS

El presente estudio tiene por objeto analizar la problemática suscitada en aquellos supuestos en los que se produce una reiterada incomparecencia por parte de quien se encuentra inmerso en un expediente de evaluación extraordinaria para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Dado el carácter marcadamente práctico al que trata de atender este estudio, conviene, en primer lugar, señalar cuáles sean los supuestos fácticos que, puestos de manifiesto a través de la experiencia acumulada, presentan tales dificultades.

El supuesto prototípico respondería a la siguiente sucesión cronológica de hechos: un miembro de las Fuerzas Armadas es objeto de un expediente de evaluación extraordinaria para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas¹. En el

¹ Sujeto a las estipulaciones contenidas en el Reglamento de aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto (en adelante, RAPPFAS).

transcurso de dicho expediente, el sujeto no comparece a los reconocimientos médicos a los que es citado en debida forma², sin exponer razones que justifiquen tal conducta. Tal situación puede verse agravada por cuestiones diversas –en la mayor parte de las ocasiones valoradas, por encontrarse el expedientado en el extranjero–, lo que plantea la cuestión de la validez de los informes médicos emitidos en esos lugares³.

Los hechos descritos pudieran ser calificados como delito competencia de la jurisdicción militar o, en su defecto, de infracción disciplinaria. La discusión se suscitara en torno a qué concreta infracción cabría imputar al expedientado. No trataremos aquí –pese a que se trata de cuestiones que pudieran plantear un intenso debate doctrinal⁴–, de analizar tales aspectos, pues, deslindada la calificación del hecho –bien como delito, bien como falta disciplinaria–, el hecho de tratarse de una u otra infracción, dentro de una misma categoría, no plantearía soluciones procedimentales distintas. Es decir, cualquiera que fuera el tipo penal imputado cabría seguir el procedimiento contra reos ausentes previsto en el Título III del Libro III de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar. El problema se suscita en torno a las dificultades procedimentales en las que se puede ver envuelto el expediente disciplinario que, en su caso, se acordase seguir; cuestión que será abordada en el segundo apartado de este estudio.

En el tercero de los puntos de nuestro análisis atenderemos a las dificultades surgidas en relación al expediente de evaluación extraordinaria, en el que tienen su origen los hechos. La situación planteada imposibilita *de facto* la normal prosecución del mencionado expediente, lo que conlleva –para el caso más numeroso de militares que no mantengan una relación de servicios de carácter permanente–, la prórroga automática de su compromiso, en aplicación del artículo 121.3 de la Ley de la Carrera Militar (en adelante, LCM)⁵. La aplicación de este precepto conduce a una situación

² La puntualización efectuada resulta de especial relevancia, pues la inexistencia de notificación adecuada incidiría tanto en la eficacia de la citación que se notifica, como, en su caso, en la valoración de tal conducta desde el punto de vista penal y disciplinario (existencia de una orden dada en forma adecuada).

³ Quizá una solución en estos supuestos sea extrapolar aquí lo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Extranjería, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 diciembre, en el que se establece: «*Cuando así lo determine el Ministerio del Interior, de acuerdo con los Ministerios de Sanidad y Consumo y de Trabajo y Asuntos Sociales, todas aquellas personas que pretendan entrar en territorio español deberán presentar en los puestos fronterizos un certificado sanitario expedido en el país de procedencia por los servicios médicos que designe la misión diplomática u oficina consular española, [...]»*», pues la *ratio* del precepto es la misma que la que ahora se persigue: asegurar unas condiciones mínimas de fiabilidad en los informes médicos emitidos.

⁴ Así lo ha evidenciado la disparidad de criterio mantenida por los Magistrados de la Sala V del Tribunal Supremo respecto de la consideración del delito de abandono de destino o residencia en los supuesto en los que, acreditando el sujeto activo una situación de incapacidad psicofísica a través de informes médicos de la sanidad privada, no le es concedida la baja médica para el servicio con arreglo a la Instrucción 169/2001 de la Subsecretaría de Defensa, de 31 de julio, por la que se dictan normas sobre la determinación y el control de las bajas temporales para el servicio por causas psicofísicas del personal militar profesional (concretamente, de una parte los Excmos. Sres. D. Ángel Calderón Cerezo, D. Agustín Corrales Elizondo y D. Javier Juliani Hernán sostiene la vinculación del tipo penal a la efectiva concesión de la baja por el Mando militar, opinión opuesta a la mantenida por los Excmos. Sres. D. Ángel Juanes Peces y D. José Luis Calvo Cabello). Muestra reciente de estas discrepancias son las SsTS (Sala V) de 22 de febrero de 2008, 27 y 17 de diciembre de 2007 y 26 de febrero de 2007.

⁵ Artículo 121.3 de la Ley 39/2007, de 19 de noviembre, de la Carrera Militar: «*Si el afectado es un militar que mantiene una relación de servicios de carácter temporal, en el momento en que la insuficiencia citada en el apartado 1 se presuma definitiva o transcurrido seis meses desde que le fue apreciada o al fina-*

de incongruencia fáctica: la incomparecencia del expedientado a los requerimientos de la Administración Militar sitúa a éste en una posición de continuidad en su vinculación con dicha Administración. Idéntica situación se produciría respecto de quienes ostentan la condición de militar de carrera (acepción que incluye a los militares de tropa y marinería con una relación de servicios de carácter permanente⁶).

II. CONSIDERACIONES EN EL PLANO DISCIPLINARIO

Lo primero que se ha de determinar es la Autoridad con potestad y competencia disciplinaria para sancionar al personal que carece de destino⁷, ya no sólo para el procedimiento disciplinario que la negativa del sujeto a presentarse a los reconocimientos médicos del expediente psicofísico pudiera generar, sino para cualquier otro. No vamos a profundizar en esta cuestión, pues de hacerlo excederíamos del objeto estrictamente procedimental previsto para este artículo, pero sí haremos alguna consideración al respecto. Así, los problemas surgen fundamentalmente de la falta de adaptación legislativa de la normativa disciplinaria⁸ a la nueva estructura funcional de los ejércitos, que hace desaparecer los mandos territoriales⁹, llevando a la conclusión de que los únicos con potestad sancionadora indubitada sobre el personal carente de destino son los Jefes de Estado Mayor del respectivo Ejército o el Subsecretario de Defensa para el caso de los Cuerpos Comunes, o el Ministro de Defensa para todos ellos¹⁰.

lizar el compromiso que tenga firmado, se iniciará el expediente que se determina en el artículo anterior. El afectado cesará en su destino, si lo tuviere, y mantendrá la misma situación administrativa, prorrogándose, en su caso, el compromiso hasta la conclusión del referido expediente.

Si no procediera el retiro y se resolviera el compromiso o su prórroga por insuficiencia de condiciones psicofísicas, el interesado pasará a recibir asistencia por el Sistema Nacional de Salud. Si continuara en la situación de servicio activo, le serán de aplicación las normas generales sobre la firma de sucesivos compromisos».

⁶ Artículo 76 LCM: «1. La condición de militar de carrera se adquiere al incorporarse a una escala de oficiales o de suboficiales con la obtención del primer empleo militar, una vez superado el plan de estudios correspondiente y obtenida la titulación exigida.

[...] 3. También adquieren la condición de militar de carrera los militares de tropa y marinería cuando, según lo previsto en la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, accedan a una relación de servicios de carácter permanente».

⁷ El artículo 19.2.g) del Reglamento de Destinos establece que «2. El militar cesará en su destino por alguna de las siguientes causas: ... g) Inicio del expediente para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas conforme a lo establecido en los apartados 2 y 3 del artículo 157 de la Ley 17/1999, de 18 de mayo. En este caso no se podrá obtener ningún destino hasta la resolución de dicho expediente». El citado artículo 157.2 y 3, establece los supuestos en los que se iniciará el expediente de evaluación extraordinaria para determinar si existe insuficiencia de condiciones psicofísicas previsto en el artículo 107 del mismo cuerpo legal. Este concepto de evaluación extraordinaria se mantiene también en los artículos 120 y 121 de la Ley de la Carrera Militar, Ley 39/2007, de 19 noviembre.

⁸ Artículo 37 de la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, en adelante LORDFAS.

⁹ Únicamente podría ser salvada la situación del Ejército del Aire, si entendemos que los Mandos Aéreos General (MAGEN) y de Canarias (MACAN) mantienen esas competencias territoriales en virtud de la Instrucción 112/2004 de 31 de mayo, del Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire, de adscripción de competencias a los organismos de la nueva estructura del Ejército del Aire, que establece la atribución al MAGEN de todas las competencias de los extintos Mandos Aéreos Centro, de Levante y del Estrecho, continuando el MACAN con la competencia sobre el archipiélago Canario.

¹⁰ Esta cuestión ha sido analizada con gran rigor y detalle por GÓMEZ DOCAMPO, F.J. y ARAN-GÜENA SANDE, J. (2004). Apunte sobre algunas cuestiones problemáticas en materia de potestad y com-

Entraremos, por tanto, en el análisis de la dimensión procedimental y de los problemas prácticos que plantea. La autoridad que resulte competente para acordar la incoación del expediente disciplinario¹¹ designará un Instructor, a cuyo cargo correrá la tramitación del procedimiento¹². Este instructor no ha de ser necesariamente un miembro del Cuerpo Jurídico¹³, mas las complejidades procesales que se le van a plantear en el curso del procedimiento, de cara sobre todo a la correcta realización de las notificaciones, aconsejan que su designación sea cuidadosa.

El acuerdo de inicio del procedimiento, se notificará al interesado, haciéndole saber su derecho a contar con asesoramiento, bien de letrado, bien de militar que designe¹⁴. Por lo que respecta a esa notificación de inicio, la Ley disciplinaria¹⁵, no establece requisitos específicos que la separen de los cauces ordinarios, que por remisión de la propia normativa procesal¹⁶ y por los propios principios del Derecho Administrativo, deberían ser los de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC). Siendo, por tanto, procedente la aplicación de los artículos 58 y 59 de la referida Ley de procedimiento. Así, la notificación se intentará en el domicilio del sujeto y se practicará directamente a éste o, en su defecto, a su representante, y sólo cuando se haya intentado sin éxito esta vía, se procederá a acudir a la vía edictal¹⁷. Entendemos por tanto, justificado, desde un punto de vista de procedimien-

petencia disciplinaria, Revista Española de Derecho Militar, núm. 84 pp. 319-352, cuyas conclusiones básicamente compartimos.

¹¹ Artículos 28 a 30 de la LORDFAS por remisión del 51.1.

¹² Artículo 52 de la LORDFAS.

¹³ Salvo que la apertura fuera directamente de un expediente gubernativo. Artículo 64.2 LORDFAS.

¹⁴ Artículos 54 y 53 de la LORDFAS.

¹⁵ Artículo 54.2 de la LORDFAS.

¹⁶ Artículo 476 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (en adelante LOPM), se remite a las leyes y reglamentos de procedimiento administrativo para la notificación del acto sancionador propiamente dicho, remisión esta que ha de entenderse también válida para estos actos iniciales del procedimiento.

¹⁷ Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional número 128/2008, de 27 de octubre, «El análisis de las cuestiones planteadas debe comenzar por la invocación del art. 24.2 CE, dirigida ex art. 43 LOTC contra la resolución administrativa, por resultar previo ese tratamiento en los términos expuestos en la STC 5/2008, de 21 de enero, F. 3. Sobre este particular, debe recordarse que este Tribunal ha reiterado que entre las garantías del art. 24 CE que son de aplicación al procedimiento administrativo sancionador están los derechos de defensa y a ser informado de la acusación, cuyo ejercicio presupone que el implicado sea emplazado o le sea notificada debidamente la incoación del procedimiento, pues sólo así podrá disfrutar de una efectiva posibilidad de defensa frente a la infracción que se le imputa previa a la toma de decisión y, por ende, que la Administración siga un procedimiento en el que el denunciado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y de alegar lo que a su derecho convenga (STC 226/2007, de 22 de octubre, F. 3). A esos efectos, siendo de aplicación directa lo afirmado en relación con los procedimientos judiciales, *este Tribunal ha destacado la exigencia de procurar el emplazamiento o citación personal de los interesados, siempre que sea factible, por lo que el emplazamiento edictal constituye un remedio último de carácter supletorio y excepcional*, que requiere el agotamiento previo de las modalidades aptas para asegurar en el mayor grado posible la recepción de la notificación por el destinatario de la misma, a cuyo fin deben de extremarse las gestiones en averiguación del paradero de sus destinatarios por los medios normales, de manera que la decisión de notificación mediante edictos debe fundarse en criterios de razonabilidad que conduzcan a la certeza, o al menos a una convicción razonable, de la inutilidad de los medios normales de citación (por todas, STC 158/2007, de 2 de julio, F. 2).

to, acudir a esta vía edictal también en el procedimiento disciplinario militar, pues la apuntada remisión a las normas generales de procedimiento administrativo es clara.

El siguiente escollo del procedimiento lo va a suponer el hecho de la preceptiva audiencia del encartado por el instructor¹⁸, que en la ley disciplinaria militar reviste carácter preceptivo y que constituye, junto con el pliego de cargos y su contestación, la garantía básica y fundamental del derecho de defensa. Para prestar esta declaración se citará al sujeto, y en la problemática que venimos analizando, es de suponer que no se le pueda localizar, con lo que finalmente, para dotar de eficacia al acto de la citación, se debería éste publicar por edictos. Hasta aquí todo correcto, pero ¿qué sucede si el encartado, citado edictalmente, no comparece? Analicemos esta ausencia desde el punto de vista estrictamente del procedimiento, obviando la entidad que por sí pudiera o no tener como infracción propia.

Así, la no presentación del encartado a la citación, pese a la redacción del artículo 56.1 LORDFAS, que la señala como preceptiva, no puede conllevar por sí misma una paralización del procedimiento, siempre y cuando el mismo haya sido citado en forma debida¹⁹, pues lo contrario nos llevaría al absurdo de dejar la continuidad del proceso disciplinario a la voluntad del principal interesado en que este no concluya. Y por otro lado, la Sala V del Tribunal Supremo ha asumido —aunque sea tangencialmente— esta interpretación del precepto²⁰. Continúa por tanto el procedimiento.

El siguiente trámite es el de formulación y notificación del pliego de cargos²¹. Obviamente, el instructor sólo formulará el pliego de cargos cuando crea existente la infracción, lo que requiere necesariamente, de cara a desvirtuar la presunción de inocencia del sujeto, cuando menos indicios de que la incomparecencia a las citaciones médicas del sujeto ha sido voluntaria y, por lo tanto, sancionable. Formulado el pliego, y con ese contenido mínimo, nos volvemos a encontrar con el problema de la no localización del encartado. La validez de la comunicación edictal, la damos por buena por las razones arriba expuestas, pero ahora se hace necesaria hacer una valoración de la cuestión desde una perspectiva global. ¿Se puede concluir un procedimiento con ausencia material del encartado en todas las fases esenciales del mismo? La respuesta ha de ser afirmativa, en primer término porque el procedimiento disciplinario militar

¹⁸ Artículo 56.1 LORDFAS «El instructor tomará declaración al expedientado y ordenará la práctica de cuantas diligencias sean precisas para el esclarecimiento de los hechos...»

¹⁹ Ya vimos antes la plena validez que la ley da a las notificaciones edictales en el ámbito del procedimiento disciplinario.

²⁰ STS Sala V, de 7 de junio de 1999: «En lo que se refiere a la incomparecencia del encartado ante el Instructor del expediente gubernativo que se le venía instruyendo ha de ponerse de relieve que, efectivamente, como señala la Sentencia recurrida, esta Sala, en Sentencia de 31 de marzo de 1995, declaró «que la orden que en el marco de instrucción de un expediente disciplinario dio el Capitán Auditor Instructor para que compareciera el condenado es ajena al servicio que a éste correspondía» y que «el Guardia recurrente, en el caso presente, no es un testigo, ni perito, ni militar que debidamente citado por el Instructor tenga obligación de comparecer, pues en el caso de autos el condenado no tiene obligación (si no quiere) de acudir a la presencia del Instructor dado que, al tratarse de un procedimiento sancionador contra él, si no comparece, como si no declara, como si no prueba, sufrirá las consecuencias de su actitud, o lo que es lo mismo, correrá con las consecuencias que haya lugar en Derecho, pero en modo alguno cometerá desobediencia».

²¹ Sobre la trascendencia del pliego de cargos como diligencia esencial del procedimiento, véase FORTÚN ESQUIFINO, R. (2000) Comentarios a las leyes disciplinarias de las Fuerzas Armadas. Secretaría General Técnica del Ministerio de Defensa, pp. 955 y 956.

es procedimentalmente hablando de naturaleza administrativa, y esto, junto con los argumentos arriba expuestos, nos lleva a poder aplicar las disposiciones administrativas que se prevén para los supuestos de ausencia del administrado. En segundo término, porque el supuesto paralelo que se plantea para la punición de las faltas penales en el ámbito civil, permiten el enjuiciamiento del sujeto aunque no se persone al acto de vista²², y es en ese acto y no antes, cuando formalmente se produce en el ámbito de dicho proceso la imputación del sujeto.

No se llegaría por tanto a producir indefensión del encartado, siempre y cuando las notificaciones se hayan practicado con los requisitos legales apuntados.

III. LAS DIFICULTADES EN LA TERMINACIÓN DEL EXPEDIENTE DE EVALUACIÓN EXTRAORDINARIA

Como ya anticipamos al analizar el supuesto fáctico objeto de estudio en el apartado 1, la incomparecencia del expedientado al reconocimiento médico podría conducir a una prórroga indefinida de su vinculación con las Fuerzas Armadas. Es por ello que resulta necesario establecer algún medio que permita poner fin al expediente incoado y determinar si el expedientado ha de mantener o no su condición de militar.

Vaya por delante que, en nuestra opinión, la situación de desaparecido a la que hace referencia el artículo 22 del Reglamento General de adquisición y pérdida de la condición de militar de carrera y de situaciones administrativas del personal militar profesional, aprobado por Real Decreto 1385/1990, de 8 de noviembre²³, no resultaría aplicable al supuesto planteado por dos razones: en primer lugar por lo dudoso de su vigencia, ya que la Ley 17/1989, de 19 de julio, del Personal Militar Profesional de las Fuerzas Armadas –norma que desarrolla el Reglamento aludido– sí mencionaba expresamente tal eventualidad al regular, en su artículo 97.1²⁴, la situación de servicio activo, cosa que no hace la actual Ley de la Carrera Militar; pero, además, porque el antecedente histórico inmediato de tal regulación²⁵ hace creer que se esté pensando

²² Artículo 971 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

²³ Artículo 22: «[...] 3. La condición de desaparecido tendrá una duración máxima de dos años que empezará a computarse desde la ausencia del destino.

Pasado este plazo, se reputará exclusivamente a los efectos militares como fallecido, publicándose la baja en el «Boletín Oficial del Ministerio de Defensa».

4. La condición de prisionero o desaparecido vendrá determinada por la resolución en tal sentido del expediente incoado por el Mando o Jefatura de Personal del Ejército correspondiente, a propuesta del Jefe de la Unidad, Centro u Organismo, desde que se tenga constancia fehaciente de la ausencia del destino en condiciones propias de prisionero o desaparecido. También podrá venir determinada por la resolución del expediente establecido en el apartado 3 del art. 5 de este Reglamento.

5. Si el desaparecido fuera habido, causará nuevamente alta en el Cuerpo y Escala de procedencia, pasando a la situación de disponible. El tiempo permanecido como desaparecido podrá computarse como de servicios efectivos si del expediente se dedujeran razones justificadas de la ausencia».

²⁴ Artículo 97.1: «El militar de carrera estará en situación de servicio activo cuando ocupe los destinos a que se refiere el artículo 72 de esta Ley. Reglamentariamente se determinará el tiempo que podrán permanecer en esta situación los prisioneros y desaparecidos».

²⁵ Real Decreto 734/1979, de 9 marzo, por el que se regulan las situaciones militares en los tres Ejércitos:

«Artículo 12. Desaparecido.

en supuestos análogos a los que dan lugar a la situación legal de ausencia²⁶, y no a los aquí analizados.

Descartada la consideración de desaparecido, cabe también mencionar que, a nuestro entender, la aplicación del ya citado artículo 121.3 LCM no obsta a que puedan operar el resto de causas legalmente previstas para el cese de la relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas (Capítulo VIII del Título V LCM). Es decir, la prórroga del compromiso de los militares con una relación de servicios de carácter temporal solamente afectará a lo que es el *dies ad quem* del mismo, pero no a la relación propiamente dicha. Lo contrario implicaría la imposibilidad de cese en las Fuerzas Armadas de quien, incurriendo en causa para ello, se encuentra inserto en un expediente de evaluación extraordinaria, interpretación que ha de ser rechazada por conducir al absurdo²⁷.

1. Pasarán a esta situación quienes hayan desaparecido de su destino o lugar de residencia habitual sin que existan indicios de que la desaparición sea debida a ninguna de las causas previstas en los artículos 365 y siguientes del Código de Justicia Militar.

2. Cuando la desaparición se haya producido en campaña o en accidente o en acciones de cualquier naturaleza en que haya intervenido por razón de servicio o con ocasión de él, el interesado no será dado de baja en su Ejército hasta que transcurran dos años, contados a partir de la fecha en que se produjo el hecho determinante de la desaparición, salvo que, por las Autoridades competentes, se expida certificado de su fallecimiento.

Transcurridos dos años de la desaparición se reputará, a todos los efectos militares como fallecido, publicándose la baja en el «Diario Oficial del Ejército» de procedencia.

3. Retribuciones: Previa información testifical, durante el tiempo que se permanezca en esta situación, la esposa e hijos o, en su defecto, los parientes que, conforme a las disposiciones ordenadoras de los derechos pasivos y por el orden que en ellas se establecen, tengan derecho a los mismos, percibirán, por entero, las retribuciones de carácter personal del artículo 2.º de este Real Decreto y las que por razón de su empleo situación y destino que viniera desempeñando, correspondiera al desaparecido al producirse esta situación.

Cuando transcurridos dos años desde la desaparición sea declarado fallecido y publicada la baja en el Ejército correspondiente, los familiares que tengan derecho a haberes pasivos pasarán a percibir las pensiones que legalmente les correspondan, de conformidad con las disposiciones vigentes en la materia.

En caso de regreso del desaparecido o del declarado fallecido, y reincorporación del mismo al Ejército de procedencia, éste adoptará las resoluciones pertinentes respecto a la liquidación que corresponda, y subsiguiente abono de las retribuciones al interesado.

4. Si la desaparición hubiese tenido lugar con ocasión ajena al servicio se procederá en la misma forma establecida en los apartados anteriores, y hasta el momento que sea declarada la baja en el Ejército de procedencia, los familiares con derecho a los haberes pasivos percibirán, exclusivamente, por entero, las retribuciones básicas, las de carácter personal del artículo 2º de este Real Decreto y las indemnizaciones que pudieran corresponderle.

5. El tiempo que se permanezca en esta situación de desaparecido o bajo la declaración de fallecido no tendrá, en principio, valor ni efecto alguno; no obstante, si con posterioridad apareciese, causará nuevamente alta en el Ejército de su procedencia, pasando a la situación de disponible forzoso, y, previa la investigación que reglamentariamente se practique para determinar las razones que le impidieron o retrasaron el reintegro al puesto de destino, el tiempo permanecido en esta situación podrá computarse como válido a todos los efectos, de conformidad con las disposiciones vigentes para las Fuerzas Armadas.

6. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el desaparecido producirá vacante para el ascenso cuando transcurra un año de su desaparición. El exceso que pudiera derivarse de su aparición se amortizará aplicando el turno normal establecido en cada Ejército».

²⁶ Capítulo I del Título VIII, Libro I del Código Civil.

²⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J. Derecho Civil Español. Común y Foral. Tomo I vol. I (2005) Reus S.A., Madrid, p. 585.

El Reglamento de aptitud psicofísica del personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 944/2001, de 3 de agosto (en adelante, RAPPFAS) hace una referencia expresa a la incomparecencia del expedientado en su artículo 16.3: «*La incomparecencia del interesado, sin causa debidamente justificada, al reconocimiento para el que haya sido requerido, se hará constar en el informe. No obstante, la Junta médico-pericial deberá incluir en el informe médico el dictamen de la aptitud psicofísica, si a la vista de la documentación disponible fuese posible realizar una valoración de sus condiciones psicofísicas, y en caso contrario señalará la imposibilidad de realizarlo. Todo ello sin perjuicio de las responsabilidades disciplinarias en las que el interesado pudiera haber incurrido*». Es decir, la incomparecencia del expedientado al reconocimiento médico no determina, por sí sola, la imposibilidad de proseguir el procedimiento, pues la Junta médico-pericial podría emitir su informe a través del análisis de la documentación sanitaria del expedientado de la que disponga²⁸. Pero es evidente que la pericia exigible a la Junta médica conduce a que en muchos casos resulte imposible emitir un dictamen adecuado sin el reconocimiento directo de la persona a valorar, y tales casos son los que resultan carentes de una solución normativa específica.

El artículo 10 RAPPFAS establece un plazo máximo de seis meses para dictar y notificar la resolución del expediente de evaluación extraordinaria, y en su apartado 5 concreta: «*En aplicación de los artículos 159 de la Ley 17/1999 y 44.1 de la Ley 30/1992, la falta de resolución expresa del procedimiento, al vencimiento del plazo máximo establecido sin que se haya dictado ni notificado resolución, producirá efectos desestimatorios*». Pero este apartado no puede colmar el vacío normativo al que aquí se hace referencia, pues se limita a establecer cuales sean los efectos que cabe predicar del silencio administrativo.

La jurisprudencia se ha pronunciado acerca de la naturaleza del silencio administrativo, naturaleza que ha variado a través de las reformas introducidas en esta institución por la Ley 30/1992 y, posteriormente, mediante la modificación de la misma a través de la Ley 4/1999. La STS (Sala III) de 23 de febrero de 2004 describe

²⁸ La sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 9 de mayo de 2001 explica, en los siguientes términos, las consecuencias de un supuesto análogo referido a un funcionario civil: «*La ausencia de reconocimiento médico personal la remite no a un supuesto de vicio procedimental, sino al ámbito material o de fondo de la resolución que tacha de inmotivada. La doctrina jurisprudencial, recogida en STS de 29-5-89 y 25-3-96, señala que la declaración de incapacidad es el resultado objetivo de complejas interrelaciones, en las que intervienen factores médicos, jurídicos y funcionariales que han de valorarse en conjunto para determinar si los padecimientos sufridos por el funcionario y las secuelas de ellos derivadas en relación con las características objetivas del puesto o actividad realmente desempeñada comportan una limitación que determine inaptitud para la labor que como funcionario desempeña. Se ha de dar preferente crédito a los técnicos oficiales que intervienen en los procedimientos, dada su imparcialidad y especialización, frente a los emitidos a instancia de parte interesada, pero esto no permite prescindir de un examen comparativo del contenido y fundamentaciones de cada uno de ellos, así como de las coincidencias o disconformidades entre los mismos a los efectos de determinar la existencia o no de la incapacidad determinante de la jubilación. Las normas antes expuestas ponen de manifiesto que el proceder reglamentado es el reconocimiento personal de la persona a jubilar por parte de los órganos médicos, si bien dicho reconocimiento personal no es imprescindible de todo punto, de modo que sin él no pueda emitirse informe y resolverse expediente, sino que queda abierta la posibilidad de emisión de informe no obstante la incomparecencia de la persona a reconocer, si ello es posible a la vista a los informes médicos obrantes en el expediente*».

la evolución cronológica de la figura desde la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 hasta la redacción actual: *«Ciertamente, la nueva regulación instaura un régimen similar al existente en la LPA, por lo menos en sus principios básicos inspiradores. De este modo,*

1.º) El silencio negativo deja de configurarse como un acto administrativo y pasa a ser, como era en el año 1958, una ficción a efectos procesales.

Y, como lógico corolario de lo anterior, se establece, en este caso, la obligación de dictar resolución expresa sin ninguna limitación temporal suprimiéndose, por tanto, la prohibición de dictarla, que venía originariamente contenida en la LRJ-PAC, cuando se había emitido la conocida «certificación de actos presuntos» (art. 42.1 en relación con el art. 43.3). Además, para este supuesto, se dice expresamente que «la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio», lo cual es plenamente lógico y coherente si se tiene en cuenta que, al suponer el silencio negativo la denegación presunta de la petición inicial del interesado, tal resolución expresa posterior contraria supone la revocación de un acto de gravamen cuya licitud no cabe discutir por el tenor literal del art. 105.1 de la LRJ-PAC como ya había tenido ocasión de declarar el Tribunal Supremo en la STS de 30 enero de 1997.

2º) Por el contrario, el silencio positivo se continúa configurando como un verdadero acto administrativo, como un acto declarativo de derechos para el interesado, según resulta sin ninguna duda del artículo 43.3 párrafo primero [...]»²⁹. Por tanto, la previsión acerca de los efectos del silencio no exime a la Administración de su obligación de resolver, ni –lo que es ahora más importante– implica que pueda interrumpirse la vinculación profesional del expedientado con las Fuerzas Armadas³⁰.

Acudir a las normas que rigen en el procedimiento administrativo común no parece aportar un criterio clarificador al problema planteado. El artículo 87 LRJ-PAC

²⁹ Esa doble naturaleza del silencio administrativo es defendida por el Profesor Santamaría Pastor (SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2002), Principios de Derecho Administrativo, vol. II, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, pp. 120 y 121).

³⁰ En este sentido resulta esclarecedora la STS (Sala III) de 17 de octubre de 1991 (reiterada por las SsTS de 10 de diciembre de 1998 y 16 de mayo de 2000) que –refiriéndose a la anterior Ley de Procedimiento Administrativo de 1958– deslinda perfectamente la figura del silencio administrativo de la caducidad: *«En el sistema que traza la vigente LPA el plazo de duración máxima de tal procedimiento –artículo 6 por un lado–, y la caducidad –artículo 99–, por otro, son objeto de dos regímenes jurídicos rigurosamente diferenciados en los que los efectos de una y otra figura son muy distintos: A) Para el supuesto de que la resolución se dicte cuando ya se haya rebasado el plazo máximo de 6 meses, el artículo 61.2 de la citada Ley ha previsto como consecuencia jurídica la de la responsabilidad disciplinaria del funcionario correspondiente: la resolución es, pues, válida aunque pueda desencadenar una responsabilidad. En consecuencia, el transcurso del plazo indicado sin que se haya dictado resolución no elimina el deber de dictarla ni siquiera cuando se hayan llegado a producir los efectos propios del silencio administrativo negativo, tal como dispone el artículo 94.3 LPA: el supuesto de hecho que para el silencio dibuja el apartado 1 de dicho precepto implica necesariamente que hayan transcurrido los 6 meses sin resolución y sin embargo se mantiene el deber de dictarla, lo que significa, en primer lugar, que el procedimiento está vivo y no caducado –por ello hay que resolver– y, en segundo término, que la resolución extemporánea, debida, es válida. B) Por el contrario, el transcurso de los plazos propios de la caducidad –paralización inicial, advertencia de la Administración y nueva paralización, ahora 3 meses– da lugar a la extinción del procedimiento con eliminación por tanto del deber de resolver –por ello se archivan las actuaciones, artículo 99.1 LPA–».*

establece los distintos modos de terminación del procedimiento³¹: la resolución, el desistimiento, la renuncia, la declaración de caducidad y la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución propiamente dicha –es decir, sobre el fondo– resulta, por los motivos apuntados, imposible en el caso analizado, mientras que el desistimiento y la renuncia, además de exigir su manifestación por parte del interesado (vid. artículo 91.1 LRJ-PAC), únicamente parecen tener cabida en procedimientos iniciados a instancia de parte, lo que excluiría su aplicación a los expedientes de evaluación extraordinaria que son siempre iniciados de oficio (artículo 9.3 RAPPFAS). Restaría analizar los supuestos de imposibilidad material de proseguir el procedimiento y de la caducidad.

La escasa jurisprudencia que se ha pronunciado sobre el alcance de la imposibilidad material de continuar el procedimiento aboga por una interpretación restrictiva del concepto. Así, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 28 de diciembre de 2004, afirma que «*si bien es cierto –como se dice en la resolución– «constituyen causas sobrevenidas», no lo es menos que no determinan la imposibilidad material de continuar el procedimiento, ya que ésta supone que aparecen obstáculos «físicos», «tangibles» que impiden tal continuación»*. Es decir, considera que la imposibilidad material a la que se refiere el precepto comentado es la que deriva de condicionamientos físicos o materiales, pero no los referidos a limitaciones de tipo procedimental³². Esta es la tesis que parece suscribir la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 4 de diciembre de 2006 cuando establece que «*Desde la perspectiva procedimental es obvio que no puede considerarse imposibilidad material de continuar el procedimiento el incumplimiento de algún requerimiento dirigido a los interesados, sin perjuicio de las consecuencias que pueda tener dicho incumplimiento, a los efectos, como venimos señalando, de concluir, en su caso, en un pronunciamiento desestimatorio o, de proceder, a tenerle por desistido en los términos del artículo 71.1 Ley 30/92, cuando se traslada con la precisiones exigidas por la ley y no se subsana la aportación de datos, elementos o documentos preceptivos»*. Tal posición resulta consecuente con el reconocimiento del principio *in dubio pro actione* al que hacen referencia Fernández Rodríguez y García de Enterría³³, máxime si tenemos en cuenta que la terminación del procedimiento por el motivo comentado implica eludir un pronunciamiento sobre el fondo, lo que conduciría a una evidente indefensión del interesado.

Respecto de la caducidad, cabe hablar de una doble manifestación de la figura: la que tiene lugar por la pasividad del interesado y la que se produce a consecuencia

³¹ Artículo 87 LRJ-PAC: «*1. Pondrán fin al procedimiento la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, cuando tal renuncia no esté prohibida por el Ordenamiento Jurídico, y la declaración de caducidad.*

2. También producirá la terminación del procedimiento la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. La resolución que se dicte deberá ser motivada en todo caso».

³² Siguiendo a Gallego Anabitarte y Menéndez Rexach, podemos distinguir tres supuestos admisibles de imposibilidad: la pérdida del objeto, la desaparición del sujeto y la modificación legislativa (GALLEGO ANABITARTE, A. y MENÉNDEZ REXACH, A. (2001), Acto y Procedimiento Administrativo, Marcial Pons, Madrid, pp. 162 y 163).

³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2002) Curso de Derecho Administrativo Vol. II, Civitas, Madrid, pp. 467 a 469.

de la inactividad de la Administración. Esta última –establecida en el artículo 44.2 LRJ-PAC– limita su campo de actuación a aquellos procedimientos en los que la Administración ejerce potestades susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, no siendo aplicable al caso que nos ocupa³⁴. Por su parte, la caducidad consecuencia de la pasividad del interesado se regula en el artículo 92.1 LRJ-PAC³⁵. La redacción del precepto excluye su aplicación al caso comentado, pues ya dijimos que los expedientes de evaluación extraordinaria son siempre iniciados de oficio. Y ello porque el legislador ha entendido que cuando la Administración, de oficio, inicia un procedimiento, es porque subyace un interés público que ha de ser atendido, lo que hace inadmisibles la terminación del mismo por la mera inacción del sujeto afectado por el mismo.

Para colmar la laguna planteada tampoco parecen hallarse soluciones en la normativa reguladora de materias análogas. Las disposiciones que regulan la materia en el ámbito de la Guardia Civil³⁶ son aún más parcas que las que aquí analizamos. Por su parte, la establecida para el Cuerpo Nacional de Policía resulta prácticamente coincidente con la fijada para los funcionarios públicos con carácter general³⁷, es decir se

³⁴ Ya se hizo referencia anteriormente al artículo 10 RAPPFAS, en el que, al establecerse el sentido del silencio administrativo, se remite al artículo 44.1 LRJ-PAC, es decir el relativo a procedimientos administrativos iniciados de oficio de los que pudieran derivar el reconocimiento o constitución de derechos o situaciones jurídicas individualizadas.

³⁵ Artículo 92 LRJ-PAC: «1. En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurridos tres meses, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

2. No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.

3. La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de las acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

4. Podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente suscitarse para su definición y esclarecimiento».

³⁶ Nos referimos al artículo 55 de la Ley 42/1999, de 25 noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil y a las referencias contenidas en el Reglamento de Evaluaciones y Ascensos de Personal de la Guardia Civil, aprobado por Real Decreto 1224/2006, de 27 octubre.

³⁷ Artículo 14.4 del Real Decreto 1556/1995 que desarrolla y aplica la Ley 26/1994, de 29 de septiembre, reguladora de la situación de segunda actividad: «Si el funcionario no compareciera voluntariamente se le reiterará por una sola vez la convocatoria y, de no hacerlo ni justificar la causa que se lo impida, el tribunal, en base a los documentos clínicos o de otra índole que pudieran obrar en su poder o que haya podido obtener, emitirá el dictamen que proceda, sin perjuicio de la responsabilidad exigible al funcionario citado en el orden disciplinario.

En este caso, si el procedimiento se hubiera iniciado a instancia del propio funcionario y el dictamen médico fuera contrario a su pretensión, el expediente se archivará sin más trámite.

Si, no obstante, la incomparecencia del funcionario, el tribunal detectase la existencia de insuficiencias físicas o psíquicas en aquél suficientes para producir el pase a la situación de segunda actividad, el expediente continuará su tramitación aunque se hubiera iniciado a instancia de parte».

Apartado Quinto de la Resolución de la Secretaría de Estado para Administración Pública, de 29 de diciembre de 1995, por la que se Modifica los procedimientos de jubilación del personal civil incluido en el ámbito de cobertura del Régimen de Clases Pasivas del Estado: «2.3. En el caso de que el funcionario no compareciera al examen médico sin justificación previa, el órgano médico volverá a convocarle por segun-

limitan a abogar por la reiteración de la citación y a señalar la posible responsabilidad disciplinaria en que incurriría el funcionario.

Sólo la regulación establecida para los trabajadores del Régimen General de la Seguridad Social lleva a cabo alguna aportación de interés. Así, el artículo 8.2 de la Orden del Ministerio Trabajo y Seguridad Social, de 18 enero de 1996, por la que se aplica y desarrolla el Real Decreto 1300/1995, de 21 de julio, sobre incapacidades laborales del sistema de la Seguridad Social, establece en su último párrafo que «*Las personas sujetas a un procedimiento de evaluación y reconocimiento por incapacidad podrán ser convocadas a concurrir a las pruebas médicas complementarias solicitadas por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el supuesto de incomparecencia, no debidamente justificada, se aplicará lo establecido en el número 3 del artículo 76 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre*».

Si bien es evidente que el régimen de los trabajadores difiere sustancialmente del que es propio de los funcionarios públicos, el precepto al que se remite la norma citada es aplicable a cualquier procedimiento administrativo con carácter supletorio, dado la norma en que se contiene. Esta solución –la de entender precluido al sujeto en el trámite del que se trate– resulta consecuente con el principio de oficialidad aplicable a los procedimientos administrativos³⁸, especialmente a los iniciados de oficio. Admitido esto, la resolución que diera fin al procedimiento declarararía la terminación del mismo y la no acreditación de causa alguna que implique la inaptitud para el servicio, quedando el interesado en situación de servicio activo a expensas del destino que, con carácter forzoso o voluntario, se le asigne o, en su caso, quedando extinguido el compromiso que le había sido prorrogado, si así correspondiese.

Esta interpretación conduce, a nuestro juicio, a una resolución que, considerándose ajustada a Derecho, soluciona, por un lado, el problema de la prórroga indefinida del compromiso y, en los demás supuestos, permite destinar al sujeto afectado, incurriendo, de continuar en su situación, en el delito de abandono de destino o, en su caso, el de deserción.

IV. ACTUACIONES EN EL ORDEN ECONÓMICO

Cabe analizar aquí una cuestión de innegable trascendencia práctica en el tema que venimos comentando: la afectación de la situación expuesta en relación a la percepción de las retribuciones. Parece obvio que la relación sinalagmática que surge de

da vez. Si el funcionario no concurriese tampoco a este segundo llamamiento sin causa que lo justifique, el citado órgano pondrá en conocimiento del órgano de jubilación esta circunstancia, sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria en que pudiera incurrir, enviando al mismo el acta y dictamen a que se refiere el número 2.4 siguiente, en el caso de que, a partir de los informes médicos remitidos, pudiera formar opinión válida sobre la capacidad o incapacidad del funcionario para el servicio.

En el caso de que el citado órgano no pudiera formar opinión válida, lo pondrá en conocimiento del órgano de jubilación, el cual recabará aquellos documentos e informes que estime oportunos y los remitirá al órgano médico para que extienda acta y, si fuera posible, el oportuno dictamen».

³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2002) Op. cit., pp. 469 a 471 y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. (2006), Principios de Derecho Administrativo General, vol. II, Iustel, Madrid, p. 53.

cualquier contrato laboral conduce a que el trabajador que injustificadamente falta a su puesto de trabajo deja de percibir el salario correspondiente al tiempo omitido. Pues tal afirmación, a tenor de la experiencia acumulada, no parece ser tan obvia en el seno de las Fuerzas Armadas.

La Disposición Final Única del Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre, remite a una norma futura la regulación de la forma en que debe acreditarse el derecho a percibir los haberes por parte del personal militar³⁹. Pero, en tanto no sea aprobada tal norma, la justificación del mencionado derecho a percibir las retribuciones que correspondan habrá de ajustarse a la denominada revista de comisario, regida –en lo relativo al Ejército de Tierra– por el Reglamento para la Revista del Comisario de los Cuerpos y Clases del Ejército, aprobado por Real Decreto del Ministerio de la Guerra, de 7 de diciembre de 1892, y –para la Armada⁴⁰– por el Reglamento de la Revista Administrativa aprobado por Orden del Ministerio de Marina, de 1 de enero de 1885⁴¹.

La Orden del Ministerio del Ejército de 21 de febrero de 1946 vino a contemplar el supuesto aquí analizado, estableciendo la suspensión en el abono de los devengos a quienes omitieran su presentación en revista⁴².

El efecto de la incomparecencia en la percepción de haberes –máxime cuando es reiterada–, resulta de la lógica más elemental, pero no obstante sería estimable una constatación expresa en una norma de mayor rango normativo y de indiscutible vigencia, en forma análoga a lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público⁴³ y el artículo 43 del II Conve-

³⁹ «Disposición final única. Acreditación del derecho a percibir retribuciones.

Por el Ministro de Defensa, de conformidad con el Ministro de Economía y Hacienda, se darán las normas sobre la forma en que el personal militar debe acreditar el derecho a percibir retribuciones».

⁴⁰ La Orden de 31 mayo 1947 pone de manifiesto la aplicabilidad de la revista administrativa o de comisario a los tres Ejércitos, pues en los años en que se aprueban los citados Reglamentos, el Ejército del Aire era inexistente ni tan siquiera como Servicio dependiente del Ejército (creado el Servicio de Aeronáutica en 1913).

⁴¹ La vigencia de tales disposiciones ha sido confirmada por la propia Disposición derogatoria Única del Real Decreto 1314/2005, que en su apartado 2.a) establece expresamente: «A la entrada en vigor de las normas a que se refiere la disposición final única del Reglamento de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas, quedarán derogados:

a) El Real Decreto del Ministerio de la Guerra, de 7 de diciembre de 1892, por el que se aprueba el Reglamento para la Revista del Comisario de los Cuerpos y Clases del Ejército.

b) La Orden del Ministerio de Marina, de 1 de enero de 1885, por la que se aprueba el Reglamento de la Revista Administrativa». Luego, no habiéndose aprobado dicha norma, la vigencia resulta innegable.

⁴² La citada Orden establece, literalmente: «A efectos de la Revista de Comisario, se recuerda a todas las Pagadurías de Haberes y a las Mayorías de todos los Cuerpos del Ejército, la plena vigencia del Reglamento aprobado por Decreto de 7 de diciembre de 1892, y en particular de su artículo quinto, y, en su consecuencia, que a los que por cualquier causa omitan su presentación en revista se les suspenderá el abono de sus devengos hasta que obtenga «relief», el cual podrá concederse con derecho a percibir los sueldos correspondientes al tiempo a que se refiera la suspensión, o tan sólo desde el primero del mes siguiente al en que se hubiera obtenido, según las circunstancias de cada caso, pues no es lo mismo dejar de pasar revista por causas justificadas, que dejar de hacerlo por negligencia u olvido, como así lo vino a reconocer la Orden circular de 3 de noviembre de 1920».

⁴³ Artículo 30.1: «Sin perjuicio de la sanción disciplinaria que pueda corresponder, la parte de jornada no realizada dará lugar a la deducción proporcional de haberes, que no tendrá carácter sancionador».

nio colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado (Código de Convenio núm. 9012022)⁴⁴, los cuales no dejan lugar a la duda sobre la efectividad de la medida y el carácter no sancionador de la misma.

V. CONCLUSIONES

Es evidente la importancia de dotar de solución a la problemática procedimental que plantea el ausente contumaz que no comparece a los reconocimientos de un expediente de evaluación extraordinaria para determinar la insuficiencia de condiciones psicofísicas.

Una primera medida destinada a evitar esta conducta, sería sancionar al sujeto que incumple la obligación de presentarse a dichos reconocimientos, para lo cual, la imposibilidad de practicar las notificaciones no debe ser un obstáculo insalvable. Para ello, y en base a la naturaleza administrativa del procedimiento disciplinario militar, a la remisión a la normativa de procedimiento administrativo que efectúa la propia LOPM, así como fundamentándonos en la apuntada jurisprudencia, podemos concluir la plena validez de las notificaciones edictales sobre el ausente, de cara a poder finalizar el procedimiento sancionador.

Por lo que al propio expediente de insuficiencia de condiciones psicofísicas se refiere, la ausencia del sujeto tampoco supone necesariamente la paralización indefinida del mismo, sino que en base a lo arriba señalado, si la Administración tuviera elementos de juicio suficientes, podría continuar el curso del expediente hasta su conclusión. Si careciera de tales elementos de juicio, en aplicación del artículo 76.3 LRJ-PAC, cabría dictar resolución que, poniendo fin al procedimiento, declarase la terminación del mismo y la no acreditación de causa alguna que implique la inaptitud para el servicio, quedando el interesado en situación de servicio activo a expensas del destino que, con carácter forzoso o voluntario, se le asigne o, en su caso, quedando extinguido el compromiso que le había sido prorrogado, si así correspondiese.

Finalmente, deben hacerse efectivos los medios que la situación analizada produce sobre las retribuciones del ausente, suspendiendo las mismas una vez acreditada la incomparecencia del sujeto, pues la experiencia evidencia la eficacia práctica de tales medidas y, por el contrario, el escaso o nulo efecto que producen las advertencias legales si no van acompañadas de una interrupción del salario.

⁴⁴ Artículo 43: «La Administración General del Estado potenciará los instrumentos de control y reducción del absentismo laboral, a través de la adopción, entre otras, de medidas de mejora de los sistemas de medición del absentismo laboral y seguimiento del mismo, realizando los estudios necesarios sobre las causas y adoptando en su caso las medidas que sean procedentes para su reducción, procediendo al descuento automático, calculado conforme a lo establecido para el personal funcionario, de las retribuciones correspondientes al tiempo no trabajado en los casos de falta injustificada de asistencia y puntualidad, que se comunicará al trabajador. Todo ello se efectuará sin perjuicio de las medidas disciplinarias que, en su caso, pudieran corresponder de acuerdo con el capítulo XIV.

[...].».

6. RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS FUERZAS ARMADAS EN CHILE¹

*Ramón Huidobro Salas²
Mayor del Servicio de Justicia del Ejército de Chile*

SUMARIO: I. El ordenamiento jurídico Militar. II. La organización administrativa militar. III. Conclusiones.

La Constitución Política del Estado de Chile, en su artículo 1° señala que el Estado está al Servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, asimismo que también es su **deber resguardar la seguridad nacional**.

Estos fines y deberes en cuanto dicen relación a la función militar se desarrollan en distintos preceptos de la Constitución y con preeminencia en su capítulo XI «Fuerzas Armadas, De Orden y Seguridad Pública». En ese capítulo comienza la regulación jurídica de la Administración Militar Chilena. Los artículos 101 a 105 de nuestra carta fundamental, describen los aspectos esenciales de su constitución, orgánica, régimen de incorporación, nombramientos, ascensos y retiros.

Asimismo, en el rango de la legalidad orgánico constitucional, el artículo 1° inciso 2° de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado³, señala que las Fuerzas Armadas constituyen Administración del Estado, al igual que otros organismos públicos que allí se indican, fijando su conceptualización orgánica.

En este concepto básico de Administración del Estado, en que aparecen las Fuerzas Armadas como integrantes de una definición de aplicación general, es plenamente concordante con su carácter de administración especial y su conceptualización posterior como Administración Militar. Precisamente por este motivo, el constituyen-

¹ Ponencia presentada en el 1er Congreso Internacional y Segundo Mexicano de Derecho Administrativo, Veracruz, México, Septiembre 2008.

² Profesor Asistente de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Diploma en Estudios Avanzados de la Universidad de Alicante, España, Mayor (J) del Ejército de Chile.

³ Ley 18.575/1986, cuyo texto refundido coordinado y sistematizado se encuentra en el DFL 1/19653, D. Of. 17 de Noviembre de 2001.

te de 1980, en el artículo 105 de la Carta Fundamental, reenvía el desarrollo de las bases de la administración militar a una ley orgánica especial, lo cual no releva del cumplimiento de los principios comunes a las administraciones públicas que les son aplicables, en cuanto bases generales de la Administración del Estado.

En efecto, la Ley Orgánica Constitucional N° 18.575/1986, de Bases Generales de la Administración del Estado se refiere a las Fuerzas Armadas en sus artículos 1° y 21, establecen la plena aplicación de sus títulos I «Normas Generales» y III «De la Probidad Administrativa», a este colectivo militar.

Desde la perspectiva expuesta, la Administración Militar que forma parte integrante de la Administración del Estado, sin perjuicio de la aplicación de los principios esenciales y comunes, contenidos en la Constitución Política y en la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, posee principios propios que le dan su especificidad frente a la Administración Civil, los cuales se normativizan en la propia Constitución, en la Ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las FFAA y los restantes componentes del ordenamiento jurídico militar chileno.

Fuera de este ámbito de aplicación general, la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas N° 18.948/1990, comienza su tratamiento específico y el desarrollo de la preceptiva Constitucional. Principios tales como el de servicio a la patria, disciplina, no deliberancia, obediencia debida y apoliticidad, entregan las notas distintivas una función pública que requiere mayores deberes y limitaciones a legítimos derechos, a fin de seguir una vocación que demanda, incluso, la vida si fuese necesario. Este deber se expresa claramente en el juramento de servicio a la patria y sus valores fundamentales, según lo dispone el artículo 1° de la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un análisis del régimen jurídico de las Fuerzas Armadas, los principios de la Administración Militar y sus componentes orgánicos básicos, mediante la descripción del marco normativo que les es propio. Se efectuará una exposición de las diferentes normas que contempla el ordenamiento jurídico administrativo militar chileno, a saber, constitucionales, legales y reglamentarias, entregando una visión sistémica sobre la materia, validando la existencia de principios propios del mundo militar, diferenciados y específicos con relación a la Administración Civil del Estado, derivados de las especiales características de estas instituciones y del régimen de sujeción especial que les es propio.

I. EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MILITAR

Bases Constitucionales de la Administración Militar

El artículo 101 del texto Constitucional, dispone que las Fuerzas dependientes del Ministerio encargado de la Defensa Nacional están constituidos única y exclusivamente por las Fuerzas Armadas y por las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública.

Además, se indica que las **Fuerzas Armadas están integradas sólo por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea**, existen para la defensa de la Patria, son esenciales

para la seguridad Nacional y garantizar el orden constitucional de la República de acuerdo al artículo 6° del texto fundamental.⁴

El artículo 102 de nuestra Carta fundamental, establece que la incorporación a las Plantas y dotaciones de las Fuerzas Armadas sólo podrá hacerse a través de sus propias Escuelas, con excepción de los escalafones profesionales y de empleados civiles que determine la Ley.

El artículo 105 de nuestro texto constitucional, dispone que los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas se efectuarán por Decreto Supremo, en conformidad a la ley Orgánica Constitucional correspondiente⁵, las que determina las normas básicas respectivas, así como las normas básicas referidas a la carrera profesional, incorporación a sus plantas, previsión, antigüedad, mando, sucesión del mando y presupuesto de las Fuerzas Armadas.⁶

Por otra parte en cuanto a sus Comandantes en Jefe, se establece en el artículo 104, que serán designados por el Presidente de la República de entre los cinco Oficiales Generales de mayor antigüedad, que reúnan las calidades que en los respectivos estatutos institucionales exigen para tales cargos, permanecerán 4 años en sus funciones, no podrán ser nombrados para un nuevo período y gozarán de inamovilidad en su cargo durante ese período. Asimismo, se establece que el Presidente de la República, mediante decreto fundado e informando previamente a la Cámara de Diputados y al Senado, podrá llamarlos a retiro, antes de completar su respectivo período.⁷

En el mismo sentido, el artículo 32 N° 18 del mismo texto constitucional, establece como atribución exclusiva del Presidente de la República, designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea en conformidad al artículo 101 de la Constitución y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas en la forma que señala el artículo 102 del texto Constitucional.

La Legalidad Orgánica Constitucional

La ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, al desarrollar los mandatos constitucionales, para la realización de las funciones de defen-

⁴ Función que ya no es exclusiva de estos cuerpos armados, sino corresponde a todos los órganos del Estado después de la Reforma Constitucional, materializada mediante el artículo 1° N° 2 de la Ley N° 20.050, D.O. de 26 de agosto de 2005. Este deber de mantiene en el artículo 1° de la ley 18.948/90, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

⁵ Ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas.

⁶ Dicha disposición constitucional se complementa con lo establecido en los artículos 19 N° 17, y 38 de la Constitución, en cuanto al derecho a la igual admisión a todas las funciones y empleos públicos, sin otros requisitos que los que impongan la Constitución y las leyes. Por otra parte, en lo que dice relación con la segunda disposición se establece que una ley Orgánica Constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacidad y perfeccionamiento de sus integrantes.

⁷ Facultad presidencial que fue incorporada por el artículo 1°, N° 46 de la Ley de Reforma Constitucional N° 20.050, de 26 de agosto de 2005.

sa de la patria, seguridad nacional y garantía del orden institucional de la República, dispone que la consecución de estos fines anteriores es permanente y descansa en un adecuado nivel de alistamiento del personal y del material y en el cumplimiento del juramento de servicio a la Patria y Defensa de sus valores fundamentales.⁸

Principios de la Administración Militar

Las especiales características de las Fuerzas Armadas, determinaron la positivización de principios propios para el ámbito castrense. Algunos, derivación de principios esenciales del orden jurídico, con las adaptaciones necesarias derivadas de las relaciones especiales de sujeción de su personal y otros particulares de este tipo de organización administrativa militar.

En la Ley N° 18.948/1990, Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas podemos encontrar los siguientes:

1.° **Legalidad:** Los organismos y personas que la desarrollan, así como sus Institutos de formación profesional se ajustarán a normas jurisdiccionales, disciplinarias y administrativas que establezca esta ley y en la legislación respectiva. (Art. 1°).

2.° **Responsabilidad administrativa:** El personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa conforme lo determinen los reglamentos de disciplina y las ordenanzas generales de las respectivas Instituciones. (Art. 1°).

3.° **Independencia de las responsabilidades:** La responsabilidad administrativa existe sin perjuicios de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle al personal. (Art. 1°).

4.° **Principios esenciales de los cuerpos armados:** Obediencia, no deliberación, profesionalización, jerarquía y disciplina. (Art. 2°).

5.° **Apolititud:** El personal que integra las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a partidos políticos. (Art. 2°)

6.° **Prescindencia:** El personal de las Fuerzas Armadas no podrá pertenecer a organismos sindicales, ni a instituciones, organizaciones o agrupaciones cuyos principios u objetivos se contrapongan o sean incompatibles con los principios de los cuerpos armados o con las funciones que la Constitución Política y las leyes de la República encomienden. (Art. 2°)

7.° **Diferenciación de la función:** Sólo el personal del Ejército, Fuerza Armada y Fuerza Aérea podrá hacer uso de los uniformes, insignias, condecoraciones, emblemas y distintivos que para ello se establecen en el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas y Reglamentos respectivos (Art. 3°).

8.° **Jerarquía y disciplina:** Además del personal de las Fuerzas Armadas, quedarán sometidos a su jerarquía y disciplina de las Fuerzas Armadas y demás que de-

⁸ Artículo 1° de la Ley N° 18.948/1990.

terminen las Leyes, los Conscriptos, Subalféres, Cadetes, Grumetes, Aprendices y Alumnos de las Escuelas Institucionales que no forman parte del Personal de planta (Art. 5°).

9.º **Antigüedad:** Los Oficiales, Empleados Civiles y el personal del Cuadro Permanente y Gente de mar se clasificarán y agruparán en escalafones, en la forma y los grados que determina la ley. Los Escalafones que están estructurados jerárquicamente en razón de la antigüedad de sus integrantes. (Art. 6º)

10. **Carrera Profesional:** La carrera profesional en las Fuerzas Armadas se inicia desde el ingreso hasta la cesación de funciones o término de la carrera. (Título II)

Aquí encontramos principios instrumentales tales como igual admisión, de ingreso concursable, formación, capacitación, y perfeccionamiento, justa retribución, promoción y legalidad de la cesación de funciones.

11. **Jerarquía:** Es el ordenamiento que deriva la autoridad inherente a todo superior en razón de su grado o antigüedad. (Art.35)

12. **Mando:** Es la autoridad ejercida por el personal de las Fuerzas Armadas sobre sus subalternos y subordinados en virtud del grado, antigüedad o puesto que desempeñe. (Art.45)

Otros componentes del grupo normativo que integran el Derecho Administrativo Militar Legalizado

La ley 18.948/1990, al establecer las normas y principios básicos o esenciales de la Administración Militar, a su vez entrega a diferentes cuerpos legales y reglamentarios su concreción y desarrollo.

En este sentido, el artículo 1º de ley orgánica, dispone que derivado de las particulares exigencias que impone la función militar y la carrera profesional, los organismos y el personal que la desarrollan, así como sus institutos de formación profesional, **se ajustarán a normas jurisdiccionales⁹, disciplinarias¹⁰ y administrativas que se establecen en esta ley y en la legislación respectiva¹¹**. Asimismo, señala que el personal que infrinja sus deberes u obligaciones incurrirá en responsabilidad administrativa **conforme lo determinen los reglamentos de disciplina¹² y ordenanzas generales¹³ de las respectivas Instituciones**, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que pueda afectarle.

⁹ Código de Justicia Militar, contenido en el DS N° 2.226, publicado el 19.12.1944.

¹⁰ Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N° 1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada.

¹¹ DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

¹² Véase, nota 8.

¹³ DS (Guerra) N° 6030/18, de 22 de febrero de 2006, que Aprueba la Ordenanza General del Ejército. Decreto Supremo N° 487. 21-IV-1988. aprueba nueva Ordenanza de la Armada y Faculta a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

A su vez, el artículo 2º se refiere a las funciones que le encomienden las **leyes**¹⁴ a las Fuerzas Armadas. Por su parte el artículo 6º señala que los Oficiales, los Empleados Civiles y el personal del Cuadro Permanente y de Gente de Mar se clasificarán y agruparán en escalafones en la forma y en los grados que determine la **ley**.¹⁵

Diferentes artículos de esta ley continúan efectuando remisiones normativas, configurando este régimen jurídico especial. Claros ejemplos de ello son también los siguientes: El Obispo Castrense será nombrado en conformidad a la ley Nº 2.463, y tendrá a su cargo el Servicio Religioso del Ejército, Armada y Fuerza Aérea, (Art. 8º). El personal tendrá derecho, como retribución por sus servicios, al sueldo y demás remuneraciones adicionales. Además, gozará de los **derechos que establezca la ley**,¹⁶ tales como feriado anual, permisos con o sin goce de remuneraciones, licencias y subsidios, pasajes y fletes, viáticos, asignación por cambio de residencia, vestuario, equipo y alimentación fiscal, (Art. 16). Las cauciones por desempeño funcionario o por permanencia en las Instituciones, que deba rendir el personal se regirá exclusivamente por las normas que contemplen el **Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas**¹⁷ y los **reglamentos respectivos**¹⁸, cualquiera que sea su calidad jurídica y aún cuando no esté afecto a dicho Estatuto, (Art. 17). Las Instituciones de las Fuerzas Armadas estarán facultadas para planificar y realizar estudios y cursos de nivel superior en los ámbitos inherentes a sus respectivos quehaceres profesionales, como asimismo, para otorgar al personal los correspondientes títulos técnicos, títulos profesionales y grados académicos en los referidos ámbitos y **en la forma que determine la ley**¹⁹, (Art. 19). El régimen de previsión y de seguridad social del personal de planta de las Fuerzas Armadas es autónomo. Comprende básicamente los beneficios de pensión de retiro y montepío, desahucio, indemnización por fallecimiento, prestaciones de salud, prestaciones sociales y demás **beneficios de seguridad social que la ley establezca**²⁰. Tal régimen estará a cargo de una institución funcionalmente descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que se relacionará con el Presidente de la República por intermedio del Ministerio de Defensa Nacional, la que se regirá por su **respectiva ley orgánica**²¹, (Art. 61). El personal de planta y el de reserva llamado al servicio activo tendrán siempre derecho a la asistencia médica, preventiva y curativa,

¹⁴ Ley 19.067/1991 D.O 1-7-1991, Establece Normas Permanentes sobre Entrada de Tropas Extranjeras en el Territorio de la República y Salida de Tropas Nacionales del Mismo. Ley 18.723/1988, D.O. 12-7-1988, Otorga Atribuciones que indica al Comando de Industria Militar e Ingenieros del Ejército. Ley 18.712/1988, D.O. 4-6-1988, Aprueba Nuevo Estatuto de los Servicios de Bienestar Social de las Fuerzas Armadas. Ley 18.415/1985, D.O. 14-6-1985, Orgánica Constitucional de los Estados de Excepción. Ley 18.356/1984, D.O. 19-11-1984, Establece Normas Sobre Control de las Artes Marciales. Arts. 2, 5º, 6º, 7º y 9º.

¹⁵ DFL (Guerra) Nº 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. DFL (Guerra) Nº 1, de 1998, que establece las Plantas de Oficiales de las Fuerzas Armadas.

¹⁶ DFL (Guerra) Nº 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas. Ley 18.834/1989, D.O. 23-9-1989 (DFL 29-2005 Hacienda D.O. 16-3-2005), Estatuto Administrativo.

¹⁷ DFL (Guerra) Nº 1, de 1997, que establece el Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.

¹⁸ DS. (Guerra) Nº 204, de 28 de mayo de 1969, Reglamento Complementario del DFL. Nº 1 de 1968 «Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas».

¹⁹ Ley 18.962/1990, D.O. 10-3-1990, Orgánica Constitucional de Enseñanza, art. 29 y 75 a 77.

²⁰ Ley 18.948/1990, cit. y Ley 18.458, D.O. 11-11-1985, que Establece el Régimen Previsional del Personal de la Defensa que Indica.

²¹ DFL Nº 31, de 18-4-1953, que Fija la Ley Orgánica con la que se Regirá la Caja de Previsión de la Defensa Nacional.

según corresponda. **La ley establecerá el sistema de salud que les es aplicable**²², su financiamiento y los porcentajes en que el referido sistema contribuirá al pago de las prestaciones de salud, (Art.73).

Finalmente cabe hacer presente, que además de aquellas normas legales que se han sido dictadas por remisión expresa de la Ley 18.948/1990, existe una multiplicidad de otros cuerpos legales que rigen diversos aspectos del quehacer militar, entre ellas podemos mencionar las siguientes:

- a) **En materia penal y procesal militar:** El principal cuerpo legal es el Código de Justicia Militar publicado en el D.O. el 19 de diciembre de 1944. Contiene las normas penales, orgánicas y de procedimiento del Fuero Militar. Su estructura es la siguiente: Libro Primero De los Tribunales Militares: Tribunales Militares en Tiempos de Paz y Tribunales Militares en Tiempos de Guerra. Libro Segundo Del Procedimiento: Procedimiento penal en tiempo de paz, Procedimiento penal en tiempo de guerra, Procedimiento civil y Tribunales de Honor. Libro Tercero De la Penalidad: Delitos contra la soberanía y la seguridad exterior del Estado, Delitos contra el Derecho Internacional, Delitos contra la seguridad interior del Estado, Delitos contra el orden y seguridad del Ejército, Delitos contra los deberes y el honor militar, Delitos de insubordinación, Delitos contra los intereses del Ejército, Delitos contra la propiedad, Delitos de falsedad y disposiciones especiales en tiempo de guerra. Finalmente el Libro Cuarto «Otras Disposiciones», contiene disposiciones especiales relativas a la Armada y Carabineros y otras disposiciones complementarias.
- b) **Reclutamiento y Movilización:** En esta materia rige el DL. N° 2.306, de 1978, publicado en el D.O. del 12 de septiembre de 1978, modificado por la Ley N° 20.045/2005. En el se contienen las normas de rango legal sobre organización y funcionamiento de la Dirección General de Movilización Nacional. Las obligaciones militares: Deber militar y exenciones al mismo. El servicio militar obligatorio: Procedimientos de inscripción, base de conscripción, servicio activo y exclusiones. La reserva: Composición de la misma; derechos, deberes y llamado al servicio de los reservistas; y ascensos en la reserva. Normas sobre movilización de personal. Normas procesales y penales aplicables a la materia. Derechos de reclutamiento y normas penales y de procedimiento. Por otra parte, la Ley N° 18.953/1990, publicada el D.O. el 9 de Marzo de 1990, que dicta Normas sobre Movilización Nacional, comprende los conceptos básicos y definiciones en torno a la movilización nacional, la fase de preparación de la movilización, de ejecución de la movilización y desmovilización. Requisiciones e indemnizaciones.
- c) **En materia de adquisiciones y contratos de suministros:** Ley 18.928/1990, publicada en el D.O. de 13 de febrero de 1990, que Fija Normas Sobre Adquisiciones y Enajenaciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y servicios de las Fuerzas Armadas²³. Disposiciones que son complementadas

²² Ley 19.465/1996, D.O. 2-8-1996, Establece Sistema de Salud de las Fuerzas Armadas y Ley N° 18.476/1985, D.O. 14-12-1985, que dicta normas respecto de los Hospitales de las Instituciones de la Defensa Nacional.

²³ El DS (Hacienda) N° 95, D.O. 22-07-2006, aprueba Reglamento de la Ley N° 18.928, sobre Adquisiciones de Bienes Corporales e Incorporales Muebles y Servicios de las Fuerzas Armadas.

por la Ley 19.886/2003, publicada en el D.O. 30 de julio de 2003, de Bases de Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.²⁴

El Derecho Administrativo Militar Reglamentario

Principales exponentes de este núcleo normativo de rango reglamentario son los siguientes:

En materia de personal, continua vigente en aquello que no sea contrario o se oponga al DFL (Guerra) N° 1, de 1997, que establece el «Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas», el DS. (Guerra) N° 204, de 28 de mayo de 1969, que contiene el Reglamento Complementario del DFL. N° 1 de 1968, anterior «Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas».

A su vez, en el ámbito de los deberes militares se encuentran plenamente vigentes el DS (Guerra) N° 6030/18, de 22 de febrero de 2006, que Aprueba la Ordenanza General del Ejército y el Decreto Supremo N° 487, 21 de abril de 1988, que aprobó la nueva Ordenanza de la Armada y Faculta a la Comandancia en Jefe de la Armada para incorporar materias que regulen el servicio institucional.

Las normas disciplinarias militares, están contempladas para el Ejército y la Fuerza Aérea en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, contenido en el DS (Guerra) N° 1.445, de 1951, y para la Armada en el DS. (Marina) N° 1.232, de 1986, que establece el Reglamento de Disciplina de la Armada. Asimismo cabe mencionar que a los procedimientos administrativos disciplinarios les es aplicable el Reglamento de Investigaciones Sumarias Administrativas de las Fuerzas Armadas, aprobado por DS (Guerra) N° 277, de 1974 y sus modificaciones posteriores, en especial la producida por el DS (Guerra) N° 5, de 2001.

En relación a la asistencia religiosa, en el presente año ha sido dictado el DS. (Guerra) N° 155, D.O. 26-5-2008, Reglamento de Asistencia Religiosa en Establecimientos de las Fuerzas Armadas y las de Orden y Seguridad. Específicamente regula este derecho fundamental, en el caso de las Fuerzas Armadas, para confesiones no católicas, pues para el caso de fieles pertenecientes a la Iglesia Católica esta asistencia es prestada por los servicios religiosos institucionales, que poseen su regulación jurídica propia.

II. LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA MILITAR

El Presidente de la República

En la cúspide de la jerarquía militar encontramos al Presidente de la República, órgano del estado que por excelencia caracteriza a la función ejecutiva y le corresponde la jefatura del Estado de conformidad al artículo 24 de la Constitución Política.

²⁴ Arts. 1 a 3°, en especial, Art. 3° letra f). En Reglamento de esta ley se encuentra contenido en el DS. (Hacienda) N° 250, D.O. 24-9-2004.

En este sentido el artículo 32 de la misma carta fundamental le entrega las siguientes atribuciones especiales:

- Designar y remover a los Comandantes en Jefe del Ejército, de la Armada, de la Fuerza Aérea y al General Director de Carabineros en conformidad al artículo 104, y disponer los nombramientos, ascensos y retiros de los Oficiales de las Fuerzas Armadas y de Carabineros en la forma que señala el artículo 105, (ART. 32 N° 16° CPE).²⁵
- Disponer de las fuerzas de aire, mar y tierra, organizarlas y distribuir las de acuerdo con las necesidades de la seguridad nacional, (ART. 32 N° 17° CPE).
- Asumir, en caso de guerra, la jefatura suprema de las Fuerzas Armadas, (ART. 32 N° 18° CPE).
- Declarar la guerra, previa autorización por ley, debiendo dejar constancia de haber oído al Consejo de Seguridad Nacional, (ART. 32 N° 19° CPE).

El Ministro de Defensa

De acuerdo al artículo 33 de la Constitución los Ministros de Estado son los colaboradores directos e inmediatos del Presidente de la República en el gobierno y administración del Estado. La ley determinará el número y organización de los Ministerios, como también el orden de precedencia de los Ministros Titulares.

El DFL (Ministerio de Interior) N° 7912/1927, que organiza las Secretarías de Estado, establecía inicialmente los Ministerios de Guerra y Marina. Posteriormente la Ley 5.077, creó el Ministerio de Defensa Nacional fusionando los Ministerios de Guerra y Marina e incorporando la Subsecretaría de Aviación, en un solo departamento de Estado.

En la actualidad en el Ministerio de Defensa se integran las Subsecretarías de Guerra, Marina, Aviación, Carabineros e Investigaciones, cada una de ellas a cargo de su respectivo Subsecretario.

Cabe hacer presente que se encuentra en trámite ante el Honorable Congreso Nacional, un proyecto de Ley del Ministerio de Defensa Nacional.²⁶ Este proyecto de ley reorganiza este ministerio, fortaleciendo, la autoridad presidencial y ministerial. Termina con la actual organización de una subsecretaría por cada institución de las Fuerzas Armadas y de Orden, en su reemplazo, se crean la Subsecretaría de Defensa y la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas.

De acuerdo al texto del mensaje presidencial que acompaña al proyecto de ley, la nueva Subsecretaría de Defensa será el órgano de colaboración inmediata el Ministro, con las funciones de proponer y evaluar la política de defensa, la política militar y la planificación primaria de la Defensa Nacional. Le corresponderá también proponer y evaluar las políticas que integren y aprovechen los recursos del sector defensa en

²⁵ Disposición que es complementada con lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 18.948/90.

²⁶ Mensaje N° 236-353, de 2 de septiembre de 2005.

beneficio del desarrollo nacional, proponer y evaluar la política de adquisiciones de material de guerra y evaluar los proyectos de adquisiciones e inversión; y proponer y coordinar la agenda de asuntos internacionales de la defensa.

Por su parte, la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas, se hará cargo de aquellas materias que dicen relación con la gestión de los asuntos y procesos administrativos que las Fuerzas Armadas requieran para el cumplimiento de sus fines y que sea competencia del Ministerio realizar. Se le atribuyen las siguientes funciones generales: realizar la tramitación de los asuntos de naturaleza administrativa y el manejo de la documentación administrativa provenientes de las Fuerzas Armadas o que dependan o se relacionen con el Ministerio por medio de la Subsecretaría; elaborar en su esfera de atribuciones, los decretos, resoluciones, órdenes ministeriales y oficios relativos a nombramientos, ascensos, retiros, renunciaciones, destinaciones, comisiones de servicio al extranjero y, en general, todos aquellos actos administrativos orientados a la resolución sobre solicitudes y beneficios al personal de las Fuerzas Armadas, en servicio activo y en retiro.

El actual Estado Mayor de la Defensa Nacional se reemplaza por el Estado Mayor Conjunto de la Defensa Nacional, el cual será el organismo de trabajo y asesoría permanente del Ministro de Defensa Nacional en aquellas materias que tengan relación con la preparación y empleo conjunto de las Fuerzas Armadas. La creación de este organismo, a partir del Estado Mayor de la Defensa Nacional, es una manifestación del énfasis en lo conjunto que se pretende imprimir a la organización de la defensa nacional. En este mismo sentido el proyecto incorpora la figura de conductor estratégico para asumir el mando de las operaciones en caso de guerra externa o de casos graves de daño o peligro para la seguridad nacional por causas de origen externo.

El Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea

Siguiendo las bases comunes y generales establecidas en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de las Fuerzas Armadas, las diferentes ramas de las Fuerzas Armadas se estructuran a partir de su respectivo Comandante en Jefe Institucional. Las notas distintivas de sus organigramas son concordantes con las funciones que en su ámbito operativo les corresponde y por ello tienen aspectos comunes y otros que las diferencian.²⁷

En su carácter de órgano de mayor jerarquía institucional, el artículo 47 de la Ley 18.948/90, le entrega a cada Comandante en Jefe, las siguientes facultades:

- a) Proponer al Presidente de la República, a través del Ministro de Defensa Nacional, la disposición, organización y distribución de las fuerzas, de acuerdo a los criterios técnicos derivados del cumplimiento de sus fines y objetivos.
- b) Formular las doctrinas que permitan la unidad de criterio en el ejercicio del mando.

²⁷ Para conocer las respectivas estructuras orgánicas institucionales pueden visitarse las siguientes páginas web: http://www.ejercito.cl/nuestra_fuerza/estructura.php, <http://www.armada.cl/ms/organizacion> y <http://www.fach.cl/institu.htm>.

- c) Proponer al Ministerio de Defensa Nacional el Presupuesto Institucional.
- d) Autorizar las reparaciones, transformaciones y modificaciones del material que forme parte o se encuentre afecto al servicio de cada Institución, sin perjuicio del cumplimiento de las demás normas legales que pudiere regular estas materias.
- e) Aprobar la adquisición, el retiro del servicio y la enajenación del armamento, sistemas de armas, unidades navales o material de guerra, conforme a los criterios técnicos institucionales, sin perjuicio del cumplimiento de las disposiciones legales sobre dichas materias.
- f) Determinar las necesidades de recursos humanos y materiales para formular al Ministro de Defensa Nacional las propuestas que permitan cumplir los objetivos que señala el artículo 90 de la Constitución Política de la República.
- g) Aprobar y disponer el uso y aplicación de todas las publicaciones oficiales internas de la respectiva Institución y los textos de estudio de los establecimientos institucionales.
- h) Celebrar, en representación del Fisco y en conformidad a la ley, los actos, contratos y convenciones para la adquisición, uso y enajenación de bienes inmuebles de las Instituciones, y muebles que no sean de los indicados en las letras d) y e) precedentes; como asimismo contratar los servicios necesarios, incluso sobre la base de honorarios, para el cumplimiento de la correspondiente misión institucional.

Lo dispuesto anteriormente es sin perjuicio de las facultades de representar al Fisco que otras disposiciones legales confieran a distintas autoridades institucionales para celebrar aquellos actos, contratos o convenciones que en ellas se establecen; asimismo, lo dispuesto en esta letra es sin perjuicio del cumplimiento de las demás disposiciones legales que regulan estas materias.

- i) Ausentarse del país por períodos no superiores a veinte días, por razones de carácter particular, informando al Presidente de la República. Por plazos mayores, deberá solicitar la autorización al Presidente de la República.
- j) Autorizar la salida de los Oficiales al extranjero, por razones de carácter particular, en uso de feriados, permiso licencias de acuerdo al Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas.
- k) Proponer al Presidente de la República la Comisión de servicio al extranjero del personal de planta.
- l) Ordenar la inversión de los fondos que se destinen por ley a su Institución y de los recursos que se obtengan con motivo de las enajenaciones y ventas a que se refieren las letras anteriores. Estos últimos recursos constituirán ingresos propios de la Institución y no ingresarán a rentas generales de la Nación.
- m) Delegar, mediante resolución, parte de sus atribuciones meramente administrativas, obligaciones o deberes de carácter protocolar en otras autoridades institucionales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, y
- n) Todas las demás que le otorguen las leyes.²⁸

²⁸ Véase las referencias legales contenidas en el presente trabajo, sección 1.4 «Otros componentes del grupo normativo que integran el Derecho Administrativo Militar Legalizado».

III. CONCLUSIONES

Luego de la exposición del régimen jurídico de la administración militar y sus principios esenciales, podríamos extraer las siguientes conclusiones:

1°. La Administración Militar forma parte integrante de la Administración del Estado y por tanto los principios y normas de carácter general que dicen relación con ella, son plenamente aplicables a la Administración Militar. En consecuencia, los principios y normas que dicen relación con la función pública corresponde darles aplicación al interior del mundo militar, en la medida que no estén especialmente regulados al interior del Ordenamiento Jurídico Militar y no se opongan a sus principios y valores fundamentales.

2°. La función pública y la función militar, se relacionan a través del principio de especialidad, por ello la normativa que regula en forma expresa a las Fuerzas Armadas se aplica preferentemente a la de la Administración Pública Civil.

3°. Las características especiales de los cuerpos armados, no relevan del cumplimiento de los principios de vinculación y aplicabilidad directa de la Constitución, en especial en materia de derechos fundamentales.

4°. El pleno respeto al principio de jerarquía normativa, configura su propio ordenamiento jurídico militar, estableciendo al interior de la Administración Militar un grupo normativo relaciones sistémicas con el ordenamiento jurídico administrativo general, cuyos conflictos de normas se resuelven a través de los principios de especialidad y de inderogabilidad de los derechos fundamentales.²⁹

El presente trabajo ha efectuado una modesta aproximación a los componentes normativos del Derecho Administrativo Militar, el cual en este momento está en etapa de profundas transformaciones, en especial derivadas de las nuevas tareas que deben cumplir las Fuerzas Armadas en un mundo globalizado. Chile no está ajeno a este imperativo y en el marco de la modernización del Estado, también está en plena tarea modernizadora de las instituciones de la defensa nacional. Ejemplo de ello es la actual agenda legislativa, en la cual se contemplan el proyecto de ley del Ministerio de Defensa Nacional, el que «Crea una Tropa Profesional para las Fuerzas Armadas» y aquel que modifica la salida de tropas al extranjero para operaciones de paz.

Los desafíos del presente y del futuro deben enfrentarse con los mismos valores y virtudes que han inspirado a estas instituciones fundamentales de la República. Los procesos de modernización y cambio deben efectuar la perfecta integración de nuestra historia, tradición y espíritu, con los medios tecnológicos y las misiones del siglo XXI.

²⁹ Un ejemplo de ello lo encontramos en el artículo 19 N° 3 de la Constitución, que al establecer la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos dispone textualmente que: «Toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida. *Tratándose de los integrantes de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, este derecho se regirá, en lo concerniente a lo administrativo y disciplinario, por las normas pertinentes de sus respectivos estatutos.*».

7. NOTICIAS DE LA ESCUELA MILITAR DE ESTUDIOS JURÍDICOS

El pasado 24 de febrero tuvo lugar la entrega de los Diplomas en Derecho Penal Militar, Derecho Administrativo Militar y Derecho Internacional Militar a aquellos Oficiales Auditores que en 2008 habían superado los respectivos Cursos de especialización convocados por la Dirección General de Reclutamiento y Enseñanza Militar en el año 2007. También recibieron sus Diplomas otros Oficiales que, habiendo sido admitidos a los Cursos convocados en años anteriores, por incidencias diversas no los finalizaron hasta el mismo año 2008.

Como en ocasiones precedentes, el acto se desarrolló en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos (EMEJ) y tuvo un contenido estrictamente académico. Presidió la Subdirectora General de Gestión de Enseñanza y Desarrollo Profesional del Ministerio de Defensa, acompañada por el General Consejero Togado, Asesor Jurídico General y otras autoridades del Cuerpo Jurídico Militar.

Además de los Diplomados, asistieron al acto los Directores de otras Escuelas Militares de Formación y de Perfeccionamiento, numerosos miembros del Cuerpo Jurídico Militar y los Alumnos de la EMEJ.

El Coronel Auditor Director de la EMEJ pronunció unas palabras recordando la historia, prestigio y alto nivel de exigencia requerido para la superación de los Cursos de especialización y significando la trascendencia que, a la luz de la nueva Ley de la Carrera Militar, pueden revestir los Diplomas, dada la necesidad de obtener, en los términos en que, reglamentariamente, se establezca, una especialidad para poder obtener el ascenso al empleo de Teniente Coronel Auditor.

Los nuevos Diplomados, reconocidos como tales por las pertinentes resoluciones, publicadas en el Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, fueron los siguientes Oficiales, con indicación del título del Trabajo Académico de Investigación Jurídica por cada uno de ellos elaborado:

Derecho Penal Militar

- Teniente Coronel Auditor D. José María Catalán Rodríguez
«Enfoque para una visión judicial de las Reglas de Enfrentamiento».

- Comandante Auditor D. Joaquín Gil Honduvilla
«Limitaciones penales y disciplinarias de los derechos de manifestación, reunión y asociación en el Derecho Militar Español».
- Capitán Auditor D^a María del Valle López Alfranca
«La intervención de las comunicaciones telefónicas».
- Capitán Auditor D. Miguel Ángel Franco García
«Introducción, tenencia y consumo de drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas en las Fuerzas Armadas: cuestiones problemáticas desde el punto de vista constitucional».
- Capitán Auditor D. José Luis Alonso Barahona
«La influencia de las enfermedades mentales en el derecho disciplinario».

Derecho Administrativo Militar

- Teniente Coronel Auditor D. Manuel María Salguero Conde
«Aspectos jurídicos de la presencia militar de los EE.UU. en España».
- Comandante Auditor D. José María López de Celis
«Estatuto jurídico del soldado profesional».
- Comandante Auditor D^a María Inmaculada Benavente Cózar
«Presupuestos constitucionales y régimen legal vigente de los ascensos y la provisión de vacantes en la jurisdicción civil y en la jurisdicción militar».
- Comandante Auditor D. Fernando Rosa Bobo
«La encomienda de gestión como técnica de alteración del ejercicio de la competencia y como actividad negocial e instrumental en el sector público».
- Capitán Auditor D. Andrés Barreiro Teijeiro
«Clasificación y estructuración del personal civil al servicio de la Administración Militar».

Derecho Internacional Militar

- Comandante Auditor D. Dennis John Dempsey Jiménez
«La doctrina del Jihad».
- Comandante Auditor D. Jesús Manuel Ojea Montero
«Las empresas militares y de seguridad privadas. Origen, regulación, responsabilidad».
- Capitán Auditor D. José Manuel Oltra García
«El enjuiciamiento de los crímenes cometidos por los Jemeres rojos en Camboya».

- Capitán Auditor D^a Carola Cadenas Sicilia
«El terrorismo internacional. Especial análisis de las Military Commission Act».
- Capitán Auditor D^a María Ivana Gómez Álvarez
«Respuesta del Derecho Internacional ante el terrorismo».

Todos los trabajos de previa mención se encuentran depositados en la Biblioteca de la EMEJ, a disposición de quien pudiera estar en ellos interesado.

Redacción.