

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Escuela Militar de
Estudios Jurídicos

n.º 106

Madrid (España) • julio - diciembre 2016 • ISSN: 0034-9399



MINISTERIO DE DEFENSA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

DIRECTOR

Manuel Hernández-Tejero García, general auditor.

CONSEJO EDITORIAL

Ángel Calderón Cerezo, presidente de la Sala V del Tribunal Supremo. Ricardo Cuesta del Castillo, asesor jurídico general del Ministerio de Defensa. Fernando Marín Castán, fiscal togado. Rafael Eduardo Matamoros Martínez, auditor presidente del Tribunal Militar Central. Ángel Menéndez Rexach, catedrático de Derecho Administrativo de la UAM. Arturo Romani Sancho, subsecretario del Ministerio de Defensa. David Javier Santos Sánchez, secretario general técnico del Ministerio de Defensa.

CONSEJO DE REDACCIÓN

Rafael Alcalá Pérez Flores, magistrado. Luis Bernardo Álvarez Roldán, exasesor jurídico del Aire. Javier Aparicio Gallego, exmagistrado del Tribunal Supremo. Francisco Blay Villasante, exdirector de la REDEM. Concepción Escobar Hernández, catedrática de Derecho Internacional Público de la UNED. Francisco Fernández Segado, catedrático de Derecho Constitucional de la UCM. Federico Fernández de Buján Fernández, catedrático de Derecho Romano de la UNED. Emilio Fernández-Piñeyro Hernández, subdirector general de patrimonio del Ministerio de Defensa. Juan Manuel García Labajo, exasesor jurídico de Defensa. Jacobo López Barja de Quiroga, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. Leandro Martínez-Cardós Ruiz, letrado mayor del Consejo de Estado. Francisco Menchén Herreros, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. Antonio Millán Garrido, catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cádiz. Eduardo Montull Lavilla, general consejero togado. Antonio Mozo Seoane, exasesor jurídico de Defensa. Carlos Pérez del Valle, rector de la Universidad "Abat Oliva" de Barcelona. Manuel Pérez González, catedrático emérito de Derecho Internacional de la UCM. Fernando Pignatelli y Meca, magistrado de la Sala V del Tribunal Supremo. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, expresidente del Tribunal Militar Central. Luis Rueda García, fiscal del Tribunal de Cuentas. Miguel Sáenz Sagaseta de Ilurdoz, exdirector de la REDEM.

SECRETARIO

Francisco Luis Pascual Sarría, coronel auditor.

SECRETARIOS ADJUNTOS

Carlos Balmisa García-Serrano, comandante auditor. Álvaro Conradi Monner, teniente coronel auditor. Juan Carlos González Barral, letrado del Tribunal Constitucional. David Suárez Leoz, magistrado. Eva María Bru Peral, magistrada.

REDACCIÓN

Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de los Ingenieros, 6 Madrid-28047.

Teléf.: 91 364 73 93

Fax: 91 364 73 99

Catálogo de Publicaciones de Defensa

<https://publicaciones.defensa.gob.es/revistas.html>

APP Revistas Defensa

Disponible para dispositivos Android en Google Play <http://play.google.com/store>
y para dispositivos iOS en App Store en <http://store.apple.com/es>

Publicación de periodicidad semestral

Tarifas de suscripción anual: 9,62€

Canarias: 9,25€ Extranjero: 11,42€

Precio ejemplar: 6,01€

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

106

**JULIO
DICIEMBRE
2016**

latindex

MADRID

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

Edita:



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

© Autores y editor, 2017

NIPO: 083-15-140-0 (edición en papel)

NIPO: 083-15-141-6 (edición en línea)

ISSN: 0034-9399

ISSN: 2530-1497 (edición en línea)

Depósito Legal: M-523-1958

Fecha de edición: julio 2017

Imprime: Ministerio de Defensa

Las opiniones emitidas en esta publicación son exclusiva responsabilidad de los autores de la misma.

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

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



ÍNDICE GENERAL DEL NÚMERO 106 JULIO - DICIEMBRE 2016

IN MEMORIAM

- Juan Manuel García Labajo. *A la memoria del general consejero togado D. Jesús Bello Gil* 9

DOCTRINA

- Resumen de contenidos. Table of contents 15

ESTUDIOS

- David Ordóñez Solís. *La ética militar en el contexto jurídico español* 25
- Isidro Fernández García. *La debatida especialidad de la administración militar* 67
- Francisco José García Salas. *El derecho militar en los planes de estudio del máster en abogacía* 119
- Cristina Serrano Derqui. *La propiedad del hallazgo abandonado: su atribución al estado con la Ley de Navegación Marítima* 155

NOTAS

- José Ramón Suberviola Gilabert. *Lawfare. El uso del derecho como arma* 189
- Juan Carlos de la Cerra Juan. *El asociacionismo militar desde el siglo XVIII hasta la transición española* 231
- Yolanda Feal San Martín. *La repatriación de los soldados españoles de Cuba y su influencia en la sociedad española* 261
- Antonio Pau Echave-Sustaeta. *El servicio jurídico de la defensa en la República Federal de Alemania* 279

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

- Eva María Bru Peral. *Crónica de la jurisprudencia contenciosa-administrativa* 297

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

- Por: Francisco Luis Pascual Sarría. *El procedimiento administrativo sancionador 6ª Edición*. Autores: José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez..... 343
- Por: Francisco Luis Pascual Sarría. *Estudios de derecho militar*. Autor: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación 345

NOTICIAS DE REVISTAS

- Francisco Luis Pascual Sarría. Noticias de revistas..... 349

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

IN MEMORIAM

**NOTA NECROLÓGICA
A LA MEMORIA DEL GENERAL CONSEJERO TOGADO
D. JESÚS BELLO GIL**

Juan Manuel García Labajo



Nacido el 21 de diciembre de 1953 en Ávila, donde su padre, comandante médico, se hallaba a la sazón destinado, D. Jesús Bello Gil ingresó en el antiguo Cuerpo Jurídico del Aire en el año 1978, tras una brillante oposición ganada con el número uno de su Promoción. Recibió el Despacho de teniente auditor en la Academia General del Aire el día 10 de diciembre de ese mismo año, festividad de Nuestra Señora de Loreto.

A largo de una carrera dilatada y de éxito, desempeñó una multiplicidad de destinos y funciones: de hecho, ejerció todas las que pueden compe- ter legalmente a los miembros del Cuerpo Jurídico. Así, desarrolló prime- ramente los cometidos de asesoramiento jurídico militar y aeronáutico, en ejercicio de la función consultiva, como oficial de la Asesoría Jurídica del Cuartel General del Ejército del Aire, época en la que compatibilizó tam- bién su profesión jurídico-militar con el ejercicio privado de la Abogacía, colaborador en un afamado Despacho. Pasó más tarde, ya con el empleo de comandante auditor, a desempeñar funciones judiciales en la nueva etapa de configuración constitucional de la Jurisdicción Militar, como vocal to- gado del flamante Tribunal Militar Territorial Primero, Sección Primera, de sede en Madrid. En el siguiente empleo, de teniente coronel auditor, pasó a ejercer ahora funciones fiscales, como miembro de la Fiscalía Jurídico- Militar del Tribunal Militar Central y luego de la Fiscalía Togada de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo. Fue a continuación coronel auditor di- rector de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos, desempeñando también de este modo funciones docentes, las cuales en realidad nunca le habían resultado ajenas, dada la dedicación durante sus anteriores destinos a la labor de preparador de opositores al Cuerpo.

Ascendido al empleo de general auditor en el año 2007, pasó a prestar servicio como vocal togado del Tribunal Militar Central, hasta ser pro- movido en el año 2010, con su ascenso al empleo de general consejero togado, al cargo de fiscal togado de la Sala Quinta del Tribunal Supremo, el cual desempeñó con tesón hasta agotar en 2104 el indefectible plazo del septenio, establecido por ley como de máxima permanencia en situación de servicio activo dentro del Generalato del Cuerpo Jurídico Militar, con el consiguiente pase a la reserva. De esta última situación pasó a su vez sin solución de continuidad a la de servicios especiales, pues el prestigio ganado dentro de la Fiscalía General del Estado resultó determinante para su integración en la Fiscalía de la Sala Cuarta, de lo Social, del Tribunal Supremo, a cuyo importante quehacer dedicó sus últimos esfuerzos, hasta manifestársele la atroz enfermedad que a la postre le llevaría a la muerte. Volvió así otra vez, por voluntad propia, a la situación de reserva en el año 2016 y encontrándose en la misma fue llamado a ocupar el que sería

su postrer destino, en el Gabinete Técnico de la Subsecretaría de Defensa. Falleció cristianamente en Madrid el 19 de marzo de 2017, precisamente en la festividad de San José, Día del Padre, rodeado del afecto de su mujer, hijos y nieta.

No por esperada, la noticia de su fallecimiento dejó de causar una gran conmoción dentro del Cuerpo Jurídico Militar, en el que fue siempre fama su conciencia recta y su criterio prudente y justo, aunados aquella y este a unos amplísimos conocimientos jurídicos. No es la primera vez que relato la anécdota de un oficial auditor que solía apelar a su criterio como argumento de autoridad en la discusión jurídica: el «*lo ha dicho Jesús Bello*» tenía para él, en su convencimiento, auténtica virtualidad y eficacia de cosa juzgada. Fue, en efecto, un gran jurista y también un gran militar, que en el desempeño brillante de la extensa gama de destinos, en los que sirvió de la manera tan versátil que queda dicha, supo conjugar siempre la independencia y la sumisión al ordenamiento jurídico, a la defensa de la legalidad y al Estado de Derecho, con la ponderación de los intereses militares en conflicto, siempre desde una pronta disposición al trabajo y a la colaboración y con plena eficacia en el desarrollo de sus cometidos.

Más allá de su intachable hoja de servicios, repleta de méritos, condecoraciones y reconocimientos oficiales acumulados, le caracterizó sobremanera la muy alta opinión y estima de cuantos le trataron y la huella ejemplar de su compañerismo, como bien se puso de manifiesto en la masiva asistencia a su funeral, oficiado por el propio arzobispo general castrense, no solo de un ingente número de oficiales auditores, sino también de una nutridísima representación de otros estamentos vinculados, como la Magistratura, la Fiscalía, la Administración Militar y las Fuerzas Armadas.

¡Descanse en paz, con la íntima satisfacción del deber cumplido y la cosecha del afecto generalizado de cuantos le acompañaron en el servicio a España!

DOCTRINA

**RESÚMENES (ABSTRACTS) DEL NÚMERO 106
(JULIO-DICIEMBRE 2016)**

LA ÉTICA MILITAR EN EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL.

David Ordóñez Solís

Resumen: La profesionalidad de las Fuerzas Armadas se caracteriza por el sometimiento del militar a un estatuto especial que impone un régimen de responsabilidad tanto jurídica como ética. En España se ha producido una evolución en el estatuto militar a partir de la restauración de la democracia reformando varias veces la ley penal y la ley disciplinaria aplicables a los militares y se han puesto las bases de una ética militar moderna, expresada a través de las Reales Ordenanzas de 1978 y 2009, que está en sintonía con la sociedad democrática y donde se recogen nuevos valores como la igualdad, la dignidad o la protección medioambiental. La integración europea y la cooperación atlántica e internacional han influido en la configuración de la ética militar española tal como se refleja en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Palabras clave: Ética militar, Derecho penal militar, Derecho disciplinario militar, Reales Ordenanzas.

MILITARY ETHICS IN THE SPANISH LEGAL CONTEXT. *David Ordóñez Solís*

Abstract: In modern military forces professionalism depends on a special statute applied to soldiers. This regime is been developed according to

legal and ethical liability schemes. In Spain these features can be seen in the evolution of the military statute established by the Constitution in 1978 and new rules on criminal and disciplinary matters have been adopted, including the Spanish Ethical Code, endorsed initially by the Parliament in 1978 and later by the Spanish Government in 2009. These laws and regulations have collected and shielded new values regarding military actions, i.e., gender and sex equality, dignity and environment protection. European integration and Atlantic and International cooperation have contributed to shape the Spanish military ethics as it can be revealed by case-law before the Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights.

Keywords: Military Ethics, Military Criminal Law, Military Discipline Law, Spanish Military Ethical Code.

LA DEBATIDA ESPECIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR. *Isidro Fernández García*

Resumen: El presente trabajo pretende reflejar las peculiaridades más relevantes de la conocida como Administración militar, que incluye a las Fuerzas Armadas, bajo el prisma del sometimiento de su actuación al derecho administrativo y al control de los tribunales. En particular, se analizan las distintas singularidades que en dicho ámbito afectan a la organización, el procedimiento administrativo y los empleados públicos, teniendo en cuenta para ello el principio de unicidad del ordenamiento jurídico administrativo.

THE DETAILED SPECIALTY OF THE MILITARY ADMINISTRATION. *Isidro Fernández García*

Abstract: This paper seeks to reflect the most relevant peculiarities of what is known as military Administration, in which the Armed Forces are included, under the prism of the submission of their action to the administrative law and to the control by the courts. In particular, we analyze the different singularities in the above mentioned area that affect the organization, the administrative procedure and the public employees, bearing in mind the principle of uniqueness of the administrative legal system.

Palabras clave: Administración Pública; Defensa Nacional; Fuerzas Armadas; función pública

Keywords: Public Administration; National defense; Armed Forces; public service

EL DERECHO MILITAR EN LOS PLANES DE ESTUDIO DEL MÁSTER EN ABOGACÍA. *Francisco José García Salas*

Resumen: A lo largo de este estudio, se analizará si el derecho militar se encuentra configurado como una asignatura más, dentro de la estructura curricular del máster en abogacía de cada una de las universidades españolas, tras la entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los Tribunales.

Asimismo, se analizarán las universidades españolas que, según el CE-DESEN, tienen convenio con el Ministerio de Defensa, para comprobar si esta vinculación especial con el ámbito castrense, se proyecta sobre los planes de estudio del máster en abogacía.

Por último, se estudiará la oferta formativa de posgrado de otras universidades y centros universitarios, para comprobar si se imparte o no derecho militar, y para el caso de que ofrezcan el máster en abogacía, si incluyen este tipo de formación específica para los futuros letrados.

Palabras clave: Universidad, máster en abogacía, derecho militar, abogados.

MILITARY LAW IN STUDIES PLANS OF LEGAL PRACTICE'S MASTER DEGREE. *Francisco José García Salas*

Abstract: In this study we try to analyse if military law is configured like a subject more, inside study plan in legal practice's master degree, after for entry into force to 34/2006 Act, 30th of october, about to access to solicitor and proctor.

Likewise, we try to study all spanish universities have, like CEDESEN says, an agreement with Ministry of Defense, for check if this special agreement with military ambit, is projected in legal practice's master degree.

Lastly, we'll study all postgrade's studies of another universities and universities's centers, for check if they teach or not military law, and if they have a legal practice's master degree, if they included in this studies specific matters to solicitor's future.

Keywords: University, legal practice's master degree, military law, solicitors.

LA PROPIEDAD DEL HALLAZGO ABANDONADO: SU ATRIBUCIÓN AL ESTADO CON LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA. *Cristina Serrano Derqui*

Resumen: La Ley 14/2014, de Navegación Marítima, sin introducir cambio sustancial alguno en cuanto a su regulación y procedimiento, optó por la desaparición del «hallazgo» como figura independiente pasando a configurarse como una modalidad del salvamento bajo la denominación «bienes salvados de propiedad desconocida». Si bien, carece de un precepto que se configure como un título atributivo de la propiedad de estos bienes al Estado capaz de salvar la situación de abandono que se produce cuando las personas con derechos sobre los mismos no hacen o no quieren hacer valer éstos, previsión que tradicionalmente había sido expresamente contemplada en la Ley 60/1962, atribuyendo dicha propiedad transcurridos 6 meses desde la publicación de edictos en busca del propietario.

Nos encontramos así ante un vacío legal que, sin perjuicio de poder integrarse en base a disposiciones de rango reglamentario o de Derecho Común, necesita de la correspondiente previsión específica en la norma especial reguladora de la materia, lo que necesariamente se traduce en la modificación de la LNM.

Palabras clave: hallazgo, propiedad, Estado, adquisición.

THE PROPERTY OF ABANDONED FINDING: YOUR ATTRIBUTION TO THE STATE WITH THE MARITIME NAVIGATION LAW. *Cristina Serrano Derqui*

Abstarct: Act 14/2014 on Maritime Navigation, without introducing substantial changes regarding its regulation and procedure, opted for the elimination of the “find” as an independent figure choosing to configure it as a modality of rescue under the denomination “rescued goods of unknown ownership”. It is true, it lacks a precept configured as an attributive ownership deed of those goods to the State that is able to solve the abandonment arisen when the people with rights over the aforementioned goods do not exercise or do not wish to exercise the rights of ownership of said goods, a provision which had traditionally been expressly contemplated in Act 60/1962 attributing said ownership having passed 6 months from the date of publication of edicts in search of the owners.

We find ourselves before a legal loophole, without prejudicing the possibility of integrating based on disposition of reglamentary Rank or

common law, needs the corresponding specific prevision within the special regulatory norm on the material/subject, which is necessarily translated in the Maritime Navigation Law.

Keywords: find, ownership, State, acquisition.

LAWFARE. EL USO DEL DERECHO COMO ARMA. *José Ramón Suberviola Gilabert*

Resumen. La conducción de operaciones militares reúne una creciente complejidad en el actual panorama estratégico. La imbricación del derecho en el planeamiento y ejecución de las mismas cobra cada vez más importancia, hasta el punto de que, desde un sector académico, se ha empezado a proponer una disciplina que considere específicamente el uso de herramientas jurídicas como sustituto o complemento de medidas militares físicas convencionales y que reduzcan el impacto del uso de la fuerza.

Palabras clave: *Lawfare*, Derecho operativo, asesoramiento jurídico operacional, conflicto armado.

LAWFARE. THE USE OF THE LAW AS A GUN. *José Ramón Suberviola Gilabert*

Abstract: The conduction of military operations ever grows in complexity on the current strategic panorama. The interweaving of law in planning and execution of military operations is increasingly more determining, to such a degree that an academic sector has begun to propose a discipline specifically considering the use of legal tools as a substitute or accessory to conventional kinetic military measures, decreasing in so the impact of the use of force.

Keywords: *Lawfare*, operational law, operational legal advice, armed conflict.

EL ASOCIACIONISMO MILITAR DESDE EL SIGLO XVIII HASTA LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA. *Juan Carlos de la Cerra Juan*

Resumen: El origen del asociacionismo militar se remonta al fenómeno mutualista, con la creación del Montepío Militar en 1761 y de los consecutivos Montepíos de Ministerios y Tribunales en 1763 y de las Ofi-

cinas de la Real Hacienda en 1764, la primera de ellas tenía como finalidad proteger a las viudas y huérfanos de los militares fallecidos. A principios del siglo xx con las Juntas de Defensa las asociaciones integradas por personal militar, empiezan a adquirir un papel determinante, llegando a influir en el poder público con el fin de que adaptara sus actuaciones al conjunto de valores y principios de las Fuerzas Armadas. Sin embargo, las asociaciones que se fueron constituyendo a mediados del siglo xxi, tenían como finalidad principal la defensa de un estatuto jurídico del personal militar, que no solo recogiera sus deberes, sino también los derechos de los que los militares eran titulares.

Palabras claves: Derecho, militares, asociación e historia

THE MILITARY ASSOCIATIONS FROM THE EIGHTEENTH-CENTURY TO THE SPANISH TRANSITION TO DEMOCRACY.

Juan Carlos de la Cerra Juan

Abstract: The military associations stem from the mutualist movement, specifically with the foundation of the organization called “Montepío Militar” in 1761. This organization was established with the purpose of protecting soldiers widows and orphans. After that, other mutual organizations known as “Montepíos de Ministerios y Tribunales” and “Oficinas de la Real Hacienda” were founded in 1763 and 1764, respectively.

In the earlier years of the 20th century, due to the emergence of the so called “Juntas de Defensa”, military associations became relevant. In fact, those associations influenced public authorities to act following the moral principles of the Armed Forces.

Nevertheless, associations which were founded in the middle of the 21st century, had the purpose of supporting a military staff statute, including not only duties, but also rights which members of Armed Forces are entitled to exercise.

Keywords, Law, military, associations e history

LA REPATRIACIÓN DE LOS SOLDADOS ESPAÑOLES DE CUBA Y SU INFLUENCIA EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA.

Yolanda Feal San Martín

Resumen: El lastre de una guerra marca varias generaciones, la de Cuba dejó cicatrices especialmente profundas. Más de un siglo

después, todavía hoy perdura en el ciudadano español un sentimiento pacifista y antimilitarista alejado de toda cultura de defensa que tanto preocupa a nuestras Fuerzas Armadas. Se aportan en este documento varios datos y reflexiones que pueden dar respuesta en cuanto al posible origen y mantenimiento de este sentir. Hace 130 años en *la guerra de Independencia de Cuba*, el pueblo español pagó un precio humano injusto y excesivo por su derrota. Todas las familias humildes de una España paupérrima fueron afectadas por muertos o supervivientes ya que prácticamente uno de cada diez de sus varones en edad laboral participó en la contienda. En particular la flor de la juventud española, esos quintos de la generación del 98 que fueron mandados a las colonias de Ultramar. Se olvida con frecuencia que la historia va generando un poso, aquel que forma nuestra identidad. El orgullo español se enterró hace más de un siglo y así permaneció hasta la llegada de la democracia. Es normal que todavía queden manifestaciones de esa falta de autoestima nacional.

Palabras clave: guerra, independencia, ejército, Cruz Roja

THE REPATRIATION OF SOLDIERS SPANISH OF CUBA AND ITS INFLUENCE IN SPANISH SOCIETY. *Yolanda Feal San Martín*

Summary: The burden of war leaves a mark on the following generations, the Cuban war left deep scars. A century later, Spaniards still have pacifist and anti-militarist feelings, far removed from any defense culture which worries our Armed Forces. This document presents several facts that might give an answer to the possible origin and continuity of this resentment. 130 years ago, in *the Cuba War of Independence*, the Spanish people paid an unfair and excessive human price for their defeat. Every humble family from an already poor Spain was affected with the dead or injuries of their loved ones. Almost one of every ten of its young men of working age but especially the youngest, those “quintos” of the 98 generation, were sent to the overseas colonies. It is often forgotten that history holds its own grounds which is part of our identity. One century ago Spanish pride was buried and remained like this until the advent of democracy. It is understandable then that a lack of self-confidence still remains.

Key words: war, independence, army, Red Cross

EL SERVICIO JURÍDICO DE LA DEFENSA EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA. *Antonio Pau Echave-Sustaeta*

Resumen: El presente artículo tiene por objeto el estudio del sistema de justicia y asesoramiento militar regulado en las normas de las Fuerzas Armadas alemanas. Se estudian las diversas figuras y competencias de quienes intervienen en la administración de justicia, tanto en el ámbito penal como administrativo (disciplinario), las clases de tribunales, así como la enseñanza y las peculiaridades del estatuto por el que se rigen los jurídicos militares alemanes.

Palabras clave: servicio jurídico militar alemán, cuerpo jurídico alemán, justicia militar alemana, tribunales, estatuto, asesor jurídico ejército alemán, fiscal de la disciplina militar

THE LEGAL SERVICE OF THE DEFENSE IN THE FEDERAL REPUBLIC OF GERMANY. *Antonio Pau Echave-Sustaeta*

Summary: This article aims at the study of the system of Justice and military advice regulated in the German Armed Forces rules. We study the different figures and powers of those involved in the administration of Justice, both in criminal and administrative (disciplinary) matters, types of courts, as well as teaching and peculiarities of the Statute by which the legal German military men are governed.

Key words: German Military Legal Service, German Legal Body, German Military Justice, Courts, Statute, German Army Legal Adviser, Military Discipline Prosecutor

ESTUDIOS

LA ÉTICA MILITAR EN EL CONTEXTO JURÍDICO ESPAÑOL

David Ordóñez Solís

Magistrado y miembro de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

«auferre trucidare rapere falsis nominibus imperium, atque ubi solitudinem faciunt, pacem appellant».

A robar, asesinar y asaltar llaman con falso nombre imperio, y paz a sembrar la desolación.

Cayo Cornelio TÁCITO, *Agrícola* [año 98 d.C.]

SUMARIO:

I. Introducción II. Primera parte. Los desarrollos de la ética militar y sus límites jurídicos 1. La ética militar y sus límites jurídicos: La prohibición legal de los Tribunales de Honor en España 2. La ética militar en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas a) La tradición militar y las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768 b) La adaptación a los valores democráticos en las Reales Ordenanzas de 1978 c) El código de ética militar de las Reales Ordenanzas de 2009 III. Segunda parte. El contexto ético del derecho penal y disciplinario en el ámbito militar 1. La legislación penal y disciplinaria en el contexto de la ética militar a) La separación del régimen penal, disciplinario y ético en la esfera militar b) La estructura judicial militar en materia penal y disciplinaria c) La tipificación de los delitos y de las faltas disciplinarias militares 2. Los principios éticos del derecho penal y disciplinario militar en la jurisprudencia a) La jurisprudencia en materia penal y el contexto ético militar b) La jurisprudencia en materia disciplinaria y el contexto ético militar 3. Los efectos de la integración europea y la cooperación internacional en la ética militar a) Los nuevos valores éticos de la integración europea y la cooperación atlántica e internacional b) La influencia de los tribunales supranacionales e internacionales en la configuración de una ética militar IV. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

En las actuales sociedades democráticas las Fuerzas Armadas siguen siendo instituciones muy relevantes de la vida pública y su desarrollo depende en gran medida de la sociedad civil, cuyo carácter y ética ha contribuido a modelar y forjar (HARRIES-JENKINS y MOSKOS, 1981:57). En realidad toda sociedad y sus Fuerzas Armadas generan una ética y, más en particular, una ética militar (HUNTINGTON, 1956:7-18). Su configuración puede comprenderse mejor si se adoptan tres perspectivas: la historia de los ejércitos y del país al que pertenecen, el contexto tecnológico que plantea nuevos desafíos y el marco de cooperación internacional e integración supranacional.

En el caso de España la ética de los militares está vinculada a un pasado imperial en los siglos XVI y XVII y a una torturada historia en los dos últimos siglos, que se vio trágicamente reflejada en la Guerra Civil y en un sombrío período sin libertad. Sin embargo, la Constitución de 1978 ha permitido consolidar, gradualmente, un modelo de Fuerzas Armadas profesionales que se han insertado satisfactoriamente en el sistema democrático, que ha participado en numerosas misiones internacionales y que ha sabido ganarse la admiración ciudadana (SERRA, 2008:281).

El nuevo contexto tecnológico constituye un desafío para la ética militar en la medida en que plantea nuevas cuestiones que resultaban inconcebibles en épocas anteriores como el uso militar de los drones (STRAWSER, 2010:342), el empleo de «armas autónomas»¹ o, en fin, la utilización masiva de información militar². Es obligado, por tanto, ponderar los valores tradicionales en juego y resolver cuestiones relativas a restricciones de los derechos fundamentales de los militares en el ejercicio de su profesión (FERNÁNDEZ SEGADO, 1981:79).

La profesionalidad de los militares se caracteriza por su sometimiento a un estatuto especial del que resulta muy destacable el régimen jurídico pero cada vez adquiere más importancia la ética de la profesión militar (CAMPS, 2013:392; CORTINA, 2013:129). Por una parte, en la cultura cívica y en el mismo entorno castrense ha existido, en mayor o menor

¹ En la Carta Abierta publicada por científicos en inteligencia artificial y robótica se definen las armas autónomas como aquellas que seleccionan y deciden objetivos sin la intervención humana y pueden convertirse en los *Kalashnikovs* del futuro: «Open Letter from AI & Robotics Researchers», International Joint Conference on Artificial Intelligence (IJCAI 2015), 28/07/2015, Buenos Aires; en http://futureoflife.org/AI/open_letter_autonomous_weapons (consulta 15/07/2016).

² Las filtraciones masivas realizadas en 2010 por el soldado del ejército de los Estados Unidos, B. Manning, destinado en Irak, a WikiLeaks son muy conocidas.

grado, una idealización de lo militar vinculándolo a valores que presuponen el cultivo de virtudes como el vigor, la valentía o la cooperación. Por otra parte, el militar queda sometido a un régimen jurídico muy bien determinado del que destaca, sin lugar a dudas, una tradicional y severa regulación penal y un estricto régimen disciplinario que es acorde con la específica misión que cumple en la sociedad. En suma, el estatuto profesional del militar refleja unos valores distintivos que se manifiestan en la configuración del régimen penal y disciplinario pero también en otros rasgos que no siempre tienen la traducción en un exacto elenco de delitos y faltas a los que se aplican las sanciones penales y disciplinarias correspondientes.

La ética militar constituye el soporte y el contexto del derecho penal y disciplinario militar, dado que, por definición, no todo lo ético queda agotado en el derecho, sino que integra un contexto más amplio que se corresponde, sin solución de continuidad, con lo deontológico, con una ética profesional que, por lo demás, debe ser coherente y aceptable para la sociedad a la que el militar pertenece. Precisamente porque las Fuerzas Armadas ofrecen unas particularidades que ponen al límite algunos deberes y porque las exigencias profesionales son diferentes e incluso superiores a las meramente jurídicas, resulta ser un ámbito apropiado para observar la interacción entre lo jurídico, que identifico y restrinjo a lo disciplinario y penal, y lo ético (FICARROTTA, 2010:1).

A este contexto ético, en tanto que desborda lo propiamente jurídico, dedico este análisis cuyo objetivo es comprobar lo que queda de la ética militar después de aplicar el derecho. En realidad, el ámbito militar es rico en contrastes, como lo atestigua la evolución de la España de los últimos 40 años tanto en los valores y en la ética de la sociedad y de las Fuerzas Armadas como en la legislación penal y disciplinaria. Se trata de una época de regeneración y modernización de las Fuerzas Armadas españolas durante la que se han producido vertiginosas transformaciones sociales que se reflejan en los numerosos cambios legislativos. En el *derecho penal militar* el *Código de Justicia Militar* (CJM) de 1945 fue sustituido 40 años después por un *Código Penal Militar* (CPM) de 1985 que, a su vez, se ha visto renovado en 2015 con una vigencia de solo 30 años³. El *derecho disciplinario militar*, regulado en 1945 por el mismo CJM, fue sustituido

³ Ley de 17 de julio de 1945, por la que se aprueba y promulga el Código de Justicia Militar (BOE n.º 201 a 217, 20/06/1945-5/07/1945); Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar (BOE n.º 296, 11/12/1985); y Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar (BOE n.º 247, 15/10/2015).

por tres *Leyes disciplinarias militares* (LDM) en 1985, en 1998 y en 2014⁴. También los cambios en lo ético se reflejan en las Reales Ordenanzas (RR. OO.) de 1768, dictadas por Carlos III, que fueron adaptadas para el siglo xx por una Ley de 1978 y que han sido renovadas para el siglo xxi mediante un real decreto de 2009⁵.

Por una parte, el contraste de valores entre la sociedad civil y el estamento militar es muy llamativo. Así, por ejemplo, es fácil comprender la necesidad de tipificar determinados delitos y faltas propios de la vida militar y que no tendría sentido en el ámbito civil o cuya consideración varía en tiempos de guerra o paz. Por ejemplo, la traición, la insubordinación o la embriaguez en el ámbito militar son cuestiones que requieren inexcusablemente una respuesta penal o disciplinaria pero que en el ámbito civil adquieren otros contornos y tienen un alcance muy diferente. Lo mismo ocurre con otras conductas, como la cobardía o el derrotismo, que tienen un significado y una respuesta jurídica en el ámbito militar y, sin embargo, no merecen un reproche legal en la vida civil o lo tienen muy atenuado.

Por otra parte, los distintos valores militares y civiles se influyen recíprocamente hasta el punto de que en el ámbito civil, como es muy notorio en el mundo deportivo o incluso en el empresarial, se asumen y defienden valores marciales, mientras que en el ámbito castrense los valores de la sociedad civil terminan calando decisivamente. Así, por ejemplo, la incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas o el respeto a la dignidad humana han modificado en gran medida valores militares tradicionales y han contribuido, en definitiva, a modelar no solo una nueva ética militar sino también una legislación penal y disciplinaria.

En realidad, se produce una interacción entre las distintas esferas, la jurídica y la ética, la civil y la militar, que se superponen e integran en la vida pública. Del mismo modo que la delimitación de lo jurídico resulta bastante clara, como corresponde desde luego al ámbito penal y disciplinario, por el contrario y por definición, los contornos éticos son mucho más vaporosos. Así, por ejemplo, los militares están sometidos a un régimen jurídico pero también quedan vinculados por una tradición en la que se

⁴ Ley Orgánica 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (*BOE* n.º 286, 29/11/1985); Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (*BOE* n.º 289, 03/12/1998); y Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (*BOE* n.º 294, 5/12/2014).

⁵ Ley 85/1978, de 28 de diciembre, de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (*BOE* n.º, 12/01/1979) y Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (*BOE* n.º 33, 7/02/2009).

apela a vínculos, valores y exigencias, que integran lo que hoy en día se denomina ética profesional. Mientras que en el primer caso la vulneración del código penal militar o del régimen disciplinario tiene consecuencias bien precisas, que van desde meras sanciones disciplinarias hasta severas penas de prisión, cuando lo que se transgreden son valores éticos, no tipificados como delitos o infracciones, las consecuencias son, por definición, no jurídicas, lo que implica, por ejemplo, el reproche de los mismos militares e incluso el reproche de la sociedad.

En fin, a la hora de aplicar el régimen penal y disciplinario en el ámbito militar, reflejado en leyes aprobadas por el parlamento, no hay duda alguna de que el superior militar y en último término el juez tienen en cuenta unos determinados valores éticos generados por el propio estamento militar pero contrastados y necesariamente aceptados por la sociedad que inspiran la aplicación de esas normas jurídicas en cuanto a la comisión del delito o la falta disciplinaria y para graduar la pena o la sanción. Por eso merece atención una jurisprudencia que refleje los cambios sociales.

Esta investigación se aborda desde una perspectiva jurídica pero no puede ocultar la importancia de otras visiones complementarias como la politológica o la sociológica. Aunque el estudio se ciñe a la evolución del derecho español, que ofrece un ámbito de contrastes propicio, también es preciso trascender lo nacional para comprender los efectos de la integración supranacional y la cooperación internacional. En efecto, las Fuerzas Armadas han sido una institución decisiva en la historia de España pero también en los últimos años, desde la Constitución de 1978, se ha adaptado superando viejos conceptos de honor, asumiendo valores esenciales de nuestra sociedad como es el de la no discriminación por razones de sexo o de preferencias sexuales, y volcándose en la cooperación internacional.

En una primera parte abordo las siempre borrosas relaciones entre ética y derecho explicando el significado de los tribunales de honor en el ámbito militar y la forma y el contenido de las RR.OO. En la segunda parte, planteo la cuestión de la convivencia del derecho y la ética, a través del régimen penal y disciplinario tal como es aplicado por la jurisprudencia española debiendo remarcar que en la vida militar el nivel de exigencia es mayor que en la vida civil hasta el punto de que existe una mayor coincidencia o cobertura del espacio ético por el derecho penal y el derecho disciplinario aplicables a los militares.

II. PRIMERA PARTE. LOS DESARROLLOS DE LA ÉTICA MILITAR Y SUS LÍMITES JURÍDICOS

La sociedad española en el siglo XIX y de manera especial en el XX intentó construir un lugar apropiado a sus Fuerzas Armadas pero no lo consiguió de manera sólida y duradera hasta la Constitución de 1978 (FERNÁNDEZ SEGADO, 1995). En los últimos 40 años las Cortes Generales y el Gobierno han establecido un régimen jurídico que se aplica al ámbito militar tratando de diferenciarlo cada vez con mayor nitidez de un código ético cuyos valores, también en las Fuerzas Armadas, es la propia sociedad civil quien contribuye a modelar (ALONSO BAQUER, 1994:16).

Ahora bien, si en la vida civil es una tarea difícil escindir lo ético de lo jurídico, es más arduo aún conseguirlo en el ámbito militar. En efecto, a un mismo comportamiento se le pueden aplicar parámetros éticos, lo que supone un reproche social, y parámetros jurídicos, en particular, el derecho penal y disciplinario que, como es obvio, se traducen en sanciones que van desde una mera advertencia o una multa hasta la prisión o la expulsión de las Fuerzas Armadas. En realidad, existe una línea ética sin solución de continuidad que va de la regulación jurídica sancionadora de determinados comportamientos en el ámbito militar a las obligaciones meramente éticas sin respaldo jurídico alguno.

Pues bien, en España la regulación de la profesión militar muestra la borrosa separación entre ética y derecho a través de dos ejemplos significativos: los tribunales de honor y las RR.OO. Hasta 1989 en España se aplicó un procedimiento que estaba a medio camino entre la ética y el derecho y que tenía consecuencias sancionadoras al suponer la expulsión de la carrera militar: los denominados tribunales de honor, cuya evolución, regulación y aplicación, arrumbados ya en la historia, eran muy significativas. Las RR.OO. son el exponente de una tradición muy arraigada en las Fuerzas Armadas de España desde hace varios siglos y que, al menos formalmente, se ha tratado de mantener desde las RR.OO. de Carlos III y las de 1978 hasta las vigentes de 2009. El contenido y el significado de estos tres textos son muy distintos pero ponen de manifiesto que los últimos 40 años de convivencia democrática han sido más transformadores para las Fuerzas Armadas españolas que los dos siglos anteriores (CALDERÓN MADRIGAL, 2010).

I. LA ÉTICA MILITAR Y SUS LÍMITES JURÍDICOS: LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LOS TRIBUNALES DE HONOR EN ESPAÑA

Probablemente en España existe una justificada desconfianza respecto de la ética como consecuencia de la experiencia con los denominados tribunales de honor, cuya vigencia tanto en el ámbito civil como en el militar se vio afectada por la Constitución de 1978. El artículo 26 de la Constitución de 1978 prohíbe «los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales» y en el ámbito castrense dejaron de aplicarse en 1989 dado que el contenido propio de la Constitución hacía imposible su pervivencia (DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, 1992:89).

Los tribunales de honor tuvieron un florecimiento especial en la España del siglo XIX y se generalizaron en el ámbito civil y militar en el siglo XX. En 1931 fueron abolidos pero renacieron con inusitada fuerza durante el franquismo hasta la prohibición por la Constitución de 1978 para los civiles, mientras que en el ámbito militar dejaron de tener una regulación específica en 1989 y fueron derogados expresamente en 2005⁶.

Los tribunales de honor surgen en el ámbito militar al calor de los trabajos de la Constitución de Cádiz, se regularon subrepticamente en 1867 y ya de manera detallada en el CJM de 1890 (LAMARCA PÉREZ, 1985:275). A principios del siglo XX se generalizaron en la función pública y en la gran mayoría de los colegios profesionales (DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, 1992:89). Sin embargo, fueron desterrados por el artículo 95, *in fine*, de la Constitución republicana de 1931 en virtud del cual «quedan abolidos todos los Tribunales de honor, tanto civiles como militares». Durante el franquismo los tribunales de honor se reinstauraron en 1936 en el ámbito militar y desde 1941 en el civil.

Al poco de iniciarse la Guerra Civil española se restablecieron en el ámbito militar los tribunales de honor mediante un decreto firmado en Salamanca el 17 de octubre de 1936 por el general Franco⁷. Una Ley de 1940 dictó normas para el reconocimiento de los Tribunales de Honor⁸.

⁶ Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (BOE n.º 92, 18/04/1989) y el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional (BOE n.º 276, 18/11/ 2005) dispone: «Quedan prohibidos los Tribunales de Honor en el ámbito militar».

⁷ Decreto núm. 78, de 17 de noviembre de 1936, restableciendo en el Ejército y la Marina de Guerra los Tribunales de Honor (BOE n.º 36, 21/11/1936).

⁸ Ley de 27 de septiembre de 1940, por la que se dictan normas para el reconocimiento de los Tribunales de Honor (BOE n.º 285, 11/10/1940).

En el ámbito civil, aunque durante la guerra se restauraron algunos tribunales de honor, como en el caso de los notarios⁹, fue en 1941 cuando se establecieron las bases del procedimiento de estos Tribunales de Honor¹⁰. Esta ley inspiró las regulaciones reglamentarias de los más prestigiosos cuerpos funcionariales: diplomáticos¹¹, abogados del Estado¹², notarios¹³ o fiscales¹⁴.

La codificación de la regulación aplicable en el ámbito militar a los tribunales de honor estaba contenida en los artículos 1025 a 1046 del CJM de 1945.

Los Tribunales de Honor conocían de la comisión de «un acto contrario a su honor o dignidad u observen una conducta deshonrosa para sí, para el Cuerpo o Arma de los Ejércitos, aunque los mismos hechos estuvieren ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo, salvo si hubiesen sido sancionados con separación de servicio»; y, en virtud de la regulación legal, «todas las actuaciones del Tribunal de Honor serán rigurosamente secretas».

La incoación correspondía a un mínimo de compañeros (5 o 10, según fuesen o no generales) de mayor antigüedad, que decidían por mayoría de cuatro quintos. El tribunal debía ser autorizado por el general jefe de la Región o del Departamento que seguidamente establecía la composición del Tribunal de Honor en 5 o 10 compañeros (generales u oficiales de igual rango y mayor antigüedad).

El procedimiento consistía en notificar al inculcado una relación sucinta de los hechos que se le imputaban y la composición del Tribunal de Honor al tiempo que se le invitaba a aportar las pruebas que estimase convenientes.

Después de oír al inculcado y de practicar las pruebas, el tribunal deliberaba sobre los hechos que habían motivado su constitución, los calificaba conforme a su conciencia declarando si eran o no deshonorosos y, en su caso, proponía la separación del servicio del inculcado.

⁹ Orden, de 4 de marzo de 1938, del Ministerio de Justicia (*BOE* n.º 501, 6/03/1938).

¹⁰ Ley, de 17 de octubre de 1941, por la que se establecen las bases a que ha de ajustarse el procedimiento de Tribunales de Honor (*BOE* 26/10/1941).

¹¹ Decreto por el que se establecen los Tribunales de Honor en el Ministerio de Asuntos Exteriores para los funcionarios de la Carrera Diplomática (*BOE* n.º 113, 23/04/1942).

¹² Decreto, de 27 de julio de 1943, por el que se aprueba el Reglamento orgánico de la Dirección General de lo Contencioso del Estado y del Cuerpo de Abogados del Estado (*BOE* n.º 218, *Suplemento*, 6/08/1943, artículos 135 a 147).

¹³ Decreto, de 2 de junio de 1944, por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado (*BOE* n.º 189, 7/07/1944; artículos 353 a 364).

¹⁴ Artículos 179 a 189 del Decreto 437/1969, de 27 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Estatuto del Ministerio Fiscal (*BOE* n.º 72, 25/03/1969).

La separación del servicio suponía el pase a la situación de retirado con el haber pasivo que le correspondiese sin derecho al uso del uniforme ni las demás prerrogativas, honores y consideraciones inherentes a la condición militar. El Consejo Supremo de Justicia Militar podía controlar la regularidad del procedimiento de los Tribunales de Honor.

El reconocimiento y la aplicación de unos determinados principios éticos en modo alguno son asimilables ni siquiera indirectamente a los Tribunales de Honor. En realidad y como demuestra la regulación franquista, estos eran una vía encubierta de control social de acceso y de mantenimiento de determinadas personas en una profesión. Disfrazada de una moralidad particularmente asfixiante, también se utilizó el procedimiento de los Tribunales de Honor para depurar responsabilidades políticas o ideológicas.

La incompatibilidad de los Tribunales de Honor con la nueva realidad social y jurídica se vio corroborada por el Tribunal Constitucional que en 1997 revocó una sentencia del Tribunal Supremo de 1994 que confirmaba una decisión de un Tribunal de Honor militar de 1979 que expulsaba del Ejército a un capitán que había consentido el adulterio de su mujer con un teniente¹⁵. A juicio del Tribunal de Honor, la conducta del capitán era «deshonrosa». Sin embargo, el Tribunal Constitucional admitió el concepto de honor específico en el ámbito militar pero no consideró que en el caso concreto se hubiese visto afectado el honor militar.

El Tribunal Constitucional admitió la importancia del honor militar y a tal efecto argumentó: «la realización de conductas deshonorosas tanto en la vida profesional como en la social y, en este caso, tanto en la esfera pública como en la privada, puede afectar negativamente a la disciplina, organización interna, a la eficaz ejecución de las referidas funciones y, en definitiva, al prestigio y buen nombre de los Ejércitos que también debe conectarse, en última instancia, con el menoscabo en la realización de las citadas funciones que constituyen bienes constitucionalmente relevantes». Esto explica que a juicio del Tribunal Constitucional resulte «constitucionalmente admisible la utilización de un concepto de honor específico de los Ejércitos y de los militares como límite incluso del ejercicio de alguno de sus derechos fundamentales». Ahora bien, el Tribunal Constitucional no quedó convencido de que se hubiese demostrado que la conducta del capitán supusiese una deshonra para la institución militar aplicando las pautas de la sociedad actual.

En cambio, el Tribunal Supremo rechazó en 2011 un recurso extraordinario de revisión contra la expulsión en 1943 de un general del Ejército

¹⁵ TC (Sala 2ª), Sentencia n.º 151/1997, de 29 de septiembre (ponente: Viver Pi-Sunyer).

adoptada por un Tribunal de Honor¹⁶. Sus herederos alegaron que la expulsión del general se debía a razones políticas, en concreto por apoyar opciones monárquicas. Sin embargo, la ministra de Defensa desestimó el recurso en 2009 y el Tribunal Supremo confirmó esta decisión porque la conducta del militar había sido considerada y sería ahora también reputada objetivamente deshonrosa y presuntamente ilegal desde el punto de vista penal. La separación del Ejército se había producido al haberse puesto «de manifiesto irregularidades de todo punto inadmisibles en el empleo y manejo del fondo de atenciones del Gobierno Militar, así como también actuaciones equívocas y poco escrupulosas»; en concreto, se hacía referencia al uso por el general de vehículos y personal militar tanto en su fábrica de harinas como en la reconstrucción de su pazo mientras era gobernador militar en Lugo¹⁷.

2. LA ÉTICA MILITAR EN LAS REALES ORDENANZAS PARA LAS FUERZAS ARMADAS

La relación entre la ética y el derecho puede observarse con facilidad si los cambios son, como ocurre en nuestra época y en el ámbito militar, vertiginosos. En la historia militar española ha habido una continuidad asombrosa en las denominadas Reales Ordenanzas, que ya en el siglo XVIII constituían la recopilación de un glorioso pasado. Dos siglos después, se invocaron en una ley netamente democrática de 1978 con el fin de legitimar históricamente la transición de un régimen dictatorial a un sistema democrático. Pasada esa urgencia política la denominación de RR.OO. ha llegado al siglo XXI, ahora ya solo amparadas por un real decreto, autoprotomandándose el código ético del militar español.

A pesar de mantener el mismo nombre, las RR.OO. cambian su significado jurídico y su contenido. Así, las de Carlos III constituyen un ejemplo de legislación del periodo absolutista y su contenido está integrado por el régimen penal, disciplinario y ético del Ejército y de la Armada. Las RR.OO. de 1978 se encarnan en una ley ordinaria pero ya no inciden en el derecho penal sino que se limitan al ámbito disciplinario y mantienen, desde luego, un importante contenido deontológico. Por último, las RR.OO. de 2009 tienen un carácter meramente reglamentario y están integradas por deberes o principios éticos.

¹⁶ Decreto de 14 de junio de 1943, por el que se separa al General de Brigada don Heli Rolando de Tella y Cantos (BOE n.º 167, 16/06/1943).

¹⁷ TS (Sala 5ª), sentencia de 2 de junio de 2011 (Recurso n.º 108/2009, ES:TS:2011:4033 (ponente: Pignatelli Meca).

a) La tradición militar y las Reales Ordenanzas de Carlos III de 1768

Las *Ordenanzas de Su Majestad para el régimen, disciplina, subordinación y servicio de sus ejércitos* fueron elaboradas por el Conde de Aranda y dictadas por Carlos III en 1768. Es una recopilación de 2.218 artículos, repartidos en ocho libros, que constituye un compendio de normas aplicables en el ámbito militar en el Antiguo Régimen.

Ya a finales del siglo XIX y, desde luego, con la legislación penal y procesal aplicable, resultaban una venerable recopilación de normas de las que solo algunas disposiciones tenían interés y utilidad (ORTEGA MARTÍN, 2009:63). En 1870 se criticaba la vieja ordenanza porque «estaba fuera de las condiciones del carácter español; resultaba una rapsodia de leyes de distintos tiempos y naciones, y no habían regido ni regían, ni regirían nunca todo el sistema militar español» (AGUILAR OLIVENCIA, 1999:319). Estas RR.OO. constituían inicialmente un código de justicia militar que fue sustituido por los sucesivos CJM hasta el punto que el Código de 1945 ni siquiera las mencionaba.

Aun cuando se observa una cierta continuidad en la tipificación de determinados delitos, debido al lenguaje arcaico empleado, la realidad sobrepasó bien pronto la regulación dieciochesca. Al menos desde el punto de vista penal y jurisdiccional las RR.OO. de Carlos III, un siglo después de otorgadas, solo tuvieron un interés meramente histórico e incluso filológico (FERNÁNDEZ BENITO, 2009).

En las RR.OO. también se recogían normas disciplinarias que tuvieron mayor continuidad hasta el siglo XX. Nuevamente, el lenguaje arcaico resultaba muy apropiado, por ejemplo, al prohibir «bajo severo castigo, al Soldado, toda conversación, que manifieste tibieza, o desagrado en el servicio, ni sentimiento de la fatiga que exige sus obligación; teniendo entendido, que para merecer ascenso, son cualidades indispensables el invariable deseo de merecerlo, y un grande amor al oficio». Estas RR.OO. sirvieron de inspiración y modelo de manuales o decálogos utilizados por la Academia General Militar de Zaragoza, como el *Catálogo del cadete* redactado en 1928 por quien entonces era su director, el general Franco, y «entresacado de las viejas y obsoletas ordenanzas de Carlos III» (AGUILAR OLIVENCIA, 1999:314).

En realidad, las RR.OO. de Carlos III han tenido un valor más simbólico que efectivo pero, como ha subrayado SALAS LARRAZÁBAL, han constituido un punto de unión entre el pasado y un necesario proceso de modernización de las Fuerzas Armadas en España (1992:305).

b) La adaptación a los valores democráticos en las Reales Ordenanzas de 1978

En 1978 y casi al mismo tiempo que elaboraba la Constitución, un Parlamento democrático tramitó y aprobó, mediante la Ley 85/1978, de 28 de diciembre, las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Fue una iniciativa del Gobierno de Adolfo Suárez, impulsada por el ministro de Defensa, Manuel Gutiérrez Mellado, que constituyó una de las claves de la transición de unas Fuerzas Armadas franquistas a unas Fuerzas Armadas constitucionales (SERRA, 2008:160)¹⁸. Las RR.OO. de 1978 tienen un significado fundamental: «manifestar la decisión de emprender la reforma militar» (SUÁREZ PERTIERRA, 2000:286). Por tanto, este valor simbólico minimiza las deficiencias técnicas que pronto se apuntaron: que mediante una ley no cualificada como orgánica se regularon derechos fundamentales o que parte de su contenido, de carácter ético, no debería tener cabida en un texto legislativo (SERRA, 2008:161).

Las RR.OO. plantearon el problema de lo que podría denominarse juridificación de lo ético tal como lo explica LÓPEZ RAMÓN: «Entre la moral y el derecho, pues, se desenvuelven los contenidos de las Reales Ordenanzas, aunque es muy posible que las reglas de la moral militar, como consecuencia de su inclusión en una norma jurídica (las propias Reales Ordenanzas), ya no puedan dejar de ser calificadas como reglas de derecho» (2006:50). No obstante, la mera regulación no altera la naturaleza ética de numerosas obligaciones contenidas en la ley en la medida en que no se prevean responsabilidades jurídicas para una eventual infracción.

Las RR.OO. de 1978 son un texto legal amplio, de 224 artículos, donde se incluye una regulación mixta de derechos y deberes de los militares y un código ético o de conducta de los militares. Y así lo señala expresamente el artículo 1 de la ley conforme al cual las RR.OO. «constituyen la regla moral de la Institución Militar y el marco que define las obligaciones y derechos de sus miembros».

Ahora bien, como código jurídico y como código ético, las RR.OO. tienen un encuadramiento constitucional e internacional de indudable valor y legitimidad: el artículo 11 las sometía a la Constitución y el artículo 34 las ponía al servicio del derecho internacional.

¹⁸ El antiguo ministro de Defensa subraya que las Reales Ordenanzas fue uno de los proyectos más queridos y más importantes para el general Gutiérrez Mellado que «en la directiva que encargaba la elaboración de las Ordenanzas impuso la presencia de oficiales jóvenes en la comisión redactora».

Así pues, su naturaleza mixta, jurídica y ética, era muy clara dado que una parte del articulado (los artículos 168 a 224) recogía, en realidad, el elenco de derechos y deberes fundamentales del militar, que luego se incluirán en un código jurídico, en una *Ley de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas* (2011); y la otra parte del articulado (tratados I y II) era propiamente un código moral o ético que, finalmente, constituirá el núcleo de las RR.OO. de 2009.

Las reminiscencias históricas son frecuentes al tratar de prevenir «tibia en el servicio, sentimiento de la fatiga que exige su obligación, ni desagrado por las condiciones que impone la vida militar». Pero no impidió modernizar el código ético con disposiciones como, por ejemplo, el artículo 87, muy alejado de la obediencia ciega exigible en épocas anteriores. La modernidad del precepto no dejaba lugar a dudas de la época democrática en que fue dictado: «El que ejerce mando tratará de inculcar una disciplina basada en el convencimiento. Razonará en lo posible sus órdenes para facilitar su comprensión y aceptación. Con ello y con lealtad y confianza que deben existir entre todos los miembros de las Fuerzas Armadas, evitará que el subordinado obedezca únicamente por temor al castigo».

Las RR.OO. de 1978 fueron desarrolladas mediante reales decretos y órdenes ministeriales para el Ejército de Tierra¹⁹, el Ejército del Aire²⁰ y la Armada²¹. En realidad, se adoptó una prolija reglamentación de cuestiones organizativas y disciplinarias que ahora han quedado reducidas a las meramente protocolarias.

c) El código de ética militar de las Reales Ordenanzas de 2009

En 2009 y ya solo mediante real decreto se aprobaron las Reales Ordenanzas de las Fuerzas Armadas del siglo XXI. Los dos aspectos más visibles de la nueva regulación son la utilización de una norma reglamentaria del Gobierno y la reducción sustancial de su contenido aproximándolas a un verdadero código de conducta o código de ética militar.

La Ley Orgánica de la Defensa Nacional (LODN), al referirse en 2005 a las reglas esenciales del comportamiento de los militares, exige en su ar-

¹⁹ Real Decreto 2945/1983, de 9 de noviembre, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército de Tierra (BOE n.º 285, 29/11/1983).

²⁰ Real Decreto 494/1984, de 22 de febrero, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas del Ejército del Aire (BOE n.º 61, 12/03/1984).

²¹ Real Decreto 1024/1984, de 23 de mayo, por el que se aprueban las Reales Ordenanzas de la Armada (BOE n.º 129, 30/05/1984).

título 20 una regulación separada del código jurídico, encomendado a una ley orgánica, y del código ético en forma de RR.OO.

Por una parte, se prevé que mediante ley, de acuerdo con la Constitución, se establezcan «las reglas esenciales que definen el comportamiento de los militares, en especial la disciplina, la jerarquía, los límites de la obediencia, así como el ejercicio del mando militar». Correlativamente y para garantizar la observancia de las reglas esenciales el artículo 21 LODN se refiere a las bases del régimen disciplinario militar.

Por otra parte, se encomienda al Gobierno el desarrollo de las reglas mediante real decreto en unas nuevas RR.OO. para las Fuerzas Armadas. Sin mencionarlo específicamente, se refería a un código ético o de conducta de los militares. En correspondencia, no se prevé ningún tipo de sanción disciplinaria y, por el contrario, el artículo 21.2 LODN prohíbe expresamente los Tribunales de Honor.

El código jurídico o estatuto del militar español fue elaborado paulatinamente a través de leyes de 1999 y 2007 han cristalizado en 2011 en la Ley Orgánica de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas²². Ya en 1999 la Ley pretendió justificar un cambio apelando a valores permanentes por lo que, «recogidos en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, permiten a la institución militar sucederse a sí misma a través de las vicisitudes de su organización». En 2007 se previó una incorporación de los principios y normas contenidos en el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado ese mismo año, «con las adaptaciones debidas», al ámbito militar y posibilitaba el desarrollo reglamentario de las reglas de comportamiento del militar.

En 2009 se adoptaron las RR.OO. en forma de Real Decreto 96/2009, y en 2011 ya se recogen sistematizados los derechos y deberes del militar y, en particular, en el artículo 6 de la ley se consagran las reglas de comportamiento del militar y prevé que recojan, con las adaptaciones debidas, el código de conducta de los empleados públicos.

Las RR.OO. de 2009 son un texto mucho más reducido, los 224 artículos de 1978 quedan en solo 129, y aunque sigue invocándose la tradición histórica su peso es menor. Pretenden ser un código ético y así lo proclaman su preámbulo y su artículo primero. El contenido ético de las RR.OO. de 2009 se identifica, como se deduce del artículo 129, con «los principios y valores constitucionales».

²² Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas (BOE n.º 180, 28/07/2011).

Con las RR.OO. se trata de mantener una tradición pero, no obstante, reconoce que la gran mayoría de las ordenanzas «fueron sustituidas por otro tipo de disposiciones o cayeron en desuso». De hecho, ahora se aprecia una clara tensión entre la tradición y la modernidad como revela el artículo 14 referido al espíritu militar.

Las vigentes RR.OO. acercan el régimen del profesional militar al régimen general de los empleados públicos hasta el punto de que el artículo 5 se titula «Actuación del militar como servidor público» y enuncia los principios de objetividad, integridad, neutralidad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, honradez y promoción del entorno cultural y medioambiental.

En fin, su contenido está orientado primordialmente a la cooperación militar internacional. De hecho, cuentan con un capítulo sobre la ética en las operaciones cuyos principios resume el artículo 106 relativo a deberes del derecho internacional humanitario.

Las RR.OO. se aplican no solo al ámbito militar sino también a la Guardia Civil²³. Como ha explicado el Tribunal Supremo, esto supone que, aun cuando ambos tengan un mismo código deontológico, pueden estar sometidos a regímenes disciplinarios distintos²⁴. Esta constatación se corresponde precisamente con el carácter vago y genérico de las reglas éticas en contraste con la inexcusable tipificación de las normas penales y disciplinarias.

III. SEGUNDA PARTE. EL CONTEXTO ÉTICO DEL DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO EN EL ÁMBITO MILITAR

En las sociedades democráticas no existe por definición una identidad entre ética y derecho aun cuando la interacción entre ambos es extraordinariamente importante. Parafraseando a Benjamin CONSTANT, podría decirse que hoy en día la moral o la ética están compuestas de matices finos, ondulantes, inalcanzables, que se desnaturalizarían de mil maneras si se intentase precisarlos más, de tal modo que solo pueden ser consideradas y juzgadas por la opinión pública y no por otra autoridad establecida (1819).

²³ Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación a los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas (BOE n.º 269, 6/11/2010).

²⁴ TS (Sala 3ª, Sección 7ª) sentencia de 13 de febrero de 2012 (Recurso n.º 4/2011, ES:TS:2012:923, ponente: Maurandi Guillén).

La separación entre ética y derecho es patente cuando la cuestión se aborda desde el punto de vista sancionador, sea penal sea disciplinario, en la medida en que no todas las acciones éticamente reprochables son objeto de tipificación disciplinaria o penal, aunque, por lo general, todas las tipificaciones de delitos y faltas disciplinarias tienen su fundamento último en un deber moral o ético. Cuando se producen desajustes en la relación entre el derecho y la ética surgen los conflictos que, por lo general, terminan cristalizando en cambios en una y otra esferas. La línea sin solución de continuidad entre ética y derecho explica que el legislador se incline por penalizar o despenalizar, por someter al régimen disciplinario o por dejar al margen del derecho un determinado comportamiento (LORENZO PONCE DE LEÓN, 2003:149).

Por tanto y sin pretender agotar el tema de la legislación penal militar o de la legislación disciplinaria militar expongo algunos ejemplos sobre la evolución social y la interacción entre ética y derecho. En realidad, pretendo mostrar que en la legislación y en la jurisprudencia militar los principios éticos actúan como frontera de lo jurídico y, más decisivamente, en el ámbito punitivo penal y, sobre todo, disciplinario; al tiempo que informan e integran la aplicación judicial.

El Estatuto Básico del Empleado Público explica en su preámbulo por qué la introducción de los «principios éticos y reglas de comportamiento (...) constituye un auténtico código de conducta». Esta Ley estatal señala que «estas reglas se incluyen en el Estatuto con finalidad pedagógica y orientadora, pero también como límite de las actividades lícitas, cuya infracción puede tener consecuencias disciplinarias». No obstante, en la parte dispositiva, su artículo 52 puntualiza: «Los principios y reglas establecidos en este Capítulo informarán la interpretación y aplicación del régimen disciplinario de los empleados públicos».

1. LA LEGISLACIÓN PENAL Y DISCIPLINARIA EN EL CONTEXTO DE LA ÉTICA MILITAR

En España el marco legislativo punitivo militar vigente está integrado por el CPM de 2015 y la LDM de 2014. En lo penal militar es visible la evolución desde el CJM de 1945, que fue remozado ampliamente en 1980, y renovado por el CPM de 1985, que acaba de ser sustituido por el vigente CPM de 2015. El ahora vigente constituye «un código rigurosamente complementario del Código Penal, que evita las relaciones de alternatividad con el texto punitivo común» (RODRÍGUEZ-VILLASANTE, 2013:115). En lo

disciplinario militar se pasó del CJM de 1945 al establecimiento en 1985 de un régimen disciplinario sometido al control jurisdiccional. La transformación del viejo régimen disciplinario fue obra de la Ley de 1985, que fue sustituida por otra de 1998 hasta la vigente de 2014.

Los tres aspectos esenciales del nuevo derecho punitivo militar son la separación entre regímenes sancionador y ético, la composición de los tribunales militares y la evolución en la tipificación y sanción de los delitos y de las faltas.

a) La separación del régimen penal, disciplinario y ético en la esfera militar

Los regímenes penal y disciplinario militar se identifican y separan con claridad en 1985. La distinción de lo penal y disciplinario respecto de lo ético militar tendrá que esperar a 2005 y, más precisamente, a las RR.OO. de 2009.

Hasta 1985 en España lo penal y lo disciplinario militar se regulaban en el mismo texto legal, tal es el caso de las RR.OO. de 1768 o del CJM de 1945. El 1 de junio de 1986 entraron en vigor el CPM de 1985 y la LDM de 1985. En ese momento, no se logra, sin embargo, una nítida separación entre el derecho disciplinario militar y el código ético militar que se regulan conjuntamente en las RR.OO.

La publicación de ambas normas pretendía una efectiva separación entre la esfera penal, comprensiva de conductas delictivas, y la esfera disciplinaria que, siguiendo el modelo de otros Códigos de disciplina europeos, se limitaba a aquellas conductas que, con independencia de su naturaleza y por su mayor venialidad, eran sancionadas por el mando militar que retenía en sus manos un poderoso instrumento para el mantenimiento de la disciplina. La autonomía legislativa del régimen disciplinario quebraba la tradicional unidad, originadora en algunos casos de confusión, de la regulación de lo penal y lo disciplinario.

El segundo objetivo propuesto era hallar el necesario equilibrio entre la protección de la disciplina, esencial para el correcto funcionamiento de las Fuerzas Armadas, y las garantías individuales recogidas en la Constitución, incorporando a la materia disciplinaria un conjunto de derechos constitucionales de inexcusable observancia, inspirándose para ello en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal Constitucional.

En estos momentos las tres esferas regulatorias de lo militar quedan mejor establecidas: el régimen penal se contiene en el CPM de 2015, el régimen disciplinario se rige por la LDM de 2014 y, en fin, las RR.OO. aprobadas por real decreto en 2009 constituyen el código ético.

b) La estructura judicial militar en materia penal y disciplinaria

La reforma de la justicia militar se ha inspirado en el sometimiento al principio constitucional de la «unidad de jurisdicción» que se reputa «elemento imprescindible del funcionamiento democrático» (SERRA, 2008:287). Esto se consigue con el sometimiento de todos los tribunales militares a la jurisdicción del Tribunal Constitucional y con la integración en el Tribunal Supremo de la Sala de lo Militar.

La aplicación del CPM y el control de la potestad disciplinaria militar se atribuyen a la misma estructura judicial militar de tal modo que los mismos jueces especializados en lo militar actúan como jueces de lo penal y jueces de lo disciplinario militar. Esta circunstancia facilita la aplicación y la interpretación del CPM y de la LDM por los mismos jueces que integran la jurisdicción militar y que en su vértice se integran en la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

El cambio más significativo en la justicia militar en España se produce en 1987 al separar la jurisdicción y el mando y al colocar el vértice de la jurisdicción militar en el mismo Tribunal Supremo²⁵.

La separación entre la jurisdicción y el mando no impide, sin embargo, que los jueces de la jurisdicción militar, los Juzgados Militares y el Tribunal Central Militar, sigan siendo en primera instancia y en apelación militares (PÉREZ ESTEBAN, 1999:507). También la nueva Sala de lo Militar del Tribunal Supremo se compone paritariamente con jueces de origen civil y jueces de origen militar, de tal manera que de sus ocho miembros, cuatro proceden de la carrera judicial y los otros cuatro del Cuerpo Jurídico Militar. El presidente de la Sala de lo Militar es nombrado por el Consejo General del Poder Judicial. La actuación de la Sala de lo Militar exige, excluido su presidente, que haya paridad de magistrados de una y otra procedencia (CALDERÓN CEREZO, 2013:63).

En el ámbito penal la instrucción y el enjuiciamiento quedan en manos del Tribunal Supremo, de los Tribunales y de los Juzgados Militares. El

²⁵ Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar (BOE n.º 171, 18/07/1987; en vigor desde el 1 de mayo de 1988).

reparto para la instrucción y el enjuiciamiento se hace en función del rango del militar afectado. Ante el Tribunal Supremo (igual o superior a teniente general o almirante), ante el Tribunal Militar Central (igual o superior a comandante o capitán de Corbeta) y en los demás casos ante los Tribunales Militares Territoriales.

En el ámbito disciplinario los mandos tienen potestad disciplinaria, sometida al enjuiciamiento de los tribunales militares y, en último término, al control del Tribunal Supremo. Este control se realiza desde que la LDM de 1985 introdujo el recurso contencioso-militar atribuyendo la competencia para su conocimiento en función del mando que impuso la sanción disciplinaria a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo (impuestas por el ministro de Defensa o la Sala de Gobierno del Tribunal Militar Central), al Tribunal Militar Central (impuestas por los jefes de Estado Mayor, el subsecretario de Defensa o los oficiales generales) o a los Tribunales Militares Territoriales para las demás.

La Sala de lo Militar del Tribunal Supremo ha subrayado dos aspectos muy relevantes de su actividad: mayor facilidad de acceso a la casación que en otras Salas, como la contencioso-administrativa y la validez que la jurisprudencia contencioso-militar puede tener en otros ámbitos disciplinarios administrativos (TRIBUNAL SUPREMO (2014:90)).

Esta estructura judicial militar, integrada en su vértice en la justicia civil, tiene consecuencias desde el punto de vista constitucional. La protección jurisdiccional militar es equivalente a la protección judicial exigida por la Constitución y ninguna acción disciplinaria militar puede quedar al margen de un eventual control jurisdiccional. En la jurisdicción castrense se aplican los principios constitucionales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva, en sus distintas manifestaciones (FERNÁNDEZ SEGADO, 2004:189).

El Tribunal Constitucional equipara los tribunales militares con los tribunales ordinarios a la hora de aplicar y proteger los derechos fundamentales o, como dice el Tribunal Constitucional, «el vértice de la jurisdicción militar es, pues, común al de la jurisdicción ordinaria y, por tanto, la última palabra incluso en el ámbito estrictamente castrense la tiene el Tribunal Supremo»²⁶. Una de las peculiaridades del control jurisdiccional militar es haber conseguido que en los tribunales que juzgan a los militares siempre haya militares. Se trata de una solución ponderada y virtuosa pero que también ha sido objeto de crítica. Así, en su voto particular discrepante a

²⁶ TC (Pleno), Sentencia n.º 113/1995, de 6 de julio de 1995 (ponente: García-Mon y González-Regueral).

la referida sentencia nº 113/1995 del Tribunal Constitucional el magistrado VIVES ANTÓN desliza la preocupación de que, como ocurre con las jurisdicciones especiales, «sus Jueces procedan de un determinado estamento o profesión, dentro del cual se supone cierta homogeneidad de creencias y actitudes, que representa una peculiaridad respecto de las creencias y actitudes del común de los ciudadanos».

Ahora bien, la acción penal y, desde luego, la acción disciplinaria quedan sometidas al control judicial, tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. De modo que todo tipo de faltas, incluidas las faltas leves, son susceptibles de recurso ante la jurisdicción militar, pues de otro modo se vulneraría el derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional explica en su sentencia 202/2002, que la disciplina militar, consustancial a la organización de los ejércitos para el cumplimiento de las misiones que les encomienda el art. 8.1 CE, podría justificar determinadas restricciones a la tutela judicial, pero ello no implica que tal ordenación pueda escapar a los principios constitucionales, impuestos expresa y terminantemente por el art. 8.2 CE (JULIANI HERNÁN, 2008). El propio Tribunal Constitucional admitió, hipotéticamente, que las exigencias de celeridad y pronta resolución de la acción disciplinaria militar podían justificar alguna limitación de las garantías procesales siempre y cuando el derecho a la tutela judicial efectiva no quedase desvirtuado ni siquiera en el caso de las faltas leves²⁷.

c) La tipificación de los delitos y de las faltas disciplinarias militares

La evolución de los delitos y las faltas disciplinarias es muy característica y cada vez más rápida en un mundo con tantos cambios tecnológicos y humanos. Esta revisión constante, criminalizando o despenalizando conductas militares, está impulsada por la evolución política y social: lo que en su momento estuvo prohibido y era objeto de reproche ético y penal o disciplinario, puede adquirir un valor positivo o resultar ya irrelevante desde el punto de vista jurídico e incluso ético. La incorporación de la mujer a las Fuerzas Armadas ilustra esta situación. Las RROO de 2009 se refieren en su artículo 13 a la igualdad de género y exigen del militar que vele «por la aplicación de los criterios y normas relativos a la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a la prevención de la violencia de género».

²⁷ TC (Pleno), Sentencia 177/2011, de 8 de noviembre de 2011 (ponente: Rodríguez Arribas).

Y también esta evolución es visible en la adaptación de las penas y sanciones disciplinarias, cuyo ejemplo más memorable fue el rapidísimo efecto de la Constitución de 1978 que, incluso antes de entrar en vigor, sustituyó la pena de muerte, salvo en tiempos de guerra, por la pena de treinta años de reclusión²⁸.

Conviene hacer un repaso, siquiera superficial, de algunos delitos y faltas disciplinarias en el ámbito militar con el fin de observar su dimensión ética e ilustrar los cambios acaecidos recientemente.

1) Los delitos militares bajo el prisma ético

Las estadísticas judiciales revelan que el enjuiciamiento y el castigo penal en el ámbito castrense español no son particularmente importantes. El número de delitos militares enjuiciados y castigados es casi insignificante concentrándose en algunas figuras muy próximas a las faltas disciplinarias.

Así, en 2013 de los 66 nuevos ingresos en la prisión militar lo habían sido aplicando tipos de delitos militares significativos: 38 delitos por abandono del destino o residencia; 9 delitos de abuso de autoridad, 6 por insulto a un superior, 5 contra la Hacienda militar, 2 por embriaguez y eficacia en el servicio y ya solo uno de abandono del servicio, desobediencia, contra el centinela, eficacia en el servicio o deslealtad.

La mayoría de estos delitos se imputaron a la tropa y marinería, especialmente el abandono del servicio; en cambio, el abuso de autoridad se repartió entre militares de tropa y suboficiales, siendo rara la implicación de los oficiales, salvo un caso de abuso de autoridad y dos contra la Hacienda militar (MINISTERIO DE DEFENSA, 2014b).

En primer lugar, la evolución social y los cambios de valores han sido excepcionales como ha ocurrido, en particular, con el principio de no discriminación en razón de las preferencias sexuales. Al referirse a los homosexuales, la regulación penal de las RR.OO. de Carlos III hablaba del «crimen nefando» previendo, para «el que fuere convencido de crimen bestial, o sodomítico», la horca o la hoguera. En 1945 el artículo 352 CJM se refería a la comisión de «actos deshonestos con individuos del mismo sexo» y aplicaba la pena de prisión y en todo caso la separación del ser-

²⁸ Real Decreto-Ley 45/1978, de 21 de diciembre, por el que se reforma el Código de Justicia Militar, la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea y la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante (BOE n.º 306, 23/12/1978).

vicio. En cambio, los CPM de 1985 y de 2015 protegen la libertad y la indemnidad sexuales al tiempo que criminalizan el insulto, el acoso y el abuso por razón del sexo.

En segundo lugar, existen otros valores muy ligados a lo militar que se ven afectados por la evolución social como revelan el caso de la cobardía y del derrotismo. El CJM de 1945 tipificaba la cobardía como un delito contra el honor militar mientras que en los CPM de 1985 y 2015 constituye un delito contra los deberes del servicio. A la hora de tipificar el delito de derrotismo en el artículo 64 CPM de 1985 ya consideraba expresamente que «la defensa de soluciones pacíficas a los conflictos no será considerada derrotismo bélico». La versión del CPM de 2015 ya solo tipifica como delito de traición militar el supuesto en que el «militar que, con el propósito de favorecer al enemigo propalare o difundiere noticias desmoralizadoras o realizare cualesquiera otros actos derrotistas».

En tercer lugar, todos los delitos relacionados con el ejercicio de la autoridad por los superiores y el deber de obediencia por los inferiores han sufrido un reacomodo o reformulación. Así se observa en el caso del abuso de autoridad, tanto en la perspectiva penal como disciplinaria, porque como subraya CORRALES ELIZONDO: «la tradición en el derecho militar no se ha centrado (...) en la fórmula actual de la dignidad de la persona, sino que se partía fundamentalmente de la extralimitación en el ejercicio del mando» (CORRALES ELIZONDO, 2008). Esta protección de la dignidad de la persona, como bien jurídico protegido, supone una mayor carga de responsabilidad para el ejercicio del mando (RAIMUNDO RODRÍGUEZ, 2013:73).

Los tres tipos penales (abuso, maltrato de obra y trato degradante) y la tipificación de las faltas disciplinarias han permitido recorrer un largo camino, como lo describe RODRÍGUEZ-VILLASANTE PRIETO, desde el viejo espíritu de las Ordenanzas, donde toda la sanción legal que recibía el maltrato o abuso de autoridad sobre las clases inferiores a sargento era el «Real desagrado», hasta la equiparación de penas para el maltrato de obra a superior e inferior del CPM español (RODRÍGUEZ-VILLASANTE, 1992).

En cuanto a la desobediencia, el preámbulo del CPM de 1985 consideraba superado «el viejo concepto de una ciega obediencia» lo que exige «al inferior que obedece una especial diligencia para que sus actos no comporten la manifiesta comisión de ilicitudes» en los términos previstos por las RR.OO. de 1978. El CPM de 2015 sigue la misma senda y prevé «la exención de responsabilidad criminal, de forma similar a la prevista en el Código Penal y en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, por desobedecer órdenes que entrañen la ejecución de actos que manifiestamente constituyan delito, en particular contra la Constitución, o una infracción

manifiesta, clara y terminante de un precepto de ley o del Derecho Internacional de los conflictos armados».

En cuarto lugar, de 1985 a 2015 desaparecen algunos términos o conceptos tradicionales como el decoro militar. En el CPM de 1985 se tipificaban los «delitos contra el decoro militar», incluyendo la agresión pública de un oficial o suboficial a otro militar; mientras que si la agresión se producía entre militares de tropa y marinería las mismas acciones solo constituían una infracción disciplinaria grave. En el CPM de 2015 desaparece el propio término decoro que ahora solo se recoge como faltas leves en la LDM de 2014 consistentes en «ofender a un compañero con acciones o palabras indecorosas o indignas» o en «acudir de uniforme a lugares o establecimientos incompatibles con la condición militar, comportarse de forma escandalosa o realizar actos contrarios al decoro exigible a los miembros de las Fuerzas Armadas».

2) Las faltas disciplinarias bajo el prisma ético

En el ámbito disciplinario las tres LDM han tratado de justificar, invocando la inevitable evolución social, la eliminación de algunas infracciones disciplinarias obsoletas o que han perdido reprochabilidad, la refundición de algunas faltas leves y la conversión de otras leves en graves «por su mayor trascendencia».

En primer lugar, la preocupación máxima de las Leyes disciplinarias es delimitar los contornos de las faltas respecto de los delitos del CPM, y en relación con la ética militar. En cuanto a la frontera entre lo criminal y lo disciplinario, es significativa la atención en la tipificación de las faltas leves, graves y muy graves de la LDM de 2014 y su distinción de los delitos.

En cuanto a la separación entre lo disciplinario y lo ético, la LDM de 1998 pretendía garantizar la observancia de la Constitución y de las RR.OO. pero no distinguía con claridad ambos planos, jurídico y ético. En cambio, la LDM de 2014 parece avanzar aunque alude a «la necesidad de adecuar la normativa disciplinaria militar a las reglas de comportamiento de los militares y al funcionamiento de la Justicia Militar».

Precisamente la LDM de 2014 adopta un régimen disciplinario que incluye aspectos éticos y donde se observan reminiscencias de las RR.OO pero también consagra, como faltas leves o graves, el inexacto cumplimiento y el incumplimiento de las RR.OO. El artículo 7.13 tipifica como falta leve: «El inexacto cumplimiento en la aplicación de las normas de actuación del militar como servidor público, establecidas en las Reales Or-

denanzas para las Fuerzas Armadas». Asimismo, el artículo 8.13 establece como falta grave «el incumplimiento en la aplicación de las normas de actuación del militar como servidor público, establecidas en las Reales Ordenanzas». En fin, se produce una incorporación de todo el código de conducta como infracción disciplinaria al tipificar el artículo 7.35 como falta leve: «Las demás acciones u omisiones que [s]upongan la inobservancia leve o la inexactitud en el cumplimiento de alguna de las obligaciones que señalan [l]as Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas».

Esta tipificación en su referencia a las RR.OO. presenta serias dudas de constitucionalidad y parece confundir lo que es un código ético con el estatuto de derechos y deberes de los militares cuyo incumplimiento, solo en este último caso, puede tipificarse y sancionarse como falta disciplinaria.

En segundo lugar, comparando las tres LDM se observa el crecimiento imparable de las faltas disciplinarias: 65 en 1985, 70 en 1998 y desde 2014 son 83. En 2014 se afina la clasificación de infracciones pasándose de la bipartita, de faltas leves y graves, en 1985 y 1998, a la tripartita, más tradicional en el Derecho sancionador español, de leves, graves y muy graves.

Algunas tipificaciones de 1985 y 1998 pretendían recordar al menos estilísticamente las RR.OO. del siglo XVIII utilizando expresiones del tipo «las manifestaciones de tibieza o disgusto en el servicio y las murmuraciones» o «la falta de respeto a superiores y, en especial, las razones descompuestas o réplicas desatentas a los mismos». Este sabor tradicional se ha perdido o, mejor, se ha superado en 2014.

En otros casos la regulación se repite en las tres leyes aunque cambia la calificación de la falta, tal como ocurre con la embriaguez que tiene el dudoso honor de reproducirse reiteradamente y de tipificarse en todos los grados de las faltas leves, graves y muy graves.

En 1985 y 1998 constituía falta leve «embriagarse o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas vistiendo uniforme, o en Acuartelamientos...»; mientras que era falta grave la misma conducta «durante el servicio o con habitualidad». En 2014 es falta leve: «Consumir bebidas alcohólicas durante el desempeño de sus funciones o en otras ocasiones en que lo prohíban las normas militares»; es falta grave: «Estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas en instalaciones militares...»; y, en fin, es muy grave: «Estar embriagado o consumir drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas durante el desempeño del servicio o de forma reiterada fuera de él».

De manera novedosa en 2014 se evocan principios de inspiración democrática y se introducen nuevas faltas disciplinarias referidas al acoso y a las infracciones del derecho internacional humanitario. Como señala el

preámbulo de la Ley: «La adhesión racional del militar a sus reglas, fruto de la subordinación a valores superiores, garantiza la rectitud de conducta individual y colectiva y asegura el cumplimiento riguroso del deber». Y en cuanto al acoso se insiste en «la especial gravedad de algunas conductas como las que afectan a la libertad sexual de las personas, implican acoso tanto sexual y por razón de sexo como profesional, atentan contra la intimidad, la dignidad personal o en el trabajo, o suponen discriminación». También se castigan las infracciones del derecho internacional, en particular la inobservancia por imprudencia de las normas humanitarias y el incumplimiento por el superior de su deber de garante de la conducta de sus subordinados, sin perjuicio de los delitos militar o común.

Por último, la profesionalización del militar determina que, como ocurre con los demás empleados públicos, se prevea la expulsión por la condena por delitos «cuando afecte al servicio, a la imagen pública de las Fuerzas Armadas, a la dignidad militar o cause daño a la Administración».

2. LOS PRINCIPIOS ÉTICOS DEL DERECHO PENAL Y DISCIPLINARIO MILITAR EN LA JURISPRUDENCIA

El estricto principio de legalidad del derecho penal y disciplinario también es aplicable en el ámbito militar. La interacción de los principios éticos con el derecho penal y el derecho disciplinario se manifiesta de manera clara en el enjuiciamiento llevado a cabo por los tribunales y de manera especial en la jurisprudencia de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo.

En primer lugar, el propio Tribunal Supremo se refiere al «plus de moralidad o eticidad del militar» respecto de los demás ciudadanos. Así, por ejemplo, el Tribunal Supremo confirma en casación la medida disciplinaria de expulsión del ejército de un sargento que había sido condenado penalmente por un delito continuado de agresión sexual y considera proporcionada tan grave sanción disciplinaria porque a «todos los militares en general –de las Fuerzas Armadas o de la Guardia Civil- les resulta exigible ese plus de moralidad o eticidad superior al del resto de los ciudadanos»²⁹. La razón de esta mayor exigencia se funda en el «el grave daño que para el crédito e imagen de las Fuerzas Armadas supone que uno de sus integrantes resulte condenado por un delito continuado de agresión sexual afectante a un total de hasta ocho personas, lo que colisiona frontalmente con los

²⁹ TS (Sala 5.ª), sentencia de 23 de marzo de 2012 (recurso n.º 51/2011, ES:TS:2012:2146, ponente: Pignatelli Meca).

deberes de probidad, rectitud, moralidad y decoro que la pertenencia a los Ejércitos impone».

En segundo lugar, el código ético, las RR.OO. de 2009, puede tenerse en cuenta a la hora de determinar la comisión del delito o de la infracción disciplinaria. Ahora bien, la consideración a efectos interpretativos de las RR.OO. en el momento de enjuiciar un presunto delito militar, del mismo modo que al controlar la legalidad de la imposición de una sanción disciplinaria, no exime al legislador de una precisa tipificación. El Tribunal Supremo aplica el Derecho penal y el Derecho disciplinario en un contexto ético y se refiere a la deontología militar remitiéndose a las RR.OO.³⁰. A juicio del Tribunal Supremo la alusión a las RR.OO. no afecta al principio de legalidad³¹.

a) La jurisprudencia en materia penal y el contexto ético militar

La aplicación judicial del Derecho penal militar tiene en cuenta la equiparación entre los valores éticos y los valores constitucionales, la mayor severidad en el enjuiciamiento penal de los militares como consecuencia de su deberes éticos y los efectos de la evolución social en la interpretación de determinados delitos, como el abuso de autoridad.

En primer lugar, el enjuiciamiento de los delitos tiene en cuenta su dimensión ética que identifica con los valores constitucionales. Esta dimensión ética del Derecho penal estaba presente en el enjuiciamiento del intento de golpe militar del 23 de febrero de 1981 hasta el punto de que el Tribunal Supremo puntualizaba: «en el comportamiento de los encausados no se aprecia la existencia anímica de unos móviles morales, puesto que, la subversión del orden político establecidos, la rebelión contra las Autoridades constituidas, el derrocamiento del Gobierno legítimo, el secuestro de los miembros del Congreso y de los del Gobierno, el encauzamiento de la Democracia —entiéndase, sin eufemismos, supresión de la misma— y la derogación de las libertades política y sindical, no responden a los dictados de la Ética, entendida como la ética social del entorno comunitario, donde la mayoría del pueblo español ha optado repetidamente por un régimen pluripartidista, con órganos representativos elegidos mediante sufragio universal, en el marco de una monarquía hereditaria y constitucional,

³⁰ TS (Sala 5.^a), sentencia de 19 de enero de 1993 (ES:TS:1993:42, ponente: Querol Lombardero).

³¹ TS (Sala 5.^a), sentencia de 7 de marzo de 1995 (ES:TS:1995:1310, ponente: Querol Lombardero).

donde se respeten los derechos individuales de la persona reconocidos por las Leyes, con libertad de creación de partidos políticos y de asociación sindical»³².

En segundo lugar, en el enjuiciamiento de los delitos militares el Tribunal Supremo insiste en que la mayor exigencia de moralidad en el militar determina que el enjuiciamiento y el reproche penal sean más severos. Por ejemplo, al enjuiciar la comisión de un delito de deslealtad por falsificar partes médicos de baja, el Tribunal Supremo argumenta: «las Ordenanzas Militares y las relaciones deontológicas [c]onllevan un plus de exigencia que fundamenta estos delitos, alcanzando una especial comprensión en el seno de la organización jerárquica militar»³³.

En tercer lugar, el cambio de valores producido y reflejado legislativamente ha supuesto una mayor severidad o una mayor comprensión de determinados delitos, como el abuso de autoridad o el abandono de destino.

Por lo que se refiere al delito de abuso de autoridad, el Tribunal Supremo tiene en cuenta la relación jerárquica y los deberes y obligaciones del mando precisando: «la situación de jerarquía y subordinación exige mantener la integridad moral y la ética en el ejercicio del mando y su transgresión viene a suponer la concurrencia de reproches de carácter penal o disciplinario»³⁴. En otro supuesto el Tribunal Supremo estimó en parte el recurso de casación contra una sentencia absolutoria de un delito de abuso de autoridad³⁵. La sentencia admite que se haga referencia a las reglas de la OTAN sobre el tratamiento de prisioneros de guerra (STANAG 2074) «en orden a integrar eventualmente la infracción del artículo 106 del Código Penal Militar», lo que no le impide subrayar el valor de la dignidad y de los derechos fundamentales de los soldados, inspirándose e invocando expresamente las RR.OO. de 1978, vigentes cuando se produjeron los hechos.

Al referirse a la gravedad del maltrato de obra de un inferior por un superior como delito y no como mera falta disciplinaria, el Tribunal Supremo explica la evolución habida en su propia jurisprudencia hasta el punto de considerar que, pese a su levedad física, las actuaciones comportan atentados a los derechos fundamentales cuya salvaguardia no puede admitir

³² TS (Sala 2.^a), sentencia de 22 de abril de 1983 (ES:TS:1983:1495, ponente: Vivas Marzal, considerando 134).

³³ TS (Sala 5.^a), sentencia de 10 de junio de 2013 (recurso n.º 13/2013, ES:TS:2013:3507, ponente: Gálvez Acosta).

³⁴ TS (Sala 5.^a), sentencia de 5 de junio de 2002 (recurso n.º 58/2001, ES:TS:2002:4047, ponente: Corrales Elizondo).

³⁵ TS (Sala 5.^a), sentencia de 3 de noviembre de 2008 (recurso n.º 3/2008, ES:TS:2008:5789, ponente: Pignatelli Meca; voto discrepante: Menchén Herreros).

vacilación alguna³⁶. Por tanto, no existe maltrato de obra en el ámbito militar que, ejercido por un superior sobre un inferior, pueda ser calificado como simple infracción disciplinaria, estando en este punto nítidamente precisada la frontera entre lo penal y lo disciplinario y lo califica como «un irrenunciable avance en la tuición penal de los derechos esenciales y valor de la disciplina». De modo que incluso las actuaciones de innegable levedad física «comportan, en una organización tan jerarquizada y disciplinada como son las Fuerzas Armadas, atentados a esos derechos fundamentales cuya salvaguardia no puede admitir vacilación alguna».

En cambio, el Tribunal Supremo absolvió en 2009 a un militar de un delito de abandono de destino por la situación familiar delicada provocada por el fallecimiento de su padre, la enfermedad psiquiátrica de la madre, la minusvalía psíquica de un hermano y el embarazo de su novia. A diferencia del tribunal de instancia, que lo condenó reconociendo la concurrencia de la eximente incompleta de estado de necesidad, el Tribunal Supremo aplicó la eximente completa y consideró, por mayoría, que concurría el peligro real, inminente y actual que conforma la situación de necesidad al producirse una colisión de deberes: el de presencia y el de auxiliar a sus familiares, deber este que constituye para todos una obligación ética y jurídica³⁷.

b) La jurisprudencia en materia disciplinaria y el contexto ético militar

Las estadísticas sobre las faltas disciplinarias objeto de recurso contencioso-disciplinario, aunque la mayoría relacionadas con la Guardia Civil, son muy reveladoras: en 2013 los tribunales militares conocieron de 277 asuntos; de los cuales 127 lo fueron por faltas leves, 118 por faltas graves y 32 por faltas muy graves. De las sentencias, 64 fueron estimatorias y 25 estimatorias parciales, confirmándose el resto de las sanciones impuestas (MINISTERIO DE DEFENSA, 2014b).

La invocación de lo ético en el ámbito disciplinario militar no puede olvidar que la aplicación «administrativa» y el control judicial están presididos por el principio de legalidad. El Tribunal Supremo lo ha subrayado de tal modo que las «reflexiones, absolutamente coherentes en el referido campo de la ética, no pueden trasladarse de una manera automática al cam-

³⁶ TS (Sala 5.^a), sentencia de 22 de abril de 2010 (recurso n.º 15/2010, ES:TS:2010:2265, ponente: Pignatelli Meca).

³⁷ TS (5.^a), sentencia de 19 de octubre de 2009 (recurso n.º 52/2009, ES:TS:2009:6571, ponente Calvo Cabello).

po disciplinario para dar lugar a una sanción cuando no se cumplen los requisitos de un tipo concreto y específico en donde se describa la conducta de manera clara y congruente»³⁸.

Esto no ha impedido que en la interpretación del régimen disciplinario los jueces tengan en cuenta las normas éticas, en particular las formuladas en las RR.OO.

En primer lugar, la evolución social constituye la clave de la interpretación, un tanto confusa, para delimitar lo ético y lo disciplinario. Así resulta patente en aquellos supuestos en que los usos de la sociedad civil tardan más tiempo en ser asumidos en el ámbito militar. Por ejemplo, en 1995 se impuso a un guardia civil varón, que entraba de paisano al acuartelamiento con pendientes en las orejas, una sanción de 14 días de arresto por falta leve. En cambio, en casación fue anulada la sanción por infracción del principio de legalidad³⁹. En su argumentación, el Tribunal Supremo equiparó la dignidad exigible a un miembro de la Guardia Civil con la de un militar, y a continuación se refirió a la dignidad militar. En este caso utilizó la definición del *Diccionario de la Lengua Española* de dignidad como «gravedad y decoro de las personas en la manera de comportarse» y subrayó: «esta mayor exigencia de seriedad y decoro, sin embargo, ha de ser entendida en la clave del “plus de moralidad” que se proyecta sobre el comportamiento del militar para el que un buen número de reglas morales, cuya sanción no está formalizada para los miembros de la sociedad civil, se convierten en normas jurídicas». Como indicó el Tribunal Supremo, no había un reproche social generalizado que pudiera suscitar la costumbre de que los varones se adornasen con pendientes y fue con posterioridad en 1996 cuando la propia Dirección General de la Guardia Civil, en su Circular 3/96, prohibió expresamente a los guardias varones el uso en su uniformidad de aros, pendientes u otro tipo de aderezos.

En segundo lugar, la completa profesionalización del militar ha tenido consecuencias decisivas en el ámbito disciplinario. Así, el Tribunal Supremo confirmó la expulsión disciplinaria de un militar por haber atentado gravemente contra la disciplina, servicio o dignidad militar. En su argumentación el Tribunal Supremo hizo referencia a su jurisprudencia conforme a la cual «existen cuerpos y clases en el Estado, a cuyos miembros puede serles exigido un cierto honor; es decir, una más alta moralidad, bien por la trascendencia de la función pública que les está encomendada, bien

³⁸ TS (Sala 5.^a), sentencia de 16 de enero de 2002 (recurso n.º 118/2002, ES:TS:2003:88, ponente: Corrales Elizondo).

³⁹ TS (Sala 5.^a), sentencia de 20 de marzo de 1997 (recurso n.º 91/1996, ES:TS:1997:2086, ponente: Jiménez Villarejo).

por la delicadeza o potenciales efectos de los medios que se les confían. Situación, de especial exigencia, en la que se encuentran indudablemente los militares, cuyas Reales Ordenanzas configuran, en definitiva, la regla moral de la institución militar; vinculándoles jurídicamente durante su pertenencia a ellas»⁴⁰.

3. LOS EFECTOS DE LA INTEGRACIÓN EUROPEA Y LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL EN LA ÉTICA MILITAR

La cooperación internacional y la integración supranacional europea constituyen un elemento indispensable en la elaboración de una ética militar europea y universal. Para las Fuerzas Armadas españolas se han abierto tres ámbitos particularmente decisivos en la formación de la ética aplicable: la Unión Europea, la Organización del Atlántico Norte (OTAN) y la Organización de las Naciones Unidas (ONU).

Esta influencia se produce a través de procedimientos bien conocidos del derecho internacional, como el *soft law*, que permiten comprender la interacción de principios que surgen como parte de la ética militar y que finalmente cristalizan en leyes y normas vinculantes que hacen de los conflictos armados choques, paradójicamente, humanos. También numerosos cambios tienen su origen en la jurisprudencia de los tribunales europeos e internacionales.

La participación de España en Europa y la sumisión a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea desde Luxemburgo contribuyen a modelar la ética y permiten la elaboración de una ética militar más abierta e inclusiva dada la vinculación de los jueces españoles, incluidos los jueces militares, a la jurisprudencia europea (BARJA LÓPEZ DE QUIROGA, 2014:73).

a) Los nuevos valores éticos de la integración europea y la cooperación atlántica e internacional

En pleno franquismo el general Jorge VIGÓN acertaba cuando señalaba, probablemente con bastante desconfianza y escepticismo, cómo «un patriotismo europeo modificaría la tabla de valores de los patriotismos na-

⁴⁰ TS (Sala 5.^a), sentencia de 29 de junio de 2012 (Recurso n.º 3/2012, ES:TS:2012:5700, ponente: Gálvez Acosta).

cionales» (1956:13). Esto es lo que está suponiendo la participación de España en la Unión Europea y lo mismo podría decirse, *mutatis mutandis*, de la cooperación militar atlántica y de las intervenciones militares bajo los auspicios de las Naciones Unidas.

El contacto y la realización de misiones conjuntas están permitiendo la armonización de las prácticas de los distintos ejércitos. En la OTAN se han adoptado acuerdos de normalización que afectan a cuestiones no solo técnicas sino también a las mismas conductas militares: los grados militares, el tratamiento de prisioneros de guerra, la inteligencia militar, la protección del medio ambiente, el derecho de conflictos armados, o, en fin, las reglas de combate⁴¹. Esto explica una cierta convergencia entre las culturas de los militares de los distintos países de la OTAN. No obstante, también persisten las diferencias culturales que siguen localizadas en la tradicional división entre los países del Norte y del Sur (SZVIRCSEV TRESCH, 2009:111).

El Tribunal Supremo español ha tenido ocasión de conocer y de aplicar en 2008 un acuerdo de normalización sobre tratamiento a prisioneros capturados durante ejercicios de la OTAN. Se trata de un acuerdo de normalización de la OTAN para la realización de ejercicios militares conjuntos sometido al derecho internacional⁴². Para el Tribunal Supremo, estos acuerdos de normalización OTAN o Stanags 2074 «no tienen rango ni valor normativo algunos ni en el Derecho internacional ni en el Derecho interno español, pues son, tan solo, procedimientos de homologación u homogeneización de la actuación de los agentes o personas sujetas a la jurisdicción de determinados Estados a la hora de implementar, en este caso que nos ocupa, un sector de la normativa del Derecho internacional humanitario o Derecho internacional de los conflictos armados aplicable en los conflictos armados de carácter internacional».

Aun cuando es imposible dar cuenta del efecto que ha tenido el derecho internacional en la ética militar, resulta obligado poner algún ejemplo

⁴¹ Acuerdos de normalización OTAN: STANAG 4297: «Guía sobre la valoración de la seguridad y disposición para el servicio de las municiones de las Fuerzas Armadas de la OTAN-AOP-15»; STANAG 2116: «Códigos OTAN de los grados del personal militar»; STANAG 2074 de Táctica y Procedimientos Operativos: «Tratamiento a prisioneros capturados durante ejercicios OTAN»; STANAG 2190 JINT (Edición 2) «Doctrina conjunta aliada sobre inteligencia, contrainteligencia y seguridad-AJP-2 edición A»; STANAG 2594 EP (Edición 1) «Buenas prácticas de protección medioambiental para la sostenibilidad de las áreas de entrenamiento militar-AJEPP-7»; STANAG 2449 (Edición 2) sobre formación relativa al derecho de los conflictos armados; STANAG 2597 (Edición 1) sobre formación en las reglas de combate.

⁴² TS (Sala 5.ª), sentencia de 3 de noviembre de 2008 (Recurso n.º 3/2008, ES:TS:2008:5789, ponente: Pignatelli Meca; voto discrepante: Menchén Herreros).

donde se aprecie tangiblemente esta evolución de valores y sus límites éticos.

Por una parte, la influencia de este derecho humanitario en la ética militar es innegable y se manifiesta en los límites que impone el *ius in bello*, como podría ser a mero título de ejemplo la configuración de la perfidia, prohibida por el derecho internacional humanitario pero diferenciada de las estratagemas⁴³. En este sentido, este derecho cobra gran importancia hasta el punto de que, invocando la autoridad del general MacArthur, se ha dicho que su respeto «es una parte esencial del código de conducta de cualquier militar» (DOMÍNGUEZ MATÉS, 2008:42).

Por otra parte, las misiones de paz de las Naciones Unidas confiadas a los militares de los distintos Estados han producido efectos en la propia ética militar (CENTRO SUPERIOR DE LA DEFENSA NACIONAL, 1995). En estos casos, la acción militar se caracteriza por una suerte de «comportamiento típicamente policial» (*constabulary ethic*) pero, como se ha podido comprobar, estas operaciones de paz, aun cuando no sean tarea de un soldado, solo un soldado las podría llevar a cabo (FINDLAY, 2002:96).

b) La influencia de los tribunales supranacionales e internacionales en la configuración de una ética militar

La ética militar se está transformando por la influencia de los distintos tribunales internacionales, particularmente en el ámbito regional europeo, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en menor medida, de otros tribunales internacionales, en particular el Tribunal Internacional Penal y de los tribunales especiales constituidos para enjuiciar crímenes cometidos en determinados conflictos.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos está propiciando cambios trascendentales en el ámbito militar que, indirectamente, afectan a la ética. Me ceñiré solo a cuatro aspectos relativos a los derechos de los homosexuales, las normas procesales de la justicia militar, la limitación de los derechos fundamentales de los militares y los crímenes de guerra.

En primer lugar y respecto de los derechos de los homosexuales, la *sentencia Smith y Grady c. Reino Unido* (1999) del Tribunal Europeo de

⁴³ Artículo 37 del Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977 (BOE n.º 177, 26/07/1989).

Derechos Humanos declaró la violación del derecho de igualdad y de privacidad de dos soldados, pertenecientes a la *Royal Air Force* británica, que fueron separados del servicio en 1994 por su homosexualidad⁴⁴. El Tribunal Europeo acepta que los Estados puedan organizar su propio sistema de disciplina militar y gocen de un cierto margen de apreciación fundado en el objetivo de eficacia de las Fuerzas Armadas respecto de la seguridad nacional. Esto podría suponer restricciones al derecho a la vida privada cuando esté en juego la eficacia operativa de las Fuerzas Armadas. No obstante, las autoridades nacionales no pueden invocar tales excepciones para frustrar el ejercicio por los militares de su derecho al respeto de su vida privada (apartado 89). El argumento del Gobierno británico se basaba en que la presencia de homosexuales en las Fuerzas Armadas tendría un efecto negativo sobre su estado de ánimo y, consecuentemente, sobre su capacidad de combate y efectividad operativa. Sin embargo, el Tribunal Europeo, aun reconociendo que pudiesen producirse realmente, considera que no dejan de ser expresiones estereotipadas de hostilidad a los homosexuales o vagas expresiones de incomodidad por la presencia de colegas homosexuales de modo que, al representar una predisposición inadecuada por parte de la mayoría heterosexual contra la minoría homosexual, estas actitudes negativas no podían constituir una justificación suficiente para interferir en los derechos de los militares (§ 97). En este sentido, tales actitudes negativas se parecen a las manifestadas en relación con la implantación de la discriminación por razón de la raza o del sexo, perseguidas por el Gobierno británico mediante un estricto código de conducta y también a través de normas disciplinarias; códigos de conducta y normas disciplinarias, que echa de menos el Tribunal Europeo en relación con la discriminación de los homosexuales (§ 102 y § 103).

En segundo lugar, el Tribunal Europeo ha aplicado las exigencias del derecho a un juicio justo lo que ha afectado a varios países, como el Reino Unido (LORENZO PONCE DE LEÓN, 2008:85) y España. Por lo que se refiere a España, el Tribunal Europeo le ha reprochado la parcialidad en la composición de los tribunales penales militares. En la *sentencia Castillo Algar c. España* (1998) consideró que un tribunal penal militar que incluía a jueces que se habían pronunciado previamente en apelación sobre el auto de procesamiento era parcial porque, independientemente de la conducta del juez, deben ofrecerse todas las garantías para excluir cualquier duda

⁴⁴ TEDH, sentencia de 27 de septiembre de 1999, *Smith y Grady c. Reino Unido* (recursos n.ºs 33985/96 y 33986/96).

legítima (§ 43 a § 46)⁴⁵. La *sentencia Perote Pellón c. España* (2002) volvió a condenar a España por la misma violación por los tribunales militares del artículo 6.1 CEDH⁴⁶.

En tercer lugar, las sanciones disciplinarias no pueden suponer privación de libertad. En la *sentencia Dacosta Silva c. España* (2006) el arresto domiciliario decidido por el superior jerárquico era contrario al art. 5 del Convenio dado que «la privación de libertad debe adoptarse mediante una decisión judicial; debe ser impuesta por un tribunal competente que tenga la autoridad suficiente para juzgar el asunto, que goce de independencia respecto del ejecutivo y, en fin, que cumpla las garantías judiciales apropiadas» (§ 43)⁴⁷.

En cuarto lugar, el Tribunal Europeo de Estrasburgo ha reconocido la posibilidad de establecer límites a determinados derechos en el ámbito castrense. Así, el derecho a la formación de sindicatos en el ámbito militar puede estar restringido pero no puede ser completamente anulado como señalan las *sentencias ADEFDROMIL c. Francia* (2014)⁴⁸ y *Matelly c. Francia* (2014)⁴⁹. Del mismo modo, el envío de tropas a la guerra y la importancia de contar con la autorización expresa de las Naciones Unidas han sido subrayados por el Tribunal Europeo en la *sentencia Al-Jedda c. Reino Unido* (2011)⁵⁰.

Por último, el Tribunal Europeo también se ha pronunciado sobre la comisión de crímenes de guerra en la *sentencia Kononov c. Letonia* (2010)⁵¹. En este caso la Gran Sala corrige el criterio establecido previamente por otra Sala del Tribunal Europeo. En 2008 se consideró contraria al Convenio Europeo la condena de Vassili Kononov por los tribunales lituanos por crímenes de guerra cometidos en 1944 por un comando dirigido por el Sr. Kononov, lituano que se había integrado y alcanzado el grado de sargento del Ejército soviético. En cambio, la Gran Sala subrayó que en 1944 estaba vigente el principio de la responsabilidad individual de los comandantes

⁴⁵ TEDH, sentencia de 28 de octubre de 1998, Castillo Algar c. España (79/1997/863/1074).

⁴⁶ TEDH, sentencia de 25 de julio de 2002, Perote Pellón c. España (Recurso n.º 45238/99).

⁴⁷ TEDH, sentencia de 2 de noviembre de 2006, Dacosta Silva c. España (Recurso n.º 69966/01).

⁴⁸ TEDH, sentencia de 2 de octubre de 2014, ADEFDROMIL c. Francia (Recurso n.º 32191/09, § 55).

⁴⁹ TEDH, sentencia de 2 de octubre de 2014, Matelly c. Francia (Recurso n.º 10609/10, § 71).

⁵⁰ TEDH (Gran Sala), sentencia de 7 de julio de 2011, Al-Jedda c. Reino Unido (Recurso n.º 27021/08).

⁵¹ TEDH (Gran Sala), sentencia de 17 de mayo de 2010, Kononov c. Letonia (Recurso n.º 6376/04).

como una responsabilidad penal que permitía sancionar a un superior que hubiese incumplido su deber de ejercer su autoridad (§ 211) y los crímenes imputados no estaban prescritos (§ 233). Por tanto, los actos del Sr. Kononov eran constitutivos de las infracciones definidas con suficiente accesibilidad y previsibilidad por las leyes y costumbres de la guerra (§ 244). Precisamente y en este mismo contexto, el Tribunal Penal Internacional y otros Tribunales Penales de las Naciones Unidas han tenido que delimitar la «responsabilidad del mando» en la comisión de crímenes de guerra. Sobre este particular, tal como ha comprobado DOMÍNGUEZ MATÉS, «la doctrina de la responsabilidad del mando a través de las más recientes decisiones judiciales del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia ha puesto de manifiesto precisamente la falta de claridad del tratamiento jurisprudencial de esta materia que, incluso, aprecia contradicciones evidentes dentro de las propias decisiones» (2008:40).

El Tribunal de Justicia tiene limitada su interpretación al Derecho de la Unión Europea y, hasta ahora, el ámbito militar estaba bastante alejado de la integración supranacional. Sin embargo, ha habido dos aspectos con una importante dimensión ética y sobre los que el Tribunal de Luxemburgo se ha pronunciado: la incorporación de la mujer a la milicia y los límites del derecho de asilo en la Unión Europea de militares de terceros países.

El Tribunal de Justicia ha tenido que enjuiciar la conformidad del derecho británico y del derecho alemán respecto de la participación de la mujer en la milicia. En ambos casos se trataba de mujeres que querían incorporarse al servicio militar: Angela Maria Sirdar a los marines británicos⁵² y Tanja Kreil al servicio de mantenimiento del ejército alemán⁵³.

En la sentencia *Sirdar* (1999) el Tribunal de Justicia admite que la legislación británica que excluye a las mujeres del servicio en unidades de combate como los *Royal Marines* podría estar justificada en virtud de la Directiva 76/207/CEE, sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo por razón de la naturaleza y de las circunstancias del ejercicio de estas actividades. La negativa a contratar a la Sra. Sirdar como cocinera en los *Royal Marines* se debió a la exclusión total de las mujeres de este cuerpo militar por la exigencia de «interoperabilidad» para garantizar la eficacia en combate, lo que incluye también a los cocineros que también deben intervenir como soldados de primera línea. Por esa razón y con muchas reservas el Tribunal de Justicia concluye

⁵² TJCE, sentencia de 26 de octubre de 1999, *Sirdar* (C-273/97, p. I-7403, EU:C:1999:523).

⁵³ TJCE, sentencia de 11 de enero de 2000, *Tanja Kreil / Bundesrepublik Deutschland* (C-285/98, *Rec.* p. I-69, EU:C:2000:2).

que el Reino Unido, haciendo uso del margen de apreciación de que dispone para apreciar la posibilidad de mantener tal exclusión habida cuenta de la evolución social, no había violado el principio de proporcionalidad.

En la sentencia Kreil (2000) se planteaba la conformidad de la Constitución alemana con la Directiva 76/207/CEE. La Ley Fundamental de Bonn en el artículo 12a prohibía que «las mujeres prestasen un servicio con armas». La solicitud de alistamiento de Tanja Kreil en el servicio de mantenimiento (electromecánica de armas) fue rechazada. A juicio del Tribunal de Justicia el derecho comunitario europeo también puede aplicarse al acceso a las Fuerzas Armadas si se trata de disposiciones sociales que en nada afectan al principio de seguridad nacional ni orden público. También comprobó que en Alemania se excluía totalmente a las mujeres de los empleos militares que implicasen el uso de armas y solo permitía su acceso a las unidades sanitarias y a las formaciones de música militar. Dado que la regulación se aplicaba a todos los empleos militares, no podía considerarse una excepción justificada en la medida en que la Directiva solo permite excluir actividades específicas.

El intento posterior de que el Tribunal de Justicia se pronunciase sobre el carácter discriminatorio del servicio militar reservado en Alemania a los varones fracasó pues, como señala la sentencia *Dory* (2003), la decisión de Alemania de garantizar su defensa a través de un servicio militar obligatorio es la expresión de una elección de organización militar a la que, consiguientemente, no se aplica el derecho comunitario⁵⁴.

Recientemente el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en la sentencia *Shepherd* (2015) sobre el derecho de asilo y la deserción en el Ejército estadounidense acuartelado en Alemania⁵⁵. Andre Lawrence Shepherd, militar estadounidense que había servido en Irak, en 2005 se volvió a alistarse en un batallón con sede en Alemania. Al ser enviado a luchar a Irak desertó y solicitó el asilo, oponiéndose a participar en una guerra ilegal y en la que se cometían crímenes de guerra. Las autoridades alemanas denegaron el asilo. El Tribunal Administrativo Bávaro de Múnich acudió al Tribunal de Justicia para preguntarle sobre la interpretación de la Directiva 2004/83/CE, sobre refugiados. El Tribunal de Justicia consideró que las persecuciones y la sanción a las que se exponía un desertor en los Estados Unidos, una pena de prisión de cien días a quince meses, que podría incluso llegar a cinco años, no eran desproporcionadas en relación con el derecho legí-

⁵⁴ TJCE, sentencia de 11 de marzo de 2003, Alexander Dory (C-186/01, *Rec.* p. I-2479, EU:C:2003:146, apartado 39).

⁵⁵ TJUE, sentencia de 26 de febrero de 2015, Shepherd (C-472/13, EU:C:2015:117).

timo de un Estado a mantener sus Fuerzas Armadas. A juicio del Tribunal de Justicia, tampoco las sanciones infligidas a un militar desertor podían considerarse actos de persecución.

IV. CONCLUSIÓN

La ética militar no es un concepto teórico ni, desde luego, ajeno a los ejércitos de nuestros días. Probablemente la ética es lo que permite distinguir un ejército al servicio de una sociedad democrática de un ejército en manos de un iluminado o de un asesino. La ética constituye un límite que se impone a un grupo profesional tan caracterizado como el integrado por militares y está constituido por una serie de deberes morales que informan todo su funcionamiento y que dan fundamento y legitimidad a un derecho penal y disciplinario necesariamente codificado en normas legales.

En España la vertiginosa evolución en la segunda mitad del siglo xx y los cambios experimentados en el siglo xxi permiten una delimitación de la ética militar atendiendo a la evolución del derecho penal militar y del derecho disciplinario. La sabia y entusiasta evolución, que partía de un régimen militar dictatorial y que ha conducido a la creación de un moderno ejército constitucional, se ha visto culminada por la profesionalización de los militares. Esta tarea ha sido gradual desde la transición, alrededor de la Constitución de 1978, hasta la consolidación a finales del siglo xx y mediante numerosas leyes ya del siglo xxi.

Las RR.OO. marcan los hitos de esta evolución. Prácticamente olvidadas e inservibles para un ejército del siglo xx, el término RR.OO. manifestación del poder de la monarquía ilustrada pero absoluta, se recuperó nominalmente en 1978 mediante una ley que, adoptada al mismo tiempo que se aprobaba la Constitución democrática, pretendía ser uno de los apoyos de la transición al nuevo régimen constitucional y para la reforma profunda pero gradual de las Fuerzas Armadas. Las RR.OO. de 1978 establecieron un modelo de militar distinto del que pervivía en la época franquista y constituyeron la base de las transformaciones posteriores, mediante el desarrollo de la Constitución, habiendo conducido a que tengamos unas Fuerzas Armadas profesionales y modernas. Cumplida su misión y establecido un estatuto legal del militar español, las RR.OO. adoptadas en 2009 fueron rebajadas al mero rango reglamentario pero constituyen lo más parecido a un código de conducta o código ético.

La relación entre el derecho penal y el derecho disciplinario con el código ético de las RR.OO. se produce dentro de la inexcusable tipificación

penal y disciplinaria, pero también se observa una retroalimentación que explica y justifica el poder punitivo penal y disciplinario. De hecho, la ética militar está en la base de la evolución del derecho penal y disciplinario, tal como se aprecia en los cambios habidos con respecto al CJM 1945 en los CPM 1985 y 2015 y en las tres LDM 1985, 1998 y 2014.

Por una parte, la confusión entre lo penal y lo disciplinario, patente en las RR.OO. del siglo XVIII y en el CJM 1945, se aclara decisivamente en los CPM y en las LDM, aprobadas a partir de la Constitución de 1978. La evolución social se refleja en la tipificación de los distintos delitos, arrumbándose viejos y tradicionales crímenes contra el honor militar y suprimiendo los Tribunales de Honor. Al mismo tiempo se observa una clara evolución en la tipificación de las distintas faltas disciplinarias que se traduce en penas y sanciones administrativas más acordes con nuestra época.

Por otra parte, la plena judicialización del derecho penal militar y el completo control judicial de la aplicación del derecho disciplinario constituyen una garantía de extraordinaria importancia, reforzada con el control atribuido a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, con una composición mixta de jueces de procedencia civil y de procedencia militar, así como en el control de constitucionalidad, incluida la protección especial de los derechos fundamentales (recurso de amparo) en manos del Tribunal Constitucional. Tanto los jueces penales como los jueces contencioso-disciplinarios pertenecen a la misma jurisdicción castrense por lo que esta unidad permite una aplicación mucho más coherente que la estrictamente civil donde se dividen las tareas entre los jueces penales y contencioso-administrativos en el ámbito ordinario.

Es en el marco de esta supervisión judicial donde se evidencia más claramente el contexto ético en que se desenvuelve el militar en consonancia con la sociedad civil de la que es un claro instrumento. La evolución de la ética militar depende claramente de los militares, pero también se inscribe en un marco más amplio de contención como es la ética de la sociedad democrática, fuera de la cual el ejército no se podría entender.

En fin, la inexcusable proyección exterior de las Fuerzas Armadas ha hecho que la cooperación internacional y de modo más claro la integración europea estén apuntando nuevos horizontes para la ética militar en el ámbito de derechos fundamentales tan significativos como no sufrir discriminación por razón del sexo o por las preferencias sexuales. Además, a los viejos desafíos que para la ética militar implica el derecho internacional humanitario se unen nuevas y controvertidas soluciones exigidas por la evolución de la tecnología más perfeccionada y, probablemente, más inhumana e inmoral que nunca.

V. BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR OLIVENCIA, M. (1999): *El Ejército español durante el franquismo (Un juicio desde dentro)*, Akal, Madrid.
- ALLI TURRILLAS, J.C. (2000): *La profesión militar: análisis jurídico tras la Ley 7/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, INAP, Madrid.
- ALLI TURRILLAS, J.C. (2003): *El soldado profesional: estudio de su estatuto jurídico*, Aranzadi, Navarra.
- ALLI TURRILLAS, J.C. (2007): «La reforma de las leyes militares en el contexto de los cambios en la seguridad y la defensa», *Revista de Administración Pública* n.º 174, pp. 537-598.
- ÁLVAREZ DÍAZ, J.J. (2015): *El ejército, las armas y la guerra en el lenguaje coloquial*, Ministerio de Defensa, Madrid.
- BARJA LÓPEZ DE QUIROGA, J. (2014): «El valor vinculante de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su relación con la jurisdicción militar», *Revista Española de Derecho Militar* n.º 102, pp. 73-87.
- CALDERÓN CERESO, Á. (2013): «XXV años de la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo», *Revista Española de Derecho Militar* n.º 100, pp. 63-86.
- CALDERÓN MADRIGAL, S. (2009): «Nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas», *IV Jornadas sobre Jurisdicción Militar*, Cuadernos Digitales de Formación n.º 48, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 15 pp.
- CAMPS CERVERA, V. (2013): *Breve historia de la ética*, RBA, Barcelona.
- CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL (1995): *Las misiones de paz de la ONU*, Monografías n.º 18, Madrid.
- CENTRO SUPERIOR DE ESTUDIOS DE LA DEFENSA NACIONAL (2009): *Dimensión ético-moral de los cuadros de mando de los ejércitos*, Documentos de seguridad y defensa n.º 23, Madrid.
- CONSTANT, Benjamin (1819): *De la liberté des Anciens comparée à celle des Modernes*, Discours prononcé à l'Athénée royal de Paris.
- CORTINA ORTS, A. (2013): *¿Para qué sirve realmente la Ética?*, Paidós, Barcelona.
- CORRALES ELIZONDO, A. (2008): «Los delitos de abuso de autoridad. Problemática actual de los tratos degradantes y de la continuidad delictiva», *Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 27, Jornadas sobre jurisdicción militar 2007, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

- COTINO HUESO, L. (2000): *La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas españolas del siglo XXI*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.Á. (1992): «De nuevo sobre los tribunales de Honor. La desaparición de los Tribunales de Honor Militares de nuestro ordenamiento jurídico, una operación en consonancia con los postulados constitucionales», *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 33, pp. 27-90.
- DOMÍNGUEZ MATÉS, R. (2008): «La doctrina de la responsabilidad del Mando a la luz de la actual jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia», *Revista Española de Derecho Militar* n.º 91, pp. 17-42.
- FERNÁNDEZ BENITO, A. (2009): «La jurisdicción militar en las Ordenanzas de Carlos III. Un apunte», en *IV Jornadas sobre Jurisdicción Militar, Cuadernos Digitales de Formación*, n.º 48, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 15 pp.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1986): «El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar», *Revista de estudios políticos*, n.º 51, Madrid, pp. 79-126.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (1995): «La posición constitucional de las Fuerzas Armadas en España. Reflexiones en torno al artículo 8 de la Constitución de 1978», *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú*, n.º 49, pp. 23-78.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2004): «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas Armadas y su desarrollo legislativo: balance de un cuarto de siglo», *Revista española de derecho constitucional*, n.º 70, pp. 189-232.
- FICARROTTA, J.C. (2010): *Kantian Thinking about Military Ethics*, Ashgate, Surrey.
- GARCÍA-MERCADAL, F. (2015): *Código de leyes administrativas de la Defensa*, BOE, Madrid.
- HALUANI, M. (2014): «La tecnología aviónica militar en los conflictos asimétricos: problemáticas implicaciones del uso de los drones letales», *Cuadernos del Centro de Estudios del Desarrollo (CENDES)*, n.º 85, 2014, Universidad Central de Venezuela, Caracas, pp. 23-67.
- HARRIES-JENKINS, G., y C.C. MOSKOS (1981): *Las fuerzas armadas y la sociedad*, Alianza Editorial, Madrid.

- HERNÁN, J. (2008): «Tutela contencioso-disciplinaria en caso de sanciones por falta leve», en *Jornadas sobre jurisdicción militar 2007*, Cuadernos Digitales de Formación, n.º 27, Madrid, 13 pp.
- HUNTINGTON, S.P. (1957): *The Soldier and the State. The theory and politics of civil-military relations*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1985.
- LAMARCA PÉREZ, C. (1985): «Los Tribunales de Honor y la Constitución de 1978», en *Libertades públicas y fuerzas armadas*, Ministerio de Educación y Ciencia, Madrid, pp. 275-295.
- LÓPEZ RAMÓN, F. (2006): «La evolución democrática de la Defensa nacional», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 86, pp. 17-56.
- LORENZO PONCE DE LEÓN, R. (2003): «La ambigua naturaleza de lo disciplinario en el derecho militar de los Estados Unidos de América», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 82, pp. 149-196.
- LORENZO PONCE DE LEÓN, R. (2008): «Impacto de la jurisprudencia del TEDH en la justicia militar británica y su interrelación con la de otros países del mundo anglosajón», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 91, pp. 85-140.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2014): *Manual básico de tribunales y procedimientos militares*, Tribunal Central Militar, Madrid.
- MINISTERIO DE DEFENSA (2014b), *Estadística de Jurisdicción Militar Año 2013*, Secretaría General Técnica, Madrid.
- FINDLAY, T. (2002): *The Use of Force in UN Peace Operations*, SIPRI, Oxford University Press, Solna (Suecia), en <http://books.sipri.org/files/books/SIPRI02Findlay.pdf> (consulta 15/07/2016).
- ORTEGA MARTÍN, J. (2009): *La transformación de los Ejércitos españoles (1975-2008)*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Uned, Madrid.
- PÉREZ ESTEBAN, F. (1999): «La unidad jurisdiccional y sus consecuencias en la jurisdicción militar», *Revista del Poder Judicial*, n.º 55, pp. 507-543.
- PÉREZ FLORIDO, P. (2014): «Introducción al régimen disciplinario de las FAS norteamericanas», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 101, pp. 121-168.
- PITARCH, J. L. (1984): *El honor y el honor militar*, Grijalbo, Barcelona.
- PRIETO, L., y C. BRUQUETAS (ed.) (1985): *Libertades públicas y Fuerzas Armadas*, Actas de las jornadas de estudio, celebradas en el Instituto de Derechos Humanos de la Universidad Complutense, Madrid.
- RAIMUNDO RODRÍGUEZ, M.J. (2013): «La disciplina y la jerarquía militar. Abuso de autoridad y maltrato de obra a un superior (Sentencia de

- 14 de diciembre de 2012)», *Revista del Poder Judicial*, n.º 96, pp. 73-79.
- ROBINSON, P., N. DE LEE y D. CARRICK (ed.) (2008): *Ethics Education in the Military*, Ashgate, Aldershot.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (1992): «El abuso de autoridad como ilícito penal y disciplinario militar», en *La jurisdicción militar*, Cuadernos de Derecho Judicial, n.º 4, Madrid.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J.L. (2013): «El Anteproyecto (2013) de Ley Orgánica de Código Penal Militar», *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 100, pp. 87-116.
- SALAS LARRAZÁBAL, R. (1992): «Nuestras Fuerzas Armadas ante el siglo XXI», *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, n.º 69, pp. 301-340.
- SERRA, N. (2008): *La transición militar. Reflexiones en torno a la reforma democrática de las fuerzas armadas*, Debate, Barcelona.
- SCHMITT, M.N. (ed.) (2013): *The Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare*, Cambridge University Press, Cambridge.
- STRAWSER, B.J. (2010): «Moral Predators: The Duty to Employ Uninhabited Aerial Vehicles», *Journal of Military Ethics*, 9/4, pp. 342-368; [dx.doi.org/10.1080/15027570.2010.536403](https://doi.org/10.1080/15027570.2010.536403).
- SZVIRCSEV TRESCH, T. (2009): «Cultural and Political Challenges in Military Missions: How Officers View Multiculturalism in Armed Forces» en G. Caforio (ed.), *Advances in Military Sociology: Essays in Honor of Charles C. Moskos*, Emerald Group Publishing, Bingley (Reino Unido), pp. 111-137.
- SUÁREZ PERTIERRA, G. (2000): «La significación de las Reales Ordenanzas en el contexto de la reforma militar», *Revista de derecho político*, n.ºs 48-49, pp. 257-288.
- TÁCITO, Cayo Cornelio (2000): *Vida de Julio Agricola; Germania; Diálogo de los oradores*, Introducción, traducción y notas de J.M. Requejo Prieto, revisión: J.L. Moralejo, Gredos, Madrid.
- TRIBUNAL SUPREMO (2014): *Memoria Anual 2013* del Tribunal Supremo, Madrid.
- VIGÓN SUERO-DÍAZ, J. (1956): *Lealtad, discrepancia y traición*, Editora Nacional, Madrid.

LA DEBATIDA ESPECIALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Isidro Fernández García
Capitán auditor
Doctor en Derecho

SUMARIO:

1. Planteamiento: La Administración Militar y las Fuerzas Armadas en la Constitución: la total sujeción a los principios constitucionales establecidos para la actuación administrativa: el pleno sometimiento a la ley y al derecho y el control de legalidad por los tribunales. 2. La inserción de la Administración militar en la estructura administrativa general del Estado: sus peculiaridades solo se justifican por la existencia de un aparato administrativo que sirve a los fines contemplados en el art. 8 de la Constitución. 3. Las peculiaridades organizativas: creación, modificación y supresión de unidades en las Fuerzas Armadas y su regulación en el ordenamiento castrense. 4. El «olvido» de la Administración militar en la Ley de procedimiento administrativo: las especialidades procedimentales subsistentes constituyen la excepción a la regla. 4.1. *El conducto reglamentario en los procedimientos administrativos.* 4.2. *El asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de sus organismos autónomos.* 4.3. *El uso de las lenguas españolas en la Administración militar. La lengua de los procedimientos.* 5. Los servidores públicos que integran la Administración militar: sus peculiaridades. 5.1. *El personal civil al servicio de la Administración militar.* 5.2. *Breve esbozo sobre el peculiar estatuto del personal militar.* 6. A modo de conclusión.

1. PLANTEAMIENTO: LA ADMINISTRACIÓN MILITAR Y LAS FUERZAS ARMADAS EN LA CONSTITUCIÓN: LA TOTAL SUJECCIÓN A LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES ESTABLECIDOS PARA LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA:

EL PLENO SOMETIMIENTO A LA LEY Y AL DERECHO Y EL CONTROL DE LEGALIDAD POR LOS TRIBUNALES

Ciertamente, con la referencia a las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar del Texto fundamental, concretamente en el art. 8 CE, a lo que se suma la aparente dicotomía Administración civil-Administración militar (arts. 97, 25 y 26), parecen abonarse las tesis institucionalistas que propugnaban, si se interpreta el precepto de forma aislada, la existencia de un «poder autónomo» caracterizado por obedecer a un sistema propio de principios y valores propios de funcionamiento, la existencia de un ordenamiento y organización propias, a lo que debemos añadir un singular aparato judicial, montado al margen del poder judicial del Estado y de sus garantías.

Ahora bien, aunque sinceramente no se nos escapa que ese fue el modelo al que obedecía la configuración y el propio funcionamiento de las Fuerzas Armadas hasta la entrada en vigor de la Constitución y la plena aplicación de sus principios, normas y garantías¹, a día de hoy ya resulta

¹ Esta autonomía del poder militar quedaba reforzada mediante una fuerte estructura territorial donde destacaba el papel del capitán general de la Región Militar, que aparecía como un auténtico virrey en su territorio al que la legislación preconstitucional le atribuía un conglomerado de importantísimas atribuciones que le convertían en algo más que una autoridad administrativa. Como dice Peñarrubia Iza, «tradicionalmente las Fuerzas Armadas participaban de los tres poderes del Estado, dentro de su ámbito peculiar, y estaban dotadas, en consecuencia, de capacidad legislativa, ejecutiva y judicial, con sometimiento directo al Monarca o al Jefe del Estado...» PEÑARRUBIA IZA, J.M^º., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, Cuadernos y debates, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000, pp. 59 y 60. Esta estructura territorial con sus dependencias se regulaba, hasta la entrada en vigor del Real Decreto 912/2002, en una serie de normas reglamentarias, de las que citamos, como ejemplo, las siguientes: Decreto 164/1968, de 1 de febrero, por el que se reorganizan las Regiones y Zonas Aéreas del territorio nacional, Decreto 3209/1973, de 14 de diciembre, de Zonas, Provincias y Distritos Marítimos y Real Decreto 1132/1997, de 11 de julio, por el que se reestructura la organización militar territorial nacional para el Ejército de Tierra. Sobre las competencias jurídico-administrativas de los capitanes generales de las regiones militares y asimilados en la anterior ordenación, *vid.* GUAITA MARTORELL, A., «Capitanes y Capitanías generales», en *Revista de Administración Pública*, n.º 111, septiembre-diciembre 1986, pp. 7-50. Las funciones que aparecían confundidas en las autoridades militares territoriales del anterior régimen, en mi opinión, no eran sino reminiscencia del antiguo estado absolutista, de forma que con el surgimiento del estado liberal, según Roberto Blanco, «se planteaba la exigencia de apartar al supremo mando castrense de todas aquellas funciones que había venido ejerciendo en el pasado no encuadrables estrictamente en el terreno especializado de lo militar (judiciales, gubernativas, económicas, etc.). Es decir, se convertía al ejército, a la fuerza armada nacional, en un sector funcionalmente especializado dentro del aparato administrativo del Estado: el dedicado a la legal aplicación de la violencia en la regulación del conflicto político y social y en la confrontación interestatal frente a enemigos exteriores». BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada en los orígenes de la España liberal, 1808-1823*, Siglo XXI de España Editores, S.A., Institució Valenciana d'estudis i investigació, Madrid, 1988, p. 252. Pues bien, por lo que respecta al vigente régimen constitucional, como expresión directa del principio de subordinación

estéril discutir si nos encontramos ante una institución o no puesto que la reconocida singularidad militar, que determina unos principios y valores propios de funcionamiento, así como un estatuto propio de los militares, con la consiguiente limitación de sus DDFF, solo resultará legítima constitucionalmente si se ajusta a las exigencias de la Norma Suprema.

En este sentido, como dice Cotino Hueso «no es la institución militar previa a la norma la que impone la regulación. La naturaleza y realidad sobre las que se funda el ordenamiento jurídico-militar están en muy buena medida determinadas por el derecho (por ejemplo, el art. 8 CE determina tanto lo que son las FAS cuanto sus propias misiones así como los principios en los que se basa la organización militar).

Ahora bien, lo anterior no impide reconocer la existencia de principios y valores propios de la institución militar (disciplina, eficacia, subordinación política, etc.), pese a que tales valores o principios militares no estén enunciados constitucionalmente (...) Como se verá, para que los valores y principios castrenses sean admisibles no se trata de que la Constitución los reconozca sino que los mismos no sean contrarios a la norma suprema».²

al poder civil, coincidimos con López Ramón en que «en modo alguno cabe pensar que las Fuerzas Armadas tengan reconocida ninguna esfera de actuación propia, inmune a la intervención estatal, autónoma. Tampoco puede decirse que les corresponda ninguna fundamental función ordenadora del Estado, ya que deben actuar con absoluta subordinación a lo establecido por el órgano constitucional que dispone de ellas». LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, *vid.* pp. 2571-2572. Resalta igualmente Blanco Valdés que «[e]l Estado democrático ha actuado en esta línea en la búsqueda de tres finalidades mutuamente coherentes: en primer lugar, la de introducir en el seno de la organización militar, hasta allí donde resulte compatible con sus peculiaridades organizativas, los principios generales del Estado constitucional, con la intención de reducir al mínimo el *ordenamiento jurídico militar*, entendido como un sector del ordenamiento inmune o situado al margen de sus más globales valores informadores. En segundo lugar, la de reducir, también al mínimo, los niveles de autonomía funcional de la organización militar, trasladando a órganos políticos del Estado facultades tradicionalmente en manos de la cúpula de mando castrense. Y, en tercer lugar, y en consecuencia, la de rearticular el equilibrio estructural entre esos órganos *políticos*, transfiriendo al Gobierno, como órgano colegiado, y a su Presidente, las más fundamentales facultades de dirección de la defensa y los asuntos militares». BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 24 y 25. La cursiva es del autor. Podemos afirmar así con Seco Serrano que «[n]o se trata de decidir en pugna entre un “poder civil” y un “poder militar”, sino de que todos los españoles civiles y militares acaten el *único poder* del que nace toda legitimidad: el que tiene su expresión en la soberanía nacional, tal como se refleja en las Cortes democráticas». SECO SERRANO, C., *Militarismo y civilismo en la España contemporánea*, Instituto de Estudios Económicos, Colección Tablero, Madrid, 1984, p. 443. La cursiva es del autor. *Vid.* asimismo PÉREZ VILLALOBOS, M.C., «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 78, julio-diciembre 2001, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, pp. 143-146.

² COTINO HUESO, L., «La plena sujeción del Derecho militar a la Constitución y la superación de los clásicos dualismos sobre las Fuerzas Armadas», en *Revista de Derecho*

Son precisamente esos valores, concentrados en la disciplina y la neutralidad política, los que configuran a las Fuerzas Armadas como un medio eficaz en orden al cumplimiento estricto de sus misiones constitucionales bajo la estricta sumisión al poder civil.³

Político de la UNED, n.º 50, Madrid, 2001, p. 147. En el mismo sentido, dice Nevado que, aunque puede argumentarse que no todas las especialidades del orden castrense encuentran respaldo expreso en el Texto Fundamental, «la vinculación positiva del Ordenamiento Militar a la Constitución, entendida correctamente, no supone renunciar ni expulsar del ámbito castrense el sustrato de valores y principios que tradicionalmente han acompañado a las Fuerzas Armadas». NEVADO MORENO, P.T., *La función pública militar*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 45-46. No podemos hablar de un código de valores castrenses en el más estricto sentido de la palabra hasta el surgimiento del estado liberal, y con él de la problemática determinada por las relaciones del poder civil con el militar. *Vid.* BLANCO VALDÉS, R.L., *Rey, Cortes y fuerza armada...* ob. cit., p. 242. *Vid.* asimismo FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El perfil diferencial de la escala de valores de la institución militar», en *Revista de Estudios Políticos (Nueva Época)*, núm. 51, mayo-junio 1986.

³ La supremacía civil, según Cotino, «implica el efectivo dominio sobre los Ejércitos por los poderes que cuentan con legitimidad democrática y la negación de cualquier autonomía política del estamento armado. Pues bien, el anverso de la supremacía civil no es otro que la subordinación militar, la cual exige la asunción por la institución armada de su posición sumisa a los poderes constitucionales. Se trata, pues, de las dos caras de la misma moneda, no hay supremacía civil sin subordinación militar». COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., p. 351. Según López Ramón, en inmediata conexión con el principio de separación entre autoridades civiles y militares, «surge en los Estados de Derecho el principio de subordinación de la autoridad militar a la civil», encontrándose «[d]esde el punto de vista jurídico, la más acabada recepción del principio (...) en la caracterización de las Fuerzas Armadas como parte de la Administración del Estado». LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje al profesor García de Enterría*, Tomo III, Civitas, Madrid, 1991, p. 2548. La cursiva es del autor. De esta forma, el valor de la disciplina, únicamente valor instrumental en orden al eficaz y estricto cumplimiento por los ejércitos y sus componentes de sus misiones constitucionales, aparece con determinados límites, que se reflejan en la regla 12.^a del art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, así como en el art. 48 de Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas aprobadas por el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, al impedir la obediencia de órdenes que entrañen la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado. *Vid.* sobre ello COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 361. Añade Fernández Segado que «el art. 8.º1 encomienda a las Fuerzas Armadas la defensa del ordenamiento constitucional. Quiere ello decir que nuestro constituyente ha convertido a las Fuerzas Armadas en una pieza clave para la defensa material del orden jurídico-político que para su pacífica convivencia se ha dado el pueblo soberano a través de sus legítimos representantes. Esta función de defensa ha de ser entendida como defensa material, pues, al margen ya de su vertiente disuasoria, implica un llamamiento al empleo de la fuerza institucionalizada, sin que en modo alguno pueda entenderse que ello supone la creación de un poder autónomo de defensa residenciado en los propios Ejércitos por cuanto éstos sólo pueden intervenir en los supuestos legalmente establecidos y bajo las directrices y órdenes del Gobierno, al que corresponde dirigir la Administración militar y la defensa del Estado (art. 97 CE). El carácter instrumental de las Fuerzas Armadas es una evidencia irrefutable». FERNÁNDEZ SEGADO, F., «El estatuto jurídico-constitucional de las Fuerzas

De esta forma, tras la CE 1978, y del juego de sus normas y principios, debemos concluir que las FAS son esencialmente Administración militar y, por ello, Administración del Estado, sometidas exclusivamente al Gobierno de la Nación *ex art. 97 CE*, sin que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión (*art. 24.2 CE*), así como el control jurisdiccional de la actividad administrativa y de la potestad reglamentaria (*art. 106 CE*) permitan ningún tipo de cautelas, salvaguardas o inmunidades impropias de un Estado cuya Constitución proclama en el preámbulo su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley. Si lo decimos de otra forma, las FAS son una de las partes de la estructura del Ministerio de Defensa y, por ende, de la Administración Militar, subordinada al Gobierno⁴. La distinción existente en la misma Norma Su-

Armadas y su desarrollo legislativo. Balance de un cuarto de siglo», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 70, enero-abril 2004, pp. 194-195.

⁴ El art. 1.3 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, dispone algo bastante revelador, a los efectos de la disquisición que nos ocupa:

El Ministerio de Defensa, bajo la dirección del titular del Departamento, se estructura en:

- a) Las Fuerzas Armadas*
- b) La Secretaría de Estado de Defensa.*
- c) La Subsecretaría de Defensa.*
- d) La Secretaría General de Política de Defensa.*

Más explícita, si cabe, resulta la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, que proclama lo siguiente: «La organización de las Fuerzas Armadas, *integradas en el Ministerio de Defensa*, responde a los principios de jerarquía, disciplina, unidad y eficacia» Lo anunciado en la Exposición de Motivos se ratifica en el art. 9.2 de la Ley. La cursiva es mía. Existe algún autor que aún no ha asumido del todo los principios constitucionales por los que la organización militar se integra, como cualquier otro ámbito de la Administración estatal, bajo la dirección del Gobierno, en un departamento ministerial. Así, según Parada Vázquez «la potestad sancionadora, como potestad disciplinar, va unida a la de mando de armas, *algo que está en la naturaleza de las cosas, en la esencia misma de la institución militar*. Según esa tradición, la autoridad política puede y debe privar del mando de los Ejércitos, escuadras o unidades militares a aquellos jefes, entre otras razones porque no mantienen en ellas la disciplina, pero no mandar directamente o, lo que es igual, asumir la responsabilidad de imponer esa disciplina a través de una potestad sancionadora directa». Son, sin duda, significativas, las palabras del autor que resaltamos en cursiva y respecto a las que sobran los comentarios ya que parece que atribuye a su concepción sobre la naturaleza de las cosas un valor superior respecto a lo prevenido en el propio texto constitucional. Abunda aún más en su argumento Parada cuando, con una curiosa distinción entre mando administrativo y mando militar, afirma lo siguiente: «¿Pues acaso no es absurdo, y antinatural, que un Ministro de Defensa o un Subsecretario interfiera en el mando militar imponiendo directamente un arresto a un soldado saltando por encima de sus mandos? ¿Y no es ridículo, y en todo caso fuera de los usos establecidos en todos los ejércitos occidentales, que un Ministro imponga un arresto al General en Jefe de un ejército o al Almirante de una escuadra, a los que, por otra parte, puede legítimamente privar del mando o denunciar ante los tribunales si han cometido algún delito? Esta crítica quedaría en parte desprovista de fundamento si se entendiese que la facultad disciplinaria que el artículo 5 de la Ley Orgánica 12/1985, atribuye al Ministro y al Subsecretario de Defensa se circunscribe

prema, y que abona la confusión, entre Administración civil y Administración militar⁵, no puede conducir a que concluyamos que las FAS, en cuanto Administración, no están sometidas a los principios generales del Derecho Administrativo y ello dé lugar a parcelas de inmunidad jurisdiccional ni a una especie de «comunidad separada», «mundo aparte»⁶ o Institución Militar en el sentido tradicional de la expresión antes expuesto⁷.

La CE 1978 reconoce —como sucintamente acabamos de ver— distintos principios propios de la organización castrense como bienes constitucionalmente relevantes, a saber, la disciplina, la jerarquía, el principio de neutralidad política, etc. Ello va a determinar un mayor nivel de sujeción del ciudadano militar. Una forma de expresar esta singularidad militar a lo largo del Texto Fundamental en los arts. 97, 25 y 26 viene constituida por la distinción entre Administración civil y Administración militar a los efectos de que la segunda pueda imponer, en su ámbito, sanciones privativas de libertad o establecer tribunales de honor⁸. Pero la Administración militar no deja por ello de ser eso mismo: Administración pública y como tal, sometida a los principios y garantías constitucionales, es decir, y lo que más nos importa, sometimiento pleno a la ley y al Derecho en su actuación, que es actuación *administrativa*, así como control pleno de la legalidad de

al personal que presta servicios en el Ministerio de Defensa y sobre los que ejerce una suerte de “mando administrativo”». Vid. PARADA VÁZQUEZ, R., «Toque de silencio por la Justicia militar», en *Revista de Administración Pública*, núm. 127, enero-abril 1992, p. 28. Para López Ramón «el dominio del Gobierno sobre las Fuerzas Armadas se corresponde con el carácter de estructura administrativa orientada al ejercicio del monopolio estatal de la violencia que presentan dichas Fuerzas Armadas. Pero siempre dentro del respeto a las necesarias pautas normativas y funciones de control que procedan del Parlamento». LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», ob. cit., p. 2581.

⁵ Parecen así, en principio, razonables las dudas doctrinales, como las planteadas por Pérez Villalobos, quien afirma que «[l]a existencia, junto con el artículo 8, de un artículo 97 en la Constitución dedicado al Poder Ejecutivo que atribuye al Gobierno la dirección de la Administración civil y militar es lo que justifica las dudas acerca de la posición constitucional de las Fuerzas Armadas, fundamentalmente porque plantea la cuestión de si se trata de dos cosas distintas —las Fuerzas armadas y la administración militar— o de una simple reiteración y, a su vez, si dentro del conjunto de la Administración del Estado, la Administración militar es distinta del resto de la Administración». PÉREZ VILLALOBOS, M.C., «La configuración constitucional de las Fuerzas Armadas», ob. cit., pp. 152-153.

⁶ En el sentido expuesto por la STC 60/1991, de 14 de marzo, FJ 6.

⁷ Así, según Blanquer, «[a]firmar la autonomía de los principios del ordenamiento de las Fuerzas Armadas es negar la supremacía del poder civil sobre el militar y cuestionar la neutralidad política u objetividad de los Ejércitos». BLANQUER CRIADO, D., *Ciudadano y soldado, La Constitución y el servicio militar*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1996, p. 512.

⁸ La posibilidad de constituir Tribunales de Honor ha quedado asimismo proscrita en la Administración Militar por el art. 21.2 de la señalada Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

su actuación por los órganos jurisdiccionales predeterminados por la ley, incardinados o no en la jurisdicción militar⁹.

Lo que acabamos de exponer no resulta intrascendente al objeto de un adecuado tratamiento de las cuestiones que a continuación deben ser objeto de nuestro análisis, esto es, la supuesta especialidad de la Administración militar así como sus peculiaridades organizativas, procedimentales y en materia de personal.

2. LA INSERCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA GENERAL DEL ESTADO: SUS PECULIARIDADES SOLO SE JUSTIFICAN POR LA EXISTENCIA DE UN APARATO ADMINISTRATIVO QUE SIRVE A LOS FINES CONTEMPLADOS EN EL ART. 8 DE LA CONSTITUCIÓN

Como pretendemos defender a lo largo de estas líneas, en realidad ya no tiene sentido sostener, tras casi cuatro décadas de régimen constitucional consolidado, la señalada bifurcación entre Administración civil y Administración militar al estilo de lo descrito por el profesor Guaita en 1961 como una escisión en «dos campos, más o menos autónomos, unidos por el pasillo de la Administración (civil) financiera, [que] lleva a que la Administración militar sienta más o menos un sentido de autarquía y, en consecuencia, que intente bastarse a sí misma y atender a sus necesidades sin auxilio alguno, a no ser el financiero ya dicho».¹⁰

En nuestro actual Estado de derecho no existe justificación constitucional alguna que, en el caso que nos ocupa, ampare la existencia de una estructura administrativa separada en su organización y, lo que es más importante, en los principios que lo informan, de la Administración general del Estado, que, recordémoslo, «actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». (art. 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público¹¹).

⁹ Esta concepción administrativista de las Fuerzas Armadas ya aparece en el precursor trabajo de GUAITA MARTORELL, A., «La Administración militar», en *Revista de Administración Pública*, n.º 7, 1952, pp. 105-126.

¹⁰ *Ibidem.*, p. 109.

¹¹ *Vid.* en el mismo sentido el art. 2.2 de la derogada Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, más conocida como LOFAGE. Igualmente, el art. 3.4 de la también derogada Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común consagraba el principio de personificación única de las Administraciones territoriales.

Esa personificación única de las administraciones mencionadas ahora en el art. 2.1 de la nueva Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en este caso, la general del Estado, a la que corresponde la competencia sobre Defensa y Fuerzas Armadas *ex art.* 149.1 4ª CE), como es sabido, implica importantes consecuencias desde el punto de vista de sus relaciones jurídico-administrativas, pero también en relación a la adecuada correspondencia de su funcionamiento con los principios constitucionales, es decir, el sometimiento pleno a la ley y al derecho (art. 103.1 CE), el control de la legalidad de su actuación por los tribunales (art. 106.1 CE) y, su dirección por el Gobierno en orden a servir con objetividad los intereses generales (art. 103.1 CE y art. 3, apartados 1 y 3 de la Ley 40/2015).¹²

No encontramos pues indicio alguno en nuestro ordenamiento que pueda ofrecer cabal fundamento a la existencia de un aparato administrativo que, dependiente del Gobierno de la Nación *ex art.* 97 CE, se encuentre, sin embargo, desgajado de la estructura del resto de departamentos ministeriales ni en su general organización; ni en sus normas de funcionamiento o procedimiento administrativo ni en los principios que rigen su actuación, aunque el estatuto de parte de su personal (el militar), al igual que sucede con otros colectivos de servidores públicos¹³, no encuentre su regulación en el general estatuto de los empleados públicos¹⁴.

¹² Puede verse con detalle la cuestión de la personalidad de la Administración en GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas Ediciones S.L., Madrid, 1999, pp. 26-32. Con mayor rotundidad, la cuestión de la unicidad de la personalidad de la Administración estatal, en *ibidem.*, p. 362.

¹³ Véase el art. 4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

¹⁴ Se cuestiona Peñarubia si el hecho de que el art. 97 CE distinga la Administración civil de la militar tiene algún efecto práctico, para terminar concluyendo que «no sería sostenible la afirmación de que la Administración militar tenga carácter de especial, entre otras cosas porque la militar está en el origen mismo de la moderna Administración. Por eso, no compartimos la idea de la separación estanca y absoluta entre la Administración civil y la militar, ni la idea de que la militar sea una Administración especializada». PEÑARRUBIA IZA, J.Mª., *Presupuestos constitucionales de la Función Militar*, ob. cit., pp. 66-67. Debemos destacar que López Ramón mantiene igualmente que el art. 97 CE «distingue dos grandes sectores de la actuación administrativa, sin que de esa diferenciación pueda obtenerse la conclusión de que se identifican dos Administraciones Públicas. Hay una sola Administración Pública del Estado, como se pone de relieve en la mención unitaria del art. 103 de la propia Constitución». LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», ob. cit., pp. 2568. Paradigmática y precursora, por su argumentación y la época en que fue redactada, resulta la STS (Sala de lo contencioso) de 4 de octubre de 1969 (Pte: Eduardo de No-Louis), que mantiene que del principio de unicidad de la Administración del Estado se desprende «que no es posible considerar dentro de la Administración del Estado a la Administración Civil y la Administración Militar como dos compartimentos estancos e incommunicables, sino al contrario, como dos esferas diversificadas, de actuación de una Administración única que se atempera a las especialidades que las Fuerzas Armadas ofrecen por sus singulares características, constituyendo así la Administración Militar una esfera seccional

Y, lo que no se nos puede pasar desapercibido, cuando hablamos de actuación administrativa (trátese del ámbito civil o militar), lo hacemos teniendo muy presente su clara sujeción al derecho administrativo (art. 1.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, LJCA).

De esta manera, tras la entrada en vigor de la LJCA 1998, como no podía ser de otra forma en aplicación de los precitados arts. 24.2 y 106.1 CE, ni siquiera los llamados actos políticos o de gobierno quedan inmunes a la fiscalización jurisdiccional, por mucho que afecten al mando u organización militar¹⁵, sin perjuicio de que resulta jurisprudencia reciente, en virtud de la

*orientados [sic] hacia la defensa nacional armada que a las Fuerzas Armadas se encomienda e integrada dentro de la actividad administrativa general». (5º considerando). En ese sentido, precisamente encontramos la cualificada opinión de Cotino, quien cuidadosamente cita una vez más determinadas especialidades de este sector de la Administración, que el autor justifica en las fundamentales misiones que están llamadas a desempeñar las FAS. COTINO HUESO, L., «El reto de la profesionalización total de la Administración militar», en VV.AA., *Constitución y el nuevo diseño de las Administraciones estatal y autonómica*, Civitas-BCH, Madrid, 1998, pp. 290 y ss. Opinión diametralmente contraria sostiene González Navarro, para el que «[s]i hay alguna Administración pública que puede reclamar el calificativo de “especial” tendría que ser la Administración militar. Y si, efectivamente, la expresión “Administración general del Estado” tuviera en la LOFAGE (y en la LCAP, y en la LJ de 1998, etc.) un sentido preciso (y ya sabemos que no lo tiene [...]), la primera que habría que contraponer a esa hipotética “Administración general del Estado” sería la “Administración militar”», lamentándose a continuación de que esta fuera «olvidada» por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, no así por la LOFAGE 1997. GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común: (ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Tomo I, Civitas, Madrid, 2007, pp. 230-231. Debemos asimismo dejar apuntada aquí la postura en cierta forma ecléctica de Nevado quien reclama para las Fuerzas Armadas la conceptualización de «poder público», y que fundamenta en que determinados rasgos caracterizadores de las mismas «nos indican que no pueden ser consideradas una Administración sin más: la propia ubicación de las Fuerzas Armadas en el Título Preliminar; las ocasiones en que la función de las Fuerzas Armadas, expresada en la actividad de sus miembros, excede de lo puramente administrativo; o simplemente la distinta previsión de finalidades expresadas en los arts. 8 y 103 de la Constitución». NEVADO MORENO, P.T., *La función pública militar*, ob. cit., p. 40.*

¹⁵ La actual Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, elimina la figura de los actos de gobierno como inmunes a la potestad jurisdiccional. Así, según su art. 2 a) «[e]l orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con:

“a) *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos. (...)”».

Aunque el antiguo art. 2 b) de la Ley Jurisdiccional de 1956 blindaba del control jurisdiccional «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la *defensa del territorio nacional*, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y *mando y organización militar*...» la jurisprudencia incluso preconstitucional realizó una interpretación restrictiva de este concepto en el sentido de que

conocida naturaleza mixta del Gobierno, que los actos que este lleva a cabo en el marco de sus facultades como órgano constitucional así como en el marco de la dirección de la política nacional o de la defensa del Estado ex art. 97 CE deben quedar exentas de cualquier control jurisdiccional, al menos en cuanto al núcleo de la decisión político-constitucional se refiere.¹⁶

Así, como terminaremos concluyendo más adelante, ni siquiera la actuación administrativa producida en el seno de las Fuerzas Armadas y vinculada a la prestación del servicio que los militares puedan tener legalmente encomendado o a la organización de los ejércitos —por poner alguno de los ejemplos tradicionalmente excluidos del conocimiento jurisdiccional— deja en modo alguno de constituir una potestad administrativa, sea reglada o discrecional, sujeta al derecho administrativo y por ello susceptible del pleno control de los tribunales.

«sólo pueden ser manifestación de la función política las grandes decisiones que afecten al estado como un todo, medidas de conjunto relativas a la seguridad interior del Estado o a la organización militar en general, pero no simples actos administrativos típicos que afecten a una o varias personas, por ejemplo una sanción de orden público, el ascenso o el traslado de un oficial del Ejército, la convocatoria de un concurso de diplomados de Estado Mayor o la delimitación de un campo de tiro». GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, ob. cit. p. 566. En ese sentido resulta de interés la STS de 21 de marzo de 1958 (Sala de lo Contencioso), a la que se suman las de 7 de abril de 1960, de 5 de octubre de 1961 y 2 de octubre y 21 de diciembre de 1964.

¹⁶ Así, decisiones como la remisión de un proyecto de ley a las Cortes, la autorización de un referéndum o la facultad de disolución atribuida por el art. 115 CE (en este caso bajo la exclusiva responsabilidad del presidente) están revestidas de un evidente contenido político y no deben, al menos en el núcleo de la misma, ser conocidas por los órganos judiciales, sin violentar el principio de separación de poderes. En este sentido se reconoce por la jurisprudencia una doble vertiente del Gobierno: como órgano administrativo, que dirige la Administración General del Estado (sujeto por ello en su actuación al Derecho administrativo), y como órgano constitucional, que tiene atribuidas unas funciones reguladas directamente por la Constitución y no por el Derecho Administrativo. A esta conclusión llegó la Sala 3.^a del Tribunal Supremo en el Auto por el que inadmite el recurso contencioso-administrativo contra el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declara el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, cuando afirma que «el Real Decreto 1673/2010, de 4 de diciembre, por el que se declaró el estado de alarma para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo, fue dictado por el Gobierno de España como órgano constitucional ejerciendo las funciones previstas en el antes mencionado Título V de la Constitución», de forma que «esa decisión [del Gobierno] asumida por la Cámara no es una actuación administrativa que pueda ser controlada por este orden contencioso-administrativo: porque está fuera del genérico ámbito delimitado para el control jurisdiccional en el artículo 106.1 CE, y tampoco tiene encaje dentro del concreto ámbito de conocimiento que para la jurisdicción contencioso-administrativa delimitan los artículos 1 y 2 LJCA». ATS 857/2011, Sala 3.^a, de 10 de febrero de 2011, recurso n.º 553/2011, FJ 4.º. Igualmente, SSTs de 24 de septiembre y 6 de noviembre de 1984, 25 de octubre de 1990 y 22 de enero de 1993. Asimismo, ATS de 12 de enero de 1993 donde se enjuicia el recurso contra la propuesta de nombramiento del Fiscal General del Estado. Sobre la materia resulta esclarecedor el trabajo de SAIZ ARNAIZ, A., «Los actos políticos del Gobierno en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Revista de Administración Pública*, núm. 134, mayo-agosto 1994.

A los ojos de cualquier observador externo parece evidente que, por resultar necesario para el eficaz cumplimiento de sus misiones constitucionales, la forma de actuación de las Fuerzas Armadas —al tratarse de una organización jerarquizada, disciplinada y con un fuerte grado de cohesión— difiere considerablemente del funcionamiento del resto de la Administración Pública, de forma que la actividad de los funcionarios insertos en la estructura castrense se ordena mediante una peculiar forma de órdenes de servicio (las órdenes militares) pero ello, frente a lo que pueda parecer, no separa esencialmente los procedimientos de ordenación de la actividad de los ejércitos en cumplimiento de sus misiones militares de los que caracterizan en general a la Administración Pública, que, por imperativo constitucional, está igualmente sujeta en su actuación a los principios de eficacia y jerarquía en orden a servir con objetividad los intereses generales. (art. 103 CE).^{17 18}

¹⁷ Vid. ALLI TURRILLAS, J.C., *La profesión militar, Análisis jurídico tras la ley 17/1999, de 18 de mayo, reguladora del personal de las Fuerzas Armadas*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2000, pp. 470 y ss. Este autor realiza una excelente disquisición doctrinal sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de las órdenes militares (a las que considera asimismo órdenes de servicio) y su relación con el Derecho administrativo, sosteniendo que no estamos ante actos administrativos, opinión que comparto, al menos en el entendimiento del acto administrativo como categoría típica dirigida al administrado (o incluso al funcionario en una relación *ad intra*), que requiere una serie de elementos y formalidades como la competencia, el objeto y, singularmente, el procedimiento y la forma escrita (y motivada en determinados casos) en su producción (ahora, arts. 34 a 36 de la Ley 39/2015), y que diferencia la institución de la actividad meramente encaminada a la ordenación interna de la Administración, como sucede con las órdenes de servicio (también las militares). Pero ello no quiere decir que, dicha actuación interna no quede sujeta al Derecho administrativo, de forma que, una vez acatada la orden impartida —salvo supuestos de ilegalidad manifiesta a los que nos referimos en la nota 19— la decisión administrativa correspondiente (aunque solo tenga efectos en la organización interna) no pueda ser fiscalizada en vía administrativa y, en su caso, jurisdiccional. El mencionado autor, aunque admite que no nos hallamos, ni mucho menos, ante un campo exento de control jurídico, mantiene que «el Derecho Administrativo tiene que excepcionarse en su aplicación al ámbito de las órdenes militares. No sólo porque, como hemos visto, no parece que tengan cabida en la teoría del acto administrativo, sino también porque estamos ante un ámbito de acción diferente, en el cual la urgencia, el funcionamiento jerárquico, disciplinado y unido alcanza sus más altas cotas en servicio del fin último de la defensa militar del Estado». *Ibidem.*, p. 483. Si seguimos la tesis del autor no sería posible, por ejemplo, que la reclamación —prevista en las propias Normas de mando y régimen interior de las unidades e instalaciones de los ejércitos— referente al nombramiento de una guardia o vigilancia (*vid. infra*, nota 23) se efectúe con arreglo a los cauces del Derecho administrativo, resultando, por otra parte, la vía ordenancista propuesta por el autor (el mal llamado *recurso de agravios* previsto en el art. 201 de las antiguas Reales Ordenanzas de 1978), además de inexistente en el actual ordenamiento militar —que solo contempla la posibilidad de formulación de objeciones sobre las órdenes recibidas— realmente inoperante desde el punto de vista de la posterior revisión judicial y, con ello, cualquier tipo de control jurídico al que se refiere el profesor Alli.

¹⁸ Para algún autor, sin embargo, «[l]a especificidad de las FAS como organización singular dentro de la AGE se manifiesta en lo relativo a las reglas de procedimiento, de

Obviamente, la peculiaridad de las *órdenes de servicio*¹⁹ que se imparten a los militares para el cumplimiento de las funciones legalmente atribuidas (según las Reales Ordenanzas de las FAS de 2009, pueden ser funciones operativas, técnicas, logísticas y administrativas²⁰) radica en la especialidad del ámbito —fuertemente jerarquizado y unido— en el que se ejerce dicha potestad de mando así como en la potencial importancia para la realización del servicio encomendado y en la afectación a la disciplina y subordinación que se derivaría de un posible incumplimiento, que podría acarrear consecuencias disciplinarias e incluso penales²¹.

Pero ello no sustrae la actividad propia del funcionamiento de las Fuerzas Armadas en el ejercicio de las misiones legalmente encomendadas —

suerte que las relaciones de servicio específicamente militar no se rigen por la LRJ-PAC, sino por los principios y normas establecidos en el artículo 4 de la LCM [ahora, art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS], desarrollados por las Reales Ordenanzas para las FAS (art. 20 LODN). Las órdenes militares constituyen una clase de acto administrativo no procedimentalizado, que puede comportar la asunción de riesgos, e incluso la entrega de la vida, y cuya elaboración, transmisión, ejecución y revisión se rigen por reglas especiales». MATAMOROS MARTÍNEZ, R. y ORTIZ HERNÁNDEZ, J.M., «Las Administraciones Públicas», en VV.AA., *Introducción al estudio de la Administración Militar y los procedimientos administrativos*, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, Madrid, 2009, p. 22.

¹⁹ A mi juicio, salvando las distancias a las que ya me he referido, las órdenes militares, no son sino un trasunto de las llamadas órdenes de servicio, reguladas ahora en el art. 6 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público como una forma de que los órganos administrativos dirijan las actividades de sus órganos jerárquicamente dependientes. En este sentido, el art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, *reglas de comportamiento del militar*, define las órdenes militares como «los mandatos relativos al servicio que un militar da a un subordinado, en forma adecuada y dentro de las atribuciones que le correspondan, para que lleve a cabo u omita una actuación concreta». (regla undécima). En forma idéntica, en el art. 25 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero (ROSFAS 2009). Para los límites de la obediencia, la regla duodécima de las establecidas en el citado art. 6.1 de la Ley Orgánica 9/2011 establece, en parecidos términos a lo contemplado desde la perspectiva de la responsabilidad criminal en el art. 44 del Código Penal Militar de 2015, que «[s]i las órdenes entrañan la ejecución de actos constitutivos de delito, en particular contra la Constitución y contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, el militar no estará obligado a obedecerlas y deberá comunicarlo al mando superior inmediato de quien dio la orden por el conducto más rápido y eficaz. En todo caso asumirá la grave responsabilidad de su acción u omisión». Igualmente, art. 48 de las ROSFAS 2009.

²⁰ Art. 24 de las ROSFAS 2009.

²¹ *Vid.* así el delito militar de desobediencia en el art. 44 del Código Penal Militar, aprobado por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre. Puede verse un examen de los requisitos, especialmente de la gravedad que determina la frontera entre el delito y la infracción disciplinaria, por todas, en las SSTS, Sala 5.ª de 13 de mayo de 2015 (recurso 6/2015), 29 de abril de 2014 (recurso 77/2013), 18 de noviembre de 2013 (recurso 55/2013) o de 9 de julio de 2007 (recurso 1/2007).

que es netamente administrativa, al igual que la que caracteriza la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad— del Derecho administrativo general ni del control de legalidad ejercido por los tribunales²².

Todo lo más, está más clarificado la forma de actuar del servidor público militar para impartir una orden, el comportamiento del subordinado cuando se recibe el mandato, la responsabilidad y límites en la obediencia así como la posibilidad y procedimiento para formular objeción sobre las órdenes recibidas (arts. 44 a 49 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero), sin perjuicio de que, una vez acatada la orden impartida en esos parámetros, la decisión administrativa, por amplio que sea su ámbito de discrecionalidad, pueda —como en cualquier otro ámbito de la Administración— ser sometida a la fiscalización jurisdiccional ya que, como declara la exposición de motivos de la LJCA 1998, existen una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, a saber, los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto y la determinación de las indemnizaciones procedentes²³.

²² Incluso algún autor, frente al planteamiento de que el conocimiento de cuestiones relativas a Defensa y Fuerzas Armadas en el ámbito contencioso-administrativo (*ad. ex.* cuestiones de régimen de personal, dominio público, etc.) sean atribuidas a la Sala de lo Militar del Tribunal Supremo, afirma claramente que «ese intitulado Derecho Administrativo Militar realmente, como tal, no existe, salvo que empleemos la expresión con fines meramente descriptivos y pedagógicos, sin pretensiones dogmáticas de ningún tipo. No hay un demanio militar cualitativamente distinto del común, del mismo modo que no hay expropiaciones militares tan diferentes de las demás como para atribuirles a otra Sala del Tribunal Supremo so pretexto de su especialidad, ni hay una contratación administrativa militar tan singular que exija para comprenderla y estudiarla una Sala distinta de la que enjuicia toda la contratación administrativa; ni los problemas que suscita la responsabilidad patrimonial en el ámbito de la Defensa son dogmáticamente distintos de los que se suscitan en cualquier otro Ministerio; ni tampoco la función pública militar se rige por principios tan separados de la función pública civil que solo puedan ser entendidos por juristas hiperspecializados en ella». Razona además que «el ordenamiento jurídico-administrativo es uno, y su división en parcelas científicas responde más a las limitaciones de los juristas [...] que a consideraciones dogmáticas sustantivas». ESCRIBANO TESTAUT, P. «Problemas de orden competencial en torno al despliegue militar sobre el territorio», en *Revista del Poder Judicial*, n.º 95, quinta época, Consejo General del Poder Judicial, 2013, pp. 50-51.

²³ Por poner un ejemplo relacionado típicamente con la prestación del servicio legalmente ordenado a los militares en la vida diaria de las unidades: la realización de guardias de seguridad en el establecimiento. Se trata esta de una materia que, aun resultando facultad del jefe de la unidad el nombramiento del personal que desempeñe la guardia y el de los suplentes o imaginarias, dándole la oportuna publicidad (en la orden diaria de la unidad), según dispone el art. 16.1 del Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueban las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, la cuestión aparece estrictamente reglada en dicha norma así como en su desarrollo por las distintas Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire, aprobadas respectivamente por sendas Órde-

De esta forma, lo que se conoce como Administración militar —que incluye a las Fuerzas Armadas— aparece plenamente integrada, sin diferencias reseñables en cuanto a su organización, principios, procedimiento o garantías, en la estructura de la Administración General del Estado.

En este sentido, el Ministerio de Defensa (en cuya estructura orgánica básica se integran las Fuerzas Armadas²⁴) es uno de los departamentos mi-

nes Ministeriales, a saber, 50/2011, de 28 de julio (BOD de 2 de agosto); 12/2012, de 28 de febrero y 13/2012, de 28 de febrero (BOD de 6 de marzo). De forma que, una vez cumplida la orden y montado el servicio o guardia, el militar puede accionar en la correspondiente vía administrativa y/o judicial en reclamación de los distintos aspectos reglados que aparecen definidos en la normativa precedente y que afectan al establecimiento de los turnos de guardia, la periodicidad de las mismas, dispensas y exclusiones, o a su duración, entre otras cuestiones. Por tomar el ejemplo de la Armada, sus propias Normas de mando y régimen interior aprobadas por Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero habilitan claramente la posibilidad para que el militar pueda efectuar reclamaciones referentes al nombramiento de una guardia o vigilancia, que «deberá dirigirse, por conducto reglamentario, al que hubiere hecho la designación. La reclamación no podrá suponer retraso en el cumplimiento de la guardia, que será prestada por el designado, si antes de su iniciación no se hubiere resuelto aquella» (art. 45.2 de la citada Orden Ministerial 12/2012). Obviamente, la respuesta de la Administración (por medio del jefe de la Unidad) al interesado puede ser objeto de revisión en vía administrativa y jurisdiccional. De la misma forma, la propia Ley 39/2007, de la Carrera Militar, de 19 de noviembre (LCM), que tiene por objeto la regulación del régimen del personal militar profesional y, específicamente, la carrera militar y todos aquellos aspectos que la conforman (art. 1.1 LCM), admite obviamente que frente a todas las decisiones administrativas «que se adopten en ejercicio de las competencias atribuidas en esta ley se podrá interponer recurso de alzada» (art. 141.1), quedando con su resolución abierta, por ende, la pertinente vía jurisdiccional contencioso-administrativa, que la propia LCM declara expedita directamente respecto a «los procedimientos en materia de evaluaciones, ascensos, destinos, situaciones y recompensas cuya concesión deba realizarse a solicitud del personal de las Fuerzas Armadas, si la Administración no notificara su decisión en el plazo de tres meses o, en su caso, en el establecido en el correspondiente procedimiento». (art. 141.3 LCM). Y, por lo que se refiere a la potestad disciplinaria militar (otro ámbito tradicionalmente excluido de revisión judicial) se trata a día de hoy (en especial, tras la STC 177/2011, de 8 de noviembre, resultante de la cuestión interna de inconstitucionalidad planteada en la STC 202/2002, de 28 de octubre) de un ámbito sujeto a la plenitud del examen de los órganos jurisdiccionales, en este caso, de la jurisdicción militar mediante el conocido como recurso contencioso-disciplinario militar, regulado en los arts. 448 y ss. de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

²⁴ *Vid.* nota 4. Convenimos además con López Ramón en que «[I]os términos “Administración Militar” incluyen a las Fuerzas Armadas. No parece posible, en efecto, reducir el significado de la Administración Militar a las estructuras ministeriales de la Administración del Estado, es decir, en la actualidad, al Ministerio de Defensa. En todo caso, si se realizara tal operación, habría que ofrecer una explicación convincente de lo dispuesto, *a sensu contrario*, en los artículos 25.3 y 26 de la Constitución y, además, una caracterización convincente de unas Fuerzas Armadas entendidas como “algo más” que simple Administración LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», *ob. cit.*, p. 2568.

nisteriales en los que se estructura la Administración General del Estado²⁵, componiéndose, de forma similar a lo que sucede en cualquier otro ministerio, de los órganos superiores y directivos que determina el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, con las competencias que a sus titulares atribuye la Ley 40/2015, de régimen jurídico del sector público.

Es de esta forma el Ministerio de Defensa, bajo la dirección de su titular, «el departamento de la Administración General del Estado al que le corresponde la preparación, el desarrollo y la ejecución de la política de defensa determinada por el Gobierno y la gestión de la administración militar». (art. 1, apartados 2 y 3 del Real Decreto 454/2012).

Asimismo, y de forma específica le corresponde al titular del departamento:

a) Asistir al presidente del Gobierno en la dirección estratégica de las operaciones militares.

b) Dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas bajo la autoridad del presidente del Gobierno.

c) Determinar y ejecutar la política militar.

d) Dirigir, como miembro del Gobierno, la Administración militar y desarrollar las directrices y disposiciones reglamentarias que adopte el Consejo de Ministros.

e) Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias. (art. 7.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, LODN).

Una buena muestra de la *integración* efectiva en esa estructura administrativa de las Fuerzas armadas y su actividad en el Ministerio de Defensa viene constituida por la dicción de la Exposición de Motivos de la precitada LODN 2005 así como por el art. 1.3 del Real Decreto 454/2012.

De esta forma «[e]n el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas, de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para posibilitar la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar» (art. 9.2 LODN 2005).

En este sentido, los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, a los que se asimila a subsecretarios, ejercen, bajo la autoridad del Ministro de Defensa, el mando de su respectivo

²⁵ Art. 1 del Real Decreto 1823/2011, de 21 de diciembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales.

ejército (art. 3.1 del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas y art. 2.4 del Real Decreto 454/2012)²⁶ sin que, como sucedía hasta 1984, se efectúe en el seno de la estructura del departamento la nada aconsejable distinción desde el punto de vista de la sumisión al poder civil entre órganos de mando y órganos político-administrativos.²⁷

²⁶ *Vid.* lo establecido para el jefe del Estado Mayor de la Defensa, con rango de secretario de Estado, en el art. 2.2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo y en el art. 2 del Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre.

²⁷ Suárez Pertierra acertadamente cifra en la creación de la Junta de Jefes de Estado Mayor por Real Decreto-Ley 11/1977, de 8 de febrero, como la medida de más entidad de todo un proceso interrumpido en 1974 y «constituye una concesión importante a los deseos autonomistas del sector del ejército que pretendía sustraer a las fuerzas armadas de la dirección del Gobierno por medio de su directa vinculación al Estado a través del Rey». SUÁREZ PERTIERRA, G., «La significación de las Reales Ordenanzas en el contexto de la reforma militar», en *Revista de Derecho Político*, núms. 48-49, Madrid, 2000, pp. 272-273. Basta en este sentido con prestar atención a la literalidad del preámbulo del citado Real Decreto-Ley 11/1977, para comprobar el cariz autonomista que tomaba la estructura y organización de las Fuerzas Armadas con esta norma:

«Instituidas las figuras de los Jefes de Estado Mayor de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire como primeras autoridades de las respectivas cadenas de mando militar, es necesario configurar el órgano superior de mando militar conjunto que, bajo el mando supremo de Su Majestad el Rey, garantice la integración de los tres Ejércitos en la consecución del objetivo común, definiendo con precisión su dependencia, composición, atribuciones, funciones y responsabilidades».

De esta forma, la creación del Ministerio de Defensa mediante el Real Decreto 1558/1977, de 4 de julio, por el que se reestructuran determinados Órganos de la Administración Central del Estado, como dice el mismo autor, «trae consigo el germen de la debilidad», quedando la dirección política de la defensa «inevitablemente escindida en dos ramas, los ejércitos permanecen fuera del órgano integrado y comienzan a aparecer un conjunto de problemas funcionales que dificultan y hasta impiden la dirección de las políticas sectoriales en las fuerzas armadas y que no tienen solución hasta muy entrada la década siguiente». *Ibidem.*, pp. 272-273. Así, como venimos diciendo, el Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre, por el que se estructura orgánica y funcionalmente el Ministerio de Defensa separa en su organigrama en dos partes fundamentales: 1) Los órganos de mando y dirección de la cadena de mando militar de cada uno de los tres Ejércitos (a cuyo frente se situaban en exclusiva los jefes de Estado Mayor de cada ejército, como primeras autoridades de las respectivas cadenas de mando militar, bajo la autoridad política del Ministro de Defensa); 2) Los órganos político-administrativos que por su naturaleza no se encuentren encuadrados en la cadena de mando militar. (arts. 3, 6 y 7 del citado Real Decreto 2723/1977, de estructura del Departamento). Pero, por si quedaban dudas, en el propio preámbulo de la citada disposición que estructuraba el Ministerio de Defensa se dejaba fuera de la línea o cadena de mando militar, en cuya cúspide se encontraba el rey de una forma efectiva, a la dirección política del Gobierno ejercida a través del ministro o, en su caso, por el propio presidente del Gobierno, «delimitando lo que constituye el campo de actuación militar por cadena de mando, para diferenciarlo del campo político-administrativo». Con la entrada en vigor de la Constitución, cuyo art. 97 atribuye al Gobierno la dirección efectiva de la Administración militar y de la defensa del Estado, no cambia, sin embargo, el panorama legislativo de la estructura competencial en materia de defensa nacional. Así, la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa na-

Se trata pues de exponer a continuación las distintas peculiaridades —que constituyen una excepción que confirma la regla— en los distintos aspectos organizativos, procedimentales o en materia de personal que resulta posible distinguir en el ámbito administrativo propio del Ministerio de Defensa; que, recordémoslo, es el departamento de la Administración General del Estado al que le corresponde gestionar la política defensiva determinada por el Gobierno al servicio del Estado constitucional así como el entramado de órganos administrativos que el ordenamiento ofrece para ello, esto es, la Administración militar.

Hemos de precisar, sin embargo, que, aunque en el Ministerio de Defensa se integran las Fuerzas Armadas, de forma que el conjunto de la organización adquiera la necesaria vertebración para posibilitar la ejecución eficaz de la política de defensa y de la política militar (art. 9.2 LODN) y que las FAS son el elemento esencial de la defensa y constituyen una en-

cional y la organización militar mantiene en sus arts. 10 y 11 la diferencia entre la cadena de mando militar de los tres Ejércitos —continuando la Junta de Jefes de Estado Mayor como su órgano colegiado superior— y los órganos administrativos no encuadrados en la misma, «que deberán estar estructurados jerárquicamente de acuerdo con las leyes que regulan la organización de la Administración del Estado». [(art. 10 b)]. Aquí sí parecía adquirir carta de naturaleza la existencia de una Administración militar (integrada en la Administración del Estado de acuerdo con sus normas generales organizativas y procedimentales) y el aparato administrativo de la cadena de mando militar, que reclamaba la sustracción a las normas generales de funcionamiento de la Administración y su procedimiento. La reforma para ajustar realmente el modelo orgánico en el ámbito de la dirección de la defensa nacional a la Constitución se produce en 1984 mediante la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero, de reforma de la Ley Orgánica 6/1980, «cuando ya se han superado los problemas y el grado de consolidación democrática es suficiente». SUÁREZ PERTIERRA, G., «La significación de las Reales Ordenanzas en el contexto de la reforma militar», ob. cit., p. 274. La reforma operada en 1984, además de reforzar la autoridad del presidente del Gobierno para «ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas» (nuevo art. 8 de la Ley Orgánica 6/1980) y del ministro de Defensa (art. 10), elimina la bifurcación entre cadena de mando y órganos administrativos ajenos a la misma y convierte a la Junta de jefes de Estado Mayor, encuadrada orgánica y funcionalmente en el Ministerio de Defensa, en un «órgano colegiado de asesoramiento militar del Presidente del Gobierno y del Ministro de Defensa» (nuevo art. 11). Dichas reformas vinieron acompañadas, en lo que a estructura del Departamento se refiere, por el Real Decreto 135/1984, de 25 de enero, por el que se reestructura el Ministerio de Defensa. Para Blanco Valdés la verdadera trascendencia y significación de la reforma legal operada en 1984 consiste en «residir las facultades de dirección de la política de defensa y militar en órganos del Estado democráticos dotados de responsabilidad ante el Congreso de los diputados y convertir a los órganos superiores de composición parcial o estrictamente castrenses en órganos asesores y consultivos del poder ejecutivo. Es decir, para expresarlo brevemente, eliminar cualquier atisbo de autonomía decisional de las Fuerzas Armadas que pasa a configurarse, en consecuencia, como una parte más de la Administración Pública estatal y nada más» BLANCO VALDÉS, R.L., *La ordenación constitucional de la Defensa*, ob. cit., 1988, pp. 158-159. *Vid.* asimismo, COTINO HUESO, L., *El modelo constitucional de Fuerzas Armadas*, ob. cit., pp. 301-305.

tividad única que se concibe como un conjunto integrador de las formas de acción específicas de cada uno de sus componentes (art. 10.1 LODN), la contribución a la defensa no es exclusiva de las Fuerzas Armadas, pudiendo así encontrar otros cuerpos y organismos que, de acuerdo con el Título V LODN, coadyuvan a dichos fines, como la Guardia Civil, el Centro Nacional de Inteligencia o el Cuerpo Nacional de Policía, sin que, salvo el caso del Benemérito cuerpo, por ello, queden revestidos de naturaleza militar o incardinados en la Administración militar ni, mucho menos, en las Fuerzas Armadas.

Mención aparte merece la jurisdicción militar, debiendo concluir que, tras las profundas reformas orgánicas operadas en la misma²⁸, los juzgados y tribunales castrenses se encuentran insertos, aunque con especialidades, en la Administración de Justicia²⁹, con plenas garantías de independencia, inamovilidad, responsabilidad y sumisión exclusiva al imperio de la ley (arts. 2, 3, 6 y 8 de la LO 4/1987). Es decir, la jurisdicción militar, aunque integrada por militares —fundamentalmente pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar— no es Administración militar ni se encuentra inserta en la estructura del Ministerio de Defensa.³⁰

3. LAS PECULIARIDADES ORGANIZATIVAS: CREACIÓN, MODIFICACIÓN Y SUPRESIÓN DE UNIDADES EN LAS FUERZAS ARMADAS Y SU REGULACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CASTRENSE

Como venimos exponiendo, la Administración militar se encuentra conformada por las Fuerzas Armadas pero además por el conjunto de órganos superiores y directivos del Ministerio de Defensa. Este entramado

²⁸ Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar y Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar.

²⁹ Aunque la propia LOCOJM 1987 la incardina dentro del Poder judicial del Estado, lo cierto es que no se trata a mi juicio de un orden jurisdiccional más de los que integran el Poder judicial ordinario sino de una jurisdicción no excepcional pero sí a la que la Constitución configura como especial, es decir organizada al margen del cuerpo único de jueces y magistrados, cuyas especialidades son, fundamentalmente, organizativas y de gobierno. No es un caso único. El propio Tribunal Constitucional (Título IX CE) y el Tribunal de Cuentas (art. 136) son contempladas por el constituyente igualmente como excepciones al principio de unidad jurisdiccional. En el mismo sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO, J., «Subsistencia de la especialidad de la jurisdicción militar», en VV.AA., *Constitución y Jurisdicción Militar*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1997, pp. 129 y 130.

³⁰ Coincidimos en este sentido con LÓPEZ RAMÓN, F., «Principios de la ordenación constitucional de las Fuerzas Armadas», ob. cit., *vid.* p. 2591.

administrativo³¹, similar al de la estructura de cualquier departamento de la Administración General del Estado, no presenta apenas singularidades salvo en lo relativo a uno de los elementos integrantes del ministerio: las Fuerzas Armadas, conformando así un aparato administrativo sin parangón en cualquier otro departamento ministerial.

Sin ánimo de extendernos más sobre la naturaleza de las FAS, sí hemos de decir que la propia disposición adicional decimocuarta de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al igual que su predecesora Ley 6/1997, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado (DA 1ª), remite en su apartado 1 la organización militar a la regulación de su legislación específica y a las bases establecidas en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional.

Particularmente, el capítulo II del Título II LODN 2005 establece la organización de las Fuerzas Armadas, dejando establecidos unos mínimos en cuanto a su organización básica (art. 11)³², el Estado Mayor de la Defensa (art. 12) y a la propia estructura del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire (art. 13)³³. Obviamente, se trata de una regulación de

³¹ Como hemos visto en la nota 4, además de las FAS, el Departamento se estructura en la Secretaría de Estado de Defensa, la Subsecretaría de Defensa y la Secretaría General de Política de Defensa (art. 1.3 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo), de los que a su vez dependen los diversos órganos directivos del departamento, como las direcciones y subdirecciones generales, a lo que hay que sumar la adscripción de varios organismos públicos, todo ello según las previsiones establecidas legalmente para la organización y funcionamiento de la Administración General del Estado y de su sector público institucional, pudiendo estar así en concreto al capítulo II (Los Ministerios y su estructura interna) del Título I (Administración General del Estado) y al capítulo II (Organización y funcionamiento del sector público institucional estatal) del Título II de la nueva Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

³² Así, las FAS se organizan en dos estructuras: una orgánica (compuesta por los ejércitos y la Armada), para la preparación de la fuerza, y otra operativa (dirigida por el jefe del Estado Mayor de la Defensa), para su empleo en las misiones que se le asignen. (arts. 11.1, 12 y 13.1).

³³ En este sentido, el Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire componen la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas y aportan las capacidades básicas para su estructura operativa. Cada uno de ellos está compuesto por:

a) El Cuartel General, constituido por el conjunto de órganos que encuadran los medios humanos y materiales necesarios para asistir al jefe de Estado Mayor en el ejercicio del mando sobre su respectivo Ejército.

b) La Fuerza, establecida como el conjunto de medios humanos y materiales que se agrupan y organizan con el cometido principal de prepararse para la realización de operaciones militares. En su ámbito, se llevará a cabo el adiestramiento, la preparación y la evaluación de sus unidades y se realizarán, en tiempo de paz, las misiones específicas permanentes que se le asignen.

c) El Apoyo a la Fuerza, entendido como el conjunto de órganos responsables de la dirección, gestión, administración y control de los recursos humanos, materiales y financieros, asignados a cada uno de los Ejércitos. En su ámbito se dirigirá y se controlará el mantenimiento de la Fuerza y se llevarán a cabo las actividades del apoyo logístico que posibilitan la vida y funcionamiento de las unidades, centros y organismos.

mínimos dada la rigidez que impone la reserva de ley orgánica que es propia de la norma a la que nos referimos, de forma que permita con relativa comodidad y fluidez al Gobierno y al ministro de Defensa dictar las oportunas disposiciones para el desarrollo de dicha estructura. (DF 1ª LODN). Ello va a provocar, mediante un sistema de remisiones en cascada, que la estructura de las FAS pase de estar regulada en sus aspectos básicos en una ley orgánica hasta quedar concretada en su desarrollo orgánico hasta el nivel de unidad por instrucciones aprobadas por el jefe del Estado Mayor de la Defensa y los jefes de Estado Mayor de los Ejércitos y la Armada.

En efecto, dichas disposiciones se concretan, sin perjuicio de una mínima referencia en el art. 2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del departamento³⁴, por Real Decreto 872/2014, de 10 de octubre, por el que se establece la organización básica de las Fuerzas Armadas, que, a su vez, permite al ministro que defina más la estructura de las FAS y, en particular, para establecer las unidades de las Fuerzas Armadas que sean necesarias, de nivel inferior al establecido en este real decreto. (DF 2ª).

Debemos precisar sin embargo que las antedichas prevenciones organizativas quedan exclusivamente referidas, dentro del Ministerio de Defensa, al Estado Mayor de la Defensa (básicamente, el órgano que posibilita el cumplimiento de sus funciones al mando de la estructura operativa de las Fuerzas Armadas: el JEMAD, art. 9.1 del Real Decreto 872/2014) y a la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas, esto es, al Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire; de forma que, para la regulación del entramado organizativo de los órganos superiores y directivos del departamento (lo que se conoce como Órgano Central) habrá que estar a las normas ya citadas sobre estructura orgánica básica del Departamento, y a las generales de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado.³⁵

³⁴ La referencia es simplemente para otorgar a los más altos mandos del Estado Mayor de la Defensa y de los ejércitos y la Armada (arts. 12.2 y 13.2 LODN 2005), respectivamente los rangos propios de los titulares de los órganos superiores y directivos de un ministerio. De esta forma, el jefe del Estado Mayor de la Defensa, con rango de secretario de Estado, ostentará la representación del departamento, por delegación del ministro, en los casos en que éste se la confiera y la representación militar nacional ante las organizaciones internacionales de seguridad y defensa y los jefes de Estado Mayor del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire tienen rango de subsecretario.

³⁵ Precisamente señala en este sentido el preámbulo del Real Decreto 872/2014 que «[I]a publicación del Real Decreto 524/2014, de 20 de junio, que modifica el Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa, deja reducidas al mínimo imprescindible las referencias a las FAS, que se regirán por su normativa específica».

Recientemente, ha sido dictada en tal sentido la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, por la que se desarrolla la organización básica de las Fuerzas Armadas. Precisamente, por la relevancia desde un punto de vista jurídico-administrativo que reviste, hemos de dedicar unas líneas a la regulación que la disposición ministerial efectúa de lo que denomina como elemento organizativo básico de las Fuerzas Armadas, esto es, la «unidad», que, como podremos comprobar, aun sin apartarse a grandes rasgos de la regulación establecida con carácter general por las normas de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado³⁶, se trata de una cuestión más profusamente ordenada en el ámbito militar que en el resto de los departamentos ministeriales, pudiéndose hallar fácilmente las razones de tal empeño regulador en la necesidad de cumplir con eficacia las altas misiones que están atribuidas constitucionalmente a los ejércitos y a la Armada, lo que requiere un acabado engranaje jurídico-administrativo que defina, establezca y determine la articulación de la estructura orgánica de las Fuerzas Armadas así como unas normas básicas sobre su funcionamiento y régimen interior, amén, entre otras cuestiones, de las oportunas prevenciones sobre la asignación y sucesión de mando en las unidades, como es propio en una estructura que se caracteriza por un alto grado de jerarquización, unidad y cohesión interna. (Por todas, entre las más recientes, STC 179/2004, de 21 de octubre, FJ 6).

De esta forma, el art. 2.1 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero establece que «[e]n las Fuerzas Armadas el elemento organizativo básico será la “unidad” que comprende el conjunto de personal, material y medios de apoyo organizados y preparados para la ejecución de las misiones y los cometidos que se le asignen, vinculados orgánicamente por una jefatura común. Su entidad o dimensión y su naturaleza será consecuencia del tipo de misión a desarrollar. Esta definición incluye tanto a las unidades militares y buques de la Fuerza como a cualquier centro u otro tipo de organismo encuadrado en las Fuerzas Armadas³⁷».

³⁶ *Vid.* en tal sentido el art. 5 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (al que debemos añadir lo previsto en los arts. 56 y 59 de la misma norma).

³⁷ La regulación, para la Administración General del Estado (también para la Administración militar extramuros de las FAS) contenida en el art. 56 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público es la siguiente:

1. Las unidades administrativas son los elementos organizativos básicos de las estructuras orgánicas. Las unidades comprenden puestos de trabajo o dotaciones de plantilla vinculados funcionalmente por razón de sus cometidos y orgánicamente por una jefatura común. Pueden existir unidades administrativas complejas, que agrupen dos o más unidades menores.

2. Los jefes de las unidades administrativas son responsables del correcto funcionamiento de la unidad y de la adecuada ejecución de las tareas asignadas a la misma.

Las unidades podrán ser agrupadas entre sí para formar otras de entidad superior. (art.2.2).

Asimismo, para el desempeño de sus funciones, las unidades desplegarán o se ubicarán en bases, acuartelamientos, arsenales, aeródromos militares o establecimientos (art. 2.4)³⁸.

Resulta de interés el art. 3 de la citada Orden DEF/166/2015, de 21 de enero sobre creación, modificación y supresión de unidades.

Así, la creación de cualquier unidad exigirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- a) Definición de su misión y de sus funciones y cometidos.
- b) Determinación de su dependencia jerárquica y estructura interna.

3. Las unidades administrativas se establecen mediante las relaciones de puestos de trabajo, que se aprobarán de acuerdo con su regulación específica, y se integran en un determinado órgano.

Como podemos deducir de la dición del art. 2.1 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, en el ordenamiento castrense se emplea el término «unidad» con carácter genérico, debiendo entenderse que hace referencia a cualquier unidad militar, buque, centro u organismo. (UCO). *Vid.* asimismo en este sentido *ad. ex.* el art. 3.5 del Real Decreto 456/2011, de 1 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de destinos del personal militar profesional; el art. 3 c) del Real Decreto 1755/2007, de 28 de diciembre, de prevención de riesgos laborales del personal militar de las Fuerzas Armadas y de la organización de los servicios de prevención del Ministerio de Defensa o la propia Ley Orgánica 8/2014, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas (arts. 26 y 32).

³⁸ Dichos conceptos aparecen definidos en la respectivas Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, la Armada y el Ejército del Aire. Así, de conformidad con las primeras (Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio, BOD de 2 de agosto):

1. Las unidades se alojan en Bases, Acuartelamientos y Establecimientos, denominadas genéricamente «instalaciones», en cuyos servicios e infraestructuras se apoyan. 2. Se denomina Base a la propiedad o conjunto de propiedades adscritas al Ejército de Tierra, no necesariamente con continuidad física, que dispone de una unidad de servicios para su sostenimiento. Es utilizada por unidades, de forma permanente o temporal, para alojarse, vivir, realizar instrucción y adiestramiento, así como llevar a cabo tareas logísticas, administrativas, de mando, u otras. 3. El Acuartelamiento es un recinto militar donde se alojan, en general con carácter permanente, una o varias unidades. Si no está integrado en una Base, contará con una unidad de servicios para su sostenimiento. 4. Se denomina Establecimiento al conjunto de infraestructuras y locales que está al servicio de uno o varios Centros u Organismos. Si no está integrado en una Base o Acuartelamiento, podrá contar con determinados servicios para su sostenimiento.

Las normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones de la Armada, como veremos a continuación en la nota 40, no introducen la definición sobre dichos espacios físicos preparados para el despliegue de las unidades, ni siquiera de aquellos que le son propios en el ejercicio de las misiones que concretamente les atribuye el ordenamiento, como los arsenales. En cuanto a las normas aprobadas para el Ejército del Aire detallan en su art. 4 las distintas instalaciones preparadas para albergar las unidades aéreas, esto es, bases aéreas, aeródromos militares, acuartelamientos aéreos y establecimientos aéreos, que constituyen los elementos fundamentales de la infraestructura del Ejército del Aire. (art. 4.1 de la Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero, BOD de 6 de marzo).

c) Dotación de los créditos necesarios para su puesta en marcha y funcionamiento.

d) Modificación de las relaciones de puestos militares y, en su caso, de la relación de puestos de trabajo que sean precisas. (apartado 1).

Salvo en la Fuerza, no podrán crearse nuevas unidades que supongan duplicación de otras ya existentes si al mismo tiempo no se suprimen o restringen debidamente las funciones o cometidos de estas. (apartado 2).

Las unidades cuyo jefe deba ser nombrado por el ministro de Defensa y las unidades pertenecientes a la Fuerza cuyo mando corresponda al empleo de coronel se crearán y suprimirán por orden del ministro de Defensa. (apartado 3).

También se crearán y suprimirán por orden del ministro de Defensa aquellas unidades cuyo mando corresponda al empleo de coronel que, no perteneciendo a la Fuerza, no se encuadren dentro de un cuartel general o una jefatura, en los términos establecidos en el artículo 4, apartados 4 y 6.

Las unidades de nivel inmediatamente inferior a las que hace referencia el apartado anterior se crearán y suprimirán por resolución del jefe de Estado Mayor de la Defensa o del jefe de Estado Mayor de su respectivo ejército, con el informe favorable del subsecretario de Defensa en el ámbito de sus competencias. (apartado 4).

Las reestructuraciones organizativas dentro de las unidades citadas en los apartados anteriores y la creación de unidades de nivel inferior podrán realizarse mediante la modificación de las correspondientes relaciones de puestos militares y, en su caso, de las relaciones de puestos de trabajo, en los términos legalmente previstos. (apartado 5)³⁹.

El art. 4 de la precitada disposición ministerial, aparte de proporcionar otras definiciones relativas a los distintos órganos de apoyo al mando como «cuartel general» o «Estado Mayor» además de los distintos órganos consultivos y asesores, establece unas normas básicas de organización de la unidad

³⁹ Comparativamente, el art. 59 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público, dispone lo siguiente:

1. Las Subsecretarías, las Secretarías Generales, las Secretarías Generales Técnicas, las Direcciones Generales, las Subdirecciones Generales, y órganos similares a los anteriores se crean, modifican y suprimen por Real Decreto del Consejo de Ministros, a iniciativa del ministro interesado y a propuesta del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

2. Los órganos de nivel inferior a Subdirección General se crean, modifican y suprimen por orden del ministro respectivo, previa autorización del ministro de Hacienda y Administraciones Públicas.

3. Las unidades que no tengan la consideración de órganos se crean, modifican y suprimen a través de las relaciones de puestos de trabajo.

con una mínima estructura, que respetará de forma general el modelo formado por: Mando, órgano de apoyo al Mando y unidades subordinadas. (art. 4.1).

Debemos destacar, en un ánimo clarificador, que el término «unidad» induce a cierta confusión dado que se utiliza con diversos significados con independencia de la entidad propia de la misma, su encuadramiento en otra de la que forman parte o su misión.

En este sentido, debemos avanzar que ya la propia Orden DEF/166/2015, de 21 de enero nos da la idea de la existencia de unidades con entidad propia (las llamadas «unidades independientes») y otras de nivel inferior, subordinadas a las anteriores, cuya reestructuración puede operarse mediante la modificación de las correspondientes relaciones de puestos militares. (art. 3.5). Las unidades subordinadas son aquellas que ejecutan las acciones necesarias para llevar a cabo la misión encomendada a la unidad de la que forman parte. También podrán existir otras unidades subordinadas que tengan funciones de apoyo a la unidad de la que forman parte. (art. 4.9).

Pero resultan mucho más completas y clarificadoras en este sentido las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades e instalaciones del Ejército de Tierra, aprobadas por Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio (BOD de 2 de agosto)⁴⁰, y que en su art. 5, *Unidades, Centros y Organismos* (UCO), determina lo siguiente:

1. El Cuartel General, la Fuerza y el Apoyo a la Fuerza se articulan en Unidades, Centros y Organismos, denominados genéricamente «unidades»⁴¹.

⁴⁰ Mucho más parca resulta la Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero, por la que se aprueban las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades de la Armada (BOD de 6 de marzo), que en su art. 3.1 establece que «[e]n estas normas el término “unidad” se emplea con carácter genérico, debiendo entenderse que, además de hacer referencia a un buque, fuerza o aeronave, puede hacerlo también a un centro, organismo, instalación, arsenal, o base naval». Similar tratamiento lleva a cabo el art. 2.3 de las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército del Aire, aprobadas por Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero (BOD de 6 de marzo), que establece que «[e]n estas normas se emplea el término unidad con carácter genérico debiendo entenderse que puede hacer referencia tanto a una unidad, centro u organismo, como a una base aérea, aeródromo militar, acuartelamiento o establecimiento aéreo. Por su parte, el término jefe comprende las denominaciones de jefe, comandante o director, referidas a quien ejerce el mando, dirección o jefatura de una unidad. Por su parte, el término mando comprende también el de dirección o jefatura». Sin embargo, sí se señala claramente en las citadas disposiciones para el Ejército del Aire que «[t]iene el carácter de unidad aérea independiente aquella que no está encuadrada orgánicamente en una unidad de entidad superior y actúa bajo un mando expresamente designado». (art. 3.2).

⁴¹ Así, desde un punto de vista de la potestad disciplinaria, la STS, Sala de lo Militar, de 15 de abril de 1991 (recurso 2/37/1990) declara, en referencia al órgano, como «un ente que, cualquiera que sea el nombre que se le dé —los términos “organismo” y “centro” son de suficiente amplitud—, integre elementos reales y personales para el cumplimiento de un

2. La normativa sobre organización y funcionamiento del Ejército de Tierra determinará las unidades que tienen composición fija, un mando expresamente designado y capacidad para desarrollar de forma autónoma y permanente su vida y funcionamiento interno⁴².
3. Las unidades tendrán definida su plantilla, que consiste en una relación cuantitativa y cualitativa de puestos y materiales necesarios para el cumplimiento de las misiones asignadas. A partir de esta, y de los grados de cobertura de personal y de asignación de materiales que se determinen, cada unidad dispondrá de una relación de puestos militares y de materiales asignados.
4. Se denomina Unidad a aquel componente de la estructura orgánica del Ejército de Tierra que posibilita la generación de organizaciones operativas, así como el desarrollo de la misión operativa que se le encomiende. Su cometido principal es la preparación para el desarrollo de operaciones militares o proporcionar el apoyo logístico o los servicios que se precisen.
5. Los Centros son aquellos componentes de la estructura orgánica del Ejército de Tierra que desarrollan una función técnico-facultativa, de preparación para el combate, docente, cultural, de asistencia al personal, o una función logística no relacionada directamente con el combate.
6. Los Organismos son aquellos componentes de la estructura orgánica del Ejército de Tierra que llevan a cabo principalmente actividades de información, asesoramiento, planeamiento, coordinación, control, inspección y ejecución que no son responsabilidad de las Unidades o Centros.

Esta sucesión de disposiciones e instrucciones menores en cascada terminan en las previsiones que para unidad con entidad propia establezcan sus respectivas normas de régimen interior.⁴³ En este sentido, debe añadirse además que recientemente, utilizando la habilitación facilitada por la Disposición final primera de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, han

determinado fin. El nombre no puede afectar a las facultades sancionadoras, como no afecta a la esencia del órgano». FJ 2º.

⁴² Debe en este sentido precisarse que muchas unidades aparecen integradas en la estructura de otras con entidad propia, y ello aunque aparezcan identificadas bajo un Código de Identificación de Unidad propio (CIU), resultando así el sistema principal y estandarizado de codificación/identificación de las Unidades de las Fuerzas Armadas.

⁴³ Según la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio (Ejército de Tierra): Libro de Organización y Libro de Normas de Régimen Interior; de acuerdo con la Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero (Armada): manual de organización y normas de régimen interior; y en virtud de la Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero (Ejército del Aire): simplemente, normas de régimen interior.

sido dictadas por los respectivos jefes de Estado Mayor las normas por la que se desarrolla la organización de los Ejércitos, la Armada así como el Estado Mayor de la Defensa.⁴⁴

Sin embargo, para que ello fuese posible debieron dictarse antes la Orden DEF/1265/2015, de 29 de junio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército de Tierra (BOE n.º 155, de 30 de junio); la Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada (BOE n.º 186, de 5 de agosto); la Orden DEF/1629/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército del Aire (BOE n.º 185, de 4 de agosto), y finalmente, la Orden DEF/1887/2015, de 16 de septiembre, por la que se desarrolla la organización básica del Estado Mayor de la Defensa (BOE n.º 224, de 18 de septiembre).

Particularmente, debemos destacar la Instrucción 7/2016, de 19 de enero, del Jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, por la que se desarrolla la organización del Ejército de Tierra (BOD n.º 13, de 21 de enero), y que contempla claramente su estructura, desarrollándola hasta el nivel de *unidad independiente* (ANEXO), que define como «*aquella que tiene composición fija, un jefe expresamente designado y capacidad para desarrollar de forma autónoma y permanente su vida y funcionamiento interno*». (apartado primero, 3).

Sí importa, por otra parte, en este *excursus* sobre el aparato jurídico-administrativo de una unidad de las Fuerzas Armadas realizar una breve alusión a las normas sobre asignación y sucesión de mando, dado que, como se dijo, se trata de una cuestión trascendental que debe quedar perfectamente definida por el ordenamiento jurídico en una organización fuertemente jerarquizada y cohesionada, pero no por ello, a la par, menos sujeta que otras al control de legalidad de los tribunales por lo que respecta a cualquier actuación administrativa que en este sentido tenga lugar de conformidad de las normas sobre mando y régimen interior de las unidades de los ejércitos y la Armada.

⁴⁴ Se tratan de la Instrucción 7/2016, de 19 de enero, del jefe de Estado Mayor del Ejército de Tierra, por la que se desarrolla la organización del Ejército de Tierra (BOD n.º 13, de 21 de enero); la Instrucción 4/2016, de 15 de enero, del almirante jefe de Estado Mayor de la Armada, por la que se desarrolla la organización de la Armada (BOD n.º 12, de 20 de enero); la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, del jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, por la que se desarrolla la organización del Ejército del Aire (BOD n.º 11, de 19 de enero) así como la Instrucción 65/2015, de 30 de diciembre, del jefe de Estado Mayor de la Defensa, por la que se desarrolla la organización del Estado Mayor de la Defensa (BOD n.º 10, de 18 de enero).

En primer lugar, debe recordarse que, en virtud del art. 19.3 de la Ley 39/2007, de la carrera militar «[l]a acción de mando, acción directiva específica en las Fuerzas Armadas, se refiere al ejercicio de la autoridad, con la consiguiente responsabilidad, que corresponde al militar en razón de su *cargo, destino o servicio*. Alcanza su máxima y especial responsabilidad cuando se aplica a la preparación y empleo de la Fuerza de los Ejércitos».

Si bien estamos ante en una estructura fuertemente disciplinada y cohesionada, ordenada por categorías (oficiales generales, oficiales, suboficiales y tropa y marinería, art. 20.1 LCM) y, dentro de ellas, por empleos (*ad. ex.* teniente coronel, comandante, capitán, teniente, etc.), *criterio esencial en la organización jerarquizada de las Fuerzas Armadas* (art. 21.1 LCM), la capacidad profesional específica de los miembros de las Fuerzas Armadas para ejercer las competencias correspondientes a cada puesto orgánico (también, el de mando de una unidad) no depende exclusivamente de ostentar una graduación o empleo militar más elevado, sino que se determinará asimismo por «los cometidos de su cuerpo, por las facultades de su escala y especialidades», de manera que es perfectamente posible que un militar de menor antigüedad e incluso subordinado a otro por razón del empleo⁴⁵, pero con una determinada titulación, aptitud o cualificación previamente preestablecida, sea preferido por el ordenamiento castrense llegada la hora de la sucesión en el mando de una unidad, fundamentalmente cuando el mando se ejerce con carácter interino o accidental.

Debemos al respecto distinguir el ejercicio del mando con carácter titular, que es el designado expresamente por disposición oficial u orden de su mando superior; el mando con carácter interino, cuando la sucesión se produzca por cese o fallecimiento del titular, y será asumido de forma inmediata; y el que se ejerce con carácter accidental, cuando la sucesión se produzca por ausencia temporal del titular o interino, y será publicado para general conocimiento. El mando accidental tendrá las mismas atribuciones y responsabilidades que el titular, pero no podrá modificar las instrucciones establecidas por el jefe de la unidad o sobre régimen interior sin la autorización expresa del mando titular o de su inmediato superior, salvo en caso de urgencia⁴⁶.

⁴⁵ *Vid.* el art. 23 LCM 2007 donde define el significado del empleo militar, la antigüedad en el mismo, el escalafón, así como la determinación de la precedencia de los militares.

⁴⁶ *Vid.*, en tal sentido, la regulación, con ciertas diferencias, en las distintas Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército de Tierra (art. 10 de la Orden Ministerial 50/2011, de 28 de julio), de la Armada (art. 7 de la Orden Ministerial 12/2012, de 28 de febrero) y del Ejército del Aire (art. 8 de la Orden Ministerial 13/2012, de 28 de febrero).

Nos encontramos pues de esta manera, frente a la normativa básica del régimen jurídico de las Administraciones Públicas⁴⁷, con una evidente preocupación de las disposiciones ordenancistas de los ejércitos y la Armada por garantizar la continuidad en el ejercicio del mando de una unidad militar⁴⁸, llegando a agotar hasta el extremo la regulación sobre la sucesión en el mismo para evitar así que quede vacante con las eventuales consecuencias que ello puede suponer para la eficacia y operatividad de las Fuerzas Armadas.

En este sentido, combinando criterios de jerarquía con la capacidad profesional específica requerida para el puesto de que se trate, las distintas normas de mando y régimen interior de los ejércitos determinan, en una regulación que no difiere en lo esencial, que «[l]a sucesión en el mando, tanto con carácter interino como accidental, siempre que no esté expresamente designado un segundo jefe o comandante, o un subdirector, en cuyo caso el mando será asumido por éste, corresponderá al subordinado directo del mando titular que, teniendo la capacidad profesional específica requerida para el puesto orgánico de que se trate, ostente el mayor empleo. En caso de igualdad en el empleo, prevalecerá el orden en el escalafón, si se trata de personal perteneciente al mismo cuerpo y escala; en caso contrario, se tendrá en cuenta la antigüedad en el empleo. En último extremo se resolverá a favor del de mayor edad. En caso de concurrir más de un subdirector, se les aplicarán los criterios anteriores⁴⁹».

⁴⁷ *Vid.*, a título comparativo, la regulación de la suplencia de los titulares de los órganos administrativos, que podrán ser sustituidos temporalmente en los supuestos de vacante, ausencia o enfermedad, así como en los casos en que haya sido declarada su abstención o recusación (art. 13 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

⁴⁸ Así, el art. 14 (*Continuidad en el ejercicio del mando*) de las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército de Tierra dispone que «[s]in perjuicio de lo establecido en estas normas sobre la sucesión de mando, cuando un jefe no se encuentre en su destino, la continuidad en el ejercicio del mando estará siempre asegurada por el más caracterizado de la unidad o instalación que se encuentre presente, entendiéndose caracterizado como el de mayor empleo que posea la capacidad profesional específica correspondiente al puesto o cargo, quien adoptará aquellas decisiones que sean necesarias por su urgencia, informando a aquél de su actuación» (apartado 1), a lo que añade su apartado 2 que «[f]uera del horario habitual de trabajo, la continuidad en el ejercicio de la acción de mando se asegurará con las guardias que se regulan en estas normas».

⁴⁹ Art. 12.1 de las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército de Tierra. A continuación el precepto (apartado 2) acude al criterio de la afinidad (según el cuerpo, escala, especialidades y otras aptitudes o cualificaciones) y al mayor empleo para determinar la sucesión en el mando cuando no exista personal con la capacidad profesional específica requerida. Resulta mucho más exhaustivo en ese sentido el art. 10 de las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades del Ejército del Aire, que utiliza semejantes criterios pero, como cláusula de cierre, mantiene una reserva para el ejercicio del mando,

Sí difieren de lo anterior las Normas sobre mando y régimen interior de las unidades de la Armada, que distinguen la sucesión de mando según se produzca en las unidades de la Fuerza (donde, además de la precedencia, introduce el criterio de la capacitación profesional, art. 8.1) de las unidades y órganos de apoyo a la Fuerza, en cuyo caso no aparece la explícita referencia a la capacitación profesional (art. 8.4), lo que parece querer salvarse con la posibilidad de que se pueda nombrar «en comisión de servicio, con carácter interino o accidental, a otro que reúna las condiciones requeridas». (art. 8.3).

Las distintas órdenes ministeriales por las que se aprobaron las normas de régimen interior en las unidades de los ejércitos y la Armada regulan, en fin, por lo demás cuestiones que son propias de su régimen interno y desarrollo diario de sus misiones como pueden ser la regulación de el mando de las distintas unidades tipo batallón, compañía, sección, etc., o el comandante del buque o de aeronave; los actos de régimen interior; los servicios de las instalaciones; las guardias o la uniformidad, entre otros aspectos.

si no existiera en la unidad personal ni del mismo cuerpo ni de la misma escala del titular, a favor de los militares de los cuerpos *específicos* del Ejército del Aire de mayor empleo y antigüedad, y a igualdad de ésta se resolverá a favor del de mayor edad, siempre que se mantenga la categoría militar del mando titular. (art. 10, apartados. 3 y 4). Debe señalarse al respecto que los cuerpos específicos de los ejércitos (art. 26, apartados 1 a 3 LCM 2007) deben diferenciarse claramente de los Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas (art. 26.4 LCM), que son el Cuerpo Jurídico Militar, el Cuerpo Militar de Intervención, el Cuerpo Militar de Sanidad y el Cuerpo de Músicas Militares. Entre otras múltiples cuestiones que distinguen el estatuto de los integrantes de estos cuerpos no específicos de ningún ejército (que surgieron como consecuencia del proceso de unificación emprendido por mandato del art. 28.2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio), se encuentra la derivada del art. 42.2 LCM 2007, que prescribe, al igual que el art. 24.3 de su predecesora Ley 17/1999, la capacidad profesional de los militares integrados en los cuerpos específicos de los Ejércitos para desempeñar los cometidos no atribuidos particularmente a un cuerpo concreto dentro de su Ejército y para prestar los servicios y guardias que garanticen el funcionamiento y seguridad de las unidades, centros y organismos, lo que excluye de tales tareas a los cuerpos comunes, cuyos miembros, en lo que nos interesa, no están cualificados legalmente para el mando en la fuerza o la instrucción y adiestramiento de la misma en cada uno de los ejércitos. (*Vid.* los anexos del Real Decreto 711/2010, de 28 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de especialidades fundamentales de las Fuerzas Armadas). Véase la STS, Sala 3.^a, de 4 de febrero de 2003 (recurso de casación en interés de Ley n.º 3438/2001). *Sensu contrario*, la STS, Sala 3.^a, de 4 de febrero de 2003, FJ 6.º (recurso de casación 3/2002, dictado en interés de ley) señala, respecto al Cuerpo de Especialistas del Ejército, su capacidad para prestar guardias y servicios, ya que forman parte de los «Cuerpos Específicos de los Ejércitos». En igual sentido se manifiesta el art. 16.3 de las Normas sobre seguridad en las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 194/2010, de 26 de febrero. Véase asimismo la STSJ de Madrid, Sala de lo contencioso-administrativo, sección 8.^a, de 13 de abril de 2012, recurso n.º 264/2011.

4. EL «OLVIDO» DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: LAS ESPECIALIDADES PROCEDIMENTALES SUBSISTENTES CONSTITUYEN LA EXCEPCIÓN A LA REGLA

Frente a la Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, ninguna de las normas legales que le sucedieron (primero, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y, actualmente, la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas así como la misma Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público) contemplaron la posibilidad de *adaptar sus preceptos al peculiar carácter y estructura*⁵⁰ del Ministerio de Defensa o, más bien, de las Fuerzas Armadas.

Ello hace que, pese a no haber sido formalmente derogado, haya evidentemente que poner en tela de juicio, al faltarle la necesaria habilitación legal, la vigencia de la disposición reglamentaria aprobada en uso de las atribuciones para las que sí facultaba la ley procedimental de 1958, esto es, el Decreto 1408/1966, de 2 de junio, de adaptación de la Ley de Procedimiento Administrativo a los Departamentos militares.

La disposición en cuestión no contemplaba en realidad especialidades de relieve respecto a la norma general aprobada en 1958 sino que la singularidad radicaba más bien en su espíritu, que partía, como aún sostiene hoy cierta doctrina, de la inaplicabilidad de la ley de procedimiento administrativo a los tres Ejércitos sino a la *actividad administrativa que desarrollan sus Departamentos ministeriales en cuanto órganos de la Administración central*⁵¹.

⁵⁰ Disposición final segunda de la antigua Ley de procedimiento administrativo de 17 de julio de 1958, precepto que ha sido derogado por la Ley 6/1997, de 14 de abril [Disposición derogatoria única.1 b)].

⁵¹ *Vid.* respecto a lo resaltado el discurso del ministro Laureano López Rodó en defensa del proyecto de la Ley de procedimiento administrativo de 1958. En lo que nos interesa, transcrito en GONZÁLEZ NAVARRO, F. y GONZÁLEZ PÉREZ, J, *Comentarios a la Ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común...*, ob. cit., pp. 231-232. En ese sentido, González Navarro distingue entre organización de línea (aquellos que, de modo inmediato y directo, realizan los fines institucionales, es decir, los que dan sentido y justifican la existencia de la organización de que se trate) y órganos de apoyo (son aquellos otros que, procurando los medios necesarios hacen posible que los órganos de línea puedan cumplir su misión), para así justificar la diferencia o bifurcación entre una actividad militar o político militar y otra puramente administrativa, que ha de ajustarse «a los cauces rituales previstos en la LRJPA». *Vid.* ibídem., pp. 232-234. Distinta, pero a su vez, peculiar posición respecto a la posible categorización de la actividad militar o defensiva como actividad administrativa la encontramos en el interesante trabajo de Barcelona Llop cuando manifiesta que «[b]aste con apuntar la idea de que la

Reflejo de esta posición que diferenciaba entre una línea de mando militar (no sometida en su actuación a los criterios del derecho administrativo general) y una Administración militar que servía de apoyo a ese aparato estatal era el mismo art. 1.1 del citado Decreto 1408/1966, de 2 de junio que literalmente declaraba que «[l]os Departamentos militares ajustarán su actuación administrativa salvo en lo que afecte a la organización, mando y jerarquía de los Ejércitos, a las prescripciones del presente Decreto⁵²».

Ahora bien, como ya expusimos más arriba, ni siquiera la actuación administrativa producida en el seno de las Fuerzas Armadas y vinculada a la prestación del servicio que los militares puedan tener legalmente encomendado o a la organización de los ejércitos —por poner alguno de los ejemplos tradicionalmente excluidos del conocimiento jurisdiccional— deja en modo alguno de constituir una potestad administrativa, sea reglada o discrecional, sujeta al derecho administrativo y por ello susceptible del pleno control de los tribunales (arts. 24.1, 103 y 106.1 CE).

Ello no quita, y es lo que debemos analizar aquí, para que observemos algunas peculiaridades que se derivan de la inserción del típico engranaje administrativo en una organización fuertemente disciplinada, jerarquizada, cohesionada y unida, esto es, las Fuerzas Armadas y la Administración militar.

función defensiva no se articula a través de las técnicas prestacionales propias del servicio público ni es identificable materialmente con las actividades englobadas bajo dicha noción. Pero advirtamos que ello no implica negar la administrativización de las fuerzas armadas. Yo hablaría de una función del Estado desarrollada por medio de agentes administrativos, sujetos a los principios constitucionales rectores de la actividad administrativa e incardinados en el macrocosmos de la Administración central del Estado. La función estatal de la defensa es difícilmente equiparable a la función administrativa *stricto sensu*, pero, aun cuando falte el elemento teleológico que caracteriza a ésta, no cabe negar la existencia de una actividad y de una organización administrativa en sentido material. Entenderlo de otro modo implica, a mi juicio, volver a las retóricas institucionales, que no por atractivas deben dejar de rechazarse». BARCELONA LLOP, J., «La organización militar: apuntes jurídico-constitucionales sobre una realidad estatal», en *Revista de Administración Pública*, n.º 110, mayo-agosto 1986, pp. 102-103.

⁵² *Vid.* al respecto la nota 18. La postura de los autores señalados en la misma se traduce en que «[l]as prevenciones contenidas en esta Ley [la Ley de procedimiento administrativo común] deben observarse en la tramitación y resolución de asuntos y expedientes relativos al giro o tráfico en general, o sea, no específicamente militar». MATAMOROS MARTÍNEZ, R. y ORTIZ HERNÁNDEZ, J.M., «Las Administraciones Públicas», *ob. cit.*, p. 22. A mi juicio, dicha postura hoy no puede sostenerse tras la Constitución de 1978 y el debido juego de sus preceptos y garantías derivados de los arts. 24.1, 103 y 106, siendo, más concretamente la Ley 29/1998, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa la que consagra la plena justiciabilidad de la actividad administrativa, eliminando la referencia a los «actos políticos del Gobierno» como inmunes a la fiscalización de los órganos jurisdiccionales, como sí contemplaban (aunque con muchos matices jurisprudenciales) las leyes jurisdiccionales de dicha jurisdicción de 1888 y 1956.

4.1. EL CONDUCTO REGLAMENTARIO EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Como decíamos, al faltar el sustento legal que habilitaba la existencia de dichas singularidades procedimentales (pocas), éstas han de ser buscadas en distintas normas legales o reglamentarias (en desarrollo de las anteriores), debiendo en tal sentido ponerse claramente en cuestión la posibilidad de que determinadas instrucciones o demás disposiciones de ínfimo rango excepcionen aspectos del procedimiento administrativo general, que aparecen regulados en una norma con rango de ley.

Nos referimos, a las claras, a la regulación de la exigencia del conducto reglamentario en la tramitación de los distintos procedimientos administrativos por el personal militar, al presentar la correspondiente instancia o solicitud de inicio de un determinado procedimiento, lo que debemos deslindar del ejercicio del derecho fundamental del art. 29 CE, precepto que también recoge como límite en su ejercicio por el militar la posibilidad de que sea restringido por «su legislación específica⁵³».

Se traduce en que, para asuntos del servicio, y por exigencias derivadas del principio de disciplina que informa una institución cohesionada como la castrense⁵⁴, el militar debe dirigir las instancias, recursos o reclamaciones (pero también las quejas o escritos en ejercicio del derecho de petición) a sus superiores por conducto reglamentario; esto es, no puede dirigir las directamente sino a través de sus jefes directos *«por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto*

⁵³ Dispone de esta forma el segundo párrafo del art. 3 de la Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre, reguladora del Derecho de Petición que «[n]o son objeto de este derecho aquellas solicitudes, quejas o sugerencias para cuya satisfacción el ordenamiento jurídico establezca un procedimiento específico distinto al regulado en la presente Ley». *Vid.* asimismo sobre la diferencia del ejercicio del derecho fundamental de petición con otras figuras propias del procedimiento administrativo o judicial, la STC 242/1993, de 14 de julio, FJ 1.

⁵⁴ Baste ver la jurisprudencia que fiscaliza el ejercicio de la potestad disciplinaria militar por separarse del conducto regular. Por todas, la STS, Sala de lo Militar, de 29 septiembre de 2014 (recurso 49/2014), que señala lo que sigue: «La razón de tal obligación de seguir el conducto regular o reglamentario sigue estando en la necesidad de que los sucesivos mandos conozcan de la petición o reclamación dirigida al superior común, como exigencia de la disciplina y jerarquización que rigen en el ámbito castrense, sin que tal especificidad del régimen castrense se vea afectada por la regulación genérica de las normas comunes que rigen la relación de los administrados con la Administración y que no cabe invocar —como parece pretender el recurrente— cuando nos referimos a relaciones sometidas a un régimen de sujeción especial, como es el de los militares, recogido en sus normas de actuación propias. La especial normativa castrense, que regula la actuación y el comportamiento de los militares en asuntos del servicio, obviamente no permite la invocación y aplicación de la norma común, ajena lógicamente a los principios de disciplina y jerarquía, que resultan básicos en la organización y funcionamiento de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, dada su naturaleza militar». FJ 1º.

*reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver*⁵⁵). Esta exigencia aparece, como podemos comprobar, actualmente definida en una norma de rango reglamentario (el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas), con el único respaldo de una lacónica referencia al *mantenimiento del conducto regular*, al final del art. 28 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas⁵⁶, o una todavía más enigmática referencia a la obligación de los miembros de la Guardia Civil de presentar las quejas *por el cauce reglado* (art. 33.2 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil).

De manera que tanto en las FAS⁵⁷ como en la Guardia Civil⁵⁸ sus respectivas Leyes disciplinarias sancionan como una norma penal en blanco la omisión del conducto reglamentario, infracción cuya delimitación se llenará con lo dispuesto ahora reglamentariamente, ya que las respectivas leyes orgánicas de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, con sus escuetas referencias, no han definido en

⁵⁵ Art. 28 de las nuevas Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas, aprobadas por Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero. La dicción completa del precepto es la siguiente:

«Para asuntos del servicio se relacionará con superiores y subordinados por conducto regular según la estructura jerárquica de las Fuerzas Armadas, que será el conducto reglamentario, salvo en los casos que esté establecido uno específico para dirigirse al órgano competente para resolver».

El art. 38, «*Quejas y reclamaciones*» vuelve a recordar esta exigencia:

«Si tuviera alguna queja o reclamación sobre asuntos del servicio que pudieran afectar o perjudicar sus intereses, lo pondrá en conocimiento de sus superiores, haciéndolo de buen modo y por el conducto reglamentario. Todo ello sin perjuicio de ejercitar los derechos o acciones que legalmente le correspondan».

Debemos entender aplicables estos preceptos a los miembros de la Guardia Civil en virtud de la nueva redacción dada al art. 2.2 de las nuevas RR.OO para las FAS así como la adición a su texto de una Disposición adicional única por el Real Decreto 1437/2010, de 5 de noviembre, por el que se declara de aplicación para los miembros del Cuerpo de la Guardia Civil el Real Decreto 96/2009, de 6 de febrero, que aprueba las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas.

⁵⁶ Véase asimismo en desarrollo de este precepto el Real Decreto 176/2014, de 21 de marzo, por el que se regula el procedimiento para la tramitación de las iniciativas y quejas relativas al régimen de personal y a las condiciones de vida que pueda plantear el militar.

⁵⁷ La Ley Orgánica 8/2014, de régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas, al igual que su antecesora de 1998 sanciona como falta leve en su art. 6.7 «[h]acer reclamaciones o peticiones en forma o términos irrespetuosos o prescindiendo de los cauces reglados»

⁵⁸ La Ley 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil contempla como falta leve «[l]a omisión del conducto reglamentario para formular cualquier solicitud, reclamación o queja relacionadas con el servicio» (art. 9.8).

forma alguna qué ha de entenderse por conducto reglamentario o reglado ni el art. 28 de las Reales Ordenanzas de 2009, a diferencia del art. 205 de las derogadas (Ley 85/1978) acierta a definir lo que entiende por «asuntos del servicio», sin que parezca posible efectuar la remisión por entero a circulares o normas de rango ínfimo, como la Instrucción 167/1999, de 24 de junio, del subsecretario de Defensa, sobre tramitación de procedimientos administrativos en el ámbito del Ministerio de Defensa⁵⁹, y ello sin perjuicio de su valor interpretativo.

4.2. EL ASESORAMIENTO JURÍDICO EN EL ÁMBITO DEL MINISTERIO DE DEFENSA Y DE SUS ORGANISMOS AUTÓNOMOS

Otra especialidad organizativa y procedimental digna de mención se trata de la relativa al asesoramiento jurídico en el seno de la Administración militar, donde, frente a lo previsto con carácter general por el art. 1.1 de la Ley 52/1997 (que atribuye la asistencia jurídica, consistente en el asesoramiento y la representación y defensa en juicio del Estado y de sus Organismos autónomos, a los abogados del Estado integrados en el Servicio Jurídico del Estado) se excepciona dicha regla encomendando,

⁵⁹ *Boletín Oficial de Defensa* n.º 129/1999. Dicha disposición, al abordar, dentro de la instrucción de los procedimientos, las diversas *cuestiones particulares relativas a los registros administrativos y a las distintas fases del procedimiento*, y, en el epígrafe B), relativo a las solicitudes de iniciación, establece en su apartado 4 que «[l]as solicitudes relacionadas con la justicia y disciplina, con la orgánica y medios de equipo y material, con la instrucción y formación militar y, en general, las vinculadas de forma directa con el servicio deberán dirigirse y cursarse a través de los jefes directos, quienes actuarán conforme determina el artículo 204 de las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas». Añade el apartado 5 que «[l]as solicitudes de iniciación no incluidas en el apartado anterior se dirigirán al órgano o autoridad competente para resolver la pretensión deducida».

No obstante lo anterior; los interesados podrán dar traslado de copia del escrito de solicitud al respectivo jefe directo, a los únicos efectos de cortesía y puesta en conocimiento». En este sentido, según la STS, Sala 5.ª, de fecha 15 de noviembre de 2002 «se admiten supuestos o situaciones en que excepcionalmente puede ser matizada dicha obligación, ya sea por las características específicas de la petición, por el contenido o naturaleza de la reclamación, bien porque no guarde relación directa con el servicio, por motivos de urgencia o apremiante necesidad o bien cuando se trate de presentación de escritos de orden procesal o dirigidos a la Autoridad Judicial». De esta forma, igualmente, podemos señalar como excepciones al conducto reglamentario las quejas dirigidas al defensor del Pueblo (art. 17 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas, y art. 14 de la Ley Orgánica 11/2007, de derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil) o la denuncia ante el juez togado o el fiscal Jurídico-Militar (arts. 134 a 140 de la Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar).

como ocurre con otros organismos (*ad. ex.*, la Seguridad Social o los órganos constitucionales con su régimen propio), solamente el asesoramiento jurídico en el ámbito del Ministerio de Defensa y de los organismos autónomos adscritos al mismo a los miembros del Cuerpo jurídico militar, manteniendo la representación y defensa en juicio el Cuerpo de abogados del Estado⁶⁰.

La atribución de tal función a los miembros de dicho colectivo militar de servidores públicos, netamente diferenciada de las que les corresponde a los que del mismo cuerpo ocupen destino en un órgano judicial o fiscalía jurídica militar, goza de raigambre en el ámbito castrense⁶¹ y se justifica, como vimos más arriba, en atención a la peculiar estructura y misiones de las Fuerzas Armadas, lo que en ese caso sí demanda un grado de especialización y, en muchos casos, de intermediación por parte del personal llamado a realizar dichas tareas, poniéndose así de manifiesto, frente a la organización y dependencia del servicio jurídico del Estado, en la integración de las respectivas asesorías jurídicas en la estructura orgánica de los ejércitos y de la Armada, y, a veces, de las propias unidades de las Fuerzas Armadas⁶².

⁶⁰ Según el art. 37.1 de la Ley 39/2007, de la carrera militar «[l]os miembros del Cuerpo Jurídico Militar, agrupados en una escala de oficiales, tienen como cometidos los de asesoramiento jurídico y los que conforme al ordenamiento jurídico les correspondan en la jurisdicción militar». Dicho colectivo conforma uno de los conocidos como Cuerpos Comunes de las Fuerzas Armadas, no específicos de ningún ejército aunque llamados a servir en todos ellos y en el órgano central del Ministerio de Defensa, a los que nos referimos en la nota 49. La integración de los preexistentes Cuerpo Jurídico Militar del Ejército de Tierra, Cuerpo Jurídico de la Armada y Cuerpo Jurídico del Ejército del Aire en el inicialmente denominado Cuerpo Jurídico Militar de la Defensa se efectuó por la ya derogada Ley 6/1988, de 5 de abril, de acuerdo con lo establecido en el art. 28 de la Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los Criterios Básicos de la Defensa Nacional y Organización Militar, que disponía que «se tenderá a unificar todos los servicios cuya misión no sea exclusiva de un solo Ejército para permitir el funcionamiento conjunto con criterios de eficacia y economía de medios».

⁶¹ Un completo estudio sobre el surgimiento y evolución del cuerpo jurídico militar hasta la unificación en 1988 de los cuerpos existentes en los ejércitos y la Armada puede verse en PASCUAL SARRÍA, F.L., «El Cuerpo Jurídico militar español: antecedentes y evolución», en *Revista Española de Derecho Militar*, núm. 72, julio-diciembre 1998, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Madrid, pp. 13-116.

⁶² Basta examinar en tal sentido la estructura orgánica básica de los ejércitos y de la Armada para comprobar cómo las asesorías jurídicas de los respectivos cuarteles generales se encuentran integradas en los mismos con una dependencia orgánica del respectivo jefe de Estado Mayor. *Vid.* en tal sentido la Orden DEF/1265/2015, de 29 de junio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército de Tierra; la Orden DEF/1642/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica de la Armada y la Orden DEF/1629/2015, de 30 de julio, por la que se desarrolla la organización básica del Ejército del Aire. Lo mismo sucede si, a la vista de las instrucciones aprobadas por los jefes de Estado Mayor más arriba citadas y que desarrollan la organización de los ejércitos, efectuamos un repaso por la incardinación orgánica de las respectivas asesorías jurídicas de la estruc-

4.3. EL USO DE LAS LENGUAS ESPAÑOLAS EN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR. LA LENGUA DE LOS PROCEDIMIENTOS

Como resulta evidente, no se pretende aquí entrar en una digresión que, con mayor o menor fortuna, pueda llevarse a cabo sobre la espinosa cuestión del bilingüismo así como sobre la regulación de la cooficialidad en el ámbito de las relaciones con los poderes públicos, ni siquiera en lo relativo al procedimiento administrativo general.

Tan solo pretendemos poner de manifiesto las peculiaridades existentes en el ámbito de la Administración militar, y sus procedimientos, si es que podemos encontrar alguna digna de justificación desde un punto de vista jurídico-constitucional.

Y es que, efectivamente, a diferencia de lo que sucedía con la norma procedimental de 17 de julio de 1958, tanto la Ley 30/1992, como su más propiamente sucesora (la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas) se preocuparon de regular expresamente, en uso de la habilitación competencial conferida por el art. 149.1 18ª CE⁶³, la utilización de los idiomas oficiales en los procedimientos ante las distintas administraciones, particularmente cuando existan discrepancias entre los varios interesados concurrentes en el procedimiento, así como, en el caso de los documentos, expedientes o partes

tura del Ejército de Tierra y de la Armada. La peculiaridad se da en el caso de la estructura del Ejército del Aire, donde, con independencia de su ubicación territorial, se han creado secciones jurídicas subordinadas asimismo orgánicamente al asesor jurídico del Cuartel general del Ejército del Aire (sede central). [Apartado octavo de la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, del jefe de Estado Mayor del Ejército del Aire, por la que se desarrolla la organización del Ejército del Aire]. Asimismo, el art. 4.7 de la Orden DEF/166/2015, de 21 de enero, por la que se desarrolla la organización básica de las Fuerzas Armadas considera las asesorías jurídicas de las unidades como integradas orgánicamente en las mismas (con la correspondiente dependencia jerárquica, incluso a efectos disciplinarios, del respectivo mando militar) aunque dependientes funcionalmente de la Asesoría Jurídica General de la Defensa, tal y como previene el art. 11.2 del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Defensa. Dispone tal precepto en ese sentido que «[1]a función de asesoramiento jurídico, función única en el ámbito del Departamento, se ejerce bajo la dirección del Asesor Jurídico General de la Defensa quien, a tal fin, puede dictar instrucciones a las asesorías jurídicas de los cuarteles generales de los ejércitos y a cualquier otra en el ámbito del Departamento, así como evaluar las consultas que le formulen tendentes a asegurar la debida coordinación y unidad de criterio» La situación es muy distinta en lo que respecta al Servicio jurídico del Estado ya que, de conformidad con el art. 3.5 de la Ley 52/1997, «[1]as distintas Abogacías del Estado, cualquiera que sea su ubicación, dependerán jerárquica y funcionalmente de la Dirección del Servicio Jurídico del Estado».

⁶³ Para el análisis de este título competencial del Estado central y su colisión con la competencia relativa a la libre organización de la propia Administración autonómica, véase la STC 50/1999, de 6 de abril, FFJJ 3 y 9.

de los mismos que deban surtir efecto fuera del territorio de la Comunidad Autónoma, su traducción al castellano, salvo si se tratase del territorio de una Comunidad Autónoma donde sea cooficial esa misma lengua distinta del castellano. (*Vid.* art. 15 LPA 2015).

Ello sin perjuicio, claro está, de que cada Administración, de acuerdo con sus potestades de organización y funcionamiento regule en su propio ámbito procedimental el uso de las lenguas oficiales⁶⁴, con respeto a las anteriores prevenciones así como al derecho de los ciudadanos de utilizar cualquiera de las dos lenguas ante cualquier Administración en la Comunidad respectiva con plena eficacia jurídica. Puede ésta, pues, enunciar este derecho y, junto a él, el consiguiente deber de todos los poderes públicos (estatales, autonómicos y locales) radicados en la Comunidad de adaptarse a la situación de bilingüismo constitucionalmente prevista y estatutariamente establecida. (STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 5).⁶⁵

Pues bien, en lo que a nosotros nos interesa, «[l]a lengua de los procedimientos tramitados por la Administración General del Estado [también en la militar] será el castellano. No obstante lo anterior, los interesados que se dirijan a los órganos de la Administración General del Estado con sede en el territorio de una Comunidad Autónoma podrán utilizar también la lengua que sea cooficial en ella. [...]» (art. 15.1 LPA 2015).

Este criterio, consagrado por la referida doctrina constitucional, ya era seguido por la propia Administración militar que, con anterioridad a la regulación sobre el idioma en los procedimientos administrativos de la Ley 30/1992, y vigente todavía el art. 187 de las Reales Ordenanzas de 1978⁶⁶, había dictado la Orden 35/1987, de 17 de junio, por la que se regula el uso de las lenguas oficiales de las comunidades autónomas en la Administra-

⁶⁴ Dice así la STC 82/1986, de 26 de junio, FJ 5, que «[e]s evidente que ninguna Comunidad Autónoma puede encontrar en la regulación de la materia lingüística una competencia que la habilite para dictar normas relativas a la organización y funcionamiento de la Administración estatal, como puede hacerlo con respecto a la propia Administración autonómica, e incluso a la local en virtud de lo que establezcan los respectivos estatutos. Pero sí puede la Comunidad Autónoma determinar el alcance de la cooficialidad, que se deriva inmediatamente de la Constitución y de su Estatuto de Autonomía y es inherente al concepto de aquélla, correspondiendo a la Administración estatal la ordenación concreta de la puesta en práctica de aquella regulación legal en cuanto afecte a órganos propios».

⁶⁵ Como declara dicha resolución del Alto tribunal «el art. 3.2 de la [Constitución] de 1978 remite la regulación de la oficialidad de las lenguas españolas distintas del castellano a los Estatutos de Autonomía de las respectivas Comunidades Autónomas, y, sobre la base de éstos, a sus correspondientes órganos competentes, con el límite que pueda proceder de reservas constitucionales expresas». (FJ 4). *Vid.* sobre ello más en detalle, la STC 31/2010, de 28 de junio, FJ 14.

⁶⁶ El precepto disponía en cuestión que «[e]n los actos y relaciones de servicio los componentes de las Fuerzas Armadas emplearán el castellano, idioma oficial del Estado».

ción Militar⁶⁷, y que expresamente contempla la plena validez y eficacia de los escritos redactados en la lengua oficial y propia de una comunidad autónoma que se dirijan a la Administración militar por particulares así como de los documentos o certificaciones que libren en la lengua propia y oficial de una comunidad autónoma las autoridades y Organismos radicados en esta. (arts. 2 y 3).

Ello sin perjuicio, claro, de que el art. 5 de la citada disposición ministerial aclarase precisamente que «[e]n todos los actos y relaciones de servicio en el seno de las Fuerzas Armadas se utilizará siempre el castellano, cualesquiera que sean los destinatarios de las órdenes, comunicaciones o notificaciones y la Comunidad Autónoma en la cual se realicen».

Queda la duda de qué es lo que hay que entender por actos y relaciones de servicio en el seno de las Fuerzas Armadas, lo que a mi juicio debe interpretarse en el sentido de que la utilización en los procedimientos administrativos que se tramiten en el territorio de una comunidad autónoma de una lengua distinta al castellano que sea cooficial en el mismo solo quedaría amparada en las relaciones *ad extra* de los ciudadanos con la Administración (en este caso, militar) y no *ad intra* de los funcionarios con su propia organización, siguiendo al efecto semejantes criterios a los que ya hemos explicitado más arriba en cuanto a la preceptiva utilización del conducto regular por parte del personal militar⁶⁸.

⁶⁷ BOE n.º 146, de 19 de junio.

⁶⁸ De la STC 123/1988, de 23 de junio, dictada en el contexto de las primeras declaraciones del Alto tribunal sobre la regulación y alcance de la cooficialidad lingüística, se deduce la obligatoriedad de utilización del castellano en el ámbito de las relaciones internas de la propia Administración Militar. Dicha resolución constitucional tuvo lugar precisamente a raíz de la impugnación por el Gobierno de la Nación de diversos preceptos de la Ley balear 3/1986, de 19 de abril, de Normalización Lingüística, en cuyo art. 13 contemplaba precisamente la posibilidad de los ciudadanos que hiciesen el servicio militar en el ámbito territorial de las islas Baleares pudiesen utilizar en cualquier ocasión la lengua catalana, así como la validez de «todas las actuaciones militares hechas en catalán en las islas Baleares». Pues bien, manifiesta el Supremo intérprete constitucional al respecto que «ha de tenerse en cuenta que la atribución de la regulación de la cooficialidad y sus efectos no puede suponer una atribución de competencias específicas más allá del marco establecido en el reparto que llevan a cabo la Constitución y los Estatutos de Autonomía. A este respecto ha de recordarse que el art. 149.1.4 C.E. dispone que el Estado tiene competencia exclusiva en lo que se refiere a las materias de Defensa y Fuerzas Armadas, lo que excluye cualquier intervención de los poderes de las Comunidades Autónomas en la regulación de la organización de las Fuerzas Armadas. Y, sin duda, *el uso de la lengua en el seno de las Fuerzas Armadas para los fines de su servicio interno, y por los miembros de las mismas (integrados en una relación especial de sujeción) es algo que afecta a las mismas bases de su organización y funcionamiento, dadas sus características internas. En consecuencia, y en ejercicio de una atribución competencial expresa, corresponde en exclusiva al Estado la regulación material del uso de las lenguas oficiales en las Fuerzas Armadas, y le corresponde asimismo, en exclusiva, la fijación de las condiciones y requisitos para la*

5. LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE INTEGRAN LA ADMINISTRACIÓN MILITAR: SUS PECULIARIDADES

Una de las singularidades más relevantes de la conocida como Administración militar estriba fundamentalmente en la especialidad del régimen jurídico de parte del personal que la integra, esto es, los militares de las Fuerzas Armadas y de la Guardia Civil, una vez superadas por las reformas en materia de función pública o por la vía de la negociación colectiva las diferencias existentes respecto al personal civil al servicio de la Administración militar.

5.1. EL PERSONAL CIVIL AL SERVICIO DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR

Aunque actualmente, y, esencialmente como veremos, con un régimen jurídico homologable al de cualquier otro departamento ministerial de la Administración estatal, en el Ministerio de Defensa (del que, recordemos, forman parte las Fuerzas Armadas) presta sus servicios un nutrido conjunto de personal civil de diferentes clases⁶⁹, la singularidad de este sector de la Administración estatal en su día también afectó considerablemente al estatuto de dicho colectivo, a los que llegaba a serles de aplicación el fuero militar⁷⁰.

determinación de la validez de los actos de la Administración militar». (STC 123/1988 de 23 de junio, FJ 5).

⁶⁹ De esta forma, nos encontramos con personal funcionario, personal laboral o personal estatutario de la red hospitalaria del Ministerio de Defensa. Dentro del colectivo de funcionarios subsisten todavía algunos cuerpos específicos de la Administración militar como el Cuerpo de ingenieros técnicos de arsenales de la Armada, el Cuerpo de oficiales de arsenales de la Armada o el Cuerpo de maestros de arsenales de la Armada. Mención aparte merecen los integrantes del Servicio de asistencia religiosa a las Fuerzas Armadas, que tiene su origen en la Disposición final séptima de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, ya derogada, que habilita al Gobierno a crear por Real Decreto este colectivo de servidores públicos, tras declarar a extinguir los antiguos cuerpos eclesiásticos de los ejércitos y de la Armada. Se establece así una especie de solución intermedia donde, aun acogiendo el modelo de integración en la estructura de la Administración militar y sus unidades, su personal, que no tendrá condición militar, estará a caballo entre el personal funcionario y laboral o contratado por la Administración, según tenga o no la condición de permanente. Su régimen jurídico se regula en el Real Decreto 1145/1990, de 7 de septiembre, por el que se crea el Servicio de Asistencia Religiosa en las Fuerzas Armadas y se dictan normas sobre su funcionamiento. *Vid.* ahora la disposición adicional octava de la LCM 2007.

⁷⁰ Así, en determinados supuestos el personal civil al servicio de la Administración militar estaba sometido al fuero castrense, incluso tras la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de reforma del Código de Justicia Militar, contemplando de esta forma el código

Por otra parte, les afectaban asimismo las disposiciones del ya derogado Real Decreto-Ley 10/1977, de 8 de febrero, por el que se regulaba el ejercicio de actividades políticas y sindicales por parte de los componentes de las Fuerzas Armadas, cuyo art. 1 prohibía con carácter general las actividades políticas o sindicales dentro de los recintos, establecimientos, buques y aeronaves de las Fuerzas Armadas, lo que reitera asimismo para *funcionarios y personal civil al servicio de la Administración Militar* en el art. 7.3, interdicciones que las demás disposiciones sobre relaciones laborales dictadas en la época de las Transición democrática extendían al ejercicio del derecho de huelga⁷¹.

Con la aprobación de la Constitución española, el juego de su art. 28.2 (derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses) no permitía ya sostener la exclusión de tal derecho fundamental respecto del personal civil al servicio de la Administración militar, pese a lo cual, aun fue necesario algún pronunciamiento constitucional al respecto⁷².

castrense la sujeción a la jurisdicción militar «[p]or los [delitos] que cometan los funcionarios civiles de la Administración Militar, el personal laboral o que preste sus servicios en los centros, dependencias o establecimientos militares, por hechos ejecutados con motivo u ocasión del trabajo o servicio que presten, de la utilización o empleo del material que se les entregue o de las relaciones laborales o de empleo con sus superiores, compañeros y subordinados, siempre que afecten al buen régimen y servicio de las Fuerzas Armadas». (art. 6.3º del Código de justicia militar de 1945 en su redacción dada por la citada Ley Orgánica 9/1980). Conviene recordar en este sentido que, formalmente, dicha previsión, contenida en el Tratado primero del Código de justicia militar de 1945 (*Organización y atribuciones de los Tribunales Militares*), no fue derogada hasta la aprobación de la Ley Orgánica 4/1987, de 15 de julio, de la Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar.

⁷¹ Así, el Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre relaciones de trabajo en su DA 1.ª declara que lo dispuesto en el presente real decreto-ley en materia de huelga no es de aplicación al personal civil dependiente de establecimientos militares. Esta norma preconstitucional, aunque todavía vigente, ha sido interpretada conforme a la Constitución y, en parte declarada inconstitucional por la STC 11/1981, de 8 de abril. Por su parte, la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical establece en su DA 2ª, apartado dos que el ejercicio del derecho de asociación sindical por los funcionarios públicos y por el personal civil al servicio de la Administración militar se regulará por disposiciones específicas. Así, el Real Decreto de 3 de marzo de 1978 por el que se establecen normas para el ejercicio del derecho de asociación del personal civil al servicio de la Administración militar, prohibía en su art. 5 acudir al derecho a la huelga y permitía que las asociaciones fuesen suspendidas o disueltas por resolución del Ministerio de Defensa, basada en la realización de actividades determinantes de su ilicitud o en otras causas previstas en las leyes o en los estatutos, quedando expedita la vía contencioso-administrativa. (art. 7).

La disposición reglamentaria sí tenía la virtualidad de definir lo que entendía por Administración militar, aunque fuese a los efectos de determinar su ámbito de aplicación, a saber, *dentro del término administración militar quedan comprendidos todos los establecimientos, centros, unidades dependencias encuadrados orgánicamente en el Ministerio de Defensa, así como los organismos autónomos dependientes del mismo*.

⁷² En este sentido, la supracitada (nota anterior) STC 11/1981, de 8 de abril declara que «[n]o es discutible que el personal sometido a relaciones laborales ligado en virtud de ellas con una empresa pública o con la Administración, ostenta el derecho de huelga. Este de-

La Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical (LOLS), en su redacción originaria, sí contemplaba en su disposición adicional tercera la prohibición de que el derecho a la actividad sindical referida en el art. 2.1, apartado d), pudiese ser ejercido en el interior de los establecimientos militares, lo que incluía que las acciones sindicales relativas al ejercicio del derecho de huelga no podían tener lugar en dichos espacios [art. 2.2 d) LOLS].

Dicha previsión normativa dio lugar a una nueva sentencia constitucional, tras un recurso de inconstitucionalidad del defensor del Pueblo, que fue desestimado ya que «no puede abrigarse duda alguna de que la finalidad de la limitación impuesta por la Disposición adicional tercera de la LOLS se asienta en el citado principio de neutralidad [política de las FAS], que a su vez, al igual que otros particulares rasgos organizativos de la institución militar, encuentra su justificación en los fines que el art. 8 de la Constitución encomienda a las Fuerzas Armadas». (STC 101/1991, de 13 de mayo, FJ 4).

Con la aprobación de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas se da una nueva redacción a la citada DA 3ª LOLS, eliminando así el veto al ejercicio del derecho a la actividad sindical por parte del personal civil en el interior de los establecimientos militares pero prescribiendo que dicho colectivo de servidores públicos «deberá tener en cuenta y respetar el principio de neutralidad política y sindical de los miembros de las Fuerzas Armadas y ajustarse a las normas sobre actividad sindical de los empleados públicos».

Aunque por razones obvias de espacio éste no es el marco para profundizar en exceso en el estatuto de dicho personal, no podemos, por su importancia, dejar de mencionar que, utilizando la habilitación originariamente contemplada en la DF 7ª de la derogada Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores, se ha regulado la prestación de trabajo del personal civil no funcionario dependiente de Establecimientos militares, con la pretendida finalidad de incorporar a su texto «*cuantas normas y dis-*

recho debe ponerse en conexión con las diferentes categorías de trabajadores de este ramo que las normas reglamentarias establecen hoy en orden a su sindicación y, debe, además, como es lógico entenderse sin perjuicio de que en casos concretos pueda entenderse que los servicios que presta ese personal son servicios esenciales, de manera que, en tales casos, el derecho de huelga puede quedar limitado en virtud de las medidas de intervención requeridas para su mantenimiento». (FJ 25). Interesante resulta asimismo la STC 26/1986, de 19 de febrero, que confirma dicho criterio al fiscalizar, vía recurso de amparo, las Instrucciones en relación con el ejercicio del derecho de huelga del personal laboral dependiente de la Administración militar, dictadas por el Ministro de Defensa el 30 de septiembre de 1982, y cuya nulidad es declarada por el Tribunal Constitucional.

posiciones de la presente Ley sean compatibles con la debida salvaguarda de los intereses de la defensa nacional».

De esta forma, fue dictado el Real Decreto 2205/1980, de 13 de junio, por el que se regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares.

Sin embargo, a diferencia de lo previsto en el art. 3.1 h) de la derogada Ley 16/1976, de 8 de abril, de Relaciones Laborales, las sucesivas leyes por las que se aprobaron los estatutos de los trabajadores (Ley 8/1980, de 10 de marzo; Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo o el vigente Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre) ya no contemplan dicha prestación de trabajo como una relación laboral de carácter especial. De hecho, siguiendo a cierta jurisprudencia, «[a]ntendiendo al contenido de la prestación, el trabajo al servicio de la Administración Militar en nada se diferencia de la forma-tipo en la que se basa la regulación jurídico-laboral común; lo que le otorga su “especialidad” es el ámbito de prestación de los servicios y el peculiar carácter del empleador: la Administración Militar.

Ello es lo que hace que se haya resaltado el carácter “anómalo” de esta relación laboral de carácter especial, cuyas peculiaridades normativas vienen dictadas, en principio, por la circunstancia externa de la “debida salvaguarda de los intereses de la Defensa nacional⁷³”.

De esta forma, la referencia al «interés superior de la Defensa Nacional», además de un principio general de la norma, es utilizada abundantemente en su texto para contemplar peculiaridades respecto a la tramitación de reclamaciones, peticiones colectivas, negociación colectiva o incluso para limitar los derechos de libre sindicación y huelga⁷⁴.

Por ello, resulta sorprendente que el Real Decreto 2205/1980, no se ajuste a las exigencias del Texto supremo en ese sentido, lo que, a mi juicio determinó, aun estando formalmente vigente, su inconstitucionalidad, ilegalidad o, sencillamente, su desfase en muchos aspectos, siendo superadas la mayor parte de sus disposiciones por la negociación colectiva en el ámbito del Ministerio de Defensa primero y, después, por los distintos convenios colectivos únicos para el personal laboral de la Administración General del Estado⁷⁵, resultando realmente significativo que actualmente

⁷³ STSJ de Andalucía, Málaga (Sala de lo Social) n.º 1006/1996, de 19 de julio, FJ 2º.

⁷⁴ *Vid.* arts. 3.1, 73.1 y 4, 81.2, 83.1, 98.4 o DA 1ª.

⁷⁵ Dice en ese sentido Jiménez Rojas que «la trayectoria que ha venido describiendo la normativa laboral común desde los años ochenta del siglo pasado —las sucesivas y profundas modificaciones en el ET y en sus normas de desarrollo—, ha terminado penetrando en la coraza inmovilista diseñada por la última Reglamentación de Trabajo dirigida al personal laboral de los Establecimientos militares, el R.D. 2205/80, a fuerza naturalmente de acumular “desfases”, cada vez mayores, entre las condiciones de trabajo experimentadas

ha desaparecido la norma con rango de ley que habilitaba la regulación de las condiciones de trabajo de dicho personal⁷⁶, y ello sin perjuicio de las referencias de las distintas normas sectoriales posteriores a las disposiciones específicas en el ámbito de la Administración militar, que sí podemos entender efectuadas a la vigente norma reglamentaria aprobada en 1980, lo que, en mi opinión, nos da la medida de las escasas peculiaridades afectantes al personal laboral (y, en general, al personal civil) en este sector de la Administración Pública.⁷⁷

por la relación laboral ordinaria de los trabajadores del ámbito civil, y la específica desarrollada en el espacio de estos acuartelamientos, por cierto —y afortunadamente— cada vez con menos “materia gruesa” que pueda llamarse peculiar». JIMÉNEZ ROJAS, F., «El personal laboral adscrito a los establecimientos militares: evolución de la aplicabilidad normativa», Premios Defensa 2013, Trabajos seleccionados «Premio José Francisco de Querol y Lombardero», p. 2. Accesible en http://www.portalcultura.mde.es/actividades/premios/defensa/2013/Trabajos_Seleccionados/Querol/TrabajSeleccModQuerol.html Enlace consultado por última vez el 6 de abril de 2016 (11:55 horas). Añade además el autor que «la inmensa mayoría de los preceptos normativos contenidos el RD 2205/1980 [...] resultarían de dudosa aplicación en términos constitucionales, razón por la cual [...] vienen siendo ampliamente obviados por la realidad jurídico-negocial desde hace tiempo». *Ibidem.*, p. 13. El primer Convenio Colectivo para el personal laboral del Ministerio de Defensa fue publicado mediante Resolución de 2 de agosto de 1984, de la Dirección General de Trabajo (BOE n.º 207, de 29 de agosto). Le sucedieron los publicados en virtud de Resoluciones de 31 de julio de 1986 (BOE n.º 200, de 21 de agosto); de 16 de enero de 1991 (BOE n.º 15, de 17 de enero) y de 23 de junio de 1992 (BOE n.º 157, de 1 de julio). El primer Convenio Colectivo único para el personal laboral de la Administración General del Estado fue publicado en virtud de Resolución de 24 de noviembre de 1998, de la Dirección General de Trabajo (BOE n.º 287, de 1 de diciembre). Le sucedieron los publicados por Resoluciones de 10 de octubre de 2006 (BOE n.º 246, de 14 de octubre) y 3 de noviembre de 2009 (BOE n.º 273, de 12 de noviembre).

⁷⁶ Así, la habilitación contemplada en el Estatuto de los trabajadores de 1980 (Ley 8/1980, de 10 de marzo) ya no se reitera en el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo o el vigente Real Decreto Legislativo 2/2015.

⁷⁷ Entre algunas de las especialidades que hasta hace muy poco tiempo eran dignas de mención en relación al personal laboral en la Administración militar podemos referir el régimen de sus reclamaciones previas a la interposición de la vía judicial laboral, cuestión en la que el ya derogado art. 126 de la Ley 30/1992 remitía a *sus disposiciones específicas*, que quedarían comprendidas en lo que el Real Decreto 2205/1980, llama la vía administrativa en materia laboral (arts. 72 y 73), evidentemente superada, llegándose a distinguir las resoluciones firmes de la Administración militar que se hayan dictado con el carácter de Autoridad Laboral; aunque sí se venía aplicando, no obstante, el plazo de 20 días para la interposición de la reclamación previa a la vía jurisdiccional social. Estas disquisiciones carecen de sentido práctico alguno con la entrada en vigor de la nueva Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, norma que «no contempla ya las reclamaciones previas en vía civil y laboral, debido a la escasa utilidad práctica que han demostrado hasta la fecha y que, de este modo, quedan suprimidas». (apartado V del preámbulo). Sí podemos entender subsistentes igualmente ciertas especialidades en materia de inspección de trabajo y seguridad social. Ya el antiguo Reglamento de Inspección de Trabajo, aprobado por el Decreto 2122/1971, de 25 de julio, en su artículo 4.1 excluía del ámbito de actuación de la Inspección los Centros y Estable-

Por otra parte, la aprobación de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de medidas para la reforma de la Función Pública supuso igualmente un hito fundamental en la reducción de especialidades carentes de justificación, y en ese sentido, la mayor parte de los funcionarios civiles al servicio de la Administración militar, quedaron integrados en los respectivos Cuerpos de la Administración Civil del Estado que se crearon a partir de la nueva norma.⁷⁸

Asimismo, de acuerdo con la redacción dada en 1984 al art. 18 de la Ley de medidas de reforma de la función pública, así como de su disposi-

cimientos Militares. Tal decreto ha sido derogado por el Real Decreto 138/2000, de 4 de febrero, por el que se aprueba el vigente Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad social (Disposición Derogatoria Única). Sin embargo, el artículo 2.2 del mismo, en su segundo párrafo, mantiene el mismo criterio, al expresar que «los centros de trabajo, establecimientos, locales e instalaciones cuya vigilancia esté legalmente atribuida a otros órganos de las Administraciones públicas, así como los centros de trabajo y establecimientos militares dependientes de la Administración militar, quedan exceptuados del ámbito material de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social y continuarán rigiéndose por su normativa específica, sin perjuicio de la competencia de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en las materias no afectadas por la misma». Mantiene dicho sistema igualmente, el art. 19.2 (bajo la rúbrica *Ámbito de actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social*) de la vigente Ley 23/2015, de 21 de julio, Ordenadora del Sistema de Inspección de Trabajo y Seguridad Social. De esta forma, según el art. 75.4 del Real Decreto 2205/1980, corresponde a la Sección Laboral de los cuarteles generales de los ejércitos y la Armada (actualmente, la sección laboral adscrita a la Subdirección general de personal civil del Ministerio de Defensa) «la inspección respecto de la aplicación y cumplimiento de las disposiciones legales en materia de condiciones de trabajo, Higiene y Seguridad en el mismo, pudiendo realizar, por propia iniciativa o a virtud de petición o denuncia las visitas necesarias».

⁷⁸ Así, con la nueva Ley de medidas de 1984 se crea el Cuerpo General Administrativo de la Administración del Estado, en que se integran los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos General Administrativo de la Administración Civil del Estado; Administrativo de Seguridad y General Administrativo de la Administración Militar; el Cuerpo General Auxiliar de la Administración del Estado, en el que se integran los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos General Auxiliar de la Administración Civil del Estado; Auxiliar de Seguridad y General Auxiliar de la Administración Militar; Cuerpo General Subalterno de la Administración del Estado, en el que se integran los funcionarios pertenecientes a los Cuerpos General Subalterno de la Administración Civil del Estado y General Subalterno de la Administración Militar y el Cuerpo de Mecánicos Conductores del Ministerio de Defensa, en el que se integran los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Mecánicos Conductores del Ejército y el Cuerpo de Mecánicos Conductores de la Armada. (DA 9^a). El proceso, sin embargo, ya se había iniciado con la Ley 37/1979, de 19 de noviembre, de integración de los funcionarios del Cuerpo Auxiliar de la Administración Militar en el Cuerpo General Administrativo. El régimen de los antiguos cuerpos de funcionarios civiles se regulaba en la Ley 103/1966, de 28 de diciembre, para adaptar los preceptos de la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado a los funcionarios civiles de la Administración Militar y en el Decreto 703/1976, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Funcionarios Civiles al servicio de la Administración Militar.

ción final segunda, surge la primera oferta de empleo público en España, aprobada mediante el Real Decreto 152/1985, de 6 de febrero, que, frente a la situación anterior, obliga a dar publicidad necesariamente a todas las plazas dotadas presupuestariamente que se hallen vacantes, e indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes.

Debemos, así, aclarar en este sentido, pues, que, pese a la dicotomía Administración civil-Administración militar, las diferencias que aquí se estudian entre ambas, fundamentalmente organizativas y procedimentales, ya no parecen afectar, por otra parte, a la movilidad del personal civil, puesto que, como venimos diciendo, y pese a la aprobación por separado de las distintas ofertas de empleo público⁷⁹, existen puestos en la estructura del Ministerio de Defensa (incluso de las UCOs de las Fuerzas Armadas) previstos para su cobertura por personal funcionario o laboral de las Administraciones Públicas que reúna las condiciones exigidas (grupo o categoría profesional) en la correspondiente provisión de puestos de trabajo⁸⁰, y ello, sin perjuicio, claro, de los altos cargos o titulares de los órganos

⁷⁹ Así, además de la oferta de empleo público anual, que incluye las plazas autorizadas para la Administración General del Estado, se aprueban, mediante sendos reales decretos, una específica para la Policía Nacional; otra, para el Cuerpo de la Guardia Civil; y, finalmente, una cuarta, para las Fuerzas Armadas y Escala Superior de Oficiales de la Guardia Civil.

⁸⁰ *Vid.* en tal sentido el Capítulo III (*Provisión de puestos de trabajo y movilidad*) del Título V del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP). De esta forma, el concurso es el procedimiento normal de provisión de puestos de trabajo del personal funcionario de carrera de cada Administración (art. 79 EBEP). En cuanto a la provisión de puestos y movilidad del personal laboral se realizará de conformidad con lo que establezcan los convenios colectivos que sean de aplicación y, en su defecto por el sistema de provisión de puestos y movilidad del personal funcionario de carrera (art. 83 EBEP). Debemos, así, en el caso de la Administración General del Estado atender al Capítulo VI (*Sistema de promoción de vacantes y promoción*) del III Convenio Único para el personal laboral de la Administración General del Estado. Hemos de destacar particularmente al respecto las previsiones del art. 28.3 del Convenio único que prescribe que «[I]os sistemas de provisión previstos en este artículo, serán interdepartamentales y tenderán a armonizar las expectativas de promoción de los trabajadores con las necesidades organizativas de la Administración», difuminando así de forma notoria las fronteras entre la Administración civil y la *militar*, a lo que debemos añadir las previsiones del art. 32.2, que prevé incluso la movilidad entre Administraciones Públicas. Para el funcionario de carrera que, en virtud de los procesos de transferencias o por los procedimientos de provisión de puestos de trabajo, obtengan destino en una Administración Pública distinta, y ejerzan así esa «movilidad», ello implica su pase a una situación administrativa distinta en su administración de origen: la situación de servicio en otras Administraciones Públicas (art. 88 EBEP).

directivos del ministerio⁸¹, que también pueden ser provistos por militares en activo, siempre que así se determine en las correspondientes relaciones de puestos militares o de puestos de trabajo. (art. 99.1 en relación con el 108.1 LCM)⁸².

5.2. BREVE ESBOZO SOBRE EL PECULIAR ESTATUTO DEL PERSONAL MILITAR

Evidentemente, no podemos olvidarnos de los servidores públicos que legalmente tienen atribuida, en cumplimiento de las misiones que les atribuye a las FAS el art. 8 CE, una parte del poder coactivo del

⁸¹ De esta forma, como en cualquier otro departamento ministerial, las personas titulares de la Subsecretaría, de la Secretaría General Técnica, de una dirección o subdirección general han de reunir la condición de funcionario de carrera del Estado, de las comunidades autónomas o de las Entidades locales, pertenecientes al Subgrupo A1, a que se refiere el Estatuto Básico del Empleado Público. (arts. 63.3, 65.3, 66.2 y 67.2). Para el nombramiento de directores generales se contempla en el art. 66.2 de la nueva Ley 40/2015, al igual que en su precedente normativo ubicado en el art. 18.2 de la Ley 6/1997 (LOFAGE), que el Real Decreto de estructura permita que, en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario, debiendo motivarse mediante memoria razonada la concurrencia de las especiales características que justifiquen esa circunstancia excepcional. Dichas previsiones se han utilizado, en el ámbito del Ministerio de Defensa, por la DA 8ª del Real Decreto 454/2012, de 5 de marzo, por el que se desarrolla su estructura orgánica básica, de forma que no será preciso que el titular de la Dirección General de Infraestructura ostente la condición de funcionario, en atención a las características específicas de dicha dirección general. Además, debe resaltarse que, a la posibilidad apuntada de que altos cargos o titulares de los órganos directivos del Ministerio sean provistos por militares en activo, siempre que así se determine en las correspondientes relaciones de puestos militares o de puestos de trabajo, debe añadirse que, aunque ya se venía efectuando tal interpretación, de acuerdo con la nueva Ley 40/2015, del sector público, las referencias que en los artículos 63, 65, 66 y 67 de esta ley —a cuyos requisitos acabamos de aludir— se realizan a los funcionarios de carrera pertenecientes al Subgrupo A1 comprenderán al personal militar de las Fuerzas Armadas perteneciente a cuerpos y escalas con una categoría equivalente a aquella (DA 15ª), de tal forma que se confirma (ahora expresamente) que los militares de carrera pertenecientes a dicha categoría podrán ser nombrados para tales puestos directivos de un departamento ministerial, aunque obviamente, en este caso, previo pase a la situación administrativa de servicios especiales. [art. 109.1 a) LCM 2007].

⁸² A ello debemos añadir que el militar en situación de servicio activo también podrá ocupar cargos y destinos en la Presidencia del Gobierno y, en el caso de que se trate de puestos orgánicos relacionados con seguridad y defensa, en organizaciones internacionales o en otros departamentos ministeriales, pudiendo ser nombrado, asimismo, para ocupar cargos o destinos en la Casa de Su Majestad el Rey, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 65.2 de la Constitución (art. 99, apartados 2 y 3 LCM). Muestra de lo anterior es la disposición adicional segunda de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil, que prevé que los militares de carrera de las Fuerzas Armadas podrán ocupar determinados destinos en la Guardia Civil, en función de los cometidos y facultades del Cuerpo y escala a que pertenezcan.

Estado, y que conforman en su gran parte la relación de puestos militares de las unidades, centros y organismos de las Fuerzas Armadas y del resto del departamento, pero que también pueden prestar servicios en la estructura de otros departamentos ministeriales, e incluso de otras Administraciones⁸³: el personal militar.

El *status* de los militares conlleva una considerable restricción de sus derechos fundamentales (DDFF), de forma que, además de los límites que expresamente figuran en el texto constitucional (véanse los arts. 25.3, 28.1, 29.2 o 70.1), por Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas ha visto la luz un auténtico estatuto integral de los derechos fundamentales de los militares de las Fuerzas Armadas, que ahora sí define claramente, frente a la defectuosa técnica existente hasta el momento de configurar los DDFF de los militares mediante las leyes penales y disciplinarias, el objeto, contenido y límites de los mismos, y ello teniendo en cuenta los valores y principios propios de la institución castrense en la estricta medida en que resulten necesarios para el cumplimiento por las Fuerzas Armadas de las misiones constitucionalmente asignadas por el art. 8 CE y que, por ello, se alzan como bienes constitucionalmente protegidos, tales como la disciplina y la neutralidad política (art. 6.1, reglas octava y novena, así como art. 7 de la Ley Orgánica 9/2011).

El singular estatuto militar supone además una específica ley de régimen de personal, esto es, la Ley 39/2007, de la carrera militar, así como la sumisión a un específico punitivo, que se residencia en el Código Penal Militar (Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre) y en la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas (LORDFAS), norma que permite, conforme a la habilitación efectuada *a sensu contrario* por el art. 25.3 CE, la imposición de sanciones privativas de libertad por las autoridades y mandos con potestad disciplinaria integrantes de la Administración militar.

A ello hemos de añadir el peculiar régimen de la Guardia Civil, instituto armado de naturaleza militar, que depende del Ministro del Interior en el desempeño de las funciones que se le atribuyen por la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, y del ministro

⁸³ De esta forma, por Ley 15/2014, de 16 de septiembre se reforma la Ley 39/2007, de la carrera militar, para crear una nueva situación administrativa del militar, a saber, la de servicios en la Administración civil [art. 107.1 g) y 113 bis LCM 2007]. *Vid.* además nota anterior.

de Defensa en el cumplimiento de las misiones de carácter militar que se le encomienden (art. 23 de la LODN)⁸⁴.

Como podemos ver con más detalle en otro lugar, sobre el militar se cierne un conjunto de restricciones a sus derechos, fundamentales o no, que acaba conformando una intensa relación especial de sujeción que proyecta sus efectos de forma permanente y los extiende tanto a las actividades del militar en acto de servicio cuanto a las realizadas fuera del mismo y hasta las propias de su vida íntima o privada, con la consiguiente limitación de los diversos derechos propios de ese ámbito⁸⁵.

Al señalado régimen penal y disciplinario propio del ámbito castrense, de cuya aplicación se derivan asimismo severas consecuencias administrativas en la carrera del militar, se une un sistema de evaluación permanente que permite un fuerte control por parte de la Administración respecto al profesional en cuanto a la progresión en su carrera así como para comprobar la existencia de insuficiencia de facultades profesionales o de condiciones psicofísicas (art. 85 LCM), pudiendo determinar así todo ello que la carencia o pérdida sobrevenida de alguna de las aptitudes o —como hemos visto— incluso virtudes configuradoras de la profesión militar suponga el

⁸⁴ Pese a la condición militar de sus miembros, ratificada en el art. 3.1 de la Ley 29/2014, de 28 de noviembre, de Régimen del Personal de la Guardia Civil así como en el art. 1.1 de la Ley Orgánica 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil, el cuerpo se caracteriza por un específico régimen disciplinario aplicable en el ámbito de sus misiones policiales (que ha de deslindarse de los supuestos en que a sus miembros les resulta de aplicación el propio de las Fuerzas Armadas), así como por peculiaridades en la aplicación del Código penal castrense. De esta forma, la Ley Orgánica de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas se aplicará al personal de la Guardia Civil cuando actúe en misiones de carácter militar o integrado en unidades militares, de conformidad con lo dispuesto en la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil. También será de aplicación al personal de la Guardia Civil durante su fase de formación militar como alumno en centros docentes de formación de las Fuerzas Armadas. (Disposición adicional quinta LORDFAS 2014). La citada DA 6ª de la Ley Orgánica 12/2007, proporciona una nueva redacción en tal sentido al art. 15 de Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Similares criterios se establecen asimismo en cuanto a la aplicación de la legislación penal castrense a los miembros del citado instituto armado en el art. 1, apartados 4 y 5 del nuevo Código Penal Militar (Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre), consagrando así la jurisprudencia de la Sala Quinta y Sala de Conflictos del Tribunal Supremo sobre el derogado art. 7 bis CPM 1985, de forma que el miembro de la Guardia Civil, como militar, puede incurrir en aquellas figuras de dicha ley penal especial que protegen bienes típicamente castrenses como la disciplina, la jerarquía, la cohesión interna de la institución militar o el cumplimiento de deberes esenciales no encuadrables en los servicios «policiales».

⁸⁵ FERNÁNDEZ GARCÍA, I., «La sujeción especial del militar tras la nueva Ley Orgánica de derechos y deberes», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 102, septiembre-diciembre 2014, pp. 138-146.

fin de su trayectoria en las Fuerzas Armadas, bien a consecuencia de un expediente disciplinario o, simplemente, administrativo, en desarrollo de las previsiones de la Ley de la Carrera Militar, lo que basta para caracterizar una cerrada e intensa relación especial de sujeción en el ámbito castrense⁸⁶.

Con esos parámetros, ya podemos aventurar que las normas que regulan el régimen jurídico-administrativo de este personal no son las establecidas con carácter general para el resto de la función pública, quedando así excluidos de la aplicación directa del Estatuto básico del empleado público⁸⁷.

⁸⁶ Cabe aquí traer a colación la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 9ª), de 11 de diciembre de 2008 (Recurso n.º 202/2006), en la que se fiscalizaba un expediente extraordinario de pérdida de la condición de alumno de un centro docente militar, al amparo del art. 83.1 c) de la Ley 17/1999, de Régimen del Personal de las Fuerzas Armadas, en relación con el art. 70.1 c) de dicha norma, a saber, carencia de las virtudes militares recogidas en las Reales Ordenanzas para las Fuerzas Armadas. Este supuesto, ligeramente modificado, aparece ahora en el art. 71.2 c) LCM 2007, esto es, «[c]arencia de las cualidades en relación con los principios constitucionales y las reglas de comportamiento del militar a los que se refiere el artículo 64.1.d) y f) acreditada en expediente personal extraordinario, mediante resolución motivada y previa audiencia del interesado». Pues bien, declara la indicada resolución que «en lo que se contrae al supuesto objeto de este proceso se advierte con evidencia que *la pérdida de la condición de alumno de un centro de enseñanza militar*, además de poder revestir carácter punitivo o retributivo, dispone de otra justificación completamente ajena a la sancionadora, puesto que *también es el resultado adecuado y plenamente proporcionado ante la comprobación de que el alumno carece de las aptitudes básicas que exige la condición de militar. Estas aptitudes se despliegan en el aspecto psicofísico, intelectual y de los valores, por cuyo motivo la insuficiencia de condiciones psicofísicas, la no superación de las pruebas de los planes de estudios y la carencia de las virtudes militares elementales están igualmente configuradas como causas de la baja en los centros de formación*». (FJ 3º). La cursiva es mía. Culmina la resolución advirtiendo en su FJ 4º que «[s]in duda el consumo de drogas y la reiteración de infracciones son actos que pueden ser considerados contrarios a las virtudes militares en cuanto suponen el incumplimiento de obligaciones que pesan sobre el interesado en su faceta de militar. Asimismo, el mal resultado en los estudios y la mala conducta pueden igualmente ser tenidos en cuenta en trance de juzgar sobre las aptitudes militares del alumno».

⁸⁷ Art. 4 d) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público. Y ello, pese a que sí, coincidiendo en esto con Parada Vázquez, debamos atribuirle al militar (de carrera), y aun admitiendo las singularidades de su régimen jurídico, la condición de funcionario. Dice este autor que «[l]as peculiaridades del régimen jurídico de la profesión militar son las propias de un rígido sistema cerrado de función pública con la estructuración en grados personales jerarquizados, típica en todos los Ejércitos [...] En todo caso se observa en la Administración militar, y concretamente en el Ministerio de Defensa, un cierto contagio de las técnicas de clasificación de puestos de trabajo y de retribución de la función pública civil, y que en su aplicación al ámbito castrense aparecen como injertos patológicos dentro del sistema de grados jerárquicos y disciplina que le es consustancial». PARADA VÁZQUEZ, R. *Derecho Administrativo II, Organización y empleo público*, 13.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1999, pp. 436-437. Igualmente, CARRIÓN MOYANO, E., «El militar como funcionario público», en *Revista Española de Derecho Militar*, n.º 18, julio-diciembre 1964, Instituto Francisco de Vitoria, Madrid, pp. 40 y 41.

Aunque admitamos, como admitimos, que dichos principios u organización —constitucionalmente fundamentados— sirvan para admitir diferencias de regímenes jurídicos, las mismas deben obedecer, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, a una justificación objetiva y razonable sin que la misma peculiaridad de la institución militar justifique por sí sola un trato diferente con el resto de los ciudadanos y particularmente con los demás servidores públicos⁸⁸. Coincidimos esencialmente con Cotino cuando afirma que «[e]sta justificación simple y general de la singularidad de la institución militar u otras referencias a los específicos caracteres de lo militar supone, básicamente, un argumento tautológico, en otras palabras, *se justifica un diferente trato a lo militar porque las FAS son diferentes*»⁸⁹.

No obstante, deben saludarse los pasos que el legislador va dando hacia una homologación cada vez mayor, aunque muy lenta, con el estatuto del resto de empleados de la Administración Pública⁹⁰.

⁸⁸ Por lo que respecta a las diferencias retributivas con la función pública civil, se ofrece una sólida justificación jurisprudencial en la STS, Sala 3.ª, de fecha 9 de abril de 1999, por la que se desestima el recurso en el que se impugnaban directamente determinados preceptos del Real Decreto 1844/1996, en cuestión por miembros de las Fuerzas Armadas con destino en el Ministerio de Defensa, y ello en relación con determinados complementos retributivos. En el mismo sentido, SSTSJ de Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 30 de marzo (Rec. N.º 1189/1998) y 17 de mayo de 2002 (Rec. N.º 1149/1998) y STSJ de Canarias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, de 22 de octubre (Rec. N.º 706/1999). En esta última resolución se invoca, para eludir la comparación con el régimen retributivo de la función pública civil, la entonces vigente disposición final tercera de la Ley 17/1989, de 19 de julio, Reguladora del Régimen del Personal Militar Profesional, que equiparaba el sistema retributivo de los miembros de las Fuerzas Armadas al de los funcionarios civiles de la Administración del Estado, pero permitiendo su adaptación a la estructura jerarquizada de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos que tienen asignados, por lo que se trata, según la sentencia, solamente de un principio general de igualdad, que no impide las distinciones que nacen de la evolución de sus respectivos sistemas retributivos. (FJ 6º).

⁸⁹ COTINO HUESO, L., «La singularidad militar y el principio de igualdad: las posibilidades de este binomio ante las Fuerzas Armadas Españolas del siglo XXI», en *CEC*, Madrid, 2000, p. 47. La cursiva es del autor.

⁹⁰ *Ad. ex.*, baste citar el esfuerzo de la Ley de la carrera militar de 2007 por homogeneizar la situación administrativa de los militares a la del resto de funcionarios públicos cuando deciden ejercitar el derecho de sufragio pasivo [art. 109.1 d)]. Igualmente, el acercamiento con el EBEP puede comprobarse, respecto a los tiempos mínimos de servicios para poder obtener la excedencia voluntaria por interés particular, en el art. 27 del Real Decreto 1111/2015, de 11 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de adquisición y pérdida de la condición de militar y situaciones administrativas de los militares profesionales, así como en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral (criterios del art. 6.2 LCM 2007 y 22.2 de la Ley Orgánica 9/2011, de derechos y deberes de los miembros de las FAS, aunque muy matizados por la nueva la Orden DEF/253/2015, de 9 de febrero, por la que se regula el régimen de vacaciones, permisos, reducciones de jornada y licencias de los miembros de las Fuerzas Armadas). En cuanto al régimen retributivo, el art. 25 de la Ley Orgánica 9/2011, de 27 de julio, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

Llegado a este momento, no parece difícil convenir en que la Administración General del Estado, en la que se inserta la llamada Administración militar —y de la que a su vez forman parte las Fuerzas Armadas—, está organizada en una misma estructura a las órdenes del Gobierno, que actúa con personalidad jurídica única, y cuya actividad está sometida sin excepciones al control de legalidad de los órganos jurisdiccionales, sin que, de esta forma, ni siquiera en lo relativo a la actuación administrativa vinculada a la prestación del servicio en el ámbito castrense, los artículos 24 y 106 de la Constitución permitan ya ningún tipo de cautelas, salvaguardas o inmunidades impropias de un Estado cuya Constitución proclama en el preámbulo su voluntad de consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley.

Las singularidades a los que nos hemos referido en el presente trabajo, y que resulta posible distinguir en el ámbito administrativo propio del Ministerio de Defensa en los distintos aspectos organizativos, procedimentales o en materia de personal constituyen de esta forma una excepción que confirma la regla, incluso teniendo en cuenta los principios configuradores de las Fuerzas Armadas y de la propia profesión militar.

Armadas establece, de forma similar a las Leyes 17/1989 y 17/1999, reguladoras ambas del régimen de personal de las Fuerzas Armadas, que «[e]l sistema retributivo de los militares, incluidas las retribuciones diferidas, y el régimen de indemnizaciones por razón del servicio son los de los funcionarios civiles de la Administración General del Estado adaptados a las características de las Fuerzas Armadas, a las peculiaridades de la carrera militar y a la singularidad de los cometidos y funciones que tienen asignados». Son esas peculiaridades todavía persistentes, y a las que nos referíamos en la nota 88, las que determinan un específico reglamento de retribuciones, actualmente el aprobado por Real Decreto 1314/2005, de 4 de noviembre. Ese intento de adaptación a la función pública civil podemos remontarlo, al menos, al Real Decreto-Ley 22/1977, de 30 de marzo, de reforma de la legislación sobre funcionarios de la Administración Civil del Estado y personal militar de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, así como a la Ley 20/1984, de 15 de junio, de Retribuciones del Personal de las Fuerzas Armadas. La primera de estas dos últimas normas ya sentó las bases en su DF 11^a para la regulación reglamentaria del régimen de incompatibilidades del personal militar en servicio activo, que quedó finalmente dentro del ámbito de aplicación de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre, de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas, desarrollada por el Real Decreto 517/1986, de 21 de febrero, de incompatibilidades del personal militar. Por último, al personal militar les resulta de aplicación un régimen especial de seguridad social, actualmente regulado en el Real Decreto Legislativo 1/2000, de 9 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Seguridad Social de las Fuerzas Armadas. Como curiosidad no desdeñable, decir que este régimen resulta de aplicación a «[l]os *funcionarios civiles de Cuerpos adscritos al Ministerio de Defensa* que no hayan ejercido la opción de incorporarse al Régimen Especial de Seguridad Social de los Funcionarios Civiles del Estado, así como, en su caso, [a] los funcionarios en prácticas para el ingreso en dichos Cuerpos». [art. 3.1 f)].

Isidro Fernández García

Así, como afirma categóricamente la STC 123/1988, de 23 de junio, las particularidades que poseen las Fuerzas Armadas no excluyen su carácter de Administración Pública.

EL DERECHO MILITAR EN LOS PLANES DE ESTUDIO DEL MÁSTER EN ABOGACÍA

Francisco José García Salas
Abogado

SUMARIO:

1.- Introducción. 2.- El derecho militar en los planes de estudio del máster en abogacía. 2.1.- Introducción. 2.2.- Universidades públicas que no imparten el máster oficial en abogacía. 2.2.1.-Andalucía, Cataluña, Madrid, Comunidad Valenciana y Región de Murcia. 2.2.2.- Resto de comunidades. 2.3.- Universidades privadas que no imparten el máster oficial en abogacía. 2.3.1.- Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla y León, Madrid y País Vasco. 2.3.2.- Resto de comunidades autónomas. 2.4.- Universidades públicas que imparten el máster en abogacía. 2.4.1.- Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Islas Baleares, País Vasco, Castilla y León, Madrid, Comunidad Foral de Navarra, Comunidad Valenciana, Principado de Asturias. 2.4.2.- Región de Murcia. 2.5.- Universidades Privadas que imparten el máster oficial en abogacía. 2.5.1.- Andalucía, Cataluña, La Rioja, País Vasco y Castilla y León. 2.5.2.- Madrid. 2.5.3.- Comunidad Foral de Navarra, Comunidad Valenciana y Región de Murcia. 3.- El derecho militar y la universidad. 3.1.- Universidad Complutense de Madrid. 3.2.- Universidad Politécnica de Madrid. 3.3.- Universidad de Salamanca. 3.4.- Universidad de Santiago de Compostela. 3.5.- Universidad Rey Juan Carlos. 3.6.- Otras instituciones universitarias. 3.6.1.- Universidad de Granada. 3.6.2.- El Instituto Universitario Gutiérrez Mellado. 3.6.3.- Otros centros universitarios. 4.- Conclusiones. 5.-Anexos. 5.1.- Bibliografía. 5.2.- Disposiciones normativas.- 5.3.- Documentos. 5.4.- Recursos electrónicos y páginas webs.

1. INTRODUCCIÓN

La formación ha sido desde siempre una preocupación de la sociedad en general, y del legislador en particular; los abogados, en esa misma línea, también se han preocupado por la formación, sobre todo de los profesionales más jóvenes, o de los que se inician en el mundo profesional de la abogacía; la solución adoptada por este colectivo en España, se articuló a través de la «pasantía»¹, en la que los juristas que querían ejercer la profesión, realizaban un período de prácticas, cuyo control y revisión correspondía al abogado titular del despacho, para posteriormente, incorporarse al mercado laboral, bajo cualquiera de las modalidades existentes.

La profesión ha evolucionado muchísimo en los últimos años², y no han sido pocas las voces, y desde diversos sectores³, que han pedido una regulación de esta profesión, desde 1917⁴ hasta la actualidad⁵, especialmente en la última década del siglo xx⁶.

El motivo para regular esta profesión, desde el punto de vista institucional, era la formación con la que los abogados accedían a desarrollar su profesión⁷, puesto que para ejercer como tal, tan solo se requería estar en posesión del título de licenciado en derecho y darse de alta en un colegio de abogados, a diferencia de los países de nuestro entorno⁸ que exigían a

¹ Cfr. CALVO BABIO, F. (2008), «El acceso a la profesión de abogado», *De profesión ABOGADO. Guía práctica para el ejercicio de la Abogacía*, Ed. La Ley, Madrid, cit. p. 49.

² Vid. CARNICER DIEZ, CARLOS, entrevista realizada en octubre de 2011, por CRISTINA GALLARDO, y publicada en *Revista Iuris*, núm. 164, Madrid, 2011, cit. p. 18.

³ Vid. PONCE SOLÉ, J. (2011), «La inminente entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre: Un cambio histórico en el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales», *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 6, octubre, Ed. Aranzadi, Navarra, cit. p. 187

⁴ *Ibidem*.

⁵ «En la X Conferencia de Decanos y Decanas de las Facultades de Derecho de las Universidades Españolas, celebradas en Vigo el 28 de junio de 2004, se puso de manifiesto la necesidad y urgencia de regular el acceso a la profesión de Abogado, añadiendo que el modelo debía contemplar la superación de curso de contenido práctico, haciendo referencia complementaria a la posibilidad de una prueba objetiva final», Vid. SEMPERE NAVARRO, A. V., y ARETA MARTÍNEZ, M. (2008), *Gestión práctica de la relación laboral especial de la abogacía (Estudio práctico del Real Decreto 1331/2006 y las Leyes 34/2006, 2/2007 y 20/2007)*, Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra, cit. p. 41.

⁶ Entre otros, se puede destacar el Libro Blanco de la Justicia, del Consejo General del poder Judicial, elaborado en 1997.

⁷ Cfr. SÁNCHEZ JUAN, R. (2012), «El acceso al ejercicio de la abogacía: la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y Procurador de los Tribunales», *El trabajo profesional de los abogados*, Coord. Ángel Blasco Pellicer, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, cit. p. 293.

⁸ Vid. VIELBA ESCOBAR, C. (2009), «El acceso a las profesiones de abogado y procurador tras la Ley 34/2006», *Revista Jurídica de Canarias*, n.º 13, abril, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 22 y ss.; también TOMÁS MARTÍNEZ, G. (2009), «El futuro de la

sus titulados diversas pruebas, tanto teóricas como prácticas, para poder ejercer la profesión; esta asincronía en la forma de acceder, dejó en entredicho la labor de estos profesionales de la justicia. No obstante, esta versión oficial fue rechazada por el colectivo, al considerar que la amplia mayoría de los letrados en ejercicio tenían una sólida formación teórico-práctico,⁹ a pesar de no exigírseles ningún tipo de prueba oficial.

Finalmente, en este tenso contexto formativo-profesional, hace casi diez años se promulgó la polémica¹⁰ Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales¹¹; la fundamentación de esta norma era, según su propia exposición de motivos, una «exigencia derivada de los artículos 17.3 y 24 de la Constitución: estos profesionales son colaboradores fundamentales en la impartición de justicia, y la calidad del servicio que prestan redundan directamente en la tutela judicial efectiva que nuestra Constitución garantiza a la ciudadanía», aunque dicha exigencia ha sido criticada por la doctrina¹². No obstante lo anterior, esta norma se configuró como una ley de bases¹³, puesto que tuvo que ser desarrollada ulteriormente a través del Real Decreto 775/2011, de 3 de junio¹⁴, para poder conocer un poco más la configuración del nuevo sistema de acceso¹⁵.

La norma reglamentaria establece, entre las competencias a adquirir por los estudiantes, que para la profesión de abogado será necesario desarrollar y aplicar los conocimientos jurídicos a los intereses encomendados

formación inicial de la abogacía en el nuevo marco profesional y académico», en *Diario La Ley*, núm. 7227, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, cit. p. 1, o VERDERA SERVER, R. y PALAO GIL, J. (2014), «El máster en abogacía y la formación de los letrados a raíz de la Ley 34/2006, de acceso a la profesión: reflexiones y propuestas», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 15, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 72.

⁹ Vid. VIELBA ESCOBAR, C. (2009), «El acceso a las profesiones de abogado...», óp. cit. p. 31.

¹⁰ Cfr. SANJUÁN GARCÍA, P. (2011), «La Ley de Acceso: cinco años de vacatio y polémica», en *Lex Nova la revista*, núm. 65, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 20 y ss.

¹¹ Vid. BOE núm. 260, de 31 de octubre de 2006, pp. 37743 y ss.

¹² Vid. SÁNCHEZ JUAN, R. (2012), «El acceso al ejercicio de la abogacía... óp. cit. p. 294.

¹³ Vid. SÁNCHEZ JUAN, R. (2012), «El acceso al ejercicio de la abogacía... óp. cit. p. 292.

¹⁴ Vid. BOE núm. 143, de 16 de junio de 2011, pp. 61762 y ss.

¹⁵ La regulación para el ejercicio de las profesiones de abogado y procurador ha resultado compleja, puesto que no es hasta la Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo, por la que se convoca la prueba de evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de abogado para el año 2014 (BOE núm. 65 de 17 de marzo, de 2014, pp. 23528 y ss.), cuando se conoce por primera vez el temario exacto sobre el que va a versar el examen de Estado, es decir, la configuración de los planes de estudio del máster en abogacía de cada una de las universidades, se realizó atendiendo a los criterios que entendieron oportunos, de acuerdo con las directrices de los correspondientes colegios de abogados, y en base a la generalidad que ofrecía la ley y el reglamento de desarrollo.

ante los tribunales, autoridades públicas,... «conocer y ser capaz de integrar la defensa de los derechos de los clientes en el marco de los sistemas de la tutela jurisdiccionales nacionales e internacionales»¹⁶, desarrollar la estrategia procesal adecuada dependiendo de «las exigencias de los distintos ámbitos de la práctica profesional»¹⁷,... es decir, en definitiva la ley le está encomendando a ese futuro profesional, «la defensa de derechos e intereses públicos o privados, mediante la aplicación de la ciencia y la técnica jurídica [...]»¹⁸; de hecho, para autores como ADÁN DOMÈNECH, entre los objetivos formativos del máster, se encuentran entre otros, el «elegir, en su caso, la acción judicial adecuada para resolver el caso, [o] conocer y aplicar las técnicas, tácticas y estrategias que les permita dirigir, seguir y resolver cualquier asunto jurídico, tanto judicial como extrajudicial»¹⁹.

Se entiende que la defensa de los derechos e intereses de los ciudadanos, se extiende a todos los órdenes jurisdiccionales, y ante cualquier tipo de tribunal, mediante la dirección técnica del correspondiente procedimiento²⁰; la defensa encomendada puede serlo, y en lo que al objeto de este estudio respecta, a través de un procedimiento ante un Tribunal Militar, observando las normas y derecho propio de la jurisdicción castrense.²¹

Así, a lo largo del presente estudio, se analizará por tanto, los planes curriculares del máster en abogacía de cada una de las universidades españolas, para poder afirmar si el derecho militar —como derecho plenamente vigente—, es impartido como materia de este posgrado.

A tenor de lo expuesto, resultaría necesario para el ejercicio de la abogacía el estudio del derecho militar, puesto que a cualquier letrado en ejercicio, puede llegarle a su despacho un asunto relacionado con esta materia, para la que se requieren unos conocimientos específicos y concretos de derecho procesal, derecho sustantivo militar, competencia,... que por norma general, no son estudiados en las facultades de derecho. En cualquier caso,

¹⁶ Vid. art. 10 del Real Decreto 775/2001, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Cfr. art. 1 del Estatuto General de la Abogacía Española, aprobada por el Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001).

¹⁹ Vid. ADÁN DOMÈNECH, F. (2011), «La docencia en el máster de acceso a la abogacía», en *El aprendizaje del derecho procesal: nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Dir. Joan Picó i Junoy, Ed. J.M Bosch Editor, España, cit. p. 180.

²⁰ AA.VV. (2013), *La organización profesional básica del abogado*, Ed. Mutualidad de la abogacía. Cátedra de la Mutualidad, Madrid, cit. p. 29.

²¹ Vid. Ley Orgánica 2/1989, de 13 de abril, Procesal Militar (BOE núm. 92, pp. 11118 y ss.).

el abogado está obligado estatutariamente, a asesorar y dar consejo jurídico a su cliente en toda clase de procedimientos (art. 6 del EGAE), sobre todo si el letrado está adscrito al turno de oficio.

Por último, en cuanto a la metodología utilizada, aparte de la doctrina que ya se ha indicado, el presente estudio se basará en el análisis de las fuentes del derecho, principalmente la Ley y las normas que afectan a los planes de estudio del máster en abogacía, además de otro tipo de documentos y recursos web.

2. EL DERECHO MILITAR EN LOS PLANES DE ESTUDIO DEL MÁSTER EN ABOGACÍA

2.1. INTRODUCCIÓN

A través de los siguientes epígrafes, se va a proceder a analizar los diferentes planes de estudio del máster de la abogacía, solo en lo que respecta al derecho militar, para cada una de las universidades españolas, tanto públicas como privadas.

Para la realización de este estudio se ha utilizado como base de datos, el Registro de Universidades, Centros y Títulos²² (en adelante RUCT) del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte²³. La gran ventaja de manejar esta base, es que remite al Boletín Oficial de Estado para las publicaciones oficiales de los respectivos planes de estudio, por lo que en última instancia la base principal que se está manejando es el BOE.

La estructura que se ha elegido para el análisis del derecho militar, en los diferentes planes de estudio del máster en abogacía ha sido, por comunidades autónomas el siguiente: en primer lugar, se analizarán, por cuestiones de lógica, aquellas universidades públicas que no cuenten entre sus posgrados oficiales con el máster de la abogacía, ya que eso permitirá centrarse en aquellas universidades que sí lo imparten, por ser objeto de este estudio; en segundo lugar, se seguirá la misma sistemática, pero con las universidades privadas; en tercer lugar, se analizarán los diferentes pla-

²² Este registro fue creado a través del REAL DECRETO 1509/2008, de 12 de septiembre, por el que se regula el Registro de Universidades, Centros y Títulos (BOE núm. 232, de 25 de septiembre de 2008, pp. 38854 y ss.).

²³ Dicho registro puede ser consultado en la página web del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a través del siguiente enlace <<https://www.educacion.gob.es/ruct/home#>> [fecha de la consulta 01/02/2016].

nes de estudio de las universidades públicas que sí ofrecen estos estudios entre su oferta de posgrado, y por último, el análisis se centrará en las universidades privadas que ofertan el máster de la abogacía.

2.2. UNIVERSIDADES PÚBLICAS QUE NO IMPARTEN EL MÁSTER OFICIAL EN ABOGACÍA

2.2.1. Andalucía, Cataluña, Madrid, Comunidad Valenciana y Región de Murcia

De las diez universidades públicas²⁴ que componen el sistema universitario andaluz, tan solo la Universidad Internacional de Andalucía (en adelante UNIA), es la única de las universidades públicas que no ofrece este posgrado oficial entre sus titulaciones de máster, quizás porque esta universidad, tiene un carácter complementario²⁵ del sistema universitario andaluz, por lo que carecería de sentido, que un posgrado que es ofrecido por todas la universidades de Andalucía, y por tanto en todas las provincias, sea también ofrecido por la UNIA.

Dentro del sistema público universitario catalán, tan solo la Universidad Politécnica de Cataluña es la única universidad pública que no ofrece el máster en abogacía; resulta del todo lógico, puesto que ya el nombre de la universidad puede dar una idea de que esta institución académica está más enfocada hacia la rama de ingeniería, arquitectura o ciencias.

Al igual que ocurre con la comunidad autónoma de Cataluña, en Madrid, de todo su sistema público universitario, tan solo la Universidad Politécnica de Madrid, no ofrece este posgrado oficial; las razones son las mismas que las expuestas para la Universidad Politécnica de Barcelona, por lo que se remite a ella para justificar por qué no se imparte este posgrado en dicha institución académica, a fin de evitar reiteraciones innecesarias.

En este epígrafe, se va a incluir a la Universidad Internacional Menéndez Pelayo, puesto que según el RUCT esta institución tiene su sede en

²⁴ Universidad de Almería, Cádiz, Córdoba, Granada, Huelva, Internacional de Andalucía, Jaén, Málaga, Pablo de Olavide y Sevilla.

²⁵ El carácter de complementariedad de la Universidad Internacional de Andalucía dentro del sistema universitario andaluz, fue proclamado por su Rector, en la conferencia de inauguración del XXI Congreso Nacional de historia de la Veterinaria en el Campus de Baeza. La noticia puede consultarse a través del siguiente link <<http://www.unia.es/servicio-de-comunicacion-e-informacion/el-rector-destaca-el-papel-de-la-unia-en-el-sistema-universitario-publico-andaluz>> [fecha de la consulta 04/02/2016].

Madrid²⁶. Así, esta universidad tampoco oferta entre sus másteres oficiales, el posgrado en abogacía, quizás por la misma razón que le sucede a la UNIA.

En la Comunidad Valenciana ocurre algo similar a lo que ocurre en Cataluña y Madrid, ya que dentro de su sistema público universitario, tan solo la Universidad Politécnica de Valencia, es la que no ofrece el máster en abogacía. Al igual que ocurre con la politécnica de Cataluña y la Politécnica de Madrid, esta universidad está orientada al ámbito científico, a pesar de que, a diferencia de las otras dos, imparte estudios relacionados con las ciencias sociales, económicas, artes, ...²⁷ aunque no llega a ofrecer estudios jurídicos como tal, y por tanto, tampoco el máster que permite acceder a la profesión de abogado.

El sistema universitario público murciano está compuesto por la Universidad de Murcia y la Universidad Politécnica de Cartagena. Como podrá deducirse fácilmente, tan solo esta última institución es la que no ofrece el máster oficial en abogacía, ya que está destinada a otros ámbitos científicos como ocurre en Cataluña, Madrid o Valencia.

2.2.2. Resto de comunidades autónomas

La Universidad de Zaragoza, única pública en la Comunidad de Aragón, imparte el máster oficial en abogacía, por lo que no merece un mayor análisis en este apartado.

Al igual que ocurre en Aragón, en Canarias no existe ninguna universidad pública que no oferte el máster oficial en abogacía, y lo mismo sucede con las universidades públicas en Cantabria y Castilla-La Mancha.

Por su parte, los sistemas públicos universitarios de Extremadura, Galicia, La Rioja, Islas Baleares, País Vasco y Castilla y León, Navarra y Principado de Asturias, ofrecen el máster oficial en abogacía, por lo que su estudio se hará en el epígrafe correspondiente.

Convendría indicar que, en este epígrafe se han agrupado estas comunidades autónomas, con el fin de mantener el orden alfabético que se va a utilizar en este estudio.

²⁶ *Vid.* dicha información en el RUCT a través del siguiente enlace <<https://www.educacion.gob.es/ruct/universidad.action?codigoUniversidad=071&actual=universidades>> [fecha de la consulta 07/02/2016].

²⁷ *Cfr.* la página web de la propia Universidad Politécnica de Valencia, donde puede consultarse toda la oferta de estudios disponibles a través del siguiente enlace <<http://www.upv.es/estudios/posgrado/masteres-por-ramas-es.html>> [fecha de la consulta 07/02/2016].

2.3. UNIVERSIDADES PRIVADAS QUE NO IMPARTEN EL MÁSTER OFICIAL EN ABOGACÍA

2.3.1 Aragón, Canarias, Cantabria, Cataluña, Castilla y León, Madrid y País Vasco

La Universidad San Jorge es la única universidad privada que existe en Aragón, y entre sus estudios de posgrado no se encuentra ofertado el máster en abogacía.

Dentro de la comunidad autónoma de Canarias hay que hacer algunas matizaciones previas. Así, el RUCT establece que conforman el sistema universitario privado canario, la Universidad Europea de Canarias, la Universidad Fernando Pessoa-Canarias, y la Universidad Internacional de Canarias; de esta última institución académica no constan datos en el RUCT, ni tampoco existe página web de la citada universidad, probablemente porque esta obtuvo el correspondiente reconocimiento jurídico con fecha 26 de marzo de 2015²⁸, por lo que a la fecha del cierre de este trabajo, se desconoce si el máster en abogacía será ofrecido por la Internacional de Canarias.

La Universidad Fernando Pessoa-Canarias, según el citado registro, no ofrece ningún estudio relacionado con las ciencias jurídicas, por lo que tampoco ofrece el máster oficial en abogacía. En la misma línea, se sitúa la Europa de Canarias, ya que no cuenta entre su oferta de posgrado con el citado máster.

La Universidad Europea del Atlántico, única privada en la comunidad autónoma cantábrica, tampoco ofrece entre su oferta de posgrado el máster que permite ejercer como abogado.

De las cinco universidades privadas que conforman el sistema catalán, solo la Universidad Central de Cataluña no ofrece el máster para acceder a la profesión de abogado, por lo que no merece mayor atención a los efectos de este estudio.

En Castilla y León, de las cinco universidades privadas existentes, no ofrecen el máster en abogacía ni la Universidad Europea Miguel de Cervantes, ni la Universidad Isabel I. Igualmente, la Universidad Pontificia de Salamanca tampoco ofrece este posgrado entre su oferta formativa.

En la comunidad de Madrid todas las universidades privadas ofertan el máster en abogacía. Resultaría necesario dejar apuntado, que según el RUCT, existe la Universidad Tecnología y Empresa, pero no se puede ac-

²⁸ *Vid.* Ley 5/2015, de 26 de marzo, de reconocimiento de la universidad privada «Universidad Internacional de Canarias», con sede en Las Palmas de Gran Canaria (BOE núm. 95, de 21 de abril de 2015, pp. 34679 y ss.).

ceder a las titulaciones que oferta, ni existe una página web de esta institución donde poder corroborar cuáles son sus planes de estudio, y si en lo que a este estudio respecta, imparte el máster en abogacía.

En la comunidad autónoma vasca, de las dos universidades que conforman su sistema universitario privado, tan solo la Mondragón Unibertsitatea, no ofrece el máster en abogacía, ya que está enfocada a otros ámbitos científicos.

2.3.2. Resto de comunidades autónomas

Dentro del resto de comunidades autónomas, convendría distinguir dos grupos diferenciados; por una parte, aquellas comunidades autónomas, que teniendo universidades privadas, ofrecen el máster en abogacía, y por lo tanto no tienen encaje en el epígrafe antecedente —por cuanto que serán analizadas en el apartado 2.5 y siguientes—, o bien, un segundo grupo, que serían aquellas comunidades autónomas, que no cuentan con universidades privadas en su ámbito geográfico.

En el primero de los grupos se debe incluir a Andalucía (Universidad Loyola Andalucía), La Rioja (Universidad Internacional de la Rioja), Castilla y León (IE Universidad y Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila), Valencia (Universidad Cardenal Herrera-CEU, Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir, Universidad Europea de Valencia y Universidad Internacional de Valencia), y Murcia (Universidad Católica San Antonio de Murcia).

En el segundo de los grupos, se encuentran Castilla-La Mancha, Extremadura, Galicia, Islas Baleares, y Asturias, pues no cuentan con ninguna institución universitaria privada en su territorio.

2.4. UNIVERSIDADES PÚBLICAS QUE IMPARTEN EL MÁSTER OFICIAL EN ABOGACÍA

2.4.1. Andalucía, Aragón, Canarias, Cantabria, Castilla-La Mancha, Cataluña, Extremadura, Galicia, La Rioja, Illes Balears, País Vasco, Castilla y León, Madrid, Navarra, Valencia y Principado de Asturias

Según el plan de estudios del máster en abogacía por la Universidad de Almería, no se contempla, ninguna materia relacionada con el derecho militar;²⁹

²⁹ *Vid.*, la Resolución de 13 de noviembre de 2014, de la Universidad de Almería, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 288 de 28 de noviembre de 2014, pp. 97766 y 97767).

tampoco la Universidad de Cádiz incluye ninguna referencia al derecho castrense.³⁰ La Universidad de Córdoba³¹, la Universidad de Granada³², la Universidad de Huelva³³, la Universidad de Jaén³⁴, la Universidad de Málaga³⁵, la de Sevilla³⁶ o la Universidad Pablo de Olavide³⁷, siguen la misma línea académica.

Tras el análisis del plan de estudios del máster en abogacía por la Universidad de Zaragoza, se puede comprobar que entre las materias que componen el citado plan, no se incluye ninguna relativa a derecho militar³⁸.

Por su parte, la Universidad de La Laguna, hace igual que la universidad zaragozana, es decir, no incluye entre su estructura curricular, ninguna materia relativa al ámbito jurídico militar³⁹; la Universidad de las Palmas de Gran Canaria, tampoco hace alusión a este ámbito de la práctica forense⁴⁰.

³⁰ *Vid.*, la Resolución de 13 de septiembre de 2013, de la Universidad de Cádiz, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 240 de 7 de octubre de 2013, pp. 82167 y 82168).

³¹ *Vid.*, la Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Universidad de Córdoba, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 233 de 28 de septiembre de 2013, pp. 78937 y 78938).

³² *Vid.*, la Resolución de 11 de julio de 2013, de la Universidad de Granada, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2013, pp. 55420 y 55421).

³³ *Vid.*, la Resolución de 21 de enero de 2014, de la Universidad de Huelva, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 33, de 7 de febrero 2014, pp. 10873 y 10874).

³⁴ *Cfr.* la página web de la Universidad de Jaén, a través del siguiente enlace <http://estudios.ujaen.es/node/389/master_plan_estudio> [fecha de la consulta 10/02/2016].

³⁵ *Vid.* Resolución de 27 de octubre de 2014, de la Universidad de Málaga, por la que se publican planes de estudio de másteres (BOE núm. 278, de 17 de noviembre de 2014, pp. 94458 y 94459). El plan de estudios de 2010 se aprobó mediante la Resolución de 25 de octubre de 2010, de la Universidad de Málaga, por la que se establece el plan de estudios de Máster Universitario en Abogacía (BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2010, pp. 95546 y 95547).

³⁶ *Vid.*, la Resolución de 10 de abril de 2014, de la Universidad de Sevilla, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2014, pp. 37835 y 37836).

³⁷ *Vid.* Resolución de 15 de febrero de 2013, de la Universidad Pablo de Olavide, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013, pp. 19495 y 19496).

³⁸ *Vid.* Resolución de 22 de enero de 2014, de la Universidad de Zaragoza, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2014, pp. 10877 y 10878).

³⁹ *Vid.* Resolución de 2 de septiembre de 2015, de la Universidad de La Laguna, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 229, de 24 de septiembre de 2015, pp. 86170 y 86171).

⁴⁰ Puede consultarse la información relativa a la estructura académica del máster en abogacía por la ULGC, a través del siguiente enlace <<http://www.fccj.ulpgc.es/index.php/master/master-universitario-en-abogacia>> [fecha de la consulta 11/02/2016].

Ni del plan de estudios del máster en abogacía por la Universidad de Cantabria⁴¹, ni en el de la Universidad de Castilla-La Mancha⁴², puede observarse que haya sido incluida, ninguna asignatura relativa o relacionada con el derecho sustantivo militar o derecho procesal militar.

La estructura curricular del máster en abogacía por la Universidad Autónoma de Barcelona, no contiene ninguna referencia al estudio del derecho militar⁴³; en la misma línea se sitúan los planes de estudio establecidos por la Universidad de Barcelona⁴⁴, la Universidad de Girona⁴⁵, la Universidad de Lleida⁴⁶, la Universidad Pompeu Fabra⁴⁷, o la Universidad Rovira i Virgili⁴⁸.

Tampoco incluye al derecho militar, ni sustantivo ni procesal, el plan de estudios del máster en abogacía por la Universidad de Extremadura⁴⁹.

La Universidad de A Coruña ha seguido la misma línea académica que el resto de sus homólogas, es decir, tampoco ha incluido ninguna materia

⁴¹ La estructura académica del máster en abogacía por la Universidad de Cantabria, a través del siguiente enlace <<http://web.unican.es/estudios/asignaturas?p=192&c=2015>> [fecha de la consulta 11/02/2016].

⁴² *Vid.* Resolución de 14 de enero de 2015, de la Universidad de Castilla-La Mancha, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2015, p. 7199).

⁴³ La información relativa a la estructura académica del máster en abogacía por la UAB, a través del siguiente enlace <<http://www.uab.cat/web/informacion-academica-de-los-masteres-oficiales/la-oferta-de-masteres-oficiales/plan-de-estudios/plan-de-estudios/abogacia-1096480309783.html?param1=1326267854417>> [fecha de la consulta 11/02/2016].

⁴⁴ *Vid.* Resolución de 3 de octubre de 2014, de la Universidad de Barcelona, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014, p. 88623).

⁴⁵ *Vid.* Resolución de 22 de enero de 2015, de la Universidad de Girona, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2015, p. 13161).

⁴⁶ El plan de estudios del máster en abogacía por la Universidad de Lleida puede ser consultado, a través del siguiente enlace <<http://www.masteradvocacia.udl.cat/es/pla-formatiu/pla-estudis-guies-docents.html>> [fecha de la consulta 11/02/2016].

⁴⁷ La información relativa al plan de estudios, que salvo error, aún no ha sido publicado en el BOE, puede consultarse en la página web de la Universidad Pompeu Fabra, a través del siguiente enlace <<http://www.barcelonaschoolofmanagement.upf.edu/master-universitario-en-abogacia/plan-de-estudios>> [fecha de la consulta 11/02/2016].

⁴⁸ Puede consultarse el plan de estudios para esta Universidad, a través del siguiente enlace, puesto salvo error, no consta la publicación oficial en el BOE <http://www.urv.cat/masters_oficials/socials_juridiques/advocacia/es_pla_master_advocacia.html> [fecha de la consulta 11/02/2016].

⁴⁹ Salvo error, el plan de estudios de máster de la abogacía por la Universidad de Extremadura, aún no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado. Sin embargo, la estructura de dicho plan, sí puede observarse a través de la página web de la universidad, a través del siguiente enlace: <http://www.unex.es/organizacion/servicios-universitarios/servicios/servicio_becas/archivos/ficheros/plan-estudios-abreviados-masteres/PLAN_ABOGACIA.pdf> [fecha de la consulta 12/02/2016].

relativa al derecho castrense dentro de su plan de estudios para el máster en abogacía;⁵⁰ en el mismo sentido se sitúan la Universidad de Santiago de Compostela⁵¹ y la Universidad de Vigo⁵².

Los planes de estudio para este máster en las Universidades de La Rioja⁵³, Illes Balears⁵⁴, y del País Vasco⁵⁵, tampoco contienen ninguna referencia a la enseñanza del derecho militar.

La situación para el derecho propio del ámbito castrense en la Universidad de Burgos⁵⁶, tampoco corre demasiada suerte, ya que en su plan de estudios se obvia esta materia por completo, al igual que ocurre con la Universidad de León⁵⁷, la Universidad de Salamanca⁵⁸ o la Universidad de Valladolid⁵⁹.

⁵⁰ *Vid.* Resolución de 20 de noviembre de 2015, de la Universidad de A Coruña, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 2015, pp. 116482 y 116483).

⁵¹ *Vid.* Resolución de 7 de enero de 2014, de la Universidad de Santiago de Compostela, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2014, pp. 21451 y 21452).

⁵² *Vid.* Resolución de 13 de febrero de 2014, de la Universidad de Vigo, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2014, pp. 24170 y 24171).

⁵³ *Vid.* Resolución de 19 de mayo de 2014, de la Universidad de La Rioja, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2014, pp. 44545 y 44546).

⁵⁴ *Vid.* Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Universidad de las Illes Balears, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 2013, pp. 95618 y 95619).

⁵⁵ *Vid.* Resolución de 24 de abril de 2013, de la Universidad del País Vasco, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 130, de 31 de mayo de 2013, pp. 41462 y 41463).

⁵⁶ No se tiene constancia de la publicación oficial del plan de estudios para el Máster en Acceso a la Abogacía, por lo que para poder estudiar el correspondiente plan de estudios, habría que acudir a la página web, a través del siguiente enlace <http://www.ubu.es/sites/default/files/portal_page/files/plan_master_abogacia_para_g_academica_curso_2013.2014.pdf> [fecha de la consulta 12/02/2016].

⁵⁷ *Vid.* Resolución de 7 de abril de 2014, de la Universidad de León, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 121, de 19 de mayo de 2014, pp. 38887 y 38888).

⁵⁸ *Vid.* Resolución de 15 de octubre de 2015, de la Universidad de Salamanca, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2015, p. 104238).

⁵⁹ Salvo error, el plan de estudios oficial para el plan de estudios del Máster en Abogacía por la Universidad de Valladolid, no ha sido publicado en el BOE. La única referencia que se puede encontrar sobre el mismo, es a través de la página web de la propia universidad y a través del siguiente enlace <<http://www.der.uva.es/files/asignaturas.pdf>> [fecha de la consulta 12/02/2016].

El máster de la abogacía en la Universidad Autónoma de Madrid⁶⁰, en la Carlos III⁶¹, en la Complutense de Madrid⁶², Alcalá⁶³, en la Rey Juan Carlos⁶⁴, o en la Nacional de Educación a Distancia⁶⁵, no contempla en sus respectivos planes de estudio, la impartición de materias relacionadas con el derecho militar.

Por su parte, la Universidad Pública de Navarra⁶⁶, la de Alicante⁶⁷, la Jaume I⁶⁸, la Miguel Hernández⁶⁹ y la de València⁷⁰, tampoco ofrecen ninguna materia relacionada con el derecho militar, al igual que sucede también con la Universidad de Oviedo⁷¹.

⁶⁰ *Vid.* Resolución de 24 de febrero de 2014, de la Universidad Autónoma de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2014, pp. 23000 y 23001).

⁶¹ *Vid.* Resolución de 9 de julio de 2013, de la Universidad Carlos III, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2013, pp. 54759 y 54760).

⁶² *Vid.* Resolución de 28 de abril de 2014, de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2014, pp. 35606).

⁶³ *Vid.* Resolución de 18 de julio de 2014, de la Universidad de Alcalá, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2014, pp. 62549 y 62550). No obstante, el BOE ha publicado el carácter oficial de un nuevo título de Máster en Abogacía para esta universidad, con la siguiente nomenclatura: Máster Universitario en Acceso a la Profesión de Abogados por la Universidad de Alcalá (BOE núm. 307, de 24 de diciembre de 2015, p. 121917), aunque no consta, si existe un nuevo plan de estudios.

⁶⁴ *Vid.* Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Universidad Rey Juan Carlos, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2014, p. 22482).

⁶⁵ *Vid.* Resolución de 31 de mayo de 2013, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2013, pp. 44250 y 44251).

⁶⁶ Puede verse el plan de estudios en la página web de la universidad, ya que aún no ha sido publicado de forma oficial, a través del siguiente enlace <<http://www.unavarra.es/estudios/posgrado/oferta-de-posgrado-oficial/titulos-oficiales-de-master/facultad-juridicas/master-universitario-acceso-abogacia>> [fecha de la consulta 12/02/2016].

⁶⁷ *Vid.* Resolución de 28 de noviembre de 2013, de la Universidad de Alicante, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2013, pp. 99249 y 99250).

⁶⁸ *Vid.* Resolución de 3 de octubre de 2014, de la Universidad Jaume I, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2014, pp. 86299 y 86300).

⁶⁹ *Vid.* Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Universidad Miguel Hernández, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2014, pp. 1085 y 1086).

⁷⁰ *Vid.* Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Universidad de València, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2014, pp. 27983 y 27984).

⁷¹ *Vid.* Resolución de 19 de julio de 2013, de la Universidad de Oviedo, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2013, pp. 56530 y 56531).

2.4.2. Región de Murcia

Mención especial merece el plan de estudios en abogacía por la Universidad de Murcia⁷², ya que es la única universidad española, que ha incluido en el plan curricular para este posgrado, al derecho militar como tal; concretamente la enseñanza del derecho militar se produce dentro de la asignatura obligatoria denominada *Penal, menores, penitenciario y jurisdicción militar*.

Se desconoce el motivo que ha llevado a esta institución académica a incluir esta materia específica dentro del máster que capacita como abogado, aunque quizás podría ser por la presencia de la Administración militar en esta comunidad autónoma, bien por la presencia del Centro Universitario de la Defensa⁷³ en San Javier, o bien por querer brindar la mejor formación para sus futuros letrados. Sea cual fuere el motivo, lo cierto es que en el plan de estudios del Máster en Abogacía, se contempla al derecho militar como materia específica de estudio.

Al hilo de lo expuesto, convendría indicar que, si precisamente desde la administración se criticó la formación con la que los letrados accedían al mundo profesional, flaco favor le están haciendo a los futuros egresados en abogacía sino incluyen entre su oferta formativa a la jurisdicción militar; jurisdicción como cualquiera de las otras existentes en el ordenamiento jurídico español.

La formación en derecho militar es básica, sobre todo para los letrados que quieran adscribirse en un futuro dentro del turno de oficio penal, puesto que normalmente no habrá en su respectivo colegio de abogados una sección específica para derecho militar, y dada la obligatoriedad de dirigir técnicamente el asunto —salvo los casos previstos legalmente—, difícilmente podrá hacerlo de la mejor manera posible si el conocimiento que tiene del derecho militar es casi nulo, ya que probablemente ni durante sus estudios de grado ni en el máster hayan estudiado dicha materia.

Sin embargo, como se acaba de ver, la Universidad de Murcia sí ha contemplado dicha posibilidad para sus egresados en abogacía, por lo que al menos, tendrán un conocimiento más preciso de esta jurisdicción, que *a priori*, los alumnos que sean titulados por otra universidad; ello no quita,

⁷² Vid. Resolución de 7 de junio de 2013, de la Universidad Murcia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2013, pp. 47498 y 47499).

⁷³ Desde luego, no se tiene, ni se ha podido averiguar el motivo concreto que ha llevado a esta universidad a incluir al derecho militar dentro de las materias que imparte en el máster que capacita como abogado. Sin embargo, si el motivo fuese la presencia del Centro Universitario de la Defensa, la misma línea podrían haber seguido las universidades donde existe el posgrado en abogacía, y en cuya organización académica se encuentra adscrito algún CUD.

que las diferentes guías docentes de cada una de las asignaturas, dentro del ámbito penal principalmente, incluyan conocimientos sobre el derecho militar, aunque obligatorio no sería, ya que no lo contempla el respectivo plan de estudios, dejándolo al arbitrio de cada departamento universitario con docencia en este posgrado.

2.5. UNIVERSIDADES PRIVADAS QUE IMPARTEN EL MÁSTER OFICIAL EN ABOGACÍA

2.5.1. Andalucía, Cataluña, La Rioja, País Vasco, Castilla y León

La Universidad Loyola Andalucía,⁷⁴ única privada en la comunidad, imparte el máster universitario oficial en abogacía. Tras analizar detenidamente el plan de estudios de este posgrado, según consta publicado en BOE⁷⁵, se puede comprobar que entre las materias a impartir no se encuentra ninguna asignatura relacionada con el derecho sustantivo o procesal militar.

La Universidad Ramon Llull⁷⁶, la Universidad Abat Oliba CEU⁷⁷, la Universidad Internacional de Cataluña⁷⁸, o la Universidad Oberta de Catalunya, en la línea seguida por la mayoría de sus coetáneas analizadas hasta ahora, a pesar de impartir el máster en abogacía, tampoco han incluido ninguna materia relativa a la enseñanza del derecho militar para este posgrado.⁷⁹

⁷⁴ Reconocida por disposición adicional primera de la Ley 15/2003, de 22 de diciembre de Universidades, introducida por la Ley 12/2011, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Andaluza de Universidades (BOJA núm. 251 de 27 de diciembre de 2011).

⁷⁵ *Vid.* Resolución de 23 de noviembre de 2013, de la Universidad Loyola Andalucía, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2013, pp. 101293 y 101294).

⁷⁶ Dejar indicado que esta institución superior, salvo error, aún no ha publicado, el plan de estudios oficial del Máster en Abogacía. El único modelo que se ha podido encontrar, ha sido el que la propia universidad tiene publicado en su web, y que puede verse a través del siguiente enlace: <<http://www.esade.edu/masterabogacia/esp/por-que-master-abogacia/estructura-programa>> [fecha de la consulta 13/02/2016].

⁷⁷ *Vid.* Resolución de 19 de junio de 2015, de la Universitat Abat Oliba CEU, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2015, pp. 56922 y 56923).

⁷⁸ *Vid.* Resolución de 2 de noviembre de 2015, de la Universidad Internacional de Cataluña, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 2015, p. 110390).

⁷⁹ *Vid.* Resolución de 12 de mayo de 2014, de la Universitat Oberta de Catalunya, por la que se publica el plan de estudios del Máster en Abogacía (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 43277 y 43278).

La Universidad Internacional de la Rioja, es la única universidad privada existente en dicha comunidad, y junto a la universidad pública, se encarga de impartir el máster de la abogacía. El plan de estudios que tiene publicado esta institución para el máster, no contempla ninguna materia relacionada con el derecho militar, ni procesal ni sustantivo⁸⁰.

La Universidad de Deusto, entre su oferta formativa de posgrado, contiene el máster en acceso a la abogacía; tras el análisis de su plan de estudios, se ha podido comprobar que entre las materias ofertadas al alumnado, no se encuentra ninguna relacionada con el derecho militar, ni sustantivo ni procesal⁸¹.

El plan de estudios del máster universitario en abogacía por la IE Universidad, no presenta ninguna materia relacionada con el derecho militar, ni procesal ni sustantivo⁸².

El originario plan de estudios del máster en acceso a la profesión de abogado de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús, no recogía en su estructura académica, ninguna materia de derecho procesal militar o sustantivo;⁸³ la misma opción ha seguido, la modificación del plan de estudios de este posgrado para esta universidad, ya que obvia incluir en su estructura curricular cualquier materia relativa a la enseñanza del derecho castrense⁸⁴.

2.5.2. Madrid

Por su parte, en la Comunidad de Madrid, ni la Universidad a Distancia de Madrid,⁸⁵ ni la Universidad Alfonso X el Sabio⁸⁶, ni la Universidad Ca-

⁸⁰ Cfr. Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Universidad Internacional de La Rioja, por la que se publica el plan de estudios de Máster en el Ejercicio de la Abogacía (BOE núm. 25 de 29 de enero de 2015, pp. 7186 y 7187).

⁸¹ Vid. Resolución de 22 de febrero de 2013, de la Universidad de Deusto, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE. Núm. 56, de 6 de marzo de 2013, pp. 18285).

⁸² Vid. Resolución de 28 de julio de 2014, de la IE Universidad, por la que se publican planes de estudios de Máster (BOE núm. 231, de 23 de septiembre de 2014, p. 74467).

⁸³ Cfr. Resolución de 7 de mayo de 2013, de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2013, pp. 37451 y 37452).

⁸⁴ Cfr. Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila, por la que se publica la modificación del plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 2015, pp. 110386 y 110387).

⁸⁵ Vid. Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Universidad a Distancia de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Práctica de la Abogacía (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2013, pp. 44936 y 44937).

⁸⁶ Vid. Resolución de 24 de mayo de 2013, de la Universidad Alfonso X el Sabio, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE. núm. 133, de 4 de junio de 2013, p. 42190).

milo José Cela⁸⁷, ni la Universidad Antonio de Nebrija⁸⁸, ni la Universidad Europea de Madrid⁸⁹, ni la Universidad Francisco de Vitoria (en adelante UFV)⁹⁰, ni la Universidad San Pablo-CEU (CEU-USP)⁹¹, ni la Universidad Pontificia de Comillas⁹², imparten materia alguna relacionada con el derecho militar, en ninguna de sus modalidades.

De lo expuesto hasta aquí, se podría afirmar que existe un ordenamiento jurídico que no es enseñado, con carácter general, en los planes de estudio del máster en abogacía, ni en las universidades públicas, ni en las privadas, aun siendo una jurisdicción más de las existentes en España.

2.5.3. Comunidad foral de Navarra, la Comunidad Valenciana, y Región de Murcia

La Universidad de Navarra, es otra de las universidades privadas que ofrece el máster en abogacía. El plan de estudios configurado para este posgrado, tampoco incluye ninguna materia relacionada con el derecho militar, como puede comprobarse en su plan de estudios publicado en el BOE⁹³.

⁸⁷ El plan de estudios del Máster en Acceso a la Profesión de abogado por la Universidad Camilo José Cela, salvo error, aún no ha sido publicado de forma oficial. No obstante, a través de la página web de esta universidad, puede consultarse su estructura curricular: <<http://www.ucjc.edu/estudio/master-universitario-en-acceso-a-la-profesion-de-abogado/#utab-pane-0-3>> [fecha de la consulta 16/02/2016].

⁸⁸ *Vid.* Resolución de 18 de julio de 2013, de la Universidad Antonio de Nebrija, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2013, pp. 57658 y 57659).

⁸⁹ *Vid.* Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Universidad Europea de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE. núm. 146, de 19 de junio de 2013, pp. 46427 y 46428). Al respecto, también puede verse, la Resolución de 31 de mayo de 2010, de la Universidad Europea de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster Universitario en Abogacía Internacional y Derecho de los Negocios Internacionales (BOE. núm. 163, de 6 de julio de 2010, p. 59863).

⁹⁰ *Vid.* Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Universidad Francisco de Vitoria, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, p. 42492).

⁹¹ *Vid.* Resolución de 1 de julio de 2015, de la Universidad San Pablo-CEU, por la que se publican planes de estudios de másteres (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, pp. 58446 y 58447).

⁹² *Vid.* Resolución de 26 de marzo de 2014, de la Universidad Pontificia de Comillas, por la que se publica el plan de estudios del Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 85, de 8 de abril de 2014, pp. 29617 y 29618).

⁹³ *Vid.* Resolución de 23 de mayo de 2013, de la Universidad de Navarra, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 142, de 14 de junio de 2013, p. 45318).

En la Universidad Cardenal Herrera-CEU⁹⁴, en la Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir⁹⁵, en la Universidad Europea de Valencia⁹⁶, en la Universidad Internacional de Valencia⁹⁷, se ofrece el máster en abogacía, aunque en su plan de estudios no se incluya entre sus materias al derecho militar.

En la región de Murcia, el máster en abogacía también es impartido por la Universidad Católica San Antonio (en adelante UCAM), y al igual que ocurre con la práctica totalidad de las universidades, al configurar el plan de estudios de máster en abogacía, la UCAM tampoco ha incluido al derecho militar como asignatura a impartir en este posgrado⁹⁸.

3. EL DERECHO MILITAR Y LA UNIVERSIDAD

Bajo este epígrafe, se va a proceder a estudiar las diferentes universidades que tienen convenio con el Ministerio de Defensa para la impartición de jornadas, cursos, asignaturas..., el motivo de este análisis no es otro que, poner de manifiesto la posible asincronía existente entre las instituciones universitarias que ofrecen el máster y que tienen convenio con Defensa, pero sin embargo, en los planes de estudio del posgrado que capacita para la profesión de abogado, no incluyen ninguna materia relativa al ámbito castrense.

Para el desarrollo de este apartado se ha utilizado como referencia, la página web del Centro Superior de Estudios de la Defensa Nacional (en adelante CESEDEN), donde aparecen publicados los diferentes convenios

⁹⁴ *Vid.* Resolución de 22 de abril de 2015, de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2015, pp. 39473 y 39474).

⁹⁵ Salvo error, no se encuentra publicado en el BOE el correspondiente plan de estudios; la única referencia al mismo, puede verse en la página web de la universidad, a través del siguiente enlace <https://www.ucv.es/estudios_planm.aspx?t=181&g=2&a=1&f=1> [fecha de la consulta 17/02/2016].

⁹⁶ Puede verse su plan de estudios, a través del siguiente enlace: <<http://valencia.universidadeuropea.es/estudios-universitarios/master-universitario-en-abogacia-habilitante>> [fecha de la consulta 17/02/2016].

⁹⁷ La Universidad Internacional de Valencia no tiene publicado, salvo error, el plan de estudios oficial, que tan solo puede consultarse en su página web, a través del siguiente dirección electrónica: <<http://universidadviu.com/master-abogacia-practica-juridica>> [fecha de la consulta 17/02/2016].

⁹⁸ *Vid.* Resolución de 24 de septiembre de 2013, de la Universidad Católica San Antonio, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2013, pp. 88257 a 88259).

con universidades y otras entidades.⁹⁹ Se ha descartado la Escuela Superior de las Fuerzas Armadas, puesto que no consta que dicha institución tenga ningún convenio con la universidad; el RUCT también ha sido descartado, puesto que en su base de datos no figura ningún estudio¹⁰⁰ relacionado con el derecho militar.

3.1. UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID

Según puede comprobarse del Convenio¹⁰¹ existente entre el Ministerio de Defensa y la Universidad Complutense de Madrid, se creó en 2013 la cátedra en la institución universitaria denominada «Almirante Don Juan De Borbón», en la que se contempla la impartición de 11 asignaturas, entre las que se encuentran *Administración Militar y Economía de la Defensa* (para la Facultad de Ciencias Económicas y Empresariales), *Medio ambiente y defensa y Sanidad en Seguridad y defensa* (para la Facultad de Medicina), *Los escenarios científicos y tecnológicos emergentes y la Defensa* (para la Facultad de Informática), *Psicología de los recursos humanos en la Defensa y Factores humanos: seguridad y defensa* (para la Facultad de Psicología), *Riesgo biológico: seguridad y defensa e Historia de las ciencias farmacéuticas en su relación con las Fuerzas Armadas* (para la Facultad de Farmacia), y *Zoología ambiental, biodiversidad y Defensa y Actuación en crisis de bioseguridad y Defensa* (para la Facultad de Veterinaria).

Además, aparte de la creación e implantación de estas asignaturas, se prevé en el convenio, la creación de las jornadas CESEDEN-UCM sobre seguridad y defensa, y la creación de un Máster¹⁰² de Seguridad y Defensa (art. 3 del convenio).

⁹⁹ *Vid.*, todos los convenios que aparecen en la página web de la Escuela de Altos Estudios de la Defensa, a través del siguiente enlace: <<http://www.defensa.gob.es/ceseden/relaciones-externas/#sub1>> [fecha de la consulta 20/02/2016]. Los convenios que aparecen para este centro, son los mismos que aparecen para la Escuela de Altos Estudios de la Defensa, los cuales son accesibles a través del siguiente link: <<http://www.defensa.gob.es/ceseden/ealedo/convenios/>> [fecha de la consulta 20/02/2016].

¹⁰⁰ *Vid.* dicha información a través del siguiente enlace: <<https://www.educacion.gob.es/ruct/consultaestudios.action?actual=estudios>> [fecha de la consulta 20/02/2016].

¹⁰¹ *Vid.* Resolución 420/38163/2013, de 10 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Complutense de Madrid para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013, pp. 103830 a 103835).

¹⁰² Con respecto a la estructura curricular de este máster, se pudo comprobar que tampoco hace ninguna alusión al derecho militar (el mismo puede comprobarse a través del

Como puede observarse, y en lo que al objeto de estudio respecta, puede comprobarse que no existe ninguna asignatura relativa a la jurisdicción castrense. La oportunidad que tenía la Universidad Complutense para la impartición de materias jurídico militares, entre sus titulados en el máster en abogacía era la idónea, puesto que al amparo de este convenio (art. 4.2), se podía haber incluido en el plan de estudios del posgrado que capacita como abogado, alguna materia relacionada con el derecho militar, máxime cuando la estructura de estos estudios fue publicada en el BOE de 8 de mayo de 2014, y el convenio entre el Ministerio de Defensa-Universidad Complutense de Madrid, es del año 2013.

3.2. UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE MADRID

Como se ha tenido ocasión de exponer con anterioridad, la Universidad Politécnica de Madrid, es una institución de educación superior que está enfocada a la ciencia, ingeniería,... de tal forma que no imparte estudios en la rama de ciencias jurídicas. En esta línea, el convenio¹⁰³ suscrito entre el Ministerio de Defensa y la Universidad Politécnica de Madrid, se inspira en la aeronáutica, las tecnologías de la información y la comunicación, o la biología o química (art. 2.3 del convenio), por lo que a efectos de este estudio carece de mayor relevancia.

3.3. UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

La Universidad de Salamanca (en adelante USAL) es otra de las instituciones de educación superior que tiene convenio con el Ministerio de Defensa; tras analizar el citado convenio¹⁰⁴ entre ambas instituciones, se puede comprobar que uno de los pilares fundamentales es la impartición de determinadas asignaturas. Así, entre las materias a impartir, se encuentran

siguiente enlace: <<http://www.ucm.es/data/cont/docs/titulaciones/434.pdf>> [fecha de la consulta 22/02/2016].

¹⁰³ Vid. Resolución 420/38007/2014, de 9 de enero, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Politécnica de Madrid sobre materias docentes y relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2014, pp. 2716 a 2720).

¹⁰⁴ Vid. Resolución 420/38166/2013, de 10 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad de Salamanca sobre materias docentes y relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013, pp. 103848 a 103853).

Defensa Nacional y Organización Militar (para la Facultad de Derecho), *La Unión Europea: Recursos Humanos, Fronteras y Defensa* (para la Facultad de Geografía e Historia), *Sanidad y Conflictos Armados* (para la Facultad de Medicina), *la Cultura de Defensa* (para la Facultad de Sociología), y las *Aguas en la Defensa* (para la Facultad de Farmacia).

Como puede comprobarse, ni el Ministerio de Defensa, ni la USAL, han contemplado la inclusión de alguna asignatura relacionada con el derecho sustantivo o procesal militar entre la oferta formativa de posgrado, a pesar de que en este caso, el convenio sí recoge formación específica para los alumnos de la Facultad de Derecho, con una asignatura concreta. No obstante lo anterior, aunque la norma solo prevé la formación para los alumnos de diplomaturas y licenciaturas (art. 2.2), la misma se tendrá que entender también realizada a los alumnos de grado, como consecuencia de la evolución de los títulos universitarios.

3.4. UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Otra de las universidades que cuenta con un convenio¹⁰⁵ específico en materia de formación con el Ministerio de Defensa, es la Universidad de Santiago de Compostela. No obstante, este convenio carece de relevancia a los efectos de este estudio, ya que ni prevé la existencia de asignaturas en los distintos estudios oficiales que imparta la institución académica, ni contempla ninguna actividad relacionada con el derecho militar, por lo que se deja indicado a meros efectos indicativos.

3.5. UNIVERSIDAD REY JUAN CARLOS

El Ministerio de Defensa y la Universidad Rey Juan Carlos (en adelante URJC), también tienen suscrito un convenio de colaboración¹⁰⁶; en el mismo se contempla, al igual que hacen la mayoría de los anteriores convenios analizados, la impartición de determinadas asignaturas, aunque

¹⁰⁵ *Vid.* Resolución 420/38117/2014, de 8 de septiembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad de Santiago de Compostela para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 228, de 19 de septiembre de 2014, pp. 73387 a 73390).

¹⁰⁶ *Vid.* Resolución 420/38138/2015, de 23 de septiembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio específico de colaboración con la Universidad Rey Juan Carlos para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89701 a 89706).

a diferencia de estos, en este caso concreto, lo hace solo para asignaturas de máster. Así, contempla la implantación de la asignatura *Perspectivas históricas del terrorismo* en el «máster universitario en análisis y prevención del terrorismo», contempla igualmente una asignatura de interés para el «máster universitario en ingeniería de sistemas de decisión», una asignatura de interés para el «máster universitario en análisis y prevención del terrorismo», aunque no contempla ninguna asignatura específica para el máster en abogacía por esta universidad.

No obstante lo anterior, el convenio prevé un apartado de formación en derecho castrense, a través de la celebración y realización de una jornada jurídico-militar, aunque sin mayor recorrido para los estudios de posgrado en general, ni para el máster en abogacía en particular.

3.6. OTRAS INSTITUCIONES UNIVERSITARIAS Y ESTUDIOS JURÍDICO-MILITARES

3.6.1. La Universidad de Granada

La Universidad de Granada (en adelante UGR), a través del Centro Mixto UGR-MADOC,¹⁰⁷ es la única de las universidades que incluye entre su oferta formativa de posgrado, un estudio específico sobre derecho militar; en concreto, el experto universitario en derecho militar de la Escuela Internacional del Posgrado de la UGR.

El citado estudio de posgrado, con una duración de 30 créditos ECTS, contempla entre su plan de estudios,¹⁰⁸ materias tales como *Las Fuerzas Armadas y la Constitución española. Las misiones constitucionales de las fuerzas armadas, La jurisdicción militar, El derecho penal militar, Derecho administrativo militar, Derecho disciplinario militar y Trabajo Fin de Curso*.

¹⁰⁷ El convenio de colaboración entre ambas instituciones, puede verse en la Resolución 420/38145/2015, de 6 de octubre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio marco de colaboración con la Universidad de Granada para la realización de actividades docentes, de investigación, de desarrollo tecnológico, culturales y de cualquier otro ámbito de interés mutuo (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100580 a 100584).

¹⁰⁸ El mismo puede consultarse en la página web de la Fundación General UGR-Empresa, a través del siguiente enlace <<http://fundacionugrempresa.es/posgrados/experto/476>> [fecha de la consulta 24/02/2016].

Como puede observarse de la citada estructura curricular, el ordenamiento jurídico militar es bastante extenso y complejo, además de tener especificidades concretas respecto de otros ámbitos jurídicos.

Sin embargo, a pesar de contar con un título propio para este ámbito jurídico, tras haber analizado el plan de estudios del máster en abogacía, se ha podido comprobar que en su referida estructura curricular en este posgrado oficial, la UGR obvia incluir alguna materia relacionada con el derecho militar. Quizás la razón para no incluir ninguna materia en el máster en abogacía relacionada con el ámbito castrense, sea la de formar con mayor detenimiento a los juristas en este ámbito del saber, aunque ello no le excusa para incluir alguna materia jurídico-militar en el máster en abogacía, a fin de que los futuros egresados en dicho posgrado tengan una buena formación, como sí sucede por ejemplo, en la Universidad de Murcia.

3.6.2. El Instituto Gutiérrez Mellado de la Universidad Nacional de Educación a Distancia

El Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado (en adelante IUGM), nació en 1977 como «centro de investigación y enseñanza especializado en cuestiones relacionadas con la búsqueda de la paz, la seguridad y la defensa nacional»¹⁰⁹, dependiente de la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

Este centro universitario, tiene como objetivo «fomentar las enseñanzas de posgrado, de promover la difusión de obras científicas y de crear un marco de reflexión y diálogo en cualquiera de los aspectos relacionados con la paz, la seguridad, la defensa y los asuntos militares»¹¹⁰; así, como consecuencia de dicho objetivo, el IUGM oferta entre sus posgrados oficiales el «máster en retos de la paz, seguridad y defensa»¹¹¹, o el «máster en gestión de contratos y programas en el sector público, con especial aplicación al ámbito de la defensa»¹¹². En cuanto a la oferta formativa propia de este Instituto Universitario, se

¹⁰⁹ *Cfr.*, el Real Decreto 1643/1997, de 24 de octubre, por el que se crea en la Universidad Nacional de Educación a Distancia el Instituto universitario «General Gutiérrez Mellado» de Estudios sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997, pp. 30913 a 30914).

¹¹⁰ *Ibidem.*

¹¹¹ *Vid.* Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se modifica el plan de estudios de Máster en Retos de la Paz, Seguridad y Defensa (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2014, pp. 28940 y 28941).

¹¹² *Vid.* Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Gestión de contratos y

encuentran diversos diplomas de especialización¹¹³ tales como *Seguridad en el Mediterráneo, Próximo Oriente y Oriente Medio, Seguridad y conflictos internacionales, Justicia Penal Internacional, Justicia de transición y sistemas de protección internacional de los derechos humanos, Historia militar, Servicios de inteligencia* o *Archivística*; dentro de los títulos de experto universitario¹¹⁴ se encuentran el de *Comunicación pública y defensa*, en *Crimen organizado transnacional y seguridad*, y en *Seguridad energética*.

La Universidad Nacional de Educación a Distancia, aún con un instituto universitario vinculado a Defensa, no cuenta entre las materias que se imparten en el máster en abogacía, con ninguna referida al ámbito jurídico-militar. La situación privilegiada de esta universidad en la enseñanza militar, hubiese sido más que idónea para impartir alguna materia relacionada con el derecho militar, dentro del máster en abogacía, para que los titulados en este posgrado tuviesen una formación más amplia que los que se egresarán por otras universidades.

3.6.3. Otros centros universitarios

Dentro de este apartado, se encuentran el Centro Universitario de la Defensa de Zaragoza,¹¹⁵ el Centro Universitario de la Defensa-Escuela Naval Militar Marín¹¹⁶, el Centro Universitario de la Defensa en San Javier¹¹⁷, el Centro Universitario de la Defensa en Madrid¹¹⁸, o el Centro Universitario de la Guardia Civil¹¹⁹.

Programas del Sector Público, con Especial Aplicación al Ámbito de la Defensa (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2014, pp. 28951 y 28952).

¹¹³ Los diversos diplomas de especialización pueden verse a través del siguiente enlace: <<http://iugm.es/docencia/formacion-permanente/diploma-de-especializacion/>> [fecha de la consulta 25/02/2016].

¹¹⁴ Los diversos diplomas de especialización pueden verse a través del siguiente enlace: <<http://iugm.es/docencia/formacion-permanente/diploma-de-experto-universitario/>> [fecha de la consulta 25/02/2016].

¹¹⁵ *Vid.* Real Decreto 1723/2008, de 24 de octubre, por el que se crea el sistema de centros universitarios de la defensa (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2008, pp. 45582 a 45583).

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibidem.*

¹¹⁸ *Vid.* Orden DEF/734/2012, de 11 de abril, por la que se integra el Centro ubicado en el Grupo de Escuelas de la Defensa de Madrid en el sistema de centros universitarios de la defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, núm. 76, de 18 de abril de 2012, p. 8511).

¹¹⁹ *Vid.* Real Decreto 1959/2009, de 18 de diciembre, por el que se crea el Centro Universitario de la Guardia Civil (BOE núm. 305, de 19 de diciembre de 2009, pp. 107196 a 107199).

En ninguno de estos centros, salvo error, se imparte algún posgrado específico en el ámbito jurídico-militar, por lo que a los efectos de este estudio carece de mayor relevancia. Tan solo dejar indicado, al igual que se ha hecho con otras universidades que tienen convenio con el Ministerio de Defensa, de la posición privilegiada y de la oportunidad de formar en cada respectiva universidad, a los alumnos del máster en abogacía —en aquellas en las que se imparta— en derecho militar.

4. CONCLUSIONES

I.- El derecho militar forma parte del ordenamiento jurídico vigente, que los letrados están obligados a conocer —aunque no se dediquen profesionalmente a este ámbito—, ya que coexiste dentro de nuestro sistema como una jurisdicción más, aunque dedicada a un sector muy concreto de la sociedad; por tanto, los diferentes planes de estudio, deberían incluir a esta materia como objeto de enseñanza, aunque fuese de forma somera, para que los futuros profesionales de la abogacía supiesen que existe, que hay diferentes procedimientos,... y así poder ofrecer un asesoramiento jurídico más concreto, atendiendo a los intereses de sus clientes.

II.- La formación del abogado en derecho militar resulta imprescindible, al igual que ocurre en otras jurisdicciones menos comunes como la jurisdicción canónica, la internacional, o la comunitaria; desde un punto de vista objetivo, nadie podría negar que la formación en derecho militar es un aspecto importante dentro de la formación de los letrados, máxime para aquellos que se encuentran adscritos al turno de oficio.

III.- Analizados todos los planes de estudio del máster en abogacía de cada una de las universidades españolas, se puede afirmar que la práctica totalidad de las universidades, no incluyen entre sus materias al derecho militar, puesto que tan solo lo contempla como tal, la Universidad de Murcia. Tampoco las Universidades con las que el Ministerio de Defensa tiene convenio, ofertan ninguna asignatura relacionada con el ámbito jurídico-castrense, ni contemplan ninguna materia para el posgrado en abogacía.

En lo que respecta a los Centros Universitarios de la Defensa, tampoco puede afirmarse que en los mismos se impartan posgrados específicos en derecho militar.

IV.- Resulta evidente que el ordenamiento jurídico militar no puede enseñarse íntegramente, a través de una o dos asignaturas dentro del plan de estudios del máster en abogacía, puesto que requiere de una mayor atención, pero sería sensato que los planes de estudio del máster en abogacía

incluyesen algo de formación en este sentido, para la completa y buena formación de los letrados del futuro. En esta línea, tan solo ha sido seguida por la Universidad de Granada, con la implantación del Título de Experto Universitario en Derecho Militar, a pesar de que en la configuración de su plan de estudios para el máster en abogacía no contemple ninguna materia específica como tal.

V.- La situación privilegiada que tienen algunas universidades para la enseñanza del derecho militar es más que evidente, ya sea por los convenios específicos que tienen con el Ministerio de Defensa, ya sea por la implantación de títulos propios; situación que no se ve reflejada en los distintos planes de estudio del máster en abogacía, y que podrían suponer un verdadero atractivo para los futuros estudiantes de este posgrado.

5. ANEXOS

5.1 BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. (2013), *La organización profesional básica del abogado*, Ed. Mutualidad de la abogacía. Cátedra de la Mutualidad, Madrid.
- CALVO BABIO, FLORA (2008), «El acceso a la profesión de abogado», en *De profesión ABOGADO. Guía práctica para el ejercicio de la Abogacía*, Ed. La Ley, Madrid, pp. 39-50.
- ADÁN DOMENECH, FEDERICO (2011), «La docencia en el máster de acceso a la abogacía», en *El aprendizaje del derecho procesal: nuevos retos de la enseñanza universitaria*, Dir. Joan Picó i Junoy, Ed. J.M Bosch Editor, España, pp. 175-184.
- CARNICER DÍEZ, CARLOS (2011), entrevista realizada en octubre de 2011, por CRISTINA GALLARDO, y publicada en *Revista Iuris*, núm. 164, Madrid, pp. 18-22.
- PONCE SOLÉ, JULI (2011) «La inminente entrada en vigor de la Ley 34/2006, de 30 de octubre: Un cambio histórico en el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales», en *Revista Aranzadi doctrinal*, núm. 6, octubre, Ed. Aranzadi, Navarra, pp. 185-195.
- SÁNCHEZ JUAN, RICARDO (2012), «El acceso al ejercicio de la abogacía: la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y Procurador de los Tribunales», en *El trabajo profesional de los abogados*, Coord. Ángel Blasco Pellicer, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 297-322.

- SANJUÁN GARCÍA, PABLO (2011), «La Ley de Acceso: cinco años de vacatio y polémica», en *Lex Nova la revista*, núm. 65, Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 20-23.
- SEMPERE NAVARRO, ANTONIO V., y ARETA MARTÍNEZ, MARÍA (2008), *Gestión práctica de la relación laboral especial de la abogacía* (Estudio práctico del Real Decreto 1331/2006, y las Leyes 34/2006, 2/2007 y 20/2007), Ed. Thomson-Aranzadi, Navarra.
- TOMÁS MARTÍNEZ, GEMA (2009), «El futuro de la formación inicial de la abogacía en el nuevo marco profesional y académico», en *Diario La Ley*, núm. 7227, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, pp. 1-4.
- VERDERA SERVER, RAFAEL y PALAO GIL, JAVIER (2014), «El máster en abogacía y la formación de los letrados a raíz de la Ley 34/2006, de acceso a la profesión: reflexiones y propuestas», en *Teoría y derecho: revista de pensamiento jurídico*, núm. 15, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 68-91.
- VIELBA ESCOBAR, CARLOS (2009), «El acceso a las profesiones de abogado y procurador tras la Ley 34/2006», en *Revista Jurídica de Canarias*, n.º 13, abril, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 21-34.

5.2. DISPOSICIONES NORMATIVAS

- Ley 15/2003, de 22 de diciembre de Universidades, introducida por la Ley 12/2011, de 16 de diciembre, de modificación de la Ley Andaluza de Universidades (BOJA núm. 251 de 27 de diciembre de 2011).
- Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales (BOE núm. 260, de 31 de octubre de 2006, pp. 37743 y ss.).
- Ley 5/2015, de 26 de marzo, de reconocimiento de la universidad privada «Universidad Internacional de Canarias», con sede en Las Palmas de Gran Canaria (BOE núm. 95, de 21 de abril de 2015, pp. 34679 y ss.).
- Orden DEF/734/2012, de 11 de abril, por la que se integra el Centro ubicado en el Grupo de Escuelas de la Defensa de Madrid en el sistema de centros universitarios de la defensa (Boletín Oficial del Ministerio de Defensa, núm. 76, de 18 de abril de 2012, p. 8511).
- Orden PRE/404/2014, de 14 de marzo, por la que se convoca la prueba de evaluación de la aptitud profesional para el ejercicio de la profesión de Abogado para el año 2014 (BOE núm. 65 de 17 de marzo, de 2014, pp. 23528 y ss.).

- Real Decreto 1509/2008, de 12 de septiembre, por el que se regula el Registro de Universidades, Centros y Títulos (BOE núm. 232, de 25 de septiembre de 2008, pp. 38854 y ss.).
- Real Decreto 1643/1997, de 24 de octubre, por el que se crea en la Universidad Nacional de Educación a Distancia el Instituto universitario «General Gutiérrez Mellado» de Estudios sobre la Paz, la Seguridad y la Defensa (BOE núm. 256, de 25 de octubre de 1997, pp. 30913 a 30914).
- Real Decreto 1723/2008, de 24 de octubre, por el que se crea el sistema de centros universitarios de la defensa (BOE núm. 277, de 17 de noviembre de 2008, pp. 45582 a 45583).
- Real Decreto 1959/2009, de 18 de diciembre, por el que se crea el Centro Universitario de la Guardia Civil (BOE núm. 305, de 19 de diciembre de 2009, pp. 107196 a 107199).
- Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española (BOE núm. 164, de 10 de julio de 2001).
- Real Decreto 775/2001, de 3 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 34/2006, de 30 de octubre, sobre el acceso a las profesiones de abogado y procurador de los tribunales (BOE núm. 143, de 16 de junio de 2011, pp. 61762 y ss.).
- Resolución 420/38007/2014, de 9 de enero, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Politécnica de Madrid sobre materias docentes y relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 15, de 17 de enero de 2014, pp. 2716 a 2720).
- Resolución 420/38117/2014, de 8 de septiembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad de Santiago de Compostela para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 228, de 19 de septiembre de 2014, pp. 73387 a 73390).
- Resolución 420/38138/2015, de 23 de septiembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio específico de colaboración con la Universidad Rey Juan Carlos para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 236, de 2 de octubre de 2015, pp. 89701 a 89706).
- Resolución 420/38145/2015, de 6 de octubre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio marco de colaboración con la Universidad de Granada para la realización de actividades docentes, de investigación, de desarrollo tecnológico, culturales y

- de cualquier otro ámbito de interés mutuo (BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015, pp. 100580 a 100584).
- Resolución 420/38163/2013, de 10 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad Complutense de Madrid para el desarrollo de diversas actividades relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013, pp. 103830 a 103835).
- Resolución 420/38166/2013, de 10 de diciembre, de la Secretaría General Técnica, por la que se publica el Convenio de colaboración con la Universidad de Salamanca sobre materias docentes y relacionadas con la seguridad y la defensa (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013, pp. 103848 a 103853).
- Resolución de 1 de julio de 2015, de la Universidad San Pablo-CEU, por la que se publican planes de estudios de másteres (BOE núm. 167, de 14 de julio de 2015, pp. 58446 y 58447).
- Resolución de 10 de abril de 2014, de la Universidad de Sevilla, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 117, de 14 de mayo de 2014, pp. 37835 y 37836).
- Resolución de 10 de marzo de 2014, de la Universidad de València, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 79, de 1 de abril de 2014, pp. 27983 y 27984).
- Resolución de 10 de septiembre de 2013, de la Universidad de Córdoba, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 233 de 28 de septiembre de 2013, pp. 78937 y 78938).
- Resolución de 11 de julio de 2013, de la Universidad de Granada, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 180, de 29 de julio de 2013, pp. 55420 y 55421).
- Resolución de 12 de mayo de 2014, de la Universitat Oberta de Catalunya, por la que se publica el plan de estudios del Máster en Abogacía (BOE núm. 137, de 6 de junio de 2014, pp. 43277 y 43278).
- Resolución de 12 de noviembre de 2013, de la Universidad de las Illes Balears, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 288, de 2 de diciembre de 2013, pp. 95618 y 95619).
- Resolución de 13 de diciembre de 2013, de la Universidad Miguel Hernández, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2014, pp. 1085 y 1086).

- Resolución de 13 de febrero de 2014, de la Universidad de Vigo, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 68, de 20 de marzo de 2014, pp. 24170 y 24171).
- Resolución de 13 de noviembre de 2014, de la Universidad de Almería, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 288 de 28 de noviembre de 2014, pp. 97766 y 97767).
- Resolución de 13 de septiembre de 2013, de la Universidad de Cádiz, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE número 240 de 7 de octubre de 2013, pp. 82167 y 82168).
- Resolución de 14 de enero de 2015, de la Universidad de Castilla-La Mancha, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 25, de 29 de enero de 2015, pp. 7199).
- Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se modifica el plan de estudios de Máster en Retos de la Paz, Seguridad y Defensa (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2014, pp. 28940 y 28941).
- Resolución de 14 de marzo de 2014, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Gestión de contratos y Programas del Sector Público, con Especial Aplicación al Ámbito de la Defensa (BOE núm. 82, de 4 de abril de 2014, pp. 28951 y 28952).
- Resolución de 15 de febrero de 2013, de la Universidad Pablo de Olavide, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 61, de 12 de marzo de 2013, pp. 19495 y 19496).
- Resolución de 15 de octubre de 2015, de la Universidad de Salamanca, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 263, de 3 de noviembre de 2015, p. 104238).
- Resolución de 18 de julio de 2013, de la Universidad Antonio de Nebrija, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 187, de 6 de agosto de 2013, pp. 57658 y 57659).
- Resolución de 18 de julio de 2014, de la Universidad de Alcalá, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 188, de 4 de agosto de 2014, pp. 62549 y 62550).
- Resolución de 19 de julio de 2013, de la Universidad de Oviedo, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 184, de 2 de agosto de 2013, pp. 56530 y 56531).

- Resolución de 19 de junio de 2015, de la Universitat Abat Oliba CEU, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 162, de 8 de julio de 2015, pp. 56922 y 56923).
- Resolución de 19 de mayo de 2014, de la Universidad de La Rioja, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 141, de 11 de junio de 2014, pp. 44545 y 44546).
- Resolución de 2 de noviembre de 2015, de la Universidad Internacional de Cataluña, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 2015, p. 110390).
- Resolución de 2 de septiembre de 2015, de la Universidad de La Laguna, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 229, de 24 de septiembre de 2015, pp. 86170 y 86171).
- Resolución de 20 de noviembre de 2015, de la Universidad de A Coruña, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 294, de 9 de diciembre de 2015, pp. 116482 y 116483).
- Resolución de 21 de enero de 2014, de la Universidad de Huelva, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 33, de 7 de febrero 2014, pp. 10873 y 10874).
- Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Universidad a Distancia de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Práctica de la Abogacía (BOE núm. 141, de 13 de junio de 2013, pp. 44936 y 44937).
- Resolución de 21 de mayo de 2013, de la Universidad Francisco de Vitoria, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 134, de 5 de junio de 2013, p. 42492).
- Resolución de 22 de abril de 2015, de la Universidad Cardenal Herrera-CEU, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 107, de 5 de mayo de 2015, pp. 39473 y 39474).
- Resolución de 22 de enero de 2014, de la Universidad de Zaragoza, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 33, de 7 de febrero de 2014, pp. 10877 y 10878).
- Resolución de 22 de enero de 2015, de la Universidad de Girona, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 41, de 17 de febrero de 2015, p. 13161).
- Resolución de 22 de febrero de 2013, de la Universidad de Deusto, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE. Núm. 56, de 6 de marzo de 2013, p. 18285).
- Resolución de 23 de diciembre de 2014, de la Universidad Internacional de La Rioja, por la que se publica el plan de estudios de Máster

- en el Ejercicio de la Abogacía (BOE núm. 25 de 29 de enero de 2015, pp. 7186 y 7187).
- Resolución de 23 de mayo de 2013, de la Universidad de Navarra, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 142, de 14 de junio de 2013, p. 45318).
- Resolución de 23 de noviembre de 2013, de la Universidad Loyola Andalucía, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 302, de 18 de diciembre de 2013, pp. 101293 y 101294).
- Resolución de 24 de abril de 2013, de la Universidad del País Vasco, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 130, de 31 de mayo de 2013, pp. 41462 y 41463).
- Resolución de 24 de febrero de 2014, de la Universidad Autónoma de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 62, de 13 de marzo de 2014, pp. 23000 y 23001).
- Resolución de 24 de mayo de 2013, de la Universidad Alfonso X el Sabio, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE. núm. 133, de 4 de junio de 2013, p. 42190).
- Resolución de 24 de septiembre de 2013, de la Universidad Católica San Antonio, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2013, pp. 88257 a 88259).
- Resolución de 25 de febrero de 2014, de la Universidad Rey Juan Carlos, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 59, de 10 de marzo de 2014, p. 22482).
- Resolución de 25 de octubre de 2010, de la Universidad de Málaga, por la que se establece el plan de estudios de Máster Universitario en Abogacía (BOE núm. 276, de 15 de noviembre de 2010, pp. 95546 y 95547).
- Resolución de 27 de octubre de 2014, de la Universidad de Málaga, por la que se publican planes de estudio de másteres (BOE núm. 278, de 17 de noviembre de 2014, pp. 94458 y 94459).
- Resolución de 28 de abril de 2014, de la Universidad Complutense de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 112, de 8 de mayo de 2014, p. 35606).

- Resolución de 28 de julio de 2014, de la IE Universidad, por la que se publican planes de estudios de Máster (BOE núm. 231, de 23 de septiembre de 2014, p. 74467).
- Resolución de 28 de noviembre de 2013, de la Universidad de Alicante, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 300, de 16 de diciembre de 2013, pp. 99249 y 99250).
- Resolución de 29 de octubre de 2015, de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila, por la que se publica la modificación del plan de estudios de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 280, de 23 de noviembre de 2015, pp. 110386 y 110387).
- Resolución de 3 de octubre de 2014, de la Universidad de Barcelona, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 263, de 30 de octubre de 2014, p. 88623).
- Resolución de 3 de octubre de 2014, de la Universidad Jaume I, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 257, de 23 de octubre de 2014, pp. 86299 y 86300).
- Resolución de 30 de mayo de 2013, de la Universidad Europea de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE. núm. 146, de 19 de junio de 2013, pp. 46427 y 46428).
- Resolución de 31 de mayo de 2010, de la Universidad Europea de Madrid, por la que se publica el plan de estudios de Máster Universitario en Abogacía Internacional y Derecho de los Negocios Internacionales (BOE. núm. 163, de 6 de julio de 2010, p. 59863).
- Resolución de 31 de mayo de 2013, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso a la Abogacía (BOE núm. 139, de 11 de junio de 2013, pp. 44250 y 44251).
- Resolución de 7 de abril de 2014, de la Universidad de León, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 121, de 19 de mayo de 2014, pp. 38887 y 38888).
- Resolución de 7 de enero de 2014, de la Universidad de Santiago de Compostela, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 56, de 6 de marzo de 2014, pp. 21451 y 21452).
- Resolución de 7 de junio de 2013, de la Universidad Murcia, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Abogacía (BOE núm. 150, de 24 de junio de 2013, pp. 47498 y 47499).
- Resolución de 7 de mayo de 2013, de la Universidad Católica Santa Teresa de Jesús de Ávila, por la que se publica el plan de estudios

de Máster en Acceso a la Profesión de Abogado (BOE núm. 120, de 20 de mayo de 2013, pp. 37451 y 37452).

Resolución de 9 de julio de 2013, de la Universidad Carlos III, por la que se publica el plan de estudios de Máster en Acceso al Ejercicio de la Abogacía (BOE núm. 177, de 25 de julio de 2013, pp. 54759 y 54760).

5.3. DOCUMENTOS

Libro Blanco de la Justicia, del Consejo General del poder Judicial, Madrid, 1997.

5.4. RECURSOS ELECTRÓNICOS Y PÁGINAS WEBS

Escuela de Altos Estudios de la Defensa, a través del siguiente enlace: <<http://www.defensa.gob.es/ceseden/relaciones-externas/#sub1>>.

Fundación General UGR-Empresa, a través del siguiente enlace <<http://fundacionugrempresa.es/posgrados/experto/476>>.

Ministerio de Educación, Cultura y Deporte a través del siguiente enlace <<https://www.educacion.gob.es/ruct/home#>>.

UNIA, Conferencia de inauguración del XXI Congreso Nacional de historia de la Veterinaria en el Campus de Baeza: <<http://www.unia.es/servicio-de-comunicacion-e-informacion/el-rector-destaca-el-papel-de-la-unia-en-el-sistema-universitario-publico-andaluz>>.

Universidad Autónoma de Barcelona (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.uab.cat/web/informacion-academica-de-los-masteres-oficiales/la-oferta-de-masteres-oficiales/plan-de-estudios/plan-de-estudios/abogacia-1096480309783.html?param1=1326267854417>>.

Universidad Camilo José Cela (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.ucjc.edu/estudio/master-universitario-en-acceso-a-la-profesion-de-abogado/#utab-pane-0-3>>.

Universidad Católica de Valencia San Vicente Mártir (Plan de estudios máster en abogacía): <https://www.ucv.es/estudios_planm.aspx?t=181&g=2&a=1&f=1>.

Universidad de Burgos (Plan de estudios máster en abogacía): <http://www.ubu.es/sites/default/files/portal_page/files/plan_master_abogacia_para_g_academica_curso_2013.2014.pdf>.

- Universidad de Cantabria (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://web.unican.es/estudios/asignaturas?p=192&c=2015>>.
- Universidad de Extremadura (Plan de estudios máster en abogacía): <http://www.unex.es/organizacion/servicios-universitarios/servicios/servicio_becas/archivos/ficheros/plan-estudios-abreviados-masteres/PLAN_ABOGACIA.pdf>.
- Universidad de Jaén (Plan de estudios máster en abogacía): <http://estudios.ujaen.es/node/389/master_plan_estudio>.
- Universidad de las Palmas de Gran Canaria (Plan de estudios máster en abogacía): <http://www.fccj.ulpgc.es/index.php/master/master-universitario-en-abogacia>>.
- Universidad de Lleida (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.masteradvocacia.udl.cat/es/pla-formatiu/pla-estudis-guies-docents.html>>.
- Universidad de Navarra (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.unavarra.es/estudios/posgrado/oferta-de-posgrado-oficial/titulos-oficiales-de-master/facultad-juridicas/master-universitario-acceso-abogacia>>.
- Universidad de Valladolid (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.der.uva.es/files/asignaturas.pdf>>.
- Universidad Europea de Valencia (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://valencia.universidadeuropea.es/estudios-universitarios/master-universitario-en-abogacia-habilitante>>.
- Universidad Internacional de Valencia (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://universidadviu.com/master-abogacia-practica-juridica>>.
- Universidad Politécnica de Valencia (Oferta estudios de máster): <<http://www.upv.es/estudios/posgrado/masteres-por-ramas-es.html>>.
- Universidad Pompeu Fabra (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.barcelonaschoolofmanagement.upf.edu/master-universitario-en-abogacia/plan-de-estudios>>.
- Universidad Ramón Llull (Plan de estudios máster en abogacía): <<http://www.esade.edu/masterabogacia/esp/por-que-master-abogacia/estructura-programa>>.
- Universidad Rovira i Virgili (Plan de estudios máster en abogacía): <http://www.urv.cat/masters_oficials/socials_juridiques/advocacia/es_pla_master_advocacia.html>.

LA PROPIEDAD DEL HALLAZGO ABANDONADO: SU ATRIBUCIÓN AL ESTADO CON LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

Cristina Serrano Derqui
Capitán Auditor

SUMARIO:

I.- Introducción. II.- El hallazgo: régimen jurídico. 2.1. Actuaciones y procedimiento ante el hallazgo. III.- Atribución de la propiedad del hallazgo abandonado al estado: falta de previsión en la LNM. 3.1.- El artículo 29 de la Ley 60/1962 y, ¿su equivalente en la Ley de Navegación Marítima? 3.1.1.- Buques naufragados o hundidos. 3.1.2.- Aeronaves y sus restos. 3.1.3. Los hallazgos. 3.2.- Mecanismos de integración. 3.2.1.- El artículo 374 LNM: Prescripción a favor del Estado. 3.2.2.- El artículo 2 LNM. Fuentes de interpretación: integración conforme a las disposiciones del Reglamento. IV.- Disposiciones de derecho común: Código Civil. 4.1.- Breve referencia al modo de adquisición del hallazgo durante la vigencia de la Ley 60/1962. 4.2.- Modo de adquisición del hallazgo con la Ley de Navegación Marítima. 4.2.1.- Breve referencia a la adquisición por prescripción. 4.2.2.- Breve referencia a la adquisición por ocupación. V. Conclusión.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley 14/2014, de Navegación Marítima, realizó una amplia reforma del Derecho marítimo, actualizando su regulación con la normativa internacional y adecuándola a la práctica del transporte marítimo.

En materia de hallazgos, sin introducir ningún cambio sustancial en cuanto a su regulación y procedimiento, optó por su desaparición como

figura independiente pasando a configurarse como una modalidad del salvamento contemplada en el art. 368 bajo la denominación «bienes salvados de propiedad desconocida». No obstante, la nueva ley carece de un precepto que se configure como un título atributivo de la propiedad de aquellos bienes al Estado que atienda la situación de abandono que resulta cuando las personas con derechos sobre los mismos no hacen o no quieren hacer valer estos, previsión que tradicionalmente había sido expresamente contemplada en la Ley 60/1962, atribuyendo dicha propiedad al Estado transcurridos 6 meses desde la publicación de los correspondientes edictos en busca del propietario.

Nos encontramos así ante un vacío legal necesitado de la correspondiente integración a fin de dar un destino definitivo a estos bienes. El objeto de este comentario es, por tanto, junto a la puesta de manifiesto de aquella falta de previsión por parte del legislador, el estudio de la institución y la búsqueda de las posibles soluciones a las que recurrir, ya sea acudiendo a las reglas de Derecho especial o, si fuere necesario, de Derecho Común.

II. EL HALLAZGO: RÉGIMEN JURÍDICO

Podemos definir el hallazgo marítimo como un encuentro no buscado, casual y fortuito, de bienes en la mar o arrojados a la costa.

La normativa reguladora de esta materia, hasta la entrada en vigor de la Ley 14/2014, de 24 de julio, de Navegación Marítima (en adelante LNM), se encontraba recogida en la Ley 60/1962, de 24 de diciembre, por la que se regulan los auxilios, salvamentos, remolques, hallazgos y extracciones marítimos. Esta Ley respondió en su momento a la necesidad de unificar las normas relativas a aquellos, hasta entonces dispersas en disposiciones de distinto rango legal, así como de su actualización y modernización. Se incorporaban aquí las disposiciones del Convenio de Bruselas de 23 de septiembre de 1910¹, ampliadas a la asistencia marítima a aeronaves y a la prestada o recibida por buques de guerra o afectos a un servicio público, y se establecían normas sobre los remolques en la mar que no constituyeran asistencia marítima (supuesto hasta el momento carente de regulación específica).

En relación a los hallazgos, dedicaba a los mismos el Capítulo III del Título I «De los hallazgos», incluyendo aquí el descubrimiento o encuentro

¹ Convenio Internacional para la unificación de ciertas reglas en materia de asistencia y salvamento marítimos, firmado en Bruselas el 23 de septiembre de 1910.

de cosas abandonadas en la mar o arrojadas por ella en la costa cuando no fueran producto de la misma, y la extracción casual o descubrimiento de cosas hundidas²; junto a ello, el Capítulo III del Título II contemplaba las disposiciones relativas a estos expedientes.

Intervenía también el aún hoy en día vigente Reglamento de la ley del 62, aprobado por Decreto 984/1967, de 20 de abril³ (en adelante Reglamento), el cual, como es la esencia de una norma de rango reglamentario, y en virtud de la Disposición Adicional de la Ley 60/1962⁴, completaba y desarrollaba los preceptos de la misma atendiendo al espíritu de las disposiciones que habían venido rigiendo en la materia (principalmente contenidas en el título adicional a la Ley de Enjuiciamiento Militar de Marina), y actualizaba sus disposiciones en base a las sucesivas reformas y a la doctrina y jurisprudencia internacional derivada de los preceptos del Convenio de Bruselas.

La llegada de la Ley 14/2014, de Navegación Marítima⁵, supuso una amplia reforma del Derecho marítimo en diversos aspectos, así como su actualización en atención a las disposiciones internacionales y su adecuación a la práctica del transporte marítimo. Dicha ley derogó la Ley 60/1962, norma base hasta el momento, a excepción de las disposiciones del Título II que continuarían en vigor en calidad de normas de rango reglamentario⁶.

² Artículo diecinueve. Asimismo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo veintidós, se excluyen de la regulación de los hallazgos:

«Los buques y aeronaves abandonados en la mar y sus cargamentos.

Los efectos arrojados a la mar para aligerar el buque o aeronave en caso de peligro, cuando fueren salvados inmediatamente.

Las cosas que, por su naturaleza o por precepto legales, estén exceptuadas del libre comercio, las cuales, se regirán por las disposiciones especiales sobre la materia».

³ Modificado por Decreto 2993/1968, de 28 noviembre, dando una nueva redacción a los artículos veintitrés, treinta y uno, y cincuenta y seis.

⁴ «Queda facultado el Ministro de Marina para dictar las disposiciones necesarias que complementen y desarrollen esta Ley, habilitándose por el Ministerio de Hacienda los créditos necesarios para atender a los gastos que pueda significar la aplicación de la misma. Se autoriza al Gobierno a la actualización periódica de las cuantías a que se refieren los artículos 21, 48 y 50».

⁵ Vigente desde el 25 de septiembre de 2014 en virtud de su Disposición Final Duodécima que difiere la misma a los dos meses de la publicación en el Boletín Oficial del Estado. (BOE núm. 180 de 25 de julio de 2014).

⁶ Disposición Derogatoria Única apartado f). Asimismo, la Disposición Final 10.^a habilita al Gobierno para, en el plazo de 18 meses a contar desde el 25 de septiembre de 2014, modificar las disposiciones de carácter reglamentario contenidas en citado título II, a fin de recomponer la actual estructura del Tribunal Marítimo Central, de los Juzgados Marítimos Permanentes y demás órganos allí previstos, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima.

En relación a los hallazgos, esta figura desaparece como institución independiente pasando a ser una modalidad del salvamento. Se regulan así en un único precepto, el artículo 368, bajo la denominación de «bienes salvados de propiedad desconocida»⁷, encuadrándose en el Capítulo III del Título VI bajo la rúbrica «Del salvamento». Aquí el art. 358.4 LNM dispone que «el hallazgo y recuperación inmediata de bienes abandonados en las aguas o sus costas se considerará como salvamento, salvo que sean producto del mismo mar o de las aguas navegables». En tales casos, de conocer al titular de los bienes, se aplicarán las reglas generales de los artículos 357 a 367. Si bien, para los casos en que los bienes así salvados sean de propiedad desconocida⁸ la ley prevé un régimen especial en el citado artículo 368.

2.1. ACTUACIONES Y PROCEDIMIENTO ANTE EL HALLAZGO

Tanto las actuaciones a seguir una vez efectuado un hallazgo como el procedimiento y la tramitación de estos expedientes encuentran una regulación muy similar, prácticamente idéntica, en la Ley 60/1962, y en el artículo 368 LNM. Si bien este último, sin afectar a la esencia del procedimiento, introduce ciertas novedades:

- Añade la obligación de notificar el salvamento al cónsul del pabellón si se tratare de buques o embarcaciones matriculadas⁹.
- Prevé el derecho del salvador a retener la cosa hallada durante la tramitación del expediente¹⁰.

⁷ La nueva regulación deja de lado el término «cosas abandonadas» sustituyéndolo por el de «bienes que encontraren desposeídos y fueren de propiedad desconocida». El concepto de «abandono», tal y como lo empleaba la Ley 60/1962, encontraba su arraigo en las *law of finds* del derecho anglosajón que partían del hecho de que, o bien no ha existido propiedad sobre el objeto, o bien este ha sido abandonado. El abandono así entendido se refería a la mera desposesión material de la cosa sin incluir el *ánimus dereliquendi*, por lo que, considero, vista la discusión doctrinal que suscita el concepto de «abandono» (a la que nos referiremos más adelante), que la nueva denominación de la institución resulta más adecuada a la realidad a la que se refiere. *Vid.* En este sentido I. TEMPRAÑO VARELA. *Hallazgos y extracciones marítimas: titularidad y competencia*. Instituto Universitario de Estudios Marítimos, pp. 29 ss. www.udc.es/iuem. Doc 6/2007.

⁸ Artículo 368.1. LNM. «Quienes durante la navegación o desde la costa salvaren bienes que encontraren desposeídos y fueren de propiedad desconocida estarán obligados a comunicarlo a la Armada en el primer puerto de escala».

⁹ Apartado segundo del art. 368.

¹⁰ Apartado segundo último inciso del art. 368 en relación con el artículo 365 LNM.

– Prevé que, en su caso, localizado el propietario y notificada su identidad al salvador, asistirán a este los derechos previstos en el art. 8.2 c) del Convenio Internacional de Salvamento y en el art. 365¹¹.

– El plazo de 6 meses para la localización del posible propietario se contempla en la LNM «desde el inicio del expediente administrativo»¹² mientras que en la Ley 60/1962, dicho plazo se señalaba desde la promulgación de los edictos correspondientes.

– Realiza una actualización formal de las cuantías.

– Se incluye, para el salvador, la obligación previa de abonar los gastos del expediente para hacer suyo el bien salvado¹³.

– Añade una referencia expresa al deber de colaboración de los puertos así como a la exención de cargas de los bienes salvados por buques de titularidad pública, armados y equipados para el salvamento¹⁴.

– Prevé expresamente la obligación del propietario de hacerse cargo de los bienes salvados¹⁵.

– No contempla la posibilidad de publicación de anuncios en el Boletín Oficial del Estado¹⁶.

¹¹ Ello, «sin perjuicio de las acciones que le correspondan para resarcirse de los gastos de conservación y para obtener el precio por el salvamento que proceda». Apartado 3 del artículo 368 LNM.

¹² Apartado cuatro del art. 368 de la LNM.

¹³ Apartado cuarto del art. 368 LNM.

¹⁴ Apartado 6 del artículo 368 LNM «Las autoridades de los puertos vienen obligadas a facilitar la entrada y estancia de los bienes salvados pudiendo no obstante repercutir (en) su legítimo titular los gastos en que hubiera incurrido.

En todo caso, «los bienes salvados por buques de titularidad pública, armados y equipados para el salvamento, estarán exentos de gastos y carga alguna». Apartado introducido en virtud de la enmienda núm. 253 del Grupo Parlamentario Socialista (BOCG Congreso de los Diputados Núm. A-73-2 de 21/04/2014): MOTIVACIÓN. «La enmienda pretende dar solución al problema que se suele dar muy a menudo en el sentido de que las Autoridades portuarias no aceptan que se depositen en sus instalaciones ya sea objetos y/o embarcaciones, recuperadas en la mar».

Esto perjudica muy seriamente a las funciones de SASEMAR ya que, «una vez rescatada una embarcación, debe depositarla en puerto lo más rápidamente posible con la finalidad de volver a estar operativa para continuar con el cumplimiento de sus funciones».

¹⁵ Artículo 368.3 LNM en relación con el artículo 8.2. c) del Convenio de Londres, según el cual «El propietario y el capitán del buque o el propietario de otros bienes en peligro tendrán obligación para con el salvador (...) de aceptar, una vez llevados a lugar seguro el buque u otros bienes, la entrega de éstos, cuando así lo pida el salvador y ello sea razonable». Entra en juego aquí también lo dispuesto en el artículo 357 LNM al disponer expresamente que «El salvamento se regirá por el Convenio Internacional sobre Salvamento Marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989, por los Protocolos que lo modifiquen de los que España sea Estado parte y por las disposiciones de este capítulo».

¹⁶ Dicha previsión se encontraba recogida en el artículo cuarenta y ocho de la Ley 60/1962, al disponer que «Si el valor de lo hallado, según tasación oficial, es

En cuanto al procedimiento, brevemente, tanto en una y otra ley, se concreta en las siguientes actuaciones:

1. El hallador deberá poner en conocimiento de la Armada el hecho del hallazgo¹⁷.
2. Dicha autoridad iniciará el correspondiente expediente orientado a la localización del propietario¹⁸ para lo cual deberá darse al hallazgo la correspondiente publicidad¹⁹.
3. Localizado el propietario y previa acreditación de su derecho, se le hará entrega del objeto hallado o salvado una vez abonados los gastos correspondientes²⁰, con la consiguiente conclusión del expediente, sin perjuicio de las acciones que corresponden al salvador para resarcirse de los gastos de conservación y para obtener el precio que por el salvamento proceda.
4. De no personarse el propietario en el plazo de 6 meses, el destino que se dará al bien hallado variará en función de su valor, según la tasación oficial:

Si la cuantía fuera inferior a 3.000 euros²¹, se pondrá a disposición del hallador, previo el pago de los gastos del expediente.

inferior a 150.000 pesetas, se publicará el hallazgo en el tablón de anuncios, y si fuera superior a dicha suma se publicarán edictos en el «Boletín Oficial del Estado», dando cuenta del hallazgo, insertándose en un diario de la provincia, si el juez lo considera oportuno por la importancia del expediente». La desaparición de esta previsión supone la imposibilidad de acudir a aquella publicación en el BOE, ciertamente útil para la búsqueda del propietario a fin de garantizar la máxima publicidad, con el carácter gratuito que permite el artículo 15.2 de la Ley 25/1998, de 13 de julio, de modificación del régimen legal de las Tasas estatales y locales y de reordenación de las prestaciones patrimoniales de carácter público. Ello, no obstante, no impide que aquella efectivamente pueda efectuarse, pero eleva considerablemente los gastos del expediente.

¹⁷ Artículo diecinueve de la Ley 60/1962, art. 368.1 LNM y art. 58.1 del Decreto 984/1967.

¹⁸ Artículo cuarenta y siete de la Ley 60/1962, art. 368.2 LNM y art. 59 del Decreto 984/1967.

¹⁹ Aquí el artículo cuarenta y ocho de la Ley 60/1962, diferenciaba entre la publicación de anuncios en los correspondientes tabloneros de la localidad o en el BOE en función del valor del bien hallado previa tasación oficial. La LNM se remite a lo previsto reglamentariamente mientras que el Reglamento en su art. 61 simplemente se refiere a la «publicación en los correspondientes edictos». En este sentido resultaría interesante estudiar la posibilidad de concretar los mecanismos conforme a los cuales se llevará a cabo esta publicidad pues, no debemos olvidar que la finalidad de estos expedientes es la búsqueda del propietario, lo cual requiere de aquellos la máxima difusión.

²⁰ Artículos veinte y cuarenta y nueve de la Ley 60/1962, art. 62.1 Decreto 984/1967 y art. 368.3 LNM.

²¹ 15.000 pesetas en la Ley 60/1962, tras la modificación introducida por la Ley 37/1988, de 28 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1989.

Si el valor excediese de 3.000 euros, se acudirá a la venta en pública subasta de los efectos. En estos casos el hallador tendrá derecho, una vez abonados los gastos correspondientes, a aquella suma así como a una tercera parte del exceso que sobre la misma se haya obtenido en la subasta, el remanente se ingresará en el Tesoro.²²

Asimismo, si la subasta no diera resultado, se procederá en la forma prevista en el art. 64.2 del Reglamento²³.

III. ATRIBUCIÓN AL ESTADO DE LA PROPIEDAD DEL HALLAZGO ABANDONADO: FALTA DE PREVISIÓN EN LA LNM

3.1. EL ARTÍCULO 29 DE LA LEY 60/1962 Y, ¿SU EQUIVALENTE EN LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA?

La Ley 60/1962, en su Capítulo V Título I, bajo la rúbrica «De los derechos de propiedad de los efectos salvados o hallados», prevé una serie de supuestos ante los cuales, transcurridos los plazos previstos, el Estado adquirirá la propiedad de los bienes que se determinan:

Artículo veintinueve. «Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo primero del artículo veintiuno, el Estado adquirirá la propiedad de cualquier buque, aeronave u objeto hundido, salvado o hallado cuando su propietario haga abandono de sus derechos o no los ejerza en los plazos siguientes:

Buques o restos de buques hundidos, a los tres años del hundimiento.

En los demás casos, a los seis meses de la promulgación de los edictos establecidos en el artículo cuarenta y ocho de esta Ley.

En cuanto a las aeronaves y sus restos, se observarán las normas y plazos señalados en la Ley de veintiuno de julio de mil novecientos sesenta.

Se interrumpirán estos plazos en el momento en que se solicite la extracción y se inicie ésta en el plazo concedido para la misma, volviendo a correr de nuevo si se suspenden los trabajos, o al finalizar los plazos concedidos por la Autoridad competente.

La Autoridad de Marina, una vez adjudicados los efectos, pondrá éstos a disposición de la Hacienda Pública para el debido cumplimiento de las normas establecidas por esta Ley y por las que regulen el Patrimonio del Estado».

²² Artículos veintiuno y cincuenta Ley 60/1962; arts. 64.1, 66 y 67 Reglamento y 368.4 LNM.

²³ Artículo 68 del Decreto 984/1967.

Artículo treinta. «La Autoridad de Marina, para evitar la pérdida o destrucción de los buques, aeronaves o efectos salvados o hallados, podrá decidir su venta en pública subasta antes de los plazos, de prescripción de la propiedad indicados en el artículo anterior, depositando la parte del valor obtenido que pueda corresponder al propietario a su disposición hasta que éste se presente o su derecho se extinga».

Dicha previsión daba así cumplimiento, en última instancia, esto es, cuando no hubiese persona que hiciese valer sus derechos sobre los efectos hallados (ni propietario ni hallador), a lo dispuesto en el art. 617 CC cuando establece que «Los derechos sobre los objetos arrojados al mar o sobre los que las olas arrojen a la playa, de cualquier naturaleza que sean, o sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales».

Pues bien, en esta línea, y aun cuando, como veremos, los hallazgos únicamente tendrían cabida en el apartado b) del visto artículo 29, conviene detenernos, con carácter previo y con el fin de comparar las previsiones que en este sentido recoge la LNM, en los otros dos supuestos contemplados en los apartados a) y c) del citado precepto. Supuestos estos en los que, junto a la del hallazgo, también se atribuía al Estado la propiedad de los bienes a los que se refieren (buques y aeronaves).

3.1.1. Buques naufragados o hundidos

De conformidad con lo previsto en el apartado a) del art. 29 de la Ley 60/1962, el Estado adquirirá la propiedad de los buques o restos de buques hundidos a los tres años del hundimiento.

En materia de atribución de derechos sobre estos bienes al Estado, la previsión ha sido expresamente recogida por la LNM en su artículo 374, «Prescripción a favor del Estado», si bien introduciendo algunos matices en su redacción pues elimina la referencia a «restos de buques» sustituyéndola por la de «buque o bien» y añade el «naufragio» junto al hundimiento (matices estos que no suponen cambios esenciales con respecto a la regulación anterior). Asimismo, como novedad, la LNM, expresamente, distingue en función del lugar en el que se produjera el naufragio o el hundimiento²⁴.

²⁴ Cabe decir aquí que, con carácter general, en relación a la propiedad de los bienes naufragados o hundidos, la nueva ley introduce una modificación relevante (art. 373), pues reconoce y respeta en todo caso el derecho dominical del propietario salvo cuando exista abandono expreso de este, lo que normalmente se producirá en favor del

3.1.2. Aeronaves y sus restos

En relación a la atribución de los derechos de propiedad de las aeronaves y sus restos salvados o hallados, era el propio artículo 29 (apartado c) el que nos remitía expresamente a las normas y plazos de la Ley 48/1960, de 21 de julio, de Navegación Aérea, hoy en día vigente²⁵.

En este sentido, la Ley de Navegación a Aérea carece de un precepto atributivo al Estado de la propiedad de estos hallazgos abandonados similar al previsto para los otros dos supuestos del artículo 29. No obstante, y lejos de dejar la cuestión *en el aire*, dispone que «Transcurrido el plazo de un año desde la fecha del hallazgo, sin que concurra reclamación del propietario, se estimará la presunción legal de abandono»²⁶, y añade que «Si la aeronave o sus restos no pudieran conservarse, o hubieren transcurrido los plazos a que se refiere el artículo anterior, serán vendidos en pública subasta y su importe quedará en beneficio del Estado, deducidos los gastos y el premio, en su caso»²⁷. Resulta así que sin, como decimos, establecer una atribución de la propiedad de estos efectos directamente al Estado, la Ley de Navegación Aérea determina de forma *taxativa* la actuación a llevar a cabo ante estos hallazgos cuando no aparece persona alguna con derecho sobre los mismos, atribuyéndole el sobrante resultante de la subasta, deducidos los gastos y el premio que pudieran corresponder.

Por su parte, y en el aspecto que nos ocupa, la entrada en vigor de la LNM no introduce novedad alguna, manteniéndose la situación descrita por menester de la Disposición Adicional Novena de la misma al excluir expresamente de su ámbito de aplicación «a las aeronaves que se hallen sobre el agua, [y] al personal y medios afectos a la actividad de estas», remitiéndose, a todos los efectos «al régimen establecido en la legislación aeronáutica y los tratados internacionales en la materia [...]»²⁸.

asegurador. Resulta así que fuera de estos sujetos, los terceros, no tendrán derecho alguno sobre tales bienes dado que, transcurridos tres años desde el hundimiento o naufragio sin que se diera alguna de las actuaciones anteriores, pasarán a ser propiedad del Estado por menester del art. 374.

²⁵ Siendo los artículos 137 a 139 los que se refieren al hallazgo de aeronaves y sus restos.

²⁶ Artículo 138.

²⁷ Artículo 139.

²⁸ El texto completo del apartado 1 de la citada Disposición Adicional novena es el siguiente: Disposiciones especiales en materia de navegación aérea. 1. «La presente ley no será de aplicación a las aeronaves que se hallen sobre el agua, ni al personal y medios afectos a la actividad de estas, que se sujetarán, a todos los efectos, al régimen establecido en la legislación aeronáutica y los tratados internacionales en la materia. Ello sin perjuicio del cumplimiento por las aeronaves de lo indicado en el Convenio Internacional

3.1.3 Los hallazgos

Finalmente, era el apartado b) del artículo 29 el que, en lo que aquí nos interesa, atribuía expresamente la propiedad del hallazgo al Estado transcurridos 6 meses desde la publicación de los correspondientes edictos en busca del propietario. Se daba así cobertura a la situación de abandono de la cosa que se suscitaba en el supuesto en el que, una vez efectuado el hallazgo, cuando no se pudiera acudir a la venta en pública subasta por no superar su valor las 150.000 pesetas²⁹, el hallador renunciaba al derecho que le confería el art. 21 de la ley para adueñarse de la cosa, y el propietario no ejercía su derecho a la entrega de lo hallado dentro del mencionado plazo de 6 meses; previéndose, a continuación, su puesta a disposición de la Delegación de Hacienda respectiva a fin de dar cumplimiento a lo establecido en la propia ley y en la de Patrimonio del Estado³⁰.

No obstante, llegamos al núcleo del presente estudio, la LNM no contempla precepto alguno en este sentido, esto es, carece de un título habilitante para que el Estado pueda hacer suyos los efectos hallados o salvados solventando así la situación de abandono antes mencionada. Nos encontramos por tanto ante una laguna legal cuya problemática, en la práctica, se pondrá de manifiesto en los siguientes supuestos:

- Cuando el propietario no apareciere y el hallador renunciare a la propiedad de la cosa sin interés en la misma por parte del Estado.
- Cuando el hallador es un ente del Estado y renunciare a la propiedad del bien salvado³¹.
- Cuando, debiendo acudir a pública subasta en atención a la cuantía de los efectos, esta se declarase desierta.

Se advierte así, comparando las dos regulaciones, que la Ley 60/1962 (art. 29) regulaba sin fisuras los supuestos que en la práctica se podían

para la Seguridad de la Vida Humana en el Mar (SOLAS 74/78) y en el Convenio sobre el reglamento Internacional para Prevenir Abordajes (COLREG-72) en lo que resulte de aplicación, cuando estén sobre el agua».

²⁹ 901,52 euros tras el euro y hasta la entrada en vigor de la LNM.

³⁰ Siguiendo esta línea el artículo 64.2 del Decreto 984/1967.

³¹ No es inusual que el hallazgo o salvamento de bienes de propiedad desconocida sea realizado por la Guardia Civil (servicio marítimo) o por las diferentes policías locales. En estos casos, cabría la atribución de la propiedad a la Administración de así solicitarlo aquellos. Si bien, dicha atribución se produciría en virtud de su condición de «hallador o salvador», tal y como posibilita tanto la antigua como la nueva ley, pero no en virtud de una atribución general residual al Estado en el sentido que buscamos.

plantear cuando no existe persona que haga valer sus derechos frente a los bienes indicados (ya sean buques, aeronaves u otros bienes y ya fueren hundidos, salvados o hallados) al atribuir su propiedad al Estado al vencimiento de unos plazos concretos. No obstante, ello no ocurre en la nueva Ley de Navegación Marítima (a excepción de los buques hundidos o naufragados a los que se refiere en el visto art. 374 o de las aeronaves o sus restos cuya regulación se remite a la legislación específica), pues omite cualquier referencia a la adquisición, por parte del Estado, de los restantes bienes³².

³² En relación a estas previsiones legales con respecto a determinados bienes cabe resaltar la efectuada por los artículos 17 y 18 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y 106.3 del Texto Refundido de la Ley de Tráfico:

El art. 17 de la Ley de Patrimonio dispone que «Pertencen a la Administración General del Estado los inmuebles que carecieren de dueño», señalando en su apartado segundo que dicha adquisición se producirá por ministerio de la Ley.

Por su parte el art. 18 de la misma ley atribuye al Estado los saldos y los depósitos abandonados, considerando como tales «los valores, dinero y demás bienes muebles depositados en la Caja General de Depósitos y en entidades de crédito, sociedades o agencias de valores o cualesquiera otras entidades financieras, así como los saldos de cuentas corrientes, libretas de ahorro u otros instrumentos similares abiertos en estos establecimientos, respecto de los cuales no se haya practicado gestión alguna por los interesados que implique el ejercicio de su derecho de propiedad en el plazo de veinte años». Dicho precepto resulta ser herencia de lo dispuesto en el art. 29.2 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria (R.D.L. 1.091/1988, de 23 de septiembre), derogado por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria. En relación a este art. 29.2 el TC, en su Sentencia de 18 de noviembre de 2004, resolviendo la cuestión de inconstitucionalidad planteada señaló que «ninguna objeción cabe oponer desde la óptica del derecho a la propiedad privada a la opción de legislador de atribuir al Estado unos bienes abandonados por sus titulares y, por tanto, bienes *nullius*, pues tal atribución encuentra fundamento en su condición de gestor de los intereses generales de la comunidad que el Estado representa, al objeto de destinarlos a la satisfacción de aquellos intereses, lo que se conecta con el mandato del art.128.1 CE de subordinación al interés general de toda la riqueza del país en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad. Como señala el Abogado del Estado en su escrito de alegaciones, no puede dirigirse reproche alguno al legislador por haber preferido la aplicación de los saldos de cuentas corrientes abandonados a fines públicos, mediante su ingreso en el Tesoro para ser aplicados al pago de gastos públicos, en vez de preferir la apropiación de dichos saldos por la entidad de crédito».

En una línea, no igual pero sí similar, el Art. 106.3 Real Decreto Legislativo 6/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial contempla la posibilidad, por parte de los Ayuntamientos, de adjudicar los vehículos abandonados a los servicios de vigilancia y control del tráfico de las correspondientes Policías Locales. Dicha previsión encuentra su antecedente en el art. 86.3 del Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial, tras la modificación llevada a cabo por la Ley 18/2009, de 23 de noviembre. Si bien, ha de indicarse aquí, no obstante, que más que en atención al concepto de «abandono» del vehículo, tal previsión se ampara en la consideración de este como «residuo sólido urbano».

El problema se centra por tanto, sin perder de vista, por supuesto, que la finalidad aquí no era ni es otra que la localización del dueño de la cosa en cuestión³³, en relación a los bienes hallados (salvados de propiedad desconocida) pues, siendo, precisamente, ley especial, —la de Navegación Marítima—, se echa de menos un precepto que atribuya al Estado la propiedad de dichos efectos en los casos que nos ocupan, previsión que debía haberse contemplado en el mismo artículo 368³⁴. Estamos en definitiva ante un vacío legal a cuya integración trataremos de atender en los siguientes apartados a fin de apuntar las posibles soluciones a la materia y, en concreto, a los expedientes de salvamento de bienes de propiedad desconocida iniciados durante la vigencia de la nueva ley en los que se den estas situaciones.

3.2. MECANISMOS DE INTEGRACIÓN

A la hora de buscar una solución al problema planteado, y dado que nos encontramos ante una materia sujeta a regulación específica, hemos de tratar de integrar la falta de previsión que nos atañe atendiendo, primeramente, a las disposiciones especiales: la Ley de Navegación Marítima y el Reglamento de la Ley de sobre auxilios, salvamentos, hallazgos y extracciones.

3.2.1. El artículo 374 LNM: Prescripción a favor del Estado

Como ya se advirtió, el único precepto de la LNM que prevé como tal la prescripción del derecho de propiedad de bienes en favor del Estado es el art. 374.

Artículo 374 «l. El Estado adquirirá la propiedad de cualquier buque o bien que se encuentre naufragado o hundido en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles una vez transcurridos tres años desde el naufragio o hundimiento, excepto la de los buques y embarcaciones de Estado.

³³ Así el art. 368 LNM y los artículos 19 a 21 de la derogada Ley 60/1962 —determinando así mismo tanto el destino que se las debe dar en caso de resultar infructuosas las gestiones encaminadas a su localización, como el premio al que tiene derecho el hallador—. En el mismo sentido los artículos 137 a 139 de la Ley 48/1960, y la de los artículos 615 y 616 del Código Civil.

³⁴ Ha de señalarse aquí que dicha cuestión no fue advertida ni en el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Ley de Navegación Marítima, núm. 449/2013, de 24 de julio de 2013, ni en el respectivo debate parlamentario.

2. Igualmente adquirirá la propiedad de buques o bienes que, a la terminación del plazo mencionado, se encuentren situados en la zona económica exclusiva o en alta mar y sean propiedad de españoles».

Ciertamente, y como también se adelantó, dicho artículo contiene una diferencia en su redacción con respecto al apartado a) del art. 29 Ley 60/1962, pues atribuye al Estado la propiedad, junto a la de los buques, de «cualquier bien» que se encuentre naufragado o hundido. Visto ello, en una primera aproximación, podríamos tratar de incluir aquí los bienes salvados de propiedad desconocida, si bien, y en función de los argumentos que se expondrán a continuación, dicha inclusión deviene imposible.

1.º) En primer lugar porque, recordemos, este precepto se encuentra recogido en el Capítulo IV del Título VI (Sección 1.ª), referido a los bienes naufragados o hundidos, distinto por tanto del Capítulo III en el que se inserta el art. 368 relativo al salvamento de bienes de propiedad desconocida. Pero, además, el citado capítulo IV excluye de su ámbito de aplicación a los salvamentos por expresa indicación del artículo 369³⁵, remitiéndose en estos casos a lo dispuesto en el citado Capítulo III.

2.º) En segundo lugar porque, en esta materia, el Preámbulo de la Ley dispone que «Se regula el naufragio o hundimiento de buques a los efectos de determinar la situación de los bienes afectados, el derecho de propiedad sobre los mismos, y el régimen de unas extracciones que se someten a la autorización administrativa correspondiente».

De la redacción del citado párrafo se observa que la pretensión de la ley en esta materia es regular las actuaciones a llevar a cabo ante un naufragio o hundimiento de buques, y, en relación a estos, la situación de los bienes que resulten afectados, entre otras, el derecho de propiedad sobre los mismos, pero no así el régimen de los bienes salvados de propiedad desconocida³⁶.

³⁵ Recordemos: «Supuestos de aplicación y relación con el régimen de salvamento. Las normas de este capítulo serán de aplicación a toda operación dirigida a la recuperación de buques naufragados o de otros bienes situados en el fondo de las zonas de navegación señaladas en cada caso, sin perjuicio de que puedan ser objeto de salvamento, en cuyo caso las relaciones entre el titular y el salvador se regirán por las normas del capítulo anterior».

³⁶ Así se deduce del Título bajo el cual se regulan, Título VI «de los accidentes de la navegación», y de lo dispuesto en el apartado VIII del Preámbulo de la Ley.

Interesa aquí hacer mención al Real Decreto 800/2011, de 10 de junio, por el que se regula la investigación de los accidentes e incidentes marítimos y la Comisión permanente de investigación de accidentes e incidentes marítimos, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el Código OMI para la investigación de siniestros e incidentes marítimos, define el «accidente marítimo» en su artículo 3.2 a), como el «acaecimiento, o serie de

3.º) Por otro lado porque, aun con todo, quedarían fuera de regulación los bienes hallados en las aguas interiores marítimas o en el mar territorial españoles que se encontraren en la superficie, esto es, que no estuvieren hundidos (lo que suele ser lo habitual), así como aquéllos otros respecto de los cuales, encontrándose en la zona económica exclusiva o en alta mar, se desconozca si son propiedad de españoles.

4.º) Finalmente porque no resulta lógico pensar que el legislador haya querido atribuir, con respecto a los bienes salvados de propiedad desconocida, el plazo de prescripción a favor del Estado de 3 años previsto en el art. 374, plazo que ya con la ley del 62 se preveía y se distinguía del de 6 meses que se exigía para los hallazgos. Además, debe señalarse que este plazo de 3 años que contempla el citado artículo se computa desde «el naufragio o hundimiento», momento que, tratándose de buques, resulta factible determinar, pero que, al referirnos a bienes cuyo dueño es desconocido, o bien puede ser que no se produzca (por no haber existido hundimiento sino, simplemente, una pérdida), o bien que, en la práctica, es imposible concretar.

Resulta así por tanto, como se indicó al comienzo de este apartado, que no procede acudir al art. 374 LNM, y por ende, a ninguna de las disposiciones de la Ley, a fin de atribuir al Estado los bienes salvados que nos ocupan.

3.2.2. El artículo 2 LNM: Fuentes de interpretación: integración conforme a las disposiciones del Reglamento

La siguiente de las opciones la encontramos en el art. 2 LNM³⁷, el cual, bajo la rúbrica «fuentes de interpretación», establece un orden de preferen-

acaecimientos, directamente relacionado con la explotación de un buque que ha dado lugar a cualquiera de las situaciones que seguidamente se enumeran:

La muerte o lesiones graves de una persona;

La pérdida de una persona que estuviera a bordo;

La pérdida, presunta pérdida o abandono de un buque;

Daños materiales graves sufridos por un buque;

La varada o avería importante de un buque, o el hecho de que se vea envuelto en un abordaje;

Daños materiales causados en la infraestructura marítima ajena al buque que representen una amenaza grave para la seguridad del buque, de otro buque, o de una persona;

Daños graves al medio ambiente, o la posibilidad de que se produzcan daños graves para el medio ambiente, como resultado de los daños sufridos por un buque o buques».

³⁷ Artículo 2 Fuentes e interpretación.

«1 La presente ley se aplicará en tanto no se oponga a lo dispuesto en los tratados internacionales vigentes en España y en las normas de la Unión Europea que regulen la misma materia.

cia a la hora de interpretar las disposiciones contenidas en la propia ley: en primer lugar, los tratados internacionales y las normas de la Unión Europea en esta materia; en segundo lugar, las leyes y reglamentos complementarios y los usos y costumbres de la navegación; y, por último, en tanto no se pueda acudir a la analogía, el Derecho Común.

En relación a las primeras fuentes, habremos de acudir al Convenio internacional sobre salvamento marítimo, hecho en Londres el 28 de abril de 1989³⁸, el cual vino a sustituir el Convenio de Bruselas (recordemos, una de las bases de la promulgación de la Ley del 62). Dicho convenio, entre otras, se orienta especialmente a la actualización y al establecimiento de medidas destinadas a la protección del medio ambiente en relación a las operaciones de salvamento. No obstante, no prevé reglas relativas al salvamento de bienes de propiedad desconocida (hallazgo en su momento), ni, por ende, pronunciamiento sobre la cuestión que nos ocupa, lo que por otro lado resulta lógico dado que la materia sobre la determinación del destino de los bienes hallados, en cuanto a su atribución al Estado se refiere, es propia de la regulación interna de cada uno. Así no es posible solventar el problema en base a la normativa internacional.

En relación a las segundas el citado art. 2 LNM prevé expresamente la posibilidad de acudir a la aplicación supletoria de los reglamentos complementarios, en nuestro caso, el recurso al Reglamento aprobado por Decreto 984/1967. Procede por tanto detenernos en el estudio de los preceptos reglamentarios a los que podríamos sujetarnos a la hora de integrar la laguna que tenemos entre manos.

El artículo 67 del Reglamento: reintegro al Tesoro.

El Reglamento dispone (remitiéndose al párrafo segundo del art. 21 de la Ley 60/1962) que, cuando en atención al valor de los bienes hallados, hayamos de acudir a la venta de los efectos en pública subasta, aprobada la adjudicación definitiva, abonados los gastos y entregada la suma correspondiente al hallador, el remanente, si lo hubiere se ingresará en el Tesoro³⁹.

De forma supletoria se estará a las leyes y reglamentos complementarios y a los usos y costumbres relativos a la navegación marítima. A falta de todo ello y en cuanto no se pudiere recurrir a la analogía se aplicará el Derecho común.

2. En todo caso, para la interpretación de las normas de esta ley se atenderá a la regulación contenida en los tratados internacionales vigentes en España y la conveniencia de promover la uniformidad en la regulación de las materias objeto de la misma».

³⁸ Entrada en vigor en España el 27 de enero de 2006. Instrumento de ratificación BOE núm. 57, de 8 de marzo de 2005.

³⁹ Tal previsión se encontraba igualmente recogida en el artículo cincuenta de la Ley 60/1962, «Si, transcurrido el plazo de seis meses, no compareciere el propieta-

Artículo 67.- «Una vez realizada la venta de los efectos en pública subasta y aprobada por la Autoridad jurisdiccional su adjudicación definitiva, el Instructor practicará la liquidación correspondiente para dar fin al expediente, en la que se acreditará en primer término el abono de los gastos habidos para, con el remanente, proceder en la forma que preceptúa el párrafo 2.º del artículo 21 de la Ley, dejando la oportuna constancia de todo ello en las actuaciones».

En términos similares se pronunciaba el artículo 21 de la Ley 60/1962⁴⁰, cuyo contenido ha sido recogido, en esencia, en el apartado cuarto del art. 368 LNM al disponer que «En el supuesto de que el propietario no fuere localizado en el plazo de seis meses desde el inicio del expediente administrativo, la Armada adoptará las medidas pertinentes para la tasación de los bienes salvados. Si el valor no excediera de tres mil euros, el salvador hará suyos los bienes una vez pagados los gastos del expediente. Si el valor superase la referida cantidad se venderán los bienes en pública subasta, siendo para el salvador, una vez pagados los gastos del expediente, además de dicho importe un tercio de la parte del precio obtenido que exceda de tres mil euros más los gastos en que haya incurrido. El resto, si lo hubiere, se ingresará en el Tesoro Público».

Pues bien, tal entrega del sobrante de la subasta al Estado (Tesoro) podría interpretarse como una manifestación del destino final que la ley pretende dar a los bienes salvados cuando nadie los reclame (en la línea de lo que preveía el art. 29 de la Ley 60/1962). No obstante, bien es cierto que la misma, *per se*, en medida alguna guarda la forma que debería adoptar una disposición general atributiva de la propiedad de estos bienes al Estado-Administración, pues, en todo caso, se trata de una previsión concreta y específica, limitada al supuesto en el que los bienes se vendiesen en subasta por una cantidad que superase los gastos y el premio al hallador y existiera aquí un remanente.

rio y el valor de lo hallado fuera inferior a 150.000 pesetas, se pondrá a disposición del hallador, previo el pago de los gastos ocasionados.

Si el valor excediese de las 150.000 pesetas, el Juez elevará el expediente a la Autoridad jurisdiccional, que decidirá la venta en pública subasta de los efectos hallados.

La Autoridad jurisdiccional aprobará la adjudicación definitiva de la subasta y remitirá el expediente al Instructor para liquidación.

El Juez terminará el expediente con una liquidación en la que se acreditará el abono de los derechos al hallador, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 21, el de los gastos ocasionados y el ingreso del resto en el Tesoro».

⁴⁰ Artículo veintiuno de la Ley 60/1962: «Si, transcurrido el plazo de seis meses establecido en el apartado B) del artículo 29, no se hubiese presentado el propietario y el valor en tasación la cosa no fuese superior a 150.000 pesetas, se entregará al hallador, previo pago de los gastos.

Cuando el valor de la tasación fuese superior a 150.000 pesetas, el hallador tendrá derecho a esta suma, y además, a una tercera parte del exceso que sobre la misma se haya obtenido en la subasta. El remanente se ingresará en el Tesoro».

Asimismo, cabe destacar que el hecho de que el citado art. 368.4 LNM previera esta situación y atribuyese dicha cantidad al Tesoro también apoya y refuerza la teoría defendida en este comentario sobre el *olvido* por parte del legislador en relación a la introducción en la norma especial reguladora de la materia, la Ley de Navegación Marítima, de un precepto que atribuyese al Estado la propiedad de los bienes salvados abandonados pues, carece de sentido que en los supuestos en los que se deba acudir a la subasta sí se prevea que aquel sobrante se ingrese en el Tesoro y que en los casos en los que directamente se produce el abandono (sin acudir a la subasta en atención al valor de los efectos) la idea fuera darles un destino distinto (máxime con el antecedente del artículo 29 de la Ley 60/1962).

El artículo 64.2 del Reglamento: Puesta a disposición de la Delegación de Hacienda.

El precepto que más se acerca a la hora de solventar la cuestión que nos atañe, es el art. 64.2, y en apoyo de este su apartado tercero y el art. 68, todos del Reglamento de la Ley 60/1962. No obstante, y en base a los argumentos que se expondrán a continuación, a mi juicio, tampoco cabría considerar estas previsiones, *a priori* y por sí solas, como atributivas de la propiedad al Estado en el sentido que interesa.

Artículo 64.2 «En el caso de que el hallador no abonase los gastos ocasionados o hiciese expresa renuncia de las cosas halladas, se considerará que hace abandono de sus derechos. El Instructor elevará en este caso el expediente a la Autoridad jurisdiccional, para que pueda acordar que sean puestos a disposición de la Delegación de Hacienda respectiva».

3. «Si ésta renunciara a hacerse cargo de ellos, dicha Autoridad proveerá en definitiva en cuanto al destino de los mismos».

Artículo 68. «Si la subasta no diera resultado, la Autoridad jurisdiccional procederá en la forma prevista en el punto 2º del artículo 64».

En primer lugar, no debemos perder de vista aquí que estos preceptos encontraban su fundamento legal en el art. 29 Ley 60/1962 que, como vimos; primero atribuye al Estado la propiedad de, entre otros, los hallazgos (transcurrido el plazo correspondiente sin que aparezca el dueño) y que, después, en su último párrafo, prevé la puesta a disposición de la Hacienda Pública para el debido cumplimiento de lo dispuesto en las normas reguladoras del Patrimonio del Estado (ahora de las Administraciones Públicas)⁴¹, lo que implica, en la generalidad de los supuestos, la tramitación del co-

⁴¹ «La Autoridad de Marina, una vez adjudicados los efectos, pondrá éstos a disposición de la Hacienda Pública para el debido cumplimiento de las normas establecidas por esta Ley y por las que regulen el Patrimonio del Estado».

respondiente expediente y la declaración, en su caso, de afectación a un determinado servicio, con la consiguiente inclusión en el inventario del órgano al que se hace la entrega.

Partiendo de lo anterior, la puesta a disposición a la que se refiere el citado art. 64.2 del Reglamento ha de interpretarse a los únicos efectos de completar lo dispuesto en el último párrafo del art. 29 de la Ley 60/1962, esto es, como una puesta a disposición de los efectos en concepto de entrega (que no necesariamente requeriría la dación física de la cosa), en tanto en cuanto se procede, de conformidad con lo previsto en las normas que regulan el patrimonio de la Administración, a realizar las debidas actuaciones en orden a su afectación o destino.

Tal interpretación parte de la base, a mi criterio, incuestionable, de que la atribución de los bienes al Estado que realizaba el primer párrafo del art. 29 de la Ley 60/1962, al señalar expresamente que «el Estado adquirirá la propiedad [...] en los plazos siguientes», opera de forma automática, entendiéndose la adjudicación a la que se refiere su último párrafo como una mera formalidad. Según esta postura, la renuncia del art. 64.3 del Reglamento, a la que además le sigue la expresión «hacerse cargo» (y no la de «adjudicación» o «propiedad»), debería entenderse, si acaso, como una renuncia a aquella entrega de la cosa, debiendo decidir sobre la misma la «Autoridad Jurisdiccional», en definitiva, la Armada (al igual que hace con el depósito de los efectos durante la tramitación del expediente de hallazgo o salvamento); y ello solo hasta que, de conformidad con las citadas normas de patrimonio, se resolviese definitivamente sobre aquel destino o afectación.

Ciertamente, del tenor literal del art. 64.3 del Reglamento se desprende la posibilidad de que, de renunciar a ello la Delegación de Hacienda, sea la Armada la que decida sobre el destino de estos bienes, facultad ésta cuya atribución encontraría su explicación en la concepción histórica de aquella como un ente de peculiares características que, bajo la dependencia del Ministerio de Marina, se encargaba en esencia de todas las cuestiones relacionadas con la mar. Si bien, aun con ello, sería deseable un precepto en la línea del antiguo art. 29 de la Ley 60/1962, que amparase cualquier acto de disposición sobre estos bienes por parte de la Armada, como podría ser una compraventa con un tercero ajeno al hallazgo.

Otra posibilidad, si bien, considero, forzando la interpretación de los preceptos analizados, pero que nos apoyaría aún más a la hora de encontrar aquí una posible *vía de escape* a la que recurrir en los casos de abandono (entendido este como la falta de propietario y hallador que hagan valer sus derechos), sería interpretar aquella puesta a disposición de la Delegación de Hacienda como una solicitud o consulta en orden a si el Estado asume

o no la propiedad del bien⁴². Resultaría así que cabría que Hacienda renunciara conforme al art. 64.3 del Reglamento a la adquisición de estos bienes, concediendo a la Armada, la facultad de decidir sobre el destino de los mismos (que podría ser, dentro de la Administración misma o, incluso fuera de ella); no obstante tal interpretación hubiera requerido, en su momento, considerar que la atribución del art. 29 de la Ley no era automática, lo que en mi criterio, por las razones apuntadas, resulta inviable.

En definitiva, al margen de las disquisiciones indicadas, y tratando de adoptar la postura más práctica en orden a aportar una solución al problema que nos ocupa, hemos de sostener que los preceptos reglamentarios analizados, vistos en su conjunto y en atención a lo dispuesto en el art. 2 LNM, podrían servir de apoyo a la hora de integrar la mencionada falta de previsión en la LNM, pues, lejos de haber sido derogados por la misma, mantienen su contenido, esto es, tanto la puesta a disposición de los bienes a la Delegación de Hacienda como la integración al Tesoro del sobrante de la subasta.

En su apoyo, podría sostenerse, además, que la pretensión del legislador era seguir la línea de lo dispuesto en el apartado b) del art. 29 de la antigua ley, es decir, que el Estado adquiriese la propiedad de los bienes salvados o hallados transcurrido un determinado plazo, ya que, en relación a los otros dos supuestos del citado precepto, buques y aeronaves, la regulación no ha variado en su esencia⁴³.

No obstante, esta integración, no pudiendo acudir a la analogía (materia que sería objeto de otro debate y sobre la que no vamos a profundizar por sobrepasar el objeto del presente comentario) y careciendo nuestro ordenamiento de una atribución general de los bienes abandonados al Estado⁴⁴, habría de adoptarse con las debidas cautelas que requiere la aplicación supletoria unida a la debida interpretación de los preceptos en el sentido que nos interesa pues, como vimos, en especial con respecto al art. 64.2 del Reglamento, las disposiciones en las que dicha integración

⁴² Siguiendo la Teoría del título y el modo.

⁴³ Como vimos, el art. 374 LNM continúa previendo un plazo de 3 años para la atribución al Estado de los buques y bienes naufragados o hundidos (con algunos matices) y, en relación a las aeronaves, aun no haciendo referencia expresa, no se plantea problema al estar previsto el supuesto en la Ley de Navegación Aérea a la que se remitía el apartado c) del derogado art. 29.

⁴⁴ Actualmente, nuestro ordenamiento no cuenta con una previsión similar a la contenida en la denominada *Ley de Mostrencos*, de 16 de mayo de 1835 que, siguiendo el modelo del Código napoleónico, atribuía al Estado, entre otros, «los (bienes) que estuvieran vacantes y sin dueño conocido por no poseerlos individuos o corporación alguna», ley que resultó derogada en 1964 por la ley del Patrimonio del Estado.

se apoya no transcriben, ni mucho menos, la previsión atributiva que suponía el citado art. 29 de la Ley 60/1962, refiriéndose bien a actuaciones (la puesta a disposición de la Delegación de Hacienda), bien a situaciones (ingreso del remanente de la subasta en el Tesoro) complementarias de aquella. Asimismo, *a contrario sensu*, insistiendo en las debidas cautelas, también cabría desvirtuar esta postura sosteniendo que el legislador únicamente quiso prever el destino de estos bienes cuando se tratase de buques o bienes hundidos, dejando que la adquisición de los restantes efectos se realizase, bien por las disposiciones especiales (para los buques y las aeronaves), bien por las disposiciones generales del Derecho común (para el resto), opción esta expresamente contemplada en el último párrafo del artículo 2.1 LNM y que, además, prevé la propia Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

Finalmente aquí, si bien ya con carácter general en relación con la posibilidad de integración de la ley en base a normas reglamentarias, ha de señalarse que en virtud de la Disposición Final Décima de la LNM, en abierta contradicción con la Disposición Adicional Segunda de la misma ley, se habilita al Gobierno para que, dentro de los dieciocho meses siguientes a la entrada en vigor de la LNM, se proceda a la modificación de las normas vigentes con carácter reglamentario contenidas en el Título II de la Ley 60/1962. Si bien, aun cuando esta previsión podría aparecer como una oportunidad para incluir un precepto en el sentido que nos ocupa, ha de indicarse que dicha oportunidad deviene imposible por dos razones fundamentales: primero, y de forma tajante, porque aquella habilitación quedaría limitada, según la citada disposición final, a la recomposición de la estructura del Tribunal Marítimo Central, de los Juzgados Marítimos Permanentes y demás órganos allí previstos, adscribiéndolos orgánica y funcionalmente a la Administración Marítima; y, segundo porque, aun con la posibilidad de recurrir a las normas reglamentarias con carácter supletorio prevista en el art. 2 LNM, no podemos perder de vista que tales normas (las vigentes y en su caso las derivadas de la futura modificación) se configuran como propias de un reglamento de los llamados *ejecutivos (secundum legem)*⁴⁵, pues se trata de normas orientadas al desarrollo y concreción normativa, en su momento de la Ley 60/1962, y ahora de la LNM⁴⁶. Par-

⁴⁵ Por contra los reglamentos independientes (*praeter legem*), reguladores de materias respecto de las cuales no existe previsión legal, siempre y cuando la materia en cuestión no esté reservada a la ley (los llamados reglamentos de organización administrativa).

⁴⁶ Así lo dispone expresamente tanto el propio Decreto 984/67, como la Disposición Adicional de la Ley 60/1962.

tiendo de esta base la modificación reglamentaria no podrá prever *per se* situaciones jurídicas no contempladas en la ley en la que se ampara, y por ende, la atribución de derechos de propiedad a favor del Estado⁴⁷.

IV. DISPOSICIONES DE DERECHO COMÚN: CÓDIGO CIVIL

Por cuestiones prácticas, con el convencimiento, no obstante, de que la falta de previsión legal advertida no es más que un *descuido* del legislador (que pretendía seguir la línea del artículo 29 de la Ley 60/1962), me muestro partidaria de la integración apuntada en el apartado anterior, esto es, conforme a las disposiciones del Reglamento señaladas, sobre la base de la aplicación supletoria a la que se refiere el art. 2 LNM. No obstante, resulta interesante proceder, si bien de forma ilustrativa, y aun cuando solo fuere con la finalidad de descartar esta posibilidad, al análisis de la última de las opciones contempladas en el escalonado esquema interpretativo de la LNM previsto en el art. 2, esto es, el recurso a las disposiciones de Derecho Común (el Código Civil).

Si bien, advertimos previamente que, dado que el Estado, las Administraciones Públicas, constituyen el sujeto activo de nuestra materia, tendremos que atender en este punto a las disposiciones generales reguladoras de los medios conforme a los cuales estas pueden adquirir bienes o derechos: la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que, como la LNM y a los efectos que nos ocupan, también se remite al Código Civil.

4.1. BREVE REFERENCIA AL MODO DE ADQUISICIÓN DEL HALLAZGO, DURANTE LA VIGENCIA DE LA LEY 60/1962

Durante la vigencia de la Ley 60/1962, las normas que regulaban el Patrimonio del Estado a las que se refería el último párrafo de su art. 29⁴⁸ se concretaban en la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimo-

Quando habilita al ministro de Marina para dictar las disposiciones necesarias que complementen y desarrollen esta ley, o la misma LNM cuando conserva la vigencia de las normas del Título II de la Ley 60/1962, con carácter reglamentario.

⁴⁷ De ahí que tampoco quepa acudir a la Disposición Final Novena LNM cuando autoriza al Gobierno para que dicte «cuantas disposiciones sean precisas para la debida ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en esta Ley».

⁴⁸ Recordemos: «La Autoridad de Marina, una vez adjudicados los efectos, pondrá éstos a disposición de la Hacienda Pública para el debido cumplimiento de las normas establecidas por esta Ley y por las que regulen el Patrimonio del Estado».

nio del Estado y, posteriormente, en el Decreto 1022/1964, de 15 de abril, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado⁴⁹.

En este sentido, y en la misma línea que la Ley de Bases del 62⁵⁰, el Texto articulado dedicaba el Capítulo II del Título I a la «adquisición de bienes y derechos» contemplando los modos conforme a los cuales el Estado puede adquirir:

Art. 19. «El Estado podrá adquirir bienes y derechos:

1.º Por atribución de Ley.

2.º A título oneroso, con ejercicio o no de la facultad de expropiación.

3.º Por herencia, legado o donación.

4.º Por prescripción.

5.º Por ocupación».

Asimismo, y a los efectos que nos interesan, señalaba en su artículo 25 que «El Estado prescribirá a su favor con arreglo a las Leyes comunes, sin perjuicio de lo establecido en disposiciones especiales».

De esta forma, la atribución o adquisición de los bienes hallados que por este precepto se realizaba a favor del Estado se producía en virtud de la prescripción a la que se refieren los artículos 19.4 y 25 antes citados⁵¹, en relación con la disposición especial que era el artículo 29 b) Ley 60/1962.⁵²

⁴⁹ Aprobado en base a la Disposición Final de la Ley de Bases del Patrimonio del Estado de 24 de diciembre de 1962: «Se autoriza al Gobierno para aprobar por Decreto, en el plazo máximo de un año, el Texto articulado de la Ley de Patrimonio del Estado» y desarrollada por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento para la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado, texto articulado aprobado por Decreto de 1022/1964, de 15 de abril.

⁵⁰ Base III «adquisición de bienes y derechos».

⁵¹ Ha de señalarse aquí que, a priori, cualquier previsión legal que atribuya bienes o derechos de contenido patrimonial al Estado (como es el caso de la prescripción adquisitiva del art. 29 Ley 60/1962) podría incluirse en el apartado 1.º del art. 19 citado. No obstante, y sin perjuicio de las discusiones doctrinales al respecto, las adquisiciones «por disposición de la Ley» se refieren exclusivamente al específico supuesto en el que, directamente la ley, atribuye unos bienes o derechos determinados a la Administración, sin necesidad de cumplir cualesquiera otros requisitos, presumiéndose el carácter patrimonial de los mismos, salvo que se destinen a un uso o servicio público. A modo de ejemplo, se incluyen aquí aquellos a los que se refiere la misma Ley de Patrimonio en sus artículos 5, 7 y 17.1, o los previstos en el artículo 4 de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas.

⁵² Así lo señalaba también, el artículo treinta de la Ley 60/1962, cuando disponía que «La Autoridad de Marina, para evitar la pérdida o destrucción de los buques, aeronaves o efectos salvados o hallados, podrá decidir su venta en pública subasta antes de los plazos, de prescripción de la propiedad indicados en el artículo anterior, depositando la parte del valor obtenido que pueda corresponder al propietario a su disposición hasta que éste se presente o su derecho se extinga». Igualmente, si bien solo en relación al apartado a) del artículo 29, aunque perfectamente extensible a los restantes, en su Preám-

4.2. MODO DE ADQUISICIÓN DEL HALLAZGO CON LA LEY DE NAVEGACIÓN MARÍTIMA

En la actualidad, la normativa aplicable en esta materia se centra en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas⁵³, y en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 1373/2009, de 28 de agosto⁵⁴. Esta ley dedica sus artículos 15 y siguientes a los modos de adquirir por el Estado, señalando, en similares condiciones a como lo preveía la normativa anterior, que:

Artículo 15. Modos de adquirir.

«Las Administraciones públicas podrán adquirir bienes y derechos por cualquiera de los modos previstos en el ordenamiento jurídico y, en particular, por los siguientes:

Por atribución de la ley.

A título oneroso, con ejercicio o no de la potestad de expropiación.

Por herencia, legado o donación.

Por prescripción.

Por ocupación».

Artículo 16. Carácter patrimonial de los bienes adquiridos.

«Salvo disposición legal en contrario, los bienes y derechos de la Administración General del Estado y sus organismos públicos se entienden adquiridos con el carácter de patrimoniales, sin perjuicio de su posterior afectación al uso general o al servicio público».

Artículo 22 Prescripción adquisitiva.

«Las Administraciones públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido en el Código Civil y en las leyes especiales».

Pues bien, al no existir en la LNM una disposición equivalente a la contemplada en el art. 29 Ley 60/1962, esto es, previsor de un plazo específico para la adquisición por el Estado de los bienes salvados capaz de sal-

bulo al señalar que «Se regula sistemáticamente la extracción de buques hundidos y sus restos que sólo estaba reglamentada en disposiciones administrativas inspiradas en las necesidades del momento en que se dictaron, pero que ya no responden a las circunstancias presentes, fijando los plazos de prescripción de las cosas hundidas a favor del Estado cuando no sean extraídas por los propietarios, porque en interés de la economía nacional no debe dejarse indefinidamente al arbitrio de los particulares la facultad de extraerlas».

⁵³ Su Disposición Derogatoria Única, apartado a) deroga la Ley 89/1962, de 24 de diciembre, de Bases del Patrimonio del Estado, y su Texto Articulado, aprobado por Decreto 1022/1964, de 15 de abril.

⁵⁴ Que deroga, en virtud de su Disposición Derogatoria Única apartado a), el Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado aprobado por Decreto 3588/1964, de 5 de noviembre.

var la problemática advertida cuando nadie los reclama (mecanismo este que por su parte suponía una vía directa para tal atribución) y a diferencia de lo dispuesto para los buques y bienes hundidos o naufragados a los que se refiere el ya visto artículo 374 bajo la rúbrica, precisamente, «prescripción a favor del Estado», nos encontramos con que, de conformidad con lo dispuesto en el citado art. 22, tendríamos que acudir a las disposiciones del Código Civil (en adelante CC).

4.2.1 Breve referencia a la adquisición por prescripción

La prescripción adquisitiva (usucapión) se regula en el Título XVIII del Libro Cuarto del CC que comienza señalando en su art. 1930 que «Por la prescripción se adquieren, de la manera y con las condiciones determinadas en la ley, el dominio y demás derechos reales».

Dicha institución se configura como el último de los mecanismos de adquisición del dominio, admitiendo incluso, en función del supuesto, la adquisición de la propiedad sin necesidad de reunir ningún otro requisito más que la mera posesión de la cosa durante un tiempo determinado⁵⁵. Si bien, el problema que plantea el recurso a esta figura, sin existir plazo especial señalado por ley tal y como prevé el art. 1938 CC⁵⁶, es, precisamente, el de los plazos que se requieren para adquirir la propiedad, mucho más extensos que el de 6 meses antes previsto para los hallazgos. Para bienes muebles: Artículo 1955 «El dominio de los bienes muebles se prescribe por la posesión no interrumpida de tres años con buena fe.

También se prescribe el dominio de las cosas muebles por la posesión no interrumpida de seis años, sin necesidad de ninguna otra condición».

Sin perjuicio de lo anterior, y en atención a los otros modos de adquirir contemplados en el citado art. 15 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, también cabría estudiar la posibilidad de recurrir a la ocupación como vía para adquirir los bienes objeto de este comentario, mecanismo que, al igual que la prescripción, se encuentra

⁵⁵ A mi juicio, y como ya se señaló anteriormente este es el modo adquisitivo que emplean tanto los derogados artículos 29 y 30 de la Ley 60/1962, como el vigente artículo 374 LNM en relación con lo dispuesto en los artículos 15 d) y 22 de la Ley de Patrimonio y 1938 CC.

⁵⁶ «Las disposiciones del presente título se entienden sin perjuicio de lo que en este Código o en leyes especiales se establezca respecto a determinados casos de prescripción».

previsto en la Ley de Patrimonio (art. 15 e) y 23) remitiéndose, a falta de disposición especial, a lo establecido en el Código Civil.

Artículo 23 Ocupación. «La ocupación de bienes muebles por las Administraciones públicas se regulará por lo establecido en el Código Civil y en las leyes especiales».

4.2.2. Breve referencia a la adquisición por ocupación

La ocupación se regula en el Libro Tercero del CC cuya disposición preliminar comienza señalando que «La propiedad se adquiere por la ocupación».⁵⁷ A tales efectos el Título I recoge la regulación de este modo de adquirir la propiedad haciendo referencia, en el primero de sus preceptos, a los bienes susceptibles de ocupación, esto es, «los bienes apropiables por su naturaleza que carecen de dueño, como los animales que son objeto de la caza y pesca, el tesoro oculto y las cosas muebles abandonadas»⁵⁸. La ocupación se configura así como un modo originario de adquirir el dominio de cosas muebles sin dueño, apropiables por su naturaleza, en donde se requiere la toma de posesión del ocupante y la voluntad de haberla como suya, *animus occupandi*.

Sin intención de realizar un análisis exhaustivo de esta institución, han de advertirse dos cuestiones que plantea el recurso a esta figura en relación a la problemática que se suscita sobre la adquisición por el Estado de los bienes salvados de propiedad desconocida: 1.º, la exclusión o no del régimen general del Código Civil que implica el art. 617 CC y; 2.º el concepto de «cosas muebles abandonadas» en el sentido de *res derelictae* y su aplicación al hallazgo.

1.º) En esta línea hemos de comenzar señalando que el hallazgo de cosas muebles se regula en el art. 615 CC, el cual establece una serie de actuaciones a seguir una vez efectuado (ponerlo en conocimiento del alcalde del lugar y publicarlo durante dos domingos consecutivos), adjudicándose finalmente al hallador transcurridos dos años sin que se persone el dueño⁵⁹.

⁵⁷ Artículo 609 CC.

⁵⁸ Artículo 610 CC.

⁵⁹ «El que encontrare una cosa mueble, que no sea tesoro, debe restituirla a su anterior poseedor. Si éste no fuere conocido, deberá consignarla inmediatamente en poder del Alcalde del pueblo donde se hubiese verificado el hallazgo.

El Alcalde hará publicar éste, en la forma acostumbrada, dos domingos consecutivos.

Si la cosa mueble no pudiere conservarse sin deterioro o sin hacer gastos que disminuyan notablemente su valor, se venderá en pública subasta luego que hubiesen pasado

No obstante lo anterior, los hallazgos de los objetos arrojados al mar o de los que las olas arrojen a la playa, entre otros, se regirán por las disposiciones que señale la ley especial por menester del artículo 617 CC «Los derechos sobre los objetos arrojados al mar o sobre los que las olas arrojen a la playa, de cualquier naturaleza que sean, o sobre las plantas y hierbas que crezcan en su ribera, se determinan por leyes especiales».

Se suscitara así, en primer lugar, la duda (hasta el momento no planteada en la práctica dado que la cuestión estaba cubierta por la Ley 60/1962), de si este art. 617 CC ha de configurarse como una exclusión de los hallazgos en la mar del régimen general de la ocupación, a nuestros efectos, del citado artículo 615 o si, por el contrario, se trata de una remisión a la normativa específica que no impediría, en su caso, recurrir a tales disposiciones con carácter supletorio.

2.º) A los efectos que nos interesan, la institución de la ocupación se configura partiendo del concepto de «cosas muebles abandonadas»⁶⁰ (*res derelictae*), las cuales, cuando el abandono no es un mero extravío, sino que se realiza con intención de perder la propiedad, acaban convirtiéndose en cosas de nadie (*res nullius*) y, por tanto, susceptibles de ocupación. Así, primeramente, la doctrina ha definido el abandono como «un acto material de desposesión de una cosa y del derecho que sobre ella se tenía, y supone una actuación del sujeto en el sentido de desprenderse de las cosas materiales (muebles e inmuebles), o la realización de actos que signifiquen que las cosas de que se trate quedan fuera de la esfera de poder de quien era su titular. Es la dejación material de una cosa unida a la abdicación de su titularidad jurídica, o como suele decirse, es la desposesión de una cosa con la intención de perder la propiedad.

[...] El abandono de cosa mueble, también. Llamado *derelicción*, exige intención de abandonar (*animus*) y exteriorización del abandono (*corpus*). Esta exteriorización ha de consistir en una declaración formal de renuncia o en una conducta concluyente; esto es, que permita deducir de manera

ocho días desde el segundo anuncio sin haberse presentado el dueño, y se depositará su precio. Pasados dos años, a contar desde el día de la segunda publicación, sin haberse presentado el dueño, se adjudicará la cosa encontrada o su valor al que la hubiese hallado.

Tanto éste como el propietario estarán obligados, cada cual en su caso, a satisfacer los gastos». Asimismo el Artículo 616 dispone que «Si se presentare a tiempo el propietario, estará obligado a abonar, a título de premio, al que hubiese hecho el hallazgo, la décima parte de la suma o del precio de la cosa encontrada. Cuando el valor del hallazgo excediese de 2.000 pesetas, el premio se reducirá a la vigésima parte en cuanto al exceso».

⁶⁰ El Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (2016) define el abandono como «Acción y efecto de abandonar o abandonarse. Renuncia sin beneficiario determinado, con pérdida del dominio o posesión sobre cosas que recobran su condición de bienes *nullius* o adquieren la de mostrencos».

concluyente la voluntad de abandonar. El resultado es que la cosa abandonada se convierte en *nullius* o sin dueño, de manera que puede ser adquirida por ocupación (artículo 610 del Código Civil)»⁶¹.

Pues bien, partiendo del concepto anterior, en relación al hallazgo, existe cierta discusión en la doctrina en cuanto al encaje, en sede de ocupación, de la atribución (al hallador o al Estado) de la propiedad de las cosas perdidas, esto es, si el hallazgo producido es susceptible de adquisición por ocupación cuando se trata de cosas perdidas respecto de las cuales se desconoce la intención o no del dueño de dejar la propiedad. Surgen aquí dos grandes grupos doctrinales:

Por un lado, los que, en base a un concepto restrictivo de la cosa abandonada, esto es, como *res vacue domini* y no como *res vacue possessionis* (exigiendo la intención expresa del propietario para abandonarlas), sostienen la imposibilidad de acudir a la ocupación material. Dicho sector no admite por tanto el abandono entendido como la mera desposesión material por faltar el elemento del *ánimus dereliquendi*, entienden así, y sin perjuicio de otras disparidades en la concreción de sus teorías, que las cosas perdidas no son *nullius*, no son carentes de dueño, como exige el art. 610 CC, lo que impide que opere la ocupación como medio de extinción del derecho de propiedad⁶².

⁶¹ PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*, Tomo III, Vol 1.º, pp. 370 y 371, Ed. Bosch, Barcelona 1989. En la misma línea PUIG PEÑA, F. «el principio general es que el abandono no exige sino la desposesión de la cosa, unida a la intención de perder la propiedad...», en *Compendio de derecho civil español. Derechos reales*. Vol. II, Ed. Pirámide, Madrid 1976, p. 248; y DEL ARCO TORRES, M.A., PONS GONZÁLEZ, M., *Diccionario de Derecho Civil*, Tomo I (A-G), Ed. Aranzadi, 1984: «el abandono, llamado también renuncia o *derelicción*, como aquel acto de libre voluntad del propietario por medio del cual, desamparando o desposeyéndose de una cosa, da por extinguido su derecho de dominio sobre ella... Salvo la referencia del artículo 460 en materia de posesión y la exigencia del abandono como presupuesto objetivo de la adquisición por ocupación, no regula el Código Civil expresamente la del abandono. (...) El principal efecto jurídico del abandono es la extinción del derecho de propiedad sobre la cosa y que la cosa abandonada, si es mueble y apropiable, se convierte en *res nullius* susceptible de ocupación...». Vid. en este sentido, M. E. Sánchez Jordán en *Ocupación, hallazgo y tesoro*, <http://publica.webs.ull.es/upload/REV%20ANALES/2I-2004/pdf>.

⁶² Entre otros PANTALEÓN PRIETO, F. *Comentarios al art. 610 CC*. EDERSA, pp. 34-37, y LATOUR BROTONS, *La ocupación (crisis actual de un modo de adquirir el dominio)*, RDP, 1957, pp. 261 y ss. Asimismo, con carácter general, los defensores de esta postura sostienen que la ubicación del art. 615 CC en el Título dedicado a la ocupación puede querer indicar que, en el caso de que alguien encuentre una cosa mueble, debe presumir que se trata de una cosa perdida, y no abandonada. LATOUR BROTONS, *La ocupación* p. 267; MANRESA J.M., *Comentarios al Código civil español* (arts. 610 a 617), Tomo V, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1921, p. 43; PANTALEÓN, *Comentarios*, EDERSA, p. 103.

Dentro de esta postura, y en concreto, en materia de hallazgos, unos sostienen que la falta de la cualidad de «ocupables» es precisamente por lo que el art. 617 del CC remite estos supuestos a la normativa especial⁶³, sustrayéndolos de la general, mientras otros señalan que dicha imposibilidad de ocuparlos, por no tratarse de *res nullius*, radica en la previsión legal de que con posterioridad el propietario aparezca y reclame la cosa abandonada (en relación al derogado art. 20 Ley 60/1962) «pues sería un contrasentido tratándose de abandono abdicativo en sentido estricto [...] Por esta razón los halladores no adquieren su propiedad por el simple hecho de ocuparlas como sí ocurre en el régimen general del artículo 610 del Código Civil, sino sólo el derecho a adquirir en concepto de premio y según los casos las propias cosas halladas o una cuota de su valor»⁶⁴.

Finalmente, eliminando la ocupación como modo de adquirir en estos casos, unos defienden que se trata de un supuesto de usucapión⁶⁵ mientras otros mantienen que la adquisición se produce por atribución legal, en concepto de recompensa al hallador⁶⁶.

Por otro lado, partiendo de una concepción amplia de la cosa abandonada, incluyendo las de dueño desconocido, otros sectores sostienen que la ocupación es la vía adquisitiva que explica la solución adoptada en el art. 615 CC⁶⁷, argumento en el que se apoyan sirviéndose de la ubicación del precepto bajo el título relativo a esta institución.

Aquí MOREU señala que «adquiere por ocupación, en nuestro Código, “el primero que llega” a la cosa, el primero que descubre o que ocupa, según el estado de la cosa»⁶⁸, admitiendo expresamente la adquisición por

⁶³ ALBALADEJO, M. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* (art. 609), Tomo VIII-1.º, EDESA, Madrid, 1987; PANTALEÓN, *Comentarios*, EDESA, p. 595. Según CERDÁ GIMENO, *La ocupación*, RCDI, 1971, p. 1092, esta ley «crea un régimen intermedio mixto entre el relativo a las cosas muebles y el referente a los inmuebles vacantes».

⁶⁴ RUIZ SOROA, J.M. *Manual de Derecho de Accidentes de Navegación*. Istarardulararitza eskola.

⁶⁵ MUCIUS SCAEVOLA, *Comentarios al Código Civil*, Tomo I, p. 425; en el Derecho extranjero, VAN DER MERWE, *The Law of Things and Servitudes*, Butterworths, Durban, 1993, p. 116.

⁶⁶ PANTALEÓN, *Comentarios*, EDESA, pp. 111-117, y 574 y 575.

⁶⁷ MOREU BALLONGA, J. L., *Ocupación, hallazgo y tesoro*, ed. Bosch, Barcelona, 1980, pp. 496 y ss.; MANRESA, *Comentarios al Código civil español* (arts. 610 a 617), t. V, 4.ª ed., Reus, Madrid, 1921, pp. 48 y 49; LACRUZ BERDEJO J.L., *Elementos de Derecho Civil III*, 2.º ed. Dykinson, Madrid, 2003, p. 114.

⁶⁸ MOREU, *Ocupación*, p. 30.

ocupación de cualesquiera cosas muebles *vacuae possessionis*, entre las que incluye las cosas perdidas encontradas por el hallador y el tesoro⁶⁹.

Se pone de manifiesto, en definitiva, la problemática que suscita el recurso a esta figura como modo de adquisición de la propiedad de bienes de propiedad desconocida por el Estado, máxime cuando existe una previsión específica, el art. 617 CC que remite la regulación de los derechos sobre estos efectos a la normativa especial, debiendo señalar finalmente que, además, en la práctica, la institución de la ocupación ha quedado reducida a la adquisición del dominio de las cosas que nunca han tenido dueño.

V. CONCLUSIÓN

A modo de conclusión, nos encontramos con que la LNM carece de un precepto atributivo del dominio al Estado cuando se trata de bienes salvados de propiedad desconocida capaz de solventar la problemática que suscita su abandono, esto es, cuando las personas con derechos sobre los mismos (propietario y salvador) no hacen o no quieren hacer valer estos. Dicho vacío legal parece deberse a un *olvido* por parte del legislador, podría ser, derivado de la integración del hallazgo en el régimen de los salvamentos, pues, con respecto a otros supuestos recogidos en la misma, la ley sí ha previsto su atribución automática al Estado en caso de abandono.

Ante esta situación, en orden a aportar una solución reparadora de la laguna, de cara, especialmente, a los expedientes de salvamento de bienes de propiedad desconocida iniciados con la vigencia de la LNM y, descartando el recurso a las disposiciones del Código Civil, la solución más factible únicamente pasa por acudir a la aplicación supletoria del Reglamento. Si bien, dicha aplicación requerirá en todo caso de una conjunta y especial interpretación de los preceptos en juego, en la línea de la prescripción adquisitiva en favor del Estado que preveía el derogado art. 29 de la Ley de 1962.

⁶⁹ MOREU, *Ocupación*, pp. 26-30. Más recientemente, «la ocupación en el Derecho español no es la toma de posesión de una cosa sin dueño con intención de adquirir su propiedad —excluyendo, pues, el requisito subjetivo del animus—, según se sostiene tradicionalmente por todos los autores, sino el modo de adquirir la propiedad de lo vacante de posesión falto de dueño por un acto o hecho jurídicamente suficiente y en las condiciones de la ley», añadiendo pocas líneas después que «el descubrimiento de tesoros, como cualquier otro caso de ocupación, creo que es siempre un hecho jurídico». MOREU, «La ocupación», en «La ocupación explicada con ejemplos», *Estudios homenaje al profesor Lacruz Berdejo*, Zaragoza, 1992, pp. 611 y ss.

No obstante, y sin perjuicio de la posibilidad apuntada, se hace necesaria una previsión expresa en una norma con rango de ley. Ello no solo por lo específico de la materia o por lo dispuesto en el art. 617 CC cuando establece que los derechos sobre aquellos bienes se determinan por leyes especiales, sino también, por lo señalado en la propia Ley de Patrimonio cuando dispone que las Administraciones Públicas podrán adquirir bienes por prescripción con arreglo a lo establecido, bien en el CC, bien en leyes especiales; así como por lo impropio que resulta que sea una disposición reglamentaria la que (aun con el apoyo del art. 2 LNM) atribuya tales derechos.

En definitiva, salta a relucir la necesidad de una disposición «legal y especial» que expresamente se configure como un título atributivo de la propiedad al Estado de los bienes salvados de propiedad desconocida que resulten abandonados por las personas con derecho a ellos, como tradicionalmente había sido contemplado en la Ley 60/1962. Esta disposición podría seguir la línea de lo contemplado en el derogado art. 29 b) (aunque computando el plazo de 6 meses desde el inicio del expediente de salvamento y no desde la publicación de los edictos visto lo dispuesto en el art. 368.4 LNM), pues, como se ha apuntado a lo largo de esta exposición, nada indica que haya sido intención del legislador introducir modificaciones en este sentido.

Asimismo, la previsión propuesta bien podría introducirse en la misma LNM, por medio de su modificación, bien podría aprovecharse cualquiera de las futuras vías legales de las disposiciones finales novena y undécima de aquella ley, esto es: su inclusión en el futuro «Código de Navegación Marítima» al que se refiere la primera de las disposiciones citadas cuando habilita al Gobierno para que en el plazo de tres años refunda las leyes reguladoras de las instituciones marítimas, armonizándolas con el Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante y con los futuros convenios o tratados relativos al Derecho del mar en que España fuere parte; o, su inclusión en el proyecto de ley al que hace referencia la Disposición Final undécima para la regulación de abandono de bienes muebles y los procedimientos de venta, subasta notarial, electrónica y enajenación de los mismos, no obstante, debiendo advertir con respecto a esta última, que la misma, tal y como se deduce del debate parlamentario del que derivó su inclusión (en especial de su enmienda originadora, núm. 108 Congreso) no parece querer referirse, en principio, a los bienes salvados de propiedad desconocida.

Finalmente, y al hilo de la propuesta realizada, resultaría también necesario revisar algunos de los preceptos contenidos en el Reglamen-

to en orden a su concreción y actualización, lo que podría venir de la mano de lo dispuesto en el segundo apartado de la Disposición Final Novena de la LNM cuando habilita al Gobierno para dictar «cuantas disposiciones sean precisas para la debida ejecución y cumplimiento de lo dispuesto en esta ley». En particular, el artículo 61 a fin de concretar los medios conforme a los cuales ha de llevarse a cabo la publicidad que requieren los expedientes de salvamento para la localización del propietario. En esta línea cabría optar por un sistema similar al previsto en el derogado artículo cuarenta y ocho de la Ley 60/1962, esto es, en función de una determinada cuantía, prever aquella publicación, bien en el tablón de anuncios de la localidad (o equivalentes), bien en el Boletín Oficial del Estado (previsión esta última que resulta imprescindible para que la misma sea gratuita, evitando así que se disparen los gastos del expediente, ya sea para el propietario aparecido, para el hallador reclamante de la cosa o, en último término, para el Estado cuando finalmente haga suyo el salvamento abandonado).

NOTAS

LAWFARE. EL USO DEL DERECHO COMO ARMA

José Ramón Suberviola Gilabert
Capitán Auditor

Sumario:

1. Lawfare. Aproximación e introducción histórica. 2. El lawfare antes del lawfare. ¿Es necesario un término? 3. La doctrina del lawfare. Usos del Derecho como arma. 3.1. Elemento subjetivo. 3.2. Elemento objetivo. 3.2.1. Por su ámbito de actuación. 3.2.1.1. Ámbito internacional. 3.2.1.2. Ámbito nacional. 3.2.2. Por el tipo de actuación. 3.2.2.1. Lawfare normativo. 3.2.2.2. Lawfare interpretativo. 3.2.2.3. Lawfare judicial. 3.2.2.4. Lawfare decisorio o de negociación. 3.2.3. Por el nivel de actuación. 3.2.3.1. Lawfare estratégico. 3.2.3.2. Lawfare operacional. 3.2.3.3. Lawfare táctico. 4. Problemas en la aplicación del lawfare. Su relación con el Derecho Internacional Humanitario. 5. El papel del asesor jurídico en relación con el lawfare. 6. Conclusiones

1. LAWFARE. APROXIMACIÓN E INTRODUCCIÓN HISTÓRICA

Sobre la íntima relación entre Derecho y guerra mucho se ha escrito y a día de hoy nadie pone en duda la intrínseca naturaleza jurídica que subyace en todos los conflictos armados. Hemos pasado del paradigma ciceroniano del *silent enim leges inter arma* a la formulación de la *guerra justa* de Santo Tomás de Aquino y a las construcciones de Francisco de Vitoria, Domingo de Soto, Luis de Molina o Hugo Grocio, y de ahí al sistema que a día de hoy rige el uso de la fuerza en las relaciones internacionales. Actualmente ninguna operación militar se desempeña sin una sólida base jurídica que la sustente y que regule cuantos extremos de ella se puedan derivar.

Sin embargo, desde hace unos años se viene introduciendo un nuevo término en la compleja y delicada ecuación que regula las relaciones entre el derecho y el uso de la fuerza, del que la doctrina crecientemente se viene haciendo eco. Se trata de una expresión a la que, a falta de una traducción asentada en español, preventivamente se viene denominando *lawfare*. Se trata de un concepto que va un paso más allá del *ius ad bellum* y el *ius in bello*. Su ámbito no es el de la regulación de las hostilidades, ni cómo o cuándo puede apreciarse licitud en el uso de la fuerza o las restricciones sobre la misma. La formulación de esta doctrina, si es que acaso puede recibir ese nombre, se basa en la utilización del derecho, en todas sus vertientes, como herramienta, como un elemento más del que las Fuerzas Armadas pueden valerse para la consecución de los cometidos que tienen encomendados.

El término sigue la estela tan propia del mundo anglosajón de formular un juego de palabras para definir un concepto nuevo, en este caso entre *law*, ley (derecho en el sentido más amplio de la palabra), y *warfare*, guerra (la acción del desempeño de actividades militares de combate). La expresión se debe al General de División Charles J. Dunlap, asesor Jurídico de la Fuerza Aérea estadounidense quien, siendo coronel, en una conferencia en la Universidad de Harvard en noviembre de 2001 lo definió en aquel momento simplemente como «el uso del derecho como un arma de guerra¹». A través de escritos posteriores el autor ha ido modulando y matizando su propia definición hasta dejarla establecida en los siguientes términos: «*Lawfare* se puede definir como la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional²».

Aunque la expresión *lawfare* ya había sido empleada en alguna ocasión con anterioridad³, el término se popularizó en el entorno académico a raíz de las aportaciones de este autor, quien desde el principio ha venido sosteniendo que su intención original era simplemente la de acuñar un término sencillo y fácil de recordar, neutro y sin connotaciones, que permitiera al personal militar concienciarse de la necesidad de incorporar el derecho,

¹ DUNLAP, C. J., «Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Century Conflicts» (29 de noviembre de 2001).

² DUNLAP, C. J., «Lawfare today: A perspective». *Yale Journal of International Affairs*, núm. 3, invierno 2008, pp. 146-154, p. 146.

³ CARLSON, J. y YEOMANS, N., «Whither Goes the Law – Humanity or Barbarity», en SMITH, M. y CROSSELY, D. (eds.), *The Way Out – Radical Alternatives in Australia*. Lansdowne, Melbourne, 1975.

en su acepción más amplia, a todo el proceso de planeamiento y toma de decisiones en el ámbito operacional⁴.

No obstante, es cierto que la palabra en sí misma ha trascendido más allá de los límites que quiso imponer su creador, y ha venido siendo usada con muy distintas acepciones por diferentes autores y en foros de naturaleza variada, principalmente dotándola de una connotación negativa que trasciende de lo jurídico para entrar en la esfera cercana a la política. El ejemplo más representativo lo supone el grupo denominado *The Lawfare Project*, una organización privada con sede en Nueva York para la cual el *lawfare* «denota el abuso de las leyes y sistemas judiciales occidentales para perseguir fines estratégicos militares o políticos». Asevera que «el *lawfare* es inherentemente negativo. No aporta nada bueno, es lo opuesto a perseguir la justicia. Representa interponer demandas frívolas y abusar de los procedimientos legales para intimidar y frustrar a los oponentes en el teatro de guerra. El *lawfare* es el nuevo campo de batalla legal⁵».

Como se puede apreciar a primera vista, nos hallamos ante un fenómeno que no podemos llamar ya novedoso, pues con un recorrido de algo más de década y media, ha generado suficiente debate en la doctrina jurídica militar estadounidense (y de otras naciones, como se analizará más adelante) como para provocar reacciones sensiblemente enfrentadas, despertar el interés de amplios sectores doctrinales y caracterizar probablemente la punta de lanza de una manera de interpretar la labor que desempeñan los asesores jurídicos de mandos militares.

En septiembre de 2010 se celebró en la Facultad de Derecho de la Case Western Reserve University de Cleveland una conferencia de expertos en la materia precisamente para intentar acotar y clasificar académicamente este fenómeno emergente⁶. Este incipiente sector doctrinal centró sus debates acerca de si el término *lawfare* debía identificarse sobre la base empírica de su uso, esto es, en función de cómo venía siendo empleado por los operadores jurídicos, con independencia de que se alejase de la intención original de la expresión, o si por el contrario resultaba adecuado dotar al término de entidad académica por medio de una definición adecuada y

⁴ DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 146.

⁵ El texto completo se puede encontrar en <http://thelawfareproject.org/lawfare/what-is-lawfare-1/>. Cuando en la doctrina reciente se ha hecho mención al «secuestro» del término y la atribución de una definición diametralmente opuesta a la provista por su autor original, suele citarse a esta asociación, con una fuerte crítica por su marcada orientación ideológica y una aparente intención de valerse de la expresión retorciendo su significado originario.

⁶ Cf. SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining? - Report of the Cleveland Experts Meeting - September 11, 2010». *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 11.-27.

acordada. Las conclusiones fueron tendentes a decantarse por la segunda de las opciones, sin que de todos modos hasta la fecha haya sido posible alcanzar tal pretendida definición pacífica. Sí se acabó señalando que, independientemente de cuál fuera la definición empleada, el *lawfare* es un concepto potencialmente poderoso que refleja la importancia del derecho en los conflictos del siglo XXI⁷. Más allá del objeto del debate en sí mismo lo que resulta realmente significativo es apreciar cómo en una década se había pasado de un neologismo sin pretensión de sentar doctrina a una situación en la que decenas de juristas consideraban necesario debatir la naturaleza y alcance de una materia que claramente había cobrado relevancia y se hacía merecedora de un análisis particularizado.

El propio Dunlap, acuciado por el creciente interés que este fenómeno ha ido despertando dentro y fuera del sector académico, ha ido matizando y acotando lo que, a su parecer, debe comprender el objeto de análisis de la materia. Así, llega a afirmar que «el *lawfare* no ha pretendido nunca describir cada posible relación existente entre el derecho y la guerra. Se centra principalmente en las circunstancias bajo las cuales el derecho puede crear efectos iguales o similares a aquéllos que habitualmente se persiguen mediante enfoques bélicos convencionales⁸». Esta concepción es propia, por tanto, de lo que la doctrina estadounidense denomina «operaciones basadas en efectos» (*Effects-Based Operations*, EBO⁹), es decir, el proceso de alcanzar un resultado estratégico deseado a través de la aplicación acumulativa y sinérgica de la totalidad de las capacidades militares y no militares a todos los niveles de un conflicto¹⁰. Si bien algunos autores argumentan que la doctrina EBO hoy día está siendo reemplazada por el concepto más evolucionado del Enfoque Integral (*Comprehensive Approach*¹¹), a los efectos que nos interesan en este momento baste reseñar que el *lawfare*

⁷ *Ibid.*, p. 13.

⁸ DUNLAP, C. J., «Does lawfare need an apologia?» *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 121-143, p. 122.

⁹ *Effects-Based Approach to Operations* (EBAO) es la nomenclatura empleada en el entorno OTAN.

¹⁰ Definición oficial del Estado Mayor Conjunto de los Estados Unidos (USJFCOM).

¹¹ Con carácter general, ver COLOM PIELLA, G., «Auge y caída de la filosofía basada en efectos», *Revista de Aeronáutica y Astronáutica*, núm. 794, junio 2010, pp. 522-527. En realidad más bien se podría decir que el enfoque EBAO de la OTAN es más cercano al *Comprehensive Approach* y no es un reflejo idéntico del concepto EBO, puramente estadounidense, y que sigue en pleno vigor para su doctrina nacional. Ver por ejemplo MATTIS, J. N., «USJFCOM Commander's guidance for effects-based operations». *Army War College*, Carlisle Barracks, 2008, o una perspectiva particularmente española en FOJÓN LAGO, E., «La transformación de las Fuerzas Armadas y los Experimentos Multinacionales». Documento de opinión del IEEE 03/2011. Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2011. No obstante, ese debate se aleja notoriamente del objeto del presente estudio y

sirve a la concepción amplia de que las operaciones militares deben venir integradas no únicamente por medios tradicionales de combate, esto es, de uso de la fuerza en su concepción clásica, sino también por cualquier otro recurso que coadyuve a la consecución del éxito de la operación.

Se está poniendo de manifiesto que la doctrina jurídica militar estadounidense se puede atribuir la autoría y desarrollo conceptual del *lawfare*. No obstante, y antes de matizar esta afirmación, cabe destacar que Estados Unidos no es el único país en el que se ha suscitado interés por esta catalogación del derecho como herramienta militar. Todavía no ha alcanzado una categorización doctrinal en la Europa continental ni ningún miembro de la OTAN ha formalizado estudio alguno sobre el *lawfare* como sí se ha hecho en Estados Unidos. No obstante, el término se está empezando a emplear tímidamente en el entorno académico y las materias y puntos comunes son objetos constantes de discusión en todos los países, aunque es cierto que en no pocas de esas ocasiones el término se emplea en esa vertiente negativa que la doctrina anteriormente aludida se empeña en rechazar de plano por considerarla más politizada que útil a efectos jurídicos¹².

Fuera de ese entorno, Israel ha desarrollado en los últimos años un creciente interés en la doctrina del *lawfare* y de hecho, como se pondrá de manifiesto más adelante, tanto su gobierno como los agentes de la Autoridad Palestina y otros actores no estatales desempeñan una intensa actividad jurídica que incide directamente en sus relaciones mutuas y en todo el complejo entramado del llamado «conflicto palestino»¹³.

no resulta imprescindible más que a los solos efectos de plantear el contexto en el cual se desarrolla el *lawfare*.

¹² Se pueden encontrar ejemplos de ello principalmente en asociaciones privadas mediante sus publicaciones en internet, aunque también empieza a mostrar su interés la comunidad académica. El Reino Unido es sin duda quien ha desarrollado mayor interés; podemos encontrar referencias en *NGO Monitor*, «Lawfare and the UK: Dutch & German government-funded NGO Triggers ICC Investigation» (2014), http://www.ngo-monitor.org/reports/lawfare_and_the_uk_dutch_german_government_funded_ngo_triggers_icc_investigation/, en el *Gatestone Institute*, «Britain, lawfare and the ICC» (2014), en EKINS, R., MORGAN, J. y TUGENDHAT, T., «Clearing the fog of war. Saving our armed forces from defeat by judicial diktat». *Policy Exchange* (2015), <http://www.policyexchange.org.uk/images/publications/clearing%20the%20fog%20of%20law.pdf>, o en CROSS, M., «War, peace and “lawfare”», *The Law Society Gazette* (2016), <http://www.lawgazette.co.uk/analysis/comment-and-opinion/war-and-peace-and-lawfare/5052944.fullarticle>. En Alemania se puede consultar por ejemplo KLEINE-HARTLAGE, M. en *German Views*, «Who is Delegitimizing Israel?» (2012), <http://www.german-views.de/2012/01/15/who-is-delegitimizing-israel/>. En el ámbito académico, más cercano al objeto del presente estudio, ver COGEN, M., *Democracies and the Shock of War: The Law as a Battlefield*, Routledge, Oxon, 2016.

¹³ Ver, con carácter general, por todos, BERKOWITZ, P., *Israel and the struggle over the international laws of war*. Hoover Institution Press. Stanford, 2012.

Consta la existencia de literatura oficial rusa abordando formalmente la cuestión. No obstante, la dificultad de acceso, no solo lingüístico, a esas fuentes, hace que la literatura asequible sobre la materia sea necesariamente indirecta, de procedencia occidental¹⁴. A raíz de los eventos en Crimea desde 2014 es cierto que se ha producido un despunte de artículos relacionados con ejemplos de *lawfare*, procedentes esencialmente de Ucrania¹⁵.

El caso de China merece una mención muy particular. Se ha afirmado hasta ahora que toda la construcción dogmática del *lawfare* es de origen estadounidense. No obstante, es necesario hacer notar que en realidad, antes de que Charles Dunlap empleara por primera vez su afortunado término, la doctrina del Ejército de Liberación Popular chino ya había empezado a categorizar y sistematizar el uso del Derecho como arma y herramienta que puede ser empleada en conflictos armados. El manual «Guerra sin restricciones», de los coroneles Qiao Liang y Wang Xianshui¹⁶, adelanta los principios de la «guerra legal» (*legal warfare* en las traducciones al inglés, *falu zhan* en su transcripción pinyin). Existe de hecho mucha más literatura en chino que en inglés dedicada a la guerra legal, y se ha erigido rápidamente en una de las materias objeto de amplio estudio e interés para la doctrina militar china, revelando los pilares de su futura estrategia a largo plazo¹⁷.

No existe hasta la fecha ningún estudio de *lawfare* en español. La única obra que presta atención a esta rama en el ámbito de un país hispano es una monografía estadounidense, centrada en su uso por actores no estatales en Colombia, pero obviamente en inglés¹⁸.

De este rápido repaso a la génesis de la disciplina se pueden extraer algunas trazas provisionales, antes de profundizar en su análisis. En primer lugar, que el *lawfare* es algo novedoso en su planteamiento, pero no así en su contenido, puesto que lo único que hace es sistematizar la instrumentalización del derecho en relación con el aspecto concreto de su empleo en operaciones militares. Pero además, el nacimiento de esta disciplina ha despertado un rápido revuelo y curiosidad en cierto sector de la doc-

¹⁴ Ver BARTMAN, C. S., *Lawfare: Use of the Definition of Aggressive War by the Soviet and Russian Federation Governments*. Cambridge Scholars Publishing, Newcastle upon Tyne, 2010.

¹⁵ De nuevo se trata de asociaciones o personas privadas, en ocasiones procedentes del mundo académico, pero fuera de su entorno formal y a título individual. Por ejemplo ver HOLMOV, N., *Ukraine 2016 – The year of international lawfare?* (2016), <http://www.odessatalk.com/2016/01/ukraine-2016-year-international-lawfare/>

¹⁶ QIAO LIANG y WANG XIANSHUI, *Unrestricted warfare*, PLA Literature and Arts Publishing House, Pekín, 1999.

¹⁷ Ver CONG WENSHENG, *Analysis of 100 cases of legal warfare*, PLA Press, Pekín, 2004, y XUN HENG DONG, *Legal Warfare in Modern War*, PLA Press, Pekín, 2005.

¹⁸ PADILLA, J. M., *Lawfare: The Colombian Case*. Biblioscholar, 2012.

trina. Aunque carece ciertamente de un tratamiento unívoco (y de hecho la expresión está siendo empleada por grupos privados ajenos al sector estrictamente jurídico y con iniciativas de orden político), es fácilmente constatable que el término ha hecho fortuna y que la materia que pretende abarcar, aun necesitando todavía una mayor definición conceptual, presenta innegables puntos de interés que merecen la atención, no solo de los juristas que brindan asesoramiento operacional, sino de los propios mandos militares, e incluso civiles, que toman parte en el planeamiento y toma de decisiones relativas a operaciones desempeñadas por las Fuerzas Armadas.

2. EL LAWFARE ANTES DEL LAWFARE. ¿ES NECESARIO UN TÉRMINO?

Como se ha apuntado al principio, la relación entre el derecho y la guerra es tan antigua como íntima. Ningún mando, político o militar, adopta una decisión de mínimo calado sin tener plena conciencia de la legitimidad y consecuencias de la misma, y los asesores jurídicos se encuentran cada vez más presentes en los Estados Mayores y centros de planeamiento para aportar su visión legal sobre las materias que en ellos se tratan. ¿Qué aporta, pues, esta supuesta nueva disciplina del *lawfare* que no hubiera sido tenido en cuenta con anterioridad?

En primer lugar hay que delimitar conceptualmente la materia, pues aún existen muchas sombras sobre sus límites concretos, y todo aquel que se aproxime por primera vez a su estudio corre el peligro de encontrarse con que, debido a la sensible naturaleza de los asuntos legales que se abordan, estos se hallan densamente politizados, y también lo están en no menor medida los debates académicos sobre los mismos¹⁹. Lo más oportuno es empezar con una delimitación negativa, esto es, señalando qué no es *lawfare*, para evitar los equívocos a los que se presta hablar de la relación entre derecho y conflictos armados. Mediante el *lawfare* no se está haciendo referencia al Derecho Internacional Humanitario. No se trata de un marco general de tratados, acuerdos y derecho consuetudinario que resulta de aplicación a los conflictos armados y al cual vienen sujetos los actores de los mismos. El *lawfare* no se refiere a la mera existencia de normas jurídicas o a la ciencia de su aplicación automática a supuestos tasados. El cumplimiento de las normas de DIH, de Derecho Penal Internacional o

¹⁹ LUBAN, D. (2011), «Carl Schmitt and the Critique of Lawfare», *Case Western Reserve Journal of International Law*, Forthcoming, 11-33, p. 5.

de las respectivas legislaciones internas de cada Estado se encuentra suficientemente asentado bajo sus disciplinas correspondientes y goza de los instrumentos necesarios para garantizar su aplicación o la persecución de las infracciones que se puedan cometer en conflictos armados. Así, hablar del proceso legal de enjuiciamiento de crímenes de guerra por un tribunal nacional o internacional, por ejemplo, no sería *lawfare* en sí mismo.

El *lawfare*, esta «guerra jurídica» parte como premisa de la instrumentalización del derecho y de su uso como una herramienta más de las que dispone el mando para lograr el éxito operacional. En las propias palabras de Dunlap, describe un método de guerra en el que el derecho se emplea como medio para la consecución de un objetivo militar²⁰. Es importante destacar la neutralidad de la terminología empleada, ajena de connotaciones sobre su uso. De hecho, lo que el autor originariamente se cuestionaba era si el derecho internacional había podido obstruir en alguna manera las operaciones militares estadounidenses, como la de Kosovo, a finales de los años noventa, en una reflexión que con el tiempo fue modulando en posteriores escritos hasta alcanzar la postura con la que hoy se conoce el *lawfare*, al menos desde la perspectiva jurídica militar²¹. La intención manifiesta de Dunlap es hacer comprender al destinatario práctico final, aquel que toma decisiones militares, que hay varios usos de lo que se puede llamar *lawfare* que tienen por finalidad reducir la destructividad de los conflictos, lo cual es en definitiva uno de los propósitos fundamentales del propio derecho de los conflictos armados²².

Bajo esa premisa se desarrolla el presente estudio, dejando de momento al margen esas otras acepciones a las que se hacía referencia anteriormente y que se basan en la presunción del abuso de las normas legales con la finalidad de obtener un pretendido menoscabo del sistema político occidental en relación con la materia de la seguridad nacional²³.

Por tanto, acotando esta materia de la «guerra jurídica», se puede decir que el *lawfare* consiste en el uso instrumental de herramientas legales de muy variada tipología para lograr efectos iguales o similares a los que se busca conseguir mediante acciones militares físicas convencionales²⁴. Tanto Estados como Organizaciones Internacionales, e incluso individuos, han

²⁰ DUNLAP, C. J., «Law and Military Interventions...». Op. cit.

²¹ YIN, T., «Boumediene and Lawfare», *University of Richmond Law Review*, 43, 2009, pp. 865-892, p. 879.

²² DUNLAP, C. J., «Lawfare Today... and Tomorrow». *International Law Studies*, US Naval War College, 87, 2011, pp. 315-325, p. 316.

²³ <https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site>

²⁴ KITTRIE, O., *Lawfare: law as a weapon of war*. Oxford University Press, Oxford, 2016, p.11.

empleado y emplean recursos legales de muy diversa índole persiguiendo ventajas de cara a obtener resultados que tradicionalmente se consideraban propios del conflicto armado y se perseguían mediante recursos convencionales al uso de la fuerza.

Se puede argumentar que en realidad nada nuevo se ha inventado. KITTRIE²⁵ propone el ejemplo del propio Hugo Grocio a quien, en la primera década del siglo XVII, en plena pugna por las rutas marítimas comerciales, la Compañía neerlandesa de las Indias Orientales contrató para la defensa de sus intereses económicos, con la finalidad expresa de poder «conducir justamente la guerra contra los portugueses y tomarles presas». Su labor cristalizó en la obra *Mare Liberum*, en la que desarrollaba la teoría de la libertad de los mares, que todas las naciones podían emplear en igualdad para el comercio. Apenas un siglo después, la inmensa mayoría de las naciones había aceptado esa teoría, y de esta manera se sentaba una legitimidad y se alcanzaba un objetivo que el poderío naval holandés no podía lograr por medios militares.

Evidentemente una intensa actividad jurídica subyace en los procesos de independencia de Estados Unidos y de los países hispanoamericanos, buscando la legitimidad de lo que se estaba consiguiendo en los campos de batalla. Durante esos delicados años, España prestó no únicamente la conocida ayuda militar y naval a las Trece Colonias, sino que mediante la creación de empresas fantasma como *Roderigue Hortález y Compañía*, operando desde Francia, pudo suministrar asistencia económica, armamentística y logística a los revolucionarios, sin comprometer públicamente al Gobierno o a la Corona hasta la entrada formal en guerra tres años más tarde²⁶. Por su parte, Napoleón tres décadas más tarde, al no encontrar en las colonias españolas en América el apoyo pretendido a la legitimidad impuesta en la persona de José I, cambió su estrategia para fomentar su independencia y debilitar así a España. Las labores de los agentes como el comandante Desmolard tanto en Norte como en Sudamérica y la firma de contratos comerciales en los principales puertos hispanoamericanos con empresas navieras francesas facilitaron enormemente el proceso independentista y la merma del poder militar y político español en Europa, a la par de reforzar la propia economía francesa²⁷.

²⁵ *Ibid.*, p. 5.

²⁶ Cf. MORTON, B. N., «“Roderigue Hortalez” to the Secret Committee: An Unpublished French Policy Statement of 1777». *The French Review*, vol. 50, núm. 6, 1977, pp. 875-890.

²⁷ Cf. DE DIEGO GARCÍA, E., *Para entender la derrota de Napoleón en España*, Arco Libros S.L., Madrid, 2008.

El propio proceso de Nuremberg constituye un ejemplo de actividad jurídica orientada por los aliados contra Alemania, con el nacimiento de un sistema de responsabilidad penal internacional del individuo virtualmente inexistente hasta la fecha y a una escala absolutamente desconocida, con la creación de un tribunal *ad hoc* y *ex post facto*, dirigido específicamente contra el bando perdedor de la guerra²⁸. La misma consideración se puede hacer del proceso de Tokio. Esa legitimación judicial y la correspondiente criminalización del enemigo no dejan de ser coherentes con el contenido del artículo 107 de la Carta de Naciones Unidas, que recoge una salvaguarda ya superada hoy día, pero que es uno de los tres únicos supuestos en que se autoriza el uso de la fuerza en la Carta, lo cual no deja de ser significativo.

Al comienzo de las operaciones militares en Afganistán a finales de 2001, el mando militar estadounidense mostró su preocupación por la disponibilidad de fuentes abiertas de información en relación con imágenes comerciales de satélite sobre el país, que podían brindar información en tiempo real sobre el área de operaciones. Para evitar que las fuerzas opositoras a la coalición internacional pudieran tener acceso a esa información comercial, se decidió firmar un contrato con la empresa suministradora, de manera que se compró la exclusividad de derechos de todas las imágenes, impidiendo que nadie más pudiera tener acceso a una información tan sensible²⁹.

Todos estos ejemplos aparentemente inconexos simplemente sirven para ilustrar cómo a lo largo de la historia ha sido posible valerse del derecho de formas muy variopintas para lograr objetivos operacionales o estratégicos que de otra manera habrían estado fuera del alcance de quienes llevaban a cabo las acciones o habrían requerido una intervención militar infinitamente más costosa, con mayores riesgos de seguridad o comprometiendo los intereses nacionales.

De todos modos, la cuestión surge inmediatamente. Si no estamos hablando más que de usos diversos del derecho en general, bajo cualquier tipología, en materias en principio no interrelacionadas, desde la interposición de acciones judiciales hasta la promulgación de legislación, pasando por un amplio espectro, ¿podemos hablar realmente de una disciplina independiente en sentido propio? Y si es así, ¿es necesario buscarle una expresión concreta, es adecuado emplear un anglicismo como *lawfare*?

²⁸ Cf. OWEN, J., *Nuremberg. Evil on trial*, Headline Review, Londres, 2006.

²⁹ DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 147.

La respuesta a la primera pregunta, aunque compleja y merecedora de un desarrollo más amplio, debe ser afirmativa. Es precisamente en ese empeño de sistematización el que supone la auténtica novedad y el que requiere todavía un esfuerzo por parte de la doctrina para terminar de acotar definitivamente su extensión y límites. Lo que no se puede negar es que existe ya un movimiento académico en crecimiento, particularmente en los últimos cinco o seis años, dedicado precisamente a ello, y que es previsible que la tendencia siga siendo expansiva. Asesores jurídicos y mandos militares procedentes de países con tradiciones jurídicas muy diferentes han encontrado un recurso útil en el derecho en cuanto medio de aproximarse a las operaciones militares con un enfoque diferente. Ello no solo obviamente les garantiza una actuación ajustada a derecho y que evite posibles persecuciones penales por incumplimiento del DIH en el transcurso de una operación militar, sino que además redundará en el aumento de la seguridad propia y de terceros al reducirse la actividad militar de uso de la fuerza. Desde el momento en que todo ello implica el uso activo del derecho y las instituciones legales para lograr objetivos estratégicos sin el uso de la fuerza militar, el *lawfare* debería ser considerado un desarrollo positivo que complementa las metas primordiales del DIH, esto es, minimizar el sufrimiento a las personas que deriva de los conflictos armados³⁰. De todos modos, en el próximo apartado se procurará exponer una sistematización de los usos del *lawfare* con intención de clarificar y ampliar este aspecto.

En relación con la segunda pregunta, seguramente la denominación sea lo menos relevante. *Lawfare* no deja de ser una palabra corta, que tiene más sentido en su formulación anglosajona, obviamente, pero que a los efectos de lo que se está tratando en el presente artículo, puede emplearse en sustitución de la expresión «uso del derecho como arma». En cuanto a si es pertinente entonces usar este término extranjero, se puede argumentar que es tan adecuado o inadecuado como emplear la palabra *targeting* para referirse al proceso de designación de objetivos. De hecho se puede establecer un paralelismo entre ambas disciplinas. Sin duda la designación de blancos para su abatimiento es una ciencia que se lleva practicando desde el albor de los conflictos. Sin embargo, no había sido sistematizada y organizada de la manera en que se encuentra a día de hoy hasta tiempos muy recientes. Sería ridículo hablar del conde de Gazzola y el *targeting*, pero en realidad, salvando las distancias, eso es lo que se enseñaba en el Real Colegio de Artillería, conforme a la ciencia de los tiempos. A nadie que esté involucrado en el ciclo del *targeting* le sorprende hablar *de time*

³⁰ SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?». Op. cit., p. 24.

sensitive targets, *weaponizing* o *battle damage assesment*, por ejemplo. Todas estas expresiones han sido asimiladas sin complejos en la doctrina conjunta española de *targeting* y se emplean ordinariamente para referirse a una serie de conceptos que conforman una disciplina militar propia³¹. De la misma manera que, hace no tantos años, hablar de *targeting* y de operaciones basadas en efectos podía considerarse en España una manera extraña de referirse a todo el proceso de designación de objetivos, posiblemente quepa afirmar algo parecido del *lawfare* y su futuro. E igual que la doctrina anglosajona remonta el derecho sobre el *targeting* hasta pretender encontrar antecedentes en el mismo Código Lieber³², reconociendo que sus principios básicos nunca han sido novedosos, sino solo la manera de aproximarse a ellos, lo mismo puede sin duda afirmarse de esta disciplina que pretende valerse del derecho como herramienta para emplearla en las operaciones militares.

Merece la pena, en suma, defender su autonomía, aunque sea a los meros efectos de clarificación expositiva de este estudio. El empleo del *lawfare* presenta en ese sentido una serie de ventajas que están empezando a ser apreciadas por los planificadores y mandos operacionales, quienes son en el fondo sus destinatarios finales³³. Se van a analizar pensando precisamente en las ventajas que ofrece respecto de las destructivas (y costosas) formas de hacer la guerra de las que hemos sido testigos desde el siglo XX³⁴.

3. LA DOCTRINA DEL LAWFARE. USOS DEL DERECHO COMO ARMA

Una vez se ha apuntado la naturaleza del *lawfare* y se ha defendido su autonomía, resulta necesario organizar y sistematizar su contenido. Como se ha expuesto, este estudio pretende ofrecer una perspectiva orientada fundamentalmente al empleo del derecho en el seno de las operaciones militares desempeñadas por las Fuerzas Armadas, dejando a un lado por el momento otros posibles usos, aunque se hallen relacionados con ese contexto. No obstante, resulta pertinente presentar su tipología en sentido amplio, conociendo sus distintas caracterizaciones, con la intención de presentar un cuadro completo.

³¹ Publicación PDC 3.9. *Doctrina Conjunta de targeting*. Ministerio de Defensa, junio 2014.

³² BOOTHBY, W., *The law of targeting*. Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 13.

³³ DUNLAP, C. J., «Does lawfare...». Op. cit., p. 126.

³⁴ CARTER. P., *Legal Combat*, Slate, 2005 http://www.slate.com/articles/news_and_politics/jurisprudence/2005/04/legal_combat.html

En primer lugar, atendiendo al empleo que se haga del mismo, podemos apreciar la existencia de un *lawfare* «instrumental» y un *lawfare* basado en la ventaja de la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*)³⁵. La primera categoría es la que ocupa principalmente este artículo, el uso instrumental de herramientas jurídicas para lograr efectos iguales o similares a los que tradicionalmente se persiguen con acciones militares físicas convencionales. En el presente artículo, salvo que se indique otra cosa, se estará haciendo referencia a este tipo de *lawfare*. La segunda categoría, según argumenta la doctrina, tiene lugar esencialmente en el lugar de empeño de acciones de uso de la fuerza, y se halla diseñada para obtener ventaja de la mayor influencia que el derecho, particularmente el DIH, ejerce sobre el adversario. Esto es, se trataría de una herramienta de la que un adversario asimétrico se valdría al ignorar o retorcer las reglas del DIH, sabiendo que su oponente viene obligado por ellas y les va a dar cumplimiento³⁶. Más adelante se volverá a incidir en este aspecto y los problemas que presenta.

Por tanto, para poder cualificar una acción como *lawfare* (de tipo instrumental), la misma debe cumplir al menos dos requisitos. El primero, como se ha expresado ya, que el agente emplee el derecho para crear efectos iguales o similares a los que tradicionalmente se persiguen con acciones militares físicas convencionales, incluyendo las capacidades y centros de toma de decisión clave de las Fuerzas Armadas objetivo de la acción³⁷. El segundo, que la motivación primordial del agente consista en debilitar o destruir a un adversario contra el cual se dirige la acción en cuestión³⁸. Procedamos entonces a analizar sus elementos.

3.1. ELEMENTO SUBJETIVO

Los sujetos del *lawfare* son tan variados como usos puedan concebirse para la instrumentalización del Derecho, obviamente. Las acciones de *lawfare* pueden ser llevadas a cabo por gobiernos, organizaciones internacionales, organizaciones no gubernamentales o incluso simples personas,

³⁵ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 11.

³⁶ STEPHENS, D., «The Age of Lawfare», *International Law Studies*, US Naval War College, 87, 2011, pp. 327-357, p. 330.

³⁷ Tratándose de una metodología basada en efectos, y en un paralelismo con el *targeting*, se debe incluir entre los objetivos cualquier «proceso mental, actitud, pensamiento o comportamiento», como recoge el citado documento PDC 3.9 español, coherentemente con su correlativa publicación OTAN, la Allied Joint Publication AJP 3-9 (mayo 2008).

³⁸ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 8.

físicas o jurídicas, actuando bien a título individual o colectivo. Sus acciones tendrán repercusión en función de su propia subjetividad, obviamente, incidiendo en el ámbito del derecho internacional o en las legislaciones y sistemas judiciales propios de los respectivos derechos nacionales. El énfasis de este estudio está puesto en los sujetos a nivel Estado y, en su caso, Organización Internacional (esto es, está enfocado al empleo del *lawfare* por los mandos operacionales), pero desde luego no es desdeñable el papel que en las operaciones militares (o en el más amplio panorama geoestratégico) pueden desempeñar otros sujetos.

El supuesto más evidente viene representado por las presiones de orden político y de intereses nacionales que subyacen en todos los debates del Consejo de Seguridad de la ONU y que tienen su reflejo en las subsiguientes resoluciones del mismo, con los efectos que ello conlleva. A modo de ejemplo, baste señalar que desde la creación de la ONU hasta el fin de la Guerra Fría, el Consejo de Seguridad solo impuso sanciones económicas de carácter vinculante en dos casos, contra Rodesia en 1966 y Sudáfrica en 1970. Hay que esperar a 1990, en pleno proceso de fin del enfrentamiento de bloques, para que se impongan sanciones a Irak. Desde entonces, el Consejo de Seguridad ha impuesto más de una cincuentena de sanciones contra más de veinte Estados y actores no estatales³⁹.

Palestina carece del carácter de estatalidad, pero su subjetividad internacional va ganando cada vez más peso. En 1988 la Organización para la Liberación de Palestina (OLP) declaró el Estado de Palestina, y logró que la ONU se refiriera desde entonces a la OLP simplemente como «Palestina». Logró la creación de la Autoridad Nacional Palestina (ANP) tras los Acuerdos de Oslo de 1994 entre la OLP e Israel, tiene la consideración de «Estado observador no miembro» en la ONU y la de «Estado miembro» en la UNESCO desde 2011⁴⁰. Probablemente su campaña de mayor éxito reciente sea la de su ingreso en la Corte Penal Internacional en 2015, la cual puede tener menor repercusión mediática, pero no menor trascendencia jurídica. De hecho, Israel llegó a negociar en verano de 2013 la liberación de 104 prisioneros palestinos condenados por actividades terroristas a cambio de que la ANP retrasara el ingreso de Palestina en la Corte durante un pla-

³⁹ Ver www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7b65bfcf9b-6d27-4e9c-8cd3-cf6e4f-f96ff9%7d/special_research_report_sanctions_2013.pdf

⁴⁰ Ministerio de Asuntos Exteriores. Oficina de Información Diplomática. *Ficha País «Territorios Palestinos»*, 2014 http://www.exteriores.gob.es/Documents/FichasPais/ TERRITORIOSPALESTINOS_FICHA%20PAIS.pdf

zo de nueve meses⁴¹. El impacto de esa negociación, desde cuándo podría retroactivamente la Corte empezar a conocer de los asuntos en los territorios palestinos o el compromiso de que los 104 liberados no interpondrían acciones legales contra Israel son elementos que apuntan a la relevancia de este tipo de acciones, llegando algún autor israelí a aseverar que «la CPI se ha convertido probablemente en el arma más importante en la campaña de *lawfare* contra Israel⁴²».

La creciente influencia de las organizaciones no gubernamentales en la escena internacional es cada vez más patente, y no pocas de ellas tienen su enfoque puesto en los conflictos armados⁴³. Lógicamente, el mero hecho de denunciar abusos en el seno de un conflicto armado, como pueden hacer Amnistía Internacional o Human Rights Watch, por ejemplo, no se cualifica *per se* como *lawfare*, aunque cierto es que tales denuncias acaban teniendo como resultado en ciertas ocasiones un impacto en la concienciación de gobiernos en el respeto al DIH y la corrección de conductas relativas al mismo⁴⁴. Sin embargo, el prestigio adquirido por algunas de ellas sí ha motivado que sus informes sean empleados en campañas de *lawfare*, como la que la Liga de Estados Árabes inició solicitando una opinión consultiva de la Corte Internacional de Justicia acerca del levantamiento del muro de seguridad por parte de Israel⁴⁵. En otras ocasiones, las ONG. toman un papel activo en la escena legal internacional; por ejemplo, la Convención sobre la prohibición de minas antipersonales de 1997 fue el fruto de una campaña iniciada seis años antes por una ONG de activistas, la *International Campaign to Ban Landmines* (ICBL)⁴⁶, a la cual de hecho se reconoció su empeño con la concesión del Premio Nobel de la Paz⁴⁷.

En el campo individual privado tampoco han faltado iniciativas. Un despacho de abogados de Estados Unidos interpuso una demanda contra Irán por la muerte de 241 marines en un atentado de Hezbolá en Beirut en 1983. En 2003 logró que el tribunal condenara efectivamente a Irán, por su vincu-

⁴¹ KERSHNER, I., «Netanyahu agrees to free 104 Palestinians», *NY Times*, 27 de julio de 2013.

⁴² KONTOROVICH, E., *Politicizing the International Criminal Court*, Jerusalem Center for Public Affairs, 2014.

⁴³ NYE, J., *Soft Power, The Means to Success in World Politics*. Public Affairs, 2004.

⁴⁴ CLARK, A.M., *Diplomacy of Conscience: Amnesty International and changing human rights norms*. Princeton University Press, 2001, p. 44.

⁴⁵ *Legal consequences of the construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory* (Request for Advisory Opinion), <http://www.icj-cij.org/docket/files/131/1545.pdf>

⁴⁶ BONNER, R., «How a group of outsiders moved nations to ban landmines», *NY Times*, 20 de septiembre de 1997.

⁴⁷ GOLDBERG, C., «Peace Prize goes to land-mine opponents», *NY Times*, 11 de octubre de 1997.

lación y financiación de los terroristas responsables, e impuso una sanción de más de dos mil quinientos millones de dólares como compensación a las víctimas⁴⁸. Como consecuencia de ese veredicto, en 2008 el gobierno se incautó de activos iraníes por valor de unos dos mil millones de dólares. La trascendencia de semejante decisión en las relaciones internacionales entre ambos países no escapa a nadie, y pone de relieve que también el sector privado puede desempeñar un papel activo en cuanto al *lawfare* se refiere⁴⁹.

3.2. ELEMENTO OBJETIVO

El elemento objetivo del *lawfare* es enormemente difuso, pues teniendo en cuenta que lo buscado es la consecución de un efecto, ahí es donde radica el centro de gravedad de la cuestión, restando importancia al medio empleado. La variedad de acciones que se pueden acometer es enorme, y por tanto pretender establecer un *numerus clausus* resulta arriesgado, cuando no directamente imposible, por su propia naturaleza. No obstante, se pueden proponer tres modos de categorizar el *lawfare*: por su ámbito, por su tipo y por su nivel de actuación.

3.2.1 Por su ámbito de actuación

En función del foro en que tenga repercusión la acción, podremos hablar de un *lawfare* de ámbito internacional o bien de ámbito nacional. No son categorías excluyentes, sino complementarias en realidad. Incluso en ocasiones las acciones de *lawfare* pueden ser transversales, esto es, empleando una herramienta jurídica del campo del derecho internacional, por ejemplo, lograr un efecto deseado en un país concreto y en su ámbito interno sin más. O recíprocamente, valerse de herramientas de un ordenamiento interno para producir una reacción más allá de las fronteras propias.

3.2.1.1 *Ámbito internacional*

En el campo internacional, el ejemplo que se ha proporcionado anteriormente acerca de las sanciones de Naciones Unidas es perfectamente

⁴⁸ Peterson vs. The Islamic Republic of Iran, 264 F. Supp. 2d 46, 61, (DDC 2003).

⁴⁹ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., pp. 51-52.

válido por cuanto resulta arquetípico de la proyección de los intereses nacionales, por mediación de una organización internacional, sobre terceros Estados. De la misma manera, en el ejemplo palestino mencionado, cabe recordar que Estados Unidos, abiertamente contrario durante años al reconocimiento internacional de Palestina, inició una agresiva campaña diplomática en la que amenazó con dejar de realizar aportaciones económicas a aquellas Agencias de Naciones Unidas que aceptaran a Palestina como Estado miembro, como efectivamente hizo con la UNESCO⁵⁰. Esa campaña provocó que, de la lista original de sesenta y tres organizaciones y tratados a los que la ANP pretendía adscribirse, al final tan solo solicitó su ingreso en quince, todos ellos tratados y no organizaciones, para evitar la repetición de la situación. Al no formar Estados Unidos parte de la Corte Penal Internacional, ello facilitó la entrada de Palestina en la misma, al carecer de esa presión económica⁵¹.

Siguiendo con el mismo supuesto, Estados Unidos promovió igualmente en su Congreso la aprobación de leyes nacionales internas que permitieran la retirada de financiación de proyectos de asistencia y apoyo a la ANP⁵². Se trata de un ejemplo de *lawfare* de ámbito nacional con trascendencia internacional.

3.2.1.2. *Ámbito nacional*

Para ilustrar el *lawfare* en un campo puramente nacional, se puede ver por ejemplo cómo Estados Unidos ha conducido una campaña legislativa agresiva contra Irán. En octubre de 2009 el Congreso aprobó una ley, ratificada por el presidente, mediante la cual se establecía una prohibición para empresas extranjeras de vender petróleo para la reserva estratégica estadounidense en caso de que las mismas proporcionaran petróleo refinado a Irán⁵³. Ello obligó a las empresas petroleras a tomar la decisión de

⁵⁰ <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/10/31/internacional/1320073971.html>

⁵¹ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 203.

⁵² La *Department of State, Foreign Operations and Related Programs Appropriations Act for Fiscal Year 2012* (conocida como la *2012 Appropriations Act*) prevé en su Sección 7086 la posibilidad de prohibir el acceso de fondos de asistencia a la ANP «*si los palestinos obtienen, con posterioridad a la fecha de entrada en vigor de esta Ley, el mismo estatuto como Estado miembro o la incorporación de pleno derecho como Estado en las Naciones Unidas o en cualquier Agencia especializada que no se encuentre incluida en un acuerdo negociado entre Israel y los palestinos*».

⁵³ DOGGET, T., «US lawmakers vote to punish Iran's fuel suppliers», Reuters, 1 de octubre de 2009. <http://www.reuters.com/article/us-congress-iran-sanctions-idUSTRE59072H20091001>

participar en el mercado iraní o en el mucho más importante mercado estadounidense, mermando *de facto* la capacidad de Irán de recibir suministro de combustible industrial⁵⁴.

3.2.2. Por el tipo de actuación

La tipología del *lawfare* es enormemente variopinta, y pretender encorsetarla formalmente incurre en el riesgo de limitar conceptualmente su enorme variedad, pues se presta a cualquier uso y herramienta que quepa concebir. No obstante, sí es posible ofrecer una serie de categorías típicas basadas en los usos más habituales. Sin ánimo exhaustivo se pueden enumerar las siguientes:

3.2.2.1. *Lawfare* normativo

La actividad legislativa, o normativa con carácter general, es desde luego la más evidente y en la que los actores estatales pueden desarrollar su actividad con mayor fuerza, procurando establecer los marcos legales más beneficiosos para sus intereses, como se ha reflejado en el apartado anterior.

Internacionalmente la doctrina suele centrar su atención en el ejemplo de los asentamientos israelíes y la intensa campaña de *lawfare* que se desarrolla continuamente sobre ellos. En este aspecto normativo, Israel reclama que las presiones de los países árabes durante la redacción del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional motivaron la inclusión en el texto final de un artículo, el 8.2.b.viii), específicamente diseñado para criminalizar los asentamientos⁵⁵. Su reclamación se basa en la desproporción nor-

⁵⁴ En España el supuesto más parecido sería el contemplado en el artículo 60 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, esto es, el de las prohibiciones para contratar con la Administración Pública, si bien obviamente no cubre un supuesto tan agresivamente dirigido *ad hoc* como el de Estados Unidos hacia Irán. El apartado 1.a) de este artículo exige la concurrencia de sentencia firme condenatoria por una serie de delitos *numerus clausus*, siendo el supuesto más evidente para emprender una acción similar, pero de más difícil concurrencia, como es natural. Los demás supuestos se refieren a infracciones administrativas que, no obstante, pueden ser empleadas adecuadamente como estrategia de *lawfare* en el contexto adecuado. Aun así, se halla muy lejos de la medida que se ha referido como ejemplo.

⁵⁵ Este artículo considera que es un crimen de guerra «el traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil a territorio que ocupa o

mativa de haber incluido *ex novo* la conducta regulada en ese artículo entre las demás conductas, mucho más graves, de los crímenes de guerra⁵⁶.

Ese puede tratarse de un supuesto muy complejo y de elevado nivel, pero en el otro extremo nos encontramos por ejemplo las negociaciones de Memorandos de Entendimiento (MOU) o Acuerdos Técnicos (TA), así como obviamente otros acuerdos internacionales de rango superior, que siempre son tendentes a la provisión de unas condiciones aceptables para todas las partes que los suscriben. Se trata probablemente del ejemplo más fácil (aunque difuso) en el que se evidencia la posibilidad del sujeto de influir en la creación de unas circunstancias jurídicamente ventajosas para sus intereses, así como de otros sujetos que no necesariamente participen de manera directa en tales acuerdos de influir en su resultado⁵⁷.

3.2.2.2. *Lawfare interpretativo*

Este tipo de actividad se basa, no en influir en la redacción de normas o tratados, sino más bien valerse de las ya existentes para crear unas condiciones favorables a los intereses del sujeto. Por ejemplo, China viene desde 1947 reclamando el ejercicio de soberanía sobre una parte del mar de la China, la «línea de los nueve guiones» (*Nine-Dash Line*), en disputa con varias otras naciones, empleando una interpretación como poco discutible de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar y reforzándola con su acción naval militar continuada sobre la zona⁵⁸. De hecho, también lo ha complementado con un ambicioso programa geológico para convertir arrecifes sumergidos en islas potencialmente habitables, con las implicaciones que ello conlleva de cara a esta Convención, pudiendo generarse controversia acerca de qué islas lo eran originariamente y cuáles han sido construidas artificialmente⁵⁹. El reconocimiento de soberanía sobre esa área expandiría su zona económica exclusiva, lo cual es relevante por

la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio».

⁵⁶ Ministerio de Asuntos Exteriores de Israel, *The International Criminal Court Background Paper*. 1998. <http://www.mfa.gov.il/mfa/mfa-archive/1998/pages/the%20international%20criminal%20court%20-%20background%20pape.aspx>

⁵⁷ Ver *Memorandos de entendimiento en el ámbito del Ministerio de Defensa*, Ministerio de Defensa, 2011.

⁵⁸ Cf. HALPER, S., *China, the three warfares*, 2013, pp. 53-62.

⁵⁹ RAPP-HOOPER, M., «Before and after: the South China Sea transformed» Center for strategic & international studies, 18 de febrero de 2015. <http://amti.csis.org/before-and-after-the-south-china-sea-transformed/>

cuanto su legislación interna atribuye unas amplísimas potestades sobre la misma, en oposición a la Convención de Derecho del Mar⁶⁰. No es necesario poner de relieve lo importante que resulta la práctica continuada de una conducta en derecho internacional para poder defender la cristalización de la misma como derecho consuetudinario.

Siguiendo en China, su manual de derecho internacional militar señala a los oficiales del Ejército de Liberación Popular que «*el gobierno chino está [...] obligado a adherirse estrictamente a todas las leyes internacionales*», pero tres páginas después señala a los oficiales que sean «*flexibles en la aplicación de las leyes internacionales. En la práctica, mientras debemos guiarnos por los principios fundamentales y las regulaciones relevantes contenidas en el derecho internacional, no nos debemos sentir completamente constreñidos por artículos específicos y estipulaciones que resulten perjudiciales para la defensa de nuestros intereses nacionales. Debemos por tanto aplicar siempre el derecho internacional con flexibilidad en defensa de nuestros intereses nacionales y nuestra dignidad, apelando a aquellos aspectos beneficiosos para nuestro país y eludiendo aquéllos perjudiciales para nuestros intereses*⁶¹». Como se ha señalado anteriormente, China lleva ya varios años asentando una doctrina militar propia específica de «guerra legal» en varios niveles distintos, y cuenta con el mayor número de publicaciones al respecto.

3.2.2.3. *Lawfare judicial*

El emprendimiento de acciones judiciales constituye también uno de los usos más característicos del *lawfare*, y que se ha demostrado enormemente efectivo. Sin duda el ejemplo arquetípico lo supone el de la llamada Flotilla de Gaza de 2011. En mayo de 2010 el incidente del *Mavi Marmara*, en el que las fuerzas armadas israelíes habían asaltado un buque perteneciente a la «Flotilla de Gaza» que pretendía evadir el bloqueo sobre la Franja de Gaza y que se saldó con nueve fallecidos y varios heridos, des-

⁶⁰ COHEN, J. A., «Lawfare or warfare? Let impartial tribunals cool Asia's maritime disputes», *The Diplomat*, 29 de mayo de 2014. <http://thediplomat.com/2014/05/lawfare-or-warfare-let-impartial-tribunals-cool-asias-maritime-disputes/>

⁶¹ ZHAO PEIYING (Ed.), *Basis of International Law for Modern Soldiers*, 1996, pp. 3 y 6. Citado en ODOM, J., «A China in the Bull Shop? Comparing the rethoric of a rising China with the reality of the International Law of the Sea», *Ocean & Coastal Law Journal*, vol. 17, n.º 2, 2012.

encadenó una serie de reacciones de alto impacto mediático⁶². El informe de la Comisión Palmer consideró que el abordaje y empleo de la fuerza por parte de Israel fue «excesivo e irrazonable»⁶³. Cuando al año siguiente se empezó a organizar una nueva flota análoga, y ante el temor a una repetición de los eventos, fue la ONG Shurat HaDin, la cual mantiene estrechos vínculos con el Gobierno israelí, la que inició acciones legales tendentes a evitar que la nueva flotilla llegara siquiera a abandonar su puerto de origen.

En primer lugar, los abogados de Shurat HaDin enviaron cartas a las empresas aseguradoras de los barcos, con sede en Europa, informando de que, si efectivamente iban a asegurar unas embarcaciones que fueran empleadas en romper el embargo sobre la Franja de Gaza y realizar actividades de contrabando, se emprenderían acciones judiciales contra ellas por prestar apoyo a Hamás y que podrían incurrir en responsabilidad por eventuales atentados que el grupo pudiera cometer, sobre la base de que tales embarcaciones estarían prestando apoyo material a una organización terrorista⁶⁴. Una acción idéntica se llevó a cabo sobre el proveedor de servicios de navegación por satélite, con sede en Estados Unidos⁶⁵. Como resultado de esas acciones, todas las empresas aseguradoras se allanaron y notificaron su intención de no prestar sus servicios de seguros a las embarcaciones involucradas en dicha flotilla⁶⁶. Cuando la empresa de servicios de navegación por satélite no respondió al requerimiento, se entabló una acción judicial contra la empresa y su director ejecutivo en nombre de una ciudadana estadounidense residente en Israel. Tras alcanzar un acuerdo, la empresa dejó de prestar sus servicios y se retiró la demanda⁶⁷.

Paralelamente, se entabló una demanda en un tribunal federal estadounidense para la incautación de las embarcaciones involucradas, en nombre

⁶² BBC News, *Deaths as Israeli forces storm Gaza aid ship*, 31 de mayo de 2010. <http://www.bbc.com/news/10195838>

⁶³ *Report of the Secretary-General's Panel of Inquiry on the 31 May 2010 Flotilla Incident*. http://www.un.org/News/dh/infocus/middle_east/Gaza_Flotilla_Panel_Report.pdf

⁶⁴ En apoyo de esa pretensión, las cartas incluían copia del fallo del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Holder vs. Humanitarian Law Project*, donde se considera delito «proporcionar, con conocimiento de ello, apoyo material o recursos a una organización terrorista extranjera, incluyendo cualquier propiedad tangible, intangible o servicios». <http://www.supremecourt.gov/opinions/09pdf/08-1498.pdf>

⁶⁵ En este caso se empleó el fallo del caso *Boim vs. Holy Land Foundation*, en el que se relaciona directamente la prestación de apoyo a la rama no violenta de una organización con las actividades terroristas del grupo en su conjunto. <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1460640.html>

⁶⁶ RONEN, G., «Maritime Lawfare Victory: Lloyd's won't insure Gaza Flotilla», *Arutz Sheva* 7, 23 de mayo de 2011. <http://www.israelnationalnews.com/News/News.aspx/144423#.V2KEKeRf0dU>

⁶⁷ <http://www.investigativeproject.org/case/551/fendel-v-inmarsat-et-al>

de Alan Bauer, ciudadano estadounidense herido en atentado terrorista de Hamás, reclamando que se establecieran como garantía de la indemnización privada que ese ciudadano solicitaba por aquel hecho. El requerimiento de embargo fue desestimado por falta de legitimación activa del demandante⁶⁸.

No obstante, con la notificación de la ausencia de seguro marítimo de esas embarcaciones, Shurat HaDin requirió al Gobierno griego, país donde se encontraban amarradas, para que, teniendo noticia de esa circunstancia, sus autoridades portuarias y costeras adoptaran las medidas necesarias para prevenir que las mismas pudieran iniciar navegación alguna. Como resultado, catorce de los quince barcos que componían la Flotilla de Gaza no abandonaron su puerto. Una pequeña embarcación sí salió a la mar tras notificar falsamente a las autoridades griegas que su destino era Alejandría, Egipto, pero fue interceptada pacíficamente por la marina israelí. De esta manera se logró el objetivo de neutralizar la flotilla antes siquiera de partir de puerto, evitando el empleo de medios militares, la posibilidad de un nuevo enfrentamiento y uso de la fuerza como el del año anterior en el *Mavi Marmara* y el consecuente coste político y estratégico de una acción semejante⁶⁹.

3.2.2.4. *Lawfare decisorio o de negociación*

Se han proporcionado ya en otras categorías ejemplos en los que la acción de *lawfare* ha estado dirigida a motivar que por una organización internacional se adopten decisiones concretas, como el de las sanciones de Naciones Unidas o el del reconocimiento de Palestina por diversas organizaciones o su entrada en tratados multilaterales, un proceso que ha constituido la aspiración histórica de la OLP y que subyace en el fondo estratégico perseguido por Hamás mediante su acción armada.

Lo mismo se puede predicar paralelamente respecto de grupos armados y gobiernos. No necesariamente en el seno de un conflicto armado no internacional, sino en situaciones de tensiones internas que no alcanzan el umbral del artículo 1.2 del Protocolo Adicional II a los Convenios de Ginebra. Cabe citar las negociaciones entre el Gobierno del Reino Unido y el IRA en 1972 a resultas del Informe Parker y en todo el contexto del

⁶⁸ <http://israellawcenter.org/wp-content/uploads/2001/10/Bauer-v.-Marmara-Appeal.pdf>

⁶⁹ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 318.

Domingo Sangriento en Derry, Irlanda del Norte⁷⁰. La creación del «estatuto de categoría especial», que en la práctica no suponía sino conceder *de facto* el estatuto de prisionero de guerra a personas que, formalmente, no lo podían detentar, es un ejemplo de los giros legales que se barajaron con intención de rebajar la intensidad del conflicto⁷¹.

3.2.3. Por el nivel de actuación

Se ha indicado que el acento del presente estudio está puesto en el uso del *lawfare* por parte de las Fuerzas Armadas como medio complementario o sustitutivo del empleo de la fuerza en operaciones militares. A pesar de la enorme amplitud y variedad de usos que se está poniendo de manifiesto, y que sobrepasa los límites de este estudio, hay que recordar que en el fondo el término nació en ese contexto y precisamente para ayudar a la toma de decisiones del mando. El primer público objetivo de la doctrina del *lawfare* es por tanto el mando militar que corre el peligro, bien de estar expuesto a un enfoque clausewitziano en el que el derecho de la guerra es esencialmente irrelevante, bien por el contrario a la impresión de que cualquiera de sus acciones puede desembocar en una acusación por crímenes de guerra y que en consecuencia deja de actuar, movido por ese temor⁷². Por tanto, en el campo de la acción del *lawfare* por fuerzas armadas (o en realidad cualquier sujeto de relaciones internacionales capaz de valerse del uso de la fuerza), se puede establecer una diferenciación atendiendo al nivel en que se desarrolle la misma.

3.2.3.1. Lawfare estratégico

Es cierto que la definición que ofrece Dunlap, a la que se hacía referencia al principio del artículo, se circunscribe expresamente al uso del derecho «para alcanzar un objetivo operacional». Eso en principio excluye cualquier otra consideración en cuanto a su alcance. No obstante, de un análisis más detenido de la materia cabe extraer la conclusión de que el

⁷⁰ LeBRUN, P., «Lawfare in the Age of “White Terror”: A Missed Opportunity for White Nationalists?», Counter-Currents Publishing, 2015, <http://www.counter-currents.com/2015/08/lawfare-in-the-age-of-white-terror-part-1/>

⁷¹ McEVOY, K., *Paramilitary imprisonment in Northern Ireland: Resistance, management and release*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 216.

⁷² SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...» Op. cit., p. 22.

lawfare puede ser empleado también en un ámbito mucho más amplio y ambicioso, y que de hecho así se verifica en la práctica.

Por no volver a citar el tan traído ejemplo de la ANP en su búsqueda del objetivo de la estatalidad palestina alejándose del uso de la fuerza, se puede traer a colación el ímprobo esfuerzo legal y diplomático desplegado por Estados Unidos y la comunidad internacional con ocasión de los atentados del 11 de septiembre. La invocación del artículo 5 del Tratado del Atlántico Norte y su correlativa llamada a la legítima defensa no hace sino evidenciar un significativo giro en la interpretación del concepto de «ataque armado» y de las medidas a las que cabe recurrir ante tales actos⁷³. La aprobación de las Resoluciones 1368 (2001) y 1373 (2001) del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, que reafirman que los actos de terrorismo suponen una amenaza para la paz y seguridad internacionales, se vio complementada con la creación del Comité contra el terrorismo y la adopción de una serie de medidas complementarias⁷⁴. Todo ese conjunto de disposiciones, tendentes a buscar un marco legitimador en el cual desempeñar las operaciones militares que se iniciaron a continuación, conforman una actividad de *lawfare* de largo alcance dentro del panorama global. La búsqueda, o en su caso acreditación, de la legitimidad de la acción que se emprende resulta un requisito esencial y sobre el que se sustenta el mismo *ius ad bellum*, y constituye por tanto la primera pieza del nivel estratégico que es necesario asentar, despejando las dudas sobre la misma.

En las democracias modernas, incluso un conflicto armado limitado requiere una base sustancial de apoyo público. Ese apoyo puede erosionarse o tornarse en oposición rápidamente, sin importar la relevancia del objetivo político, si la sociedad cree que el conflicto se está llevando a cabo de una manera injusta, inhumana o inadecuada⁷⁵. Nótese el enorme desgaste político que sufrió por este motivo la campaña de Irak, iniciada apenas un año después de la de Afganistán, toda vez que no se gestionó de igual manera el enfoque sobre el contenido de la Resolución 1441 (2002) y las herramientas jurídicas que la acompañaron. El argumento principal fue que formalmente no era necesaria ninguna resolución adicional para acometer el uso de la fuerza contra Irak; sin embargo, ese razonamiento legal no se

⁷³ REGUEIRO DUBRA, R., *La legítima defensa en derecho internacional*, Instituto Universitario Gutiérrez Mellado, Madrid, 2012, p. 301.

⁷⁴ Cf. CALDUCH CERVERA, R., «La incidencia de los atentados terroristas del 11 de septiembre en el terrorismo internacional», *Revista Española de Derecho Internacional*, Vol: LIII; n.ºs 1-2, pp. 173-202.

⁷⁵ REISMAN, W. M. y ANTONIOU, C. T., *The Laws of War: A Comprehensive Collection of Primary Documents on International Laws Governing Armed Conflict*. Vintage Books, Nueva York. 1994. P. 24.

supo ofrecer con solvencia a la opinión pública, y la campaña de deslegitimación que sufrió esa operación horadó sus propias bases y supuso un revés de orden estratégico. Por el contrario, la operación de la OTAN en Kosovo en 1999 había usado un argumento similar (con el añadido de no contar con ninguna resolución del Consejo de Seguridad que respaldase a la Organización, como sí existió después en el caso iraquí), y sin embargo, tras los estériles debates entre legalidad y legitimidad que se sucedieron, la acción armada de la Alianza Atlántica apenas contó con oposición⁷⁶.

3.2.3.2. *Lawfare operacional*

Se ha hecho hincapié en la función primordial del *lawfare* como herramienta en el nivel operacional, a los efectos de poder ser empleada como sustituto o complemento de las acciones militares físicas convencionales. Su funcionalidad, como se viene reflejando, es diversa, rondando lo inagotable, pues existirá una acción completamente diferente para alcanzar cada efecto deseado, y cada una deberá seguir su propio camino para su ejecución.

Proponiendo un ejemplo español, hacia finales de 2008, durante el desempeño de la operación ISAF en Afganistán, se consideró que el acuartelamiento que empleaban las fuerzas españolas en la localidad de Qala e Naw no cumplía con las condiciones de seguridad y habitabilidad necesarias⁷⁷. Se trataba de un recinto en el interior de la población, cedido gratuitamente por las autoridades afganas a ISAF en virtud del Acuerdo Técnico en vigor⁷⁸. Con la intención de favorecer las condiciones de seguridad de la fuerza desplegada y poder albergar un contingen-

⁷⁶ BARDAJÍ, R., «Irak, Naciones Unidas y el uso de la fuerza», ARI n.º 5-2003, Real Instituto Elcano http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/riecano/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari+5-2003

⁷⁷ Como se demostraría posteriormente, la valoración de los riesgos de seguridad había evaluado correctamente el nivel de amenaza y en 2010 el acuartelamiento fue objeto de hostigamiento prolongado por una muchedumbre de cerca de doscientas personas, obligando a la fuerza española a permanecer en el interior del recinto y condicionando las subsiguientes operaciones en el área. Ver por ejemplo JUNQUERA, N. «El atentado “premeditado” buscaba un choque armado entre las tropas y la población civil», *El País*, 25 de agosto de 2010. http://elpais.com/elpais/2010/08/25/actualidad/1282724217_850215.html

⁷⁸ Acuerdo Técnico Militar entre la Fuerza Internacional de Asistencia para la Seguridad (ISAF) y el Gobierno Interino de Afganistán, de 4 de enero de 2002. Su Anexo B, que comprendía el estatuto de las fuerzas (SOFA), preveía la puesta a disposición de las fuerzas de ISAF de aquellos inmuebles que se requirieran por las fuerzas internacionales, libres de coste alguno.

te mayor, se decidió que era necesario el emplazamiento de un nuevo acuartelamiento, de mayores dimensiones y fuera del casco urbano de la población. Sin embargo, en aquel momento, debido a la conflictividad de las operaciones en curso y demás circunstancias asociadas, se estimó que la apropiación sin más de unos amplios terrenos por fuerzas occidentales sería recibida de manera hostil por la población local y podría incidir negativamente en la percepción hacia ISAF, con un consecuente aumento de la actividad insurgente.

Por ese motivo se optó por una solución que implicara la aportación de un beneficio directo para la población local y que contribuyera a mejorar la imagen española en la región. Seleccionando un conjunto de terrenos propiedad privada de varios particulares, se firmó un Acuerdo Técnico con el Gobierno afgano para que este condujera una expropiación de los mismos, los unificara bajo un mismo título y efectuara una cesión de uso al contingente español por el tiempo de la misión. Por su parte, los particulares afectados recibirían una compensación extraordinaria, independiente de lo que pudiera corresponderles por la expropiación a costa de sus autoridades locales, para favorecer sus condiciones de vida, como parte del esfuerzo de ayuda humanitaria que ya se encontraba prestando en la región. La gestión de los trámites fue llevada en colaboración entre autoridades españolas y afganas y el resultado fue el de la obtención del terreno necesario con un elevado índice de satisfacción entre la población local, lo cual contribuyó al objetivo operacional de mejorar la seguridad del contingente⁷⁹. En este caso lo que se aprecia es cómo, ante la diversidad de opciones legales disponibles para el mando, se adoptó una decisión lo más acorde posible con el cometido de ISAF, generando un multiplicador de efectos que redundó en el beneficio global de la operación. Aunque la integración de la ayuda humanitaria en contingentes militares ha sido en ocasiones discutida⁸⁰, este ejemplo ilustra el empleo de una herramienta legal oportuna entre todas las disponibles para la consecución de un objetivo militar que, de otra manera, hubiera debido conseguirse mediante el empleo de un mayor número de recursos humanos y materiales.

⁷⁹ Estado Mayor de la Defensa. Operación en Afganistán. <http://www.emad.mde.es/MOPS/020-Afganistan-ISAF/>

⁸⁰ Cf. WILLIAMSON, J. A., «Using humanitarian aid to “win hearts and minds”: a costly failure?», *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 93, núm. 884, diciembre 2011, pp. 1035-1061.

3.2.3.3. *Lawfare táctico*

Resulta sin embargo más complicado hablar en puridad de un *lawfare* a nivel táctico, puesto que la gran mayoría de las acciones legales que se pueden emprender, por su propia naturaleza, van a tardar en reflejar sus efectos, y los mismos van a tener impactos más dilatados en el tiempo, de lo que requiere la acción táctica convencional. No obstante, sí es posible encontrar algún supuesto ilustrativo. Algunos autores han intentado aproximarse a esta categoría, aunque cabe hacer una crítica a la interpretación que formulan. BELLFLOWER define el *lawfare* táctico, por ejemplo, en el contexto en el que el enemigo (generalmente asimétrico) se prevale de las normas del DIH para obtener un beneficio propio, poniendo como ejemplo el de los escudos humanos contra una fuerza que sí respeta el derecho⁸¹. Sin embargo, tal y como se expone en el apartado siguiente, debe descartarse esa interpretación, por los motivos que se van a exponer, esencialmente rechazar que el incumplimiento de las normas de los conflictos armados sea una forma de ejercer el derecho.

Una aproximación más razonable es la que sigue la sistemática expuesta hasta ahora (la del *lawfare* instrumental) pero llevando la acción al nivel del terreno, conviviendo con acciones militares convencionales en el nivel táctico. LEBOWITZ pone como ejemplo el de los numerosos detenidos en las operaciones de Irak y Afganistán que, de manera inmediata, reclaman haber sido objeto de malos tratos y abusos para iniciar procesos administrativos y judiciales de revisión propios de las fuerzas detenedoras, que de esta manera ralenticen o pongan en duda la propia detención⁸². Evidentemente, la materia relativa al trato de prisioneros y la detención operacional en sí misma resulta hartamente delicada; la persecución de las infracciones cometidas por las fuerzas armadas debe ser empeño constante y su prevención se debe convertir en prioritaria, como el cumplimiento de cualquier otra disposición de DIH o de Derechos Humanos. No obstante, sí se puede conceder que la presentación de denuncias falsas para dificultar

⁸¹ BELLFLOWER, J.W., «The Influence of Law on Command of Space», *The Air Force Law Review*, vol. 65, 2010, pp. 107- 144, p. 113. Se encuadraría realmente en la categoría a la que se hacía referencia anteriormente del *lawfare* basado en la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*). En el próximo apartado se va a incidir en este aspecto.

⁸² LEBOWITZ, M. J., «The Value of Claiming Torture: An Analysis of Al-Qaeda's Tactical Lawfare Strategy and Efforts to Fight Back», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2010, pp. 356-392, p. 363. El autor centra su estudio en analizar el manual que emplea Al Qaeda para instruir a sus miembros en caso de captura y alegar sistemáticamente malos tratos y torturas.

la acción de las fuerzas armadas o minar su imagen pública puede ser interpretada como una táctica de *lawfare*, si bien en realidad las repercusiones de esa acción van a tener relevancia no solo en el terreno en el momento de la detención, sino que su trascendencia va a alcanzar fácilmente el nivel operacional.

En cualquier caso, toda medida legal que dificulte o incapacite la acción del adversario de manera y con efectos inmediatos, o bien le obligue a modificar su conducta o a adoptar medidas al respecto (piénsese en el ejemplo antes referenciado de los abogados de Shurat HaDin interponiendo demandas para paralizar la flotilla de Gaza) tiene cabida dentro del nivel táctico.

4. PROBLEMAS EN LA APLICACIÓN DEL LAWFARE. SU RELACIÓN CON EL DERECHO INTERNACIONAL HUMANITARIO

Aunque hasta ahora se han descrito y catalogado los usos del *lawfare*, quedan todavía varios aspectos que delimitar. Se señalaba al comienzo que el *lawfare* no trata de la mera existencia de normas y su aplicación al supuesto tasado, ni consiste tampoco en la aplicación legítima del DIH a los participantes en un conflicto armado⁸³. Frente a la concepción clásica del derecho como mero límite externo a la acción armada, como marco regulador y diseñado para restringir por razón de humanidad el abanico de actividades posibles, es decir, como algo ajeno al fenómeno de la guerra y que pretende limitarla, el punto de partida es que el derecho forma parte intrínseca de la acción armada y que por tanto, su adecuado uso como sustituto o complemento de otros medios militares incentiva el uso de las leyes en vez de la fuerza. Ese uso proactivo de acciones legales y de medidas variadas hace que el *lawfare* sea entendido como una herramienta más, como cualquier otra arma que puede ser empleada adecuadamente de conformidad con el imperio de la ley (en su sentido más amplio). Pero como cualquier herramienta, se presta a su mal uso; todo depende de quién la emplee, cómo y con qué fin⁸⁴. Bajo esta perspectiva se va a analizar una serie de supuestos que generan cierta problemática en relación con el *lawfare*.

⁸³ SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...». Op. cit., p. 20.

⁸⁴ DUNLAP, C. J., «Lawfare today: A perspective...». Op. cit., p. 148.

4.1. EL LAWFARE Y LAS INFRACCIONES DEL DIH

Se apuntaba anteriormente que, frente al *lawfare* denominado «instrumental», la doctrina estadounidense habla de ese *lawfare* basado en la disparidad en el nivel de cumplimiento de las leyes (*compliance-leverage disparity lawfare*)⁸⁵. Es necesario llegados a este punto plantear una seria objeción a esta categoría. El razonamiento de estos autores se basa sobre la premisa de que el adversario, generalmente un enemigo asimétrico, se aprovecha del hecho de que las Fuerzas Armadas occidentales (los ejemplos los refieren estos autores siempre a las fuerzas estadounidenses por motivos obvios, pero a efectos ilustrativos no resulta relevante) vienen obligadas al cumplimiento de las disposiciones del DIH, empleando esa obligación en su contra. El ejemplo más citado, casi de manera unívoca, por estos autores, es el de aquellos insurgentes que colocan emplazamientos de armamento o se esconden en lugares protegidos en áreas civiles, como hospitales, escuelas o templos, y no visten uniforme ni distintivo alguno, refugiándose entre los no combatientes para escudarse de un ataque o, en caso de que este se produzca, hacerse eco de las víctimas civiles⁸⁶.

Estos autores defienden que tales acciones constituyen *lawfare* desde el momento en que los actores llevan a cabo un uso (concretamente un «mal uso», bajo su perspectiva) del derecho para obtener una ventaja táctica y operacional sobre su enemigo⁸⁷. El argumento se basa en que, debido a estas conductas, las Fuerzas Armadas occidentales se ven forzadas a modificar sus tácticas y el modo general de conducción de sus operaciones militares, autoimponiéndose unas limitaciones que van más allá de lo exigido por el DIH. De esta manera sus adversarios logran, mediante un subterfugio que no implica el uso de la fuerza, un propósito que habitualmente debería ser alcanzado con medios militares convencionales⁸⁸.

⁸⁵ Nota 35 *ut supra*.

⁸⁶ Se encuentran ejemplos casi idénticos en, por ejemplo, DUNLAP, C. J., «Lawfare today...». Op. cit., p. 149, SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?...». Op. cit., p. 16, KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 18, REYNOLDS, J. D., «Collateral Damage on the 21st Century Battlefield: Enemy Exploitation of the Law of Armed Conflict, and the Struggle for the Moral High Ground», *The Air Force Law Review*, vol. 56, 2050, pp. 1-108, p. 34.

⁸⁷ La definición consolidada de *lawfare* que brinda Dunlap, que se mencionaba al comienzo del artículo, recuérdese, es la de «...la estrategia del uso (incluyendo el mal uso) del derecho como sustituto de medios militares tradicionales para alcanzar un objetivo operacional». Precisamente bajo esa cláusula del «mal uso» (*misuse*) encuentran amparo las conductas referidas. Ver nota 2 *ut supra*.

⁸⁸ DUNLAP, C. J., «Does lawfare need an apologia?...». Op. cit., p. 134.

No obstante, es necesario poner de manifiesto que estos argumentos particulares decaen por oposición con el propio razonamiento general que informa la disciplina en sí y en el que estos mismos autores coinciden pacíficamente, y que no es sino el ya expuesto de que el mero cumplimiento y aplicación del DIH no puede ser considerado *lawfare*. Infligir daño tras apelar a la buena fe del adversario, haciéndole creer que se goza de una protección que no se tiene, constituye lisa y llanamente perfidia, tal y como es definida en el artículo 37 del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra. Si bien todos estos autores son nacionales de un país que no ha ratificado el PAI, la sanción de la perfidia se trata de una norma reconocida como de derecho consuetudinario, también por Estados Unidos⁸⁹. Aunque la perfidia formalmente se reconozca en el seno de los conflictos armados internacionales por su ubicación en el PAI, ya figuraba en la Declaración de Bruselas de 1874 (la cual a su vez parece tomar como punto de partida el Código Lieber de 1863) y de nuevo en el artículo 23 del Convenio IV de La Haya de 1907. Su carácter consuetudinario se extiende tanto a los conflictos armados internacionales como no internacionales⁹⁰, y resulta indiferente que sea cometida por fuerzas armadas regulares o insurgentes, como aducen estos autores⁹¹.

Cabe hacer el matiz de que el DIH aborda la perfidia desde sus resultados más que desde la consideración de la conducta en sí misma, la cual solo se encuentra sancionada cuando, pretendiendo engañar al enemigo haciéndole creer que goza de una protección que no tiene realmente, le causa algún daño tangible⁹². No obstante, no se puede sino señalar que, en definitiva, la perfidia como conducta, con independencia del resultado, se halla prohibida⁹³.

Unas prevenciones paralelas se pueden formular respecto del uso de bienes protegidos, bien sean religiosos, culturales o sanitarios. No es objeto del presente estudio volcarse en el análisis de las disposiciones de DIH, lo cual se aleja de su propósito y extensión; baste recordar que la protección

⁸⁹ Estados Unidos reconoce 59 artículos del PAI como de derecho consuetudinario, entre ellos el 37. Ver SOLIS, G., *The Law of armed conflict: International humanitarian law in war*. Cambridge University Press. Nueva York, 2010, p.134.

⁹⁰ HENCKAERTS, J.M. y DOSWALD-BECK, L., *Derecho Internacional humanitario consuetudinario, volumen I: normas*; CICR, Ginebra, 2005, p. 248.

⁹¹ JACKSON, R. B., «Perfidy in non-international armed conflicts», *International Law Studies Series*, US Naval War College, 2012, vol. 88, pp. 237-259, p. 246.

⁹² DEHN, J., «Permissible perfidy?», *Journal of International Criminal Justice*, núm. 6, 2008, pp. 627-653, p. 633.

⁹³ RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La pérdida de la inmunidad de las personas civiles por su participación directa en las hostilidades», *Cuadernos de Estrategia*, n.º 160, 2013, pp. 165-208, p. 201.

de tales instalaciones o medios cesa en el momento en que son empleadas, fuera de sus fines, para cometer actos perjudiciales para el enemigo⁹⁴, así como que, correlativamente, no es lícito emplear la misión médica, sus medios o los bienes religiosos o culturales para conducir hostilidades contra el enemigo⁹⁵.

No es preciso en este artículo profundizar en la materia, sino que se trata únicamente de poner de relieve que el incumplimiento de una norma de DIH no debe ser entendido como *lawfare* ni legitimado al ser puesto al mismo nivel que otras medidas legales. Sin embargo, la doctrina estadounidense parece constante en señalar esas infracciones como mal uso o abuso del derecho y amparándolas como tal, en lo que aparece como una contradicción con lo que los mismos autores defienden como propio de la naturaleza del *lawfare*.

4.2. EL LAWFARE BASADO EN LA DIFERENCIA DE LAS NORMAS

A pesar de todo lo que se acaba de indicar en el apartado anterior, sí que es posible apreciar la existencia de un *lawfare* basado en la disparidad. No en los términos propuestos por la doctrina mencionada, sino en el mismo sentido con el que se ha venido aludiendo hasta ahora a la materia, esto es, con carácter instrumental.

Con carácter general, en derecho internacional los sujetos vienen vinculados, dejando al margen el derecho consuetudinario, exclusivamente por aquellos tratados e instrumentos que deciden suscribir, y hasta donde decidan hacerlo. Desde esa perspectiva, lo que sí se puede aseverar es que el *lawfare* normativo internacional tiene un fuerte componente de disparidad. En el momento en que un Estado decide no suscribir un tratado multilateral en el que participan otros miembros de la comunidad internacional, es evidente que sus obligaciones van a ser distintas que las de aquellos otros Estados que sí han decidido sujetarse a sus regulaciones. En materia

⁹⁴ Art. 21 CGI, Art. 13 API, Art. 11 APII, Art. 4 Convención para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado y Reglamento para la aplicación de la Convención 1954, Art. 6 de su Protocolo II.

⁹⁵ Cf. RODRÍGUEZ-VILLASANTE Y PRIETO, J. L., «La protección del personal humanitario por el derecho internacional humanitario en los conflictos armados actuales», *Anuario de acción humanitaria y derechos humanos/ Yearbook of humanitarian action and human rights*, 2010, núm. 7, pp. 43-58. Cf. PIGNATELLI Y MECA, F. «El segundo Protocolo de la Convención de 1954 para la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, hecho en La Haya el 26 de marzo de 1999». *Revista española de derecho militar*, 2001, núm. 77, pp. 357-444.

de DIH ello se hace patente no solo en relación con aquellos países que no han ratificado alguno o todos los Protocolos Adicionales, sino con otros tratados más específicos como, por ejemplo, la Convención de Ottawa sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonales y sobre su destrucción. Un Estado que no haya firmado este tratado no tiene obligación ninguna de limitar la producción o utilización de este tipo de arma. En caso de conflicto armado entre este Estado y cualquier otro que sí haya ratificado este tratado, existe una clara diferencia en cuanto a los medios de combate que puede emplear uno y otro, y por tanto se da una disparidad en cuanto a las restricciones legales que vinculan a los adversarios.

Empleando un ejemplo de mucho más bajo nivel, pero mucho más habitual, nos encontramos con que, en las operaciones militares combinadas (bien sean en entorno OTAN, Unión Europea, ONU, etc.), no todas las fuerzas participantes se rigen exactamente por el mismo conjunto de disposiciones de uso de la fuerza, a pesar de que el conjunto de las Reglas de Enfrentamiento (ROE) sean las mismas para la totalidad de los componentes de la operación. Así, cada nación fijará sus limitaciones, sus *caveats* a las ROE, en atención a sus propios intereses políticos o a sus limitaciones legales internas, toda vez que las ROE carecen de rango normativo independiente y su contenido no puede colisionar con lo prescrito por tratados o derecho consuetudinario. Sería absolutamente imposible que las ROE derogaran el bloque normativo nacional o internacional sobre el uso de la fuerza y sus consecuencias⁹⁶. De ese modo, un contingente de una nacionalidad va a disponer de una capacidad de acción que puede ser más amplia o más limitada que la de otro contingente que participe a su lado en la misma operación, y ello determinará sensiblemente su alcance táctico y operacional.

Sin embargo, en el lado contrario del espectro, por ejemplo China sostiene la inaplicabilidad de la totalidad del DIH, tanto en su carácter convencional como consuetudinario, a las operaciones en el ciberespacio, sean estas cuales fueren⁹⁷. Se trata de una postura abiertamente contraria a la defendida por la OTAN y la Unión Europea⁹⁸, y desde luego resulta

⁹⁶ ALÍA PLANA, M., «Las Reglas de Enfrentamiento (ROE)», *Cuadernos prácticos de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Escuela Militar de Estudios Jurídicos*, 2009, pp. 28-38, p. 33.

⁹⁷ EICHENSEHR, K., «International cyber governance: engagement without agreement?» *Just Security*, 2 de febrero de 2015, <http://justsecurity.org/19599/international-cyber-governance-engagement-agreement/>

⁹⁸ La postura de la OTAN quedó fijada en la Declaración de Gales de 5 de septiembre de 2014 (http://www.nato.int/cps/po/natohq/official_texts_112964.htm) y la de la Unión

evidente la trascendencia de la decisión, máxime cuando el ciberespacio se ha convertido en uno de los ejes de la renovación de la defensa del país⁹⁹.

4.3. LOS PROBLEMAS DEL ELEMENTO SUBJETIVO EN EL LAWFARE

Un último aspecto puede resultar controvertido en la delimitación del *lawfare*, y es el referido al sujeto activo. Se ha venido refiriendo que el *lawfare* busca el empleo del derecho como sustituto o complemento de medidas militares convencionales para la consecución de un objetivo estratégico u operacional. El mero hecho de tratarse de medios distintos al uso o amenaza de la fuerza permite por sí mismo que puedan acometer tal empeño otros sujetos más allá del ámbito estrictamente militar. No obstante, si atendemos a su naturaleza, el elemento teleológico es esencial, y por tanto *a priori* parecería que el *lawfare* ha de ser empleado por operadores jurídicos del entorno militar para la obtención de los resultados pretendidos.

A pesar de ello, se han proporcionado ya numerosos ejemplos en los que son sujetos ajenos a esta esfera quienes ejecutan acciones de ese tipo. Vemos que las acciones de otras instancias del Estado o sus representaciones ante organizaciones internacionales juegan un papel muy relevante. Las gestiones llevadas a cabo por el Departamento del Tesoro estadounidense y sus acciones legales contra el Gobierno de Irán y contra empresas que suministraban bienes y servicios a ese país pueden sin duda ser calificadas como *lawfare*, aunque dependiendo de los autores, unos prefieren esa denominación y otros la rehúyen, prefiriendo hablar de «guerra financiera» (*financial warfare*), llegando a afirmarse incluso que el Tesoro había abierto un nuevo campo de batalla para EE.UU.¹⁰⁰.

En otro nivel se hallan los casos desarrollados por entes no relacionados ni dependientes de un gobierno, bien sean ONG, bien sean particulares. No obstante, el denominador común es el buscar involucrar la postura del Estado o reportar un beneficio a nivel no meramente particular, sino que abarque un ámbito superior. El ejemplo que se ha proporcionado de la ONG israelí Shurat HaDin no puede ser más evidente, si bien seguramente nada representativo, por cuanto se trata formalmente de una organización puramente privada pero con unos fortísimos vínculos con el gobierno, que en ocasiones le ha facilitado información y cauces que los abogados de la

Europea en su Estrategia Común de Ciberseguridad (http://eeas.europa.eu/policies/eu-cyber-security/cybsec_comm_en.pdf).

⁹⁹ Cf. HALPER, S., *China, the three warfares*. Op. cit.

¹⁰⁰ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 111.

ONG han podido emplear para actuar a título privado, pero manifiestamente en defensa de los intereses estatales¹⁰¹.

El supuesto que resulta controvertido es el que involucra a ciudadanos particulares (o personas jurídicas) que emprenden acciones legales a título privado, pero cuya trascendencia es generadora de efectos propios del *lawfare*. Habiendo declarado que se trata de una metodología basada en efectos, no puede perderse de vista la relevancia que ello tiene.

Se mencionaba con anterioridad el caso *Peterson vs. The Islamic Republic of Iran* en el que los familiares de las víctimas del atentado de Hezbolá en Beirut en 1983 demandaron a Irán y lograron que el Gobierno estadounidense se incautara de diversos activos iraníes. Se puede traer a colación un caso más discutible aún, en el que no se llegó a dar involucración gubernamental. La familia de Leon Klinghoffer, el pasajero en silla de ruedas que fue asesinado por terroristas del Frente de Liberación de Palestina durante el secuestro del *Achille Lauro* en 1985, demandó a la OLP, y tras varios años de litigio, lograron alcanzar un acuerdo económico¹⁰². Si bien se trata de un asunto *a priori* de naturaleza privada, el efecto de privar a la OLP de activos económicos (con su correlativa trascendencia estratégica) es motivo suficiente para algunos autores para considerar este tipo de acción judicial como *lawfare*¹⁰³. La doctrina estadounidense en general es favorable a extender la subjetividad de la actividad a los ciudadanos particulares¹⁰⁴, pero precisamente de ahí deriva toda la controversia de la que se lamentan los mismos autores acerca del «secuestro» del uso del término cuando otras personas emplean el sistema judicial o legal en detrimento de las instancias gubernamentales¹⁰⁵.

En España se puede traer a colación el llamado «caso Couso», en referencia al periodista José Couso, muerto en abril de 2003 en Bagdad como resultado del disparo de un carro de combate estadounidense sobre el hotel donde se hallaba grabando con su videocámara. Sus familiares emprendieron acciones penales contra tres militares que integraban la cadena de mando en aquella operación¹⁰⁶, en un litigio dilatado durante años y que sufrió

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 311.

¹⁰² *Klinghoffer v. PLO*, 739 F. Supp. 854 (S.D.N.Y. 1990)

¹⁰³ KITTRIE, O., *Lawfare...* Op. cit., p. 54.

¹⁰⁴ SCHARF, M., y ANDERSEN, E., «Is Lawfare Worth Defining?». Op. cit., p. 20.

¹⁰⁵ DUNLAP, C. J., «Does lawfare...». Op. cit., p. 137.

¹⁰⁶ El teniente coronel Philip de Camp, al mando del Regimiento 64 de la Tercera División de Infantería Acorazada, quien dio la orden de disparo; el capitán Philip Wolford, que transmitió la orden; y el sargento Thomas Gibson quien, a bordo del carro de combate, realizó materialmente el disparo.

muy diversos avatares¹⁰⁷. La Audiencia Nacional abrió diligencias previas en octubre de 2005 con una orden internacional de detención contra esos tres militares. La causa se archivó en marzo de 2006 a petición de la Fiscalía mediante auto, que fue recurrido ante el Tribunal Supremo, el cual estimó el mismo. Reabierto la causa en 2007, los militares fueron procesados por homicidio y delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, aunque la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional en mayo de 2008 volvió a decretar el archivo por falta de jurisdicción, al estimar la argumentación de la Fiscalía que se basaba en no considerar el hecho como crimen de guerra, sino como una acción propia de conflicto armado sin revestir carácter delictivo. De nuevo recurrido el auto y revocado por el Tribunal Supremo, en mayo de 2009 el juez volvió a dictar auto de procesamiento contra los antedichos militares. La reforma operada en el artículo 23.4 LOPJ en relación con la jurisdicción universal¹⁰⁸ puso fin a la posibilidad procesal de continuar con el procedimiento, y así lo reconoció la Sentencia del Tribunal Supremo en el llamado asunto del Tíbet¹⁰⁹ al reconocer que «*los Tribunales españoles carecen de jurisdicción para investigar y enjuiciar delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado cometidos en el extranjero salvo en los supuestos en que el procedimiento se dirija contra un español o contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España, o contra un extranjero que se encontrara en España y cuya extradición hubiera sido denegada por las autoridades españolas*»¹¹⁰. De esta manera, en junio de 2015 se decretó la conclusión del sumario del caso Couso¹¹¹.

La repercusión de este sumario, con sus idas y venidas durante doce años, presenta una relevancia que va más allá de la mera persecución penal a título individual de los procesados o de las pretensiones de la acusación particular, puesto que desde Estados Unidos este proceso se percibió como

¹⁰⁷ Cf. GALINSOGA JORDÀ, A. (Ed.), *El conflicto de Iraq y el Derecho Internacional. El caso Couso*, Edicions Universitat de Lleida, 2013.

¹⁰⁸ Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal.

¹⁰⁹ Sentencia 296/2015, de 6 de mayo de 2015, Rec. 1682/2014. F.D. 29.

¹¹⁰ Presenta esta Sentencia también un aspecto tangencialmente relevante en materia de *lawfare*, o al menos debatible como tal, y es el relativo a lo que supuso esta ley en el momento de su promulgación en las relaciones bilaterales entre España y China, con otro asunto pendiente en la Audiencia Nacional relativo a delitos presuntamente cometidos por el Gobierno asiático en la región del Tíbet. Ver SÁNCHEZ LEGIDO, A., «El fin del modelo español de jurisdicción universal», *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 27, pp. 2-40.

¹¹¹ Auto del Juzgado Central de Instrucción n.º 1 de la Audiencia Nacional, de 9 de junio de 2015, en el Sumario 27/2007.

un acto inamistoso por parte de España y desde diversas instancias académicas y diplomáticas surgieron multitud de críticas a la relación bilateral entre ambas naciones¹¹². Supone un ejemplo de lo que la doctrina estadounidense entiende como *lawfare* que atenta contra los intereses nacionales y que es duramente criticado, como se ha hecho referencia ya anteriormente.

Sin embargo, desde el punto de vista estrictamente académico, cabe reflexionar si los límites del *lawfare* no se ven sobrepasados por este tipo de acciones legales, desde el momento en que no atienden al elemento teleológico por la ausencia de legitimación del sujeto activo para la conducción de estas actividades. El caso Couso puede resultar el más evidente, pero los igualmente comentados casos Klinghoffer o Peterson coinciden en que el interés principal es la persecución de un fin a título individual, como puede ser la consecución de una condena penal o un resarcimiento económico. Sin embargo no buscan el fin estratégico u operacional que va ínsito a la naturaleza del *lawfare*, como sí ocurría con Shurat HaDin y la Flotilla de Gaza, por ejemplo.

Es necesario entonces adherirse a la corriente que sostiene que la denominación de *lawfare* para estas actividades resulta inadecuada, o que como mínimo concurre una metonimia y es necesario diferenciar el *lawfare* en sentido estricto en su acepción del empleo del derecho como herramienta auxiliar de los medios militares y un *lawfare* impropio empleado por personas ajenas a la esfera estratégica u operacional para la consecución primordial de objetivos particulares, con independencia de que puedan derivarse consecuencias relevantes en tal sentido. Mientras el primero constituye una labor que requiere un desarrollo académico y doctrinal que lo ponga al servicio de su destinatario práctico, la segunda categoría probablemente contribuya a añadir confusión conceptual acerca de la materia y parece recomendable evitar en la medida de lo posible referirse a ello como *lawfare*.

5. EL PAPEL DEL ASESOR JURÍDICO EN RELACIÓN CON EL LAWFARE

De todo lo que se ha expuesto hasta este momento cabe extraer una deducción no menos relevante por evidente, y es la importancia de que el

¹¹² BLANK, L. R., «A New Twist on an Old Story: Lawfare and the Mixing of Proportionalities», *Case Western Reserve Journal of International Law*, 43, 2011, pp. 707-738, p. 734.

mando militar o civil que adopte decisiones estratégicas u operacionales cuente con un adecuado asesoramiento jurídico de cara a las mismas. No ya únicamente con vistas a garantizar el cumplimiento de las normas que rigen los conflictos o las operaciones militares con carácter general, sino particularmente con la intención de que el derecho se incorpore con naturalidad como un elemento más de los disponibles para ayudar e informar la acción del mando.

De nuevo no constituye ello novedad alguna, pues el asesoramiento jurídico ha formado parte del apoyo al mando desde antiguo. Todo miembro del Cuerpo Jurídico Militar se encuentra familiarizado con la carta del duque de Alba a Felipe II pidiéndole le mande un auditor «...*pues estoy manquésimo sin él*¹¹³», así como la célebre expresión de Bartolomé Scarión de Pavía acerca de que «*los Auditores de Tercio deben ser letrados y más soldados que letrados*¹¹⁴». La integración del asesor jurídico en los estados mayores, planas de mando y centros decisorios en general va constantemente cobrando mayor relevancia y es una realidad cada vez más palpable¹¹⁵.

Ahora bien, el rol del asesor jurídico no puede constreñirse al mero señalamiento de conductas prohibidas o permitidas, a mero intérprete de las ROE o de las normas de DIH, ni limitarse a marcar los límites externos a la actuación militar, como se refería anteriormente, desde esa visión del derecho como marco de actuación, pero ajeno en sí mismo a la acción. No se le puede dotar de una simple misión validadora de conductas en una función binaria, señalando al mando qué acciones se hallan permitidas por la norma y cuáles no, esto es, indicando simplemente qué conductas van a llevar al mando o a sus subordinados ante un tribunal y qué acciones no lo harán. El papel del oficial auditor debe estar por el contrario encaminado a brindar al mando la opción legal más adecuada para cada situación, con base en sólidos motivos argumentados que justifiquen por qué esa es la mejor solución posible de todas las disponibles legalmente.

¹¹³ Carta descifrada del duque de Alba a S.M. a 13 de abril de 1568. Archivo de Simancas, Legajo 539.

¹¹⁴ SCARIÓN DE PAVÍA, B., *Doctrina militar en la qual se trata de los principios y causas porque fue hallada en el mundo la Milicia y cómo con razón y iusta causa fue hallada de los hombres y fue aprobada de Dios. Y despues se va de grado en grado descubriendo de las obligaciones y advertencias, que han de saber y tener todos los que siguen la soldadesca, començando del Capitán general hasta el menor soldado por muy visoño que sea*, 1598.

¹¹⁵ ALÍA PLANA, M., «Concepto de Derecho operativo», en PÉREZ DE FRANCISCO, E. (Coord.), *Manual de Derecho operativo*, Marcial Pons, 2015, pp. 71-83, p. 80.

Pero para ello es necesario que el asesor jurídico se encuentre involucrado en todas las fases del proceso, tanto del planeamiento como de la ejecución de la operación. Dotarle de un papel consolidado y proactivo en todas esas fases ayuda no solo a que las operaciones se conduzcan con escrupuloso respeto al DIH, sino además a prevenir y evitar riesgos operacionales mediante la aportación de su particular visión y conocimiento específico. El cometido que el asesor jurídico puede desempeñar en términos de *lawfare* no debe ser desdeñado, pues es posible que ofrezca soluciones o puntos de vista derivados de su propia formación y experiencia y que no hayan sido considerados en otras instancias. Ello no sustituye, desde luego, a la acción de mando ni diluye la responsabilidad. Por el contrario, refuerza la actuación conjunta y redundante en el beneficio común. Como se señala desde algunos sectores, «*los asesores militares parecen concebir el derecho de manera diferente a otros asesores gubernamentales o a los abogados civiles. En lugar de ver el derecho como una barrera para el ejercicio de las facultades de su cliente, lo entienden como el prerrequisito para el correcto ejercicio de las mismas. El derecho hace posible la “guerra justa” al crear un espacio definido en el que el soldado como individuo puede actuar sin tener que recurrir en exclusiva a su propio dictado moral personal*»¹¹⁶. Evidentemente la comprensión del alcance y extensión de las facultades de que dispone el comandante en el desempeño operacional resulta crítico en términos de *lawfare*, y la integración de las capacidades legales del mismo al servicio de la misión encomendada se convierte, en consecuencia, en un valioso activo que posiblemente todavía tiene que desarrollarse de manera más natural en el proceso continuo de la toma de decisiones.

Es obvio que el asesor jurídico debe ejercer su labor de manera independiente y ajustada a derecho en todo momento, no convertirse en un mero agente legitimador de las decisiones del mando, sean estas las que fueren. Es decir, el *lawfare* no puede ser empleado como excusa para una práctica contraria a derecho que luego sea argumentada con vistas a eludir la responsabilidad dimanante de la misma. Por «independiente» no se quiere referir que actúe por libre o sin sujeción alguna, sino por el contrario, que desde su capacidad profesional, se rija en su asesoramiento por el estricto cumplimiento de la legalidad, ajeno a presiones y velando por los principios generales de actuación y funcionamiento de la institución a la que sirve, tal y como se deriva con carácter general del artículo 82 PAI y

¹¹⁶ SCHRAGGER, R. C., *Cooler heads: the difference between the President's lawyers and the Military's*, Slate, 2006, <http://www.slate.com/id/2150050/?nav/navoa>

como cabe inferir de la Instrucción 1/2009, de 17 de julio, del Asesor Jurídico General¹¹⁷, si bien es cierto que ello no se incluye expresamente en su lenguaje. Otros ordenamientos sí han formalizado prevenciones en tal sentido. Por ejemplo, en Estados Unidos, donde nace este *lawfare* que se está analizando, la *Defense Authorization Act* de 2005 incluye salvaguardas específicas para que sus asesores jurídicos presten un «asesoramiento legal independiente¹¹⁸». Ello no es incompatible con el *lawfare* o con la búsqueda de la solución legal más ajustada a la necesidad operacional concreta o más favorable a los intereses del mando, sino que precisamente debe reforzar ese sentido de independencia y de total confianza en que el consejo legal recibido por el asesor es el que mejor sirve a la misión encomendada¹¹⁹. Es en ese contexto en el que el asesor puede desarrollar esa vertiente que todavía, sin embargo, se encuentra falta de acogida o asentamiento doctrinal, la concepción instrumentalista del derecho con vistas a poder sacarle todo el partido que puede ofrecer en cuanto herramienta al servicio de un fin, y no solo su visión como marco limitador externo de una actividad.

Se trata, en definitiva, de una aproximación al derecho desde una perspectiva utilitarista, tal vez muy propia de la doctrina anglosajona, más que del derecho continental, pero que está impregnando la esfera militar merced a la práctica de las operaciones combinadas y la colaboración conjunta en el seno OTAN. Esa visión instrumental es algo que se da por sentado en la cultura legal anglosajona, particularmente estadounidense, y se percibe conscientemente como una herramienta para alcanzar un fin¹²⁰. Ello se

¹¹⁷ Correlativamente resultan de aplicación en sus ámbitos respectivos la Instrucción 65/2015, de 30 de diciembre, del JEMAD, la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, del JEMA, la Instrucción 7/2016, de 9 de enero, del JEME y la Instrucción 4/2016, de 15 de enero, del AJEMA. Llama la atención que semejantes desarrollos sobre el asesoramiento jurídico los efectúen los jefes de Estado Mayor y no la Subsecretaría de Defensa, pero nuevamente se aleja del objeto del presente estudio.

¹¹⁸ La Sección 574 concretamente tiene el siguiente tenor literal:

No officer or employee of the Department of Defense may interfere with—

(1) the ability of the Judge Advocate General [and Staff Judge Advocate to the Commandant of the Marine Corps] to give independent legal advice to the Secretary of the Army [Navy; Air Force; Commandant of the Marine Corps] or the Chief of Staff of the Army [Air Force; Chief of Naval Operations]; or

(2) the ability of judge advocates of the Army [Navy; Marine Corps; officers of the Air Force who are designated as judge advocates] assigned or attached to, or performing duty with, military units to give independent legal advice to commanders.

¹¹⁹ Cf. HANSEN, V., «Understanding the role of military lawyers in the war on terror: a response to the perceived crisis in civil-military relations», *South Texas Law Review*, vol. 50, 2009, pp. 617-668.

¹²⁰ TAMANAHA, B., *Law as a means to an end: threat to the rule of law*, St John's University Law School, Nueva York, 2006, p. 7.

refleja en sus fórmulas legales, sus instituciones, su forma de entender las relaciones Administración/ciudadano y la manera de abordar las propias relaciones entre países. Aun cuando la práctica de cada nación sigue siendo distintiva y única, tanto en el campo operacional como en el puramente legal, es evidente que la permeabilidad que impone la realidad de las relaciones internacionales hace que las tesis y doctrinas cada vez conozcan menos de fronteras e informen las actividades en que las Fuerzas Armadas desempeñan en íntima colaboración en distintos escenarios.

Pretender, por tanto, mantenerse ajeno a la existencia del *lawfare*, a su aplicación y a las posibilidades que abre de cara al asesoramiento jurídico operacional es cerrar los ojos a la realidad. Que la doctrina española o europea continental acabe formalizando un *corpus* académico o siga tratando la disciplina de manera asistemática como hasta ahora no impide el hecho nuclear en sí, esto es, el empleo de herramientas jurídicas de diversa naturaleza para asistir a las operaciones militares, y en uno u otro modo todavía la doctrina y los prácticos del derecho operativo han de desempeñar un importante papel en su configuración de cara al futuro.

6. CONCLUSIONES

La relación entre derecho y conflicto armado no es nueva en absoluto, como tampoco lo es siquiera la instrumentalización del primero de cara al segundo. Sin embargo, la sistematización de esa actividad y su estudio y sometimiento a reglas académicas es algo que sí reviste un carácter innovador y a lo que no se ha prestado suficiente atención doctrinal. Es mucho lo que el campo jurídico puede aportar al entorno estratégico y operacional, y no solo desde la clásica visión asentada de proporcionar un marco general de actuación que sirva de límite externo, tanto en *ius ad bellum* como en *ius in bello*, sino en cuanto medio válido y legítimo que contribuya al desempeño de las operaciones militares precisamente en concordancia con el DIH y con esa finalidad declarada de evitar o minorar la causación de los males que inherentemente lleva aparejados el uso de la fuerza.

La agrupación bajo un *corpus* doctrinal unitario lleva varios años desarrollándose, pero aún resta mucho camino por delante para poder afirmar que el *lawfare* se ha constituido como una materia asentada y pacífica en la doctrina. El mal uso del término y su aplicación impropia a ámbitos que nada tienen que ver con los conflictos armados ha dificultado enormemente que se dé ese necesario paso. Emplear la palabra *lawfare* para referirse a la mera discusión en sede judicial de la contienda política o de otro tipo

resulta tan inadecuado como cualquiera de los otros usos coloquiales que podemos hallar del término genérico «guerra» en muy diversos ámbitos (guerra contra las drogas, guerra contra el terror). Debe rechazarse desde el campo académico el recurso a la expresión «guerra jurídica» o sus equivalentes para hacer referencia a cualquier otra acepción que no sea la específica del empleo del derecho como herramienta que complementa o sustituya a los medios militares convencionales en el uso de la fuerza, en los términos que se han expuesto.

Aunque podría ser técnicamente aceptable a efectos meramente descriptivos emplear la expresión «guerra jurídica» en español, en realidad la vaguedad del término puede acabar induciendo a mayor confusión y generar más desventajas que las proporcionadas por rehuir de una palabra extranjera. Dada la total ausencia de tradición de esta materia en España, parece razonable acoger el término *lawfare* y normalizar su uso, de la misma manera que se ha hecho con otros anglicismos, como *targeting*, por ejemplo, que se han incorporado al acervo lingüístico técnico en el ámbito militar.

La casuística del *lawfare* es enormemente variada. Resulta difícil de hecho buscar sus límites, pues caben tantas aplicaciones como capacidades tiene el derecho, lo cual lo convierte en virtualmente inabarcable, pues al impregnar todos los aspectos imaginables del espectro estratégico y operacional, puede encontrarse una multiplicidad de respuestas jurídicas para prácticamente cada supuesto que se quiera encarar. La doctrina no se ha preocupado particularmente de sistematizar o armonizar las variantes del *lawfare*, tal vez consciente de lo arriesgado de pretender encorsetar un campo tan abierto y variopinto. No obstante, sí parecería aconsejable delimitar una serie de categorías básicas a efectos ilustrativos. Ello contribuiría a facilitar la aproximación a la materia y a favorecer su comprensión de cara a promover su practicidad en el uso.

No debe perderse de vista cuál es la función del *lawfare*, la asistencia a las operaciones militares, bien en conflicto armado, bien en cualquier otro contexto. Por eso el destinatario final no es tanto el técnico en derecho como el mando militar o civil a quien aquel asiste. La posibilidad de emplear medidas de orden jurídico, sea cual sea la forma que acaben revistiendo, debe cobrar valor y ser puesta de manifiesto en el entorno de toma de decisiones. Un asesoramiento fluido y eficaz que brinde soluciones alternativas a aquellos problemas que de otra manera deberían enfocarse mediante el empleo de medios convencionales debe incentivarse en todos los niveles, particularmente en la fase de planeamiento operacional. Es por ello vital que el mando pueda diferenciar rápida y puntualmente cuándo se

enfrenta a una limitación legal y cuándo se le ofrece una opción jurídica para el cumplimiento de su cometido. La comprensión de la extensión y límites del mandato y función son vitales, pero sobre todo cobra relevancia la capacidad de abarcar conceptualmente aquellas medidas al alcance del mando y que en la práctica no se consideran en primera instancia por mero desconocimiento o por realizarse una aproximación más volcada en una concepción tradicional del uso de los medios militares.

No se puede desdeñar el valor del *lawfare* so pretexto de considerar innecesaria la sistematización del uso del derecho como herramienta o con el argumento de que no supone en verdad una aportación novedosa. Una mala percepción de la praxis del derecho por quienes son ajenos a la esfera jurídica influye en considerar el *lawfare* como un mero conjunto de triquiñuelas legales que conducen al abuso. El asesor jurídico operacional debe por ello involucrarse y poner de relieve las oportunidades y ventajas que ofrece el uso de las capacidades jurídicas de que se dispongan en cada momento.

En definitiva, aunque el escéptico pueda mirar con recelo la consagración de una disciplina relativa al uso del derecho como herramienta en las operaciones militares, existe ya una práctica internacional suficientemente asentada que demuestra que una adecuada aproximación a la materia representa una importante ventaja operacional, cuando no estratégica. Aunque queda todavía bastante camino por recorrer y es necesario un debate doctrinal tanto académico como práctico sobre las posibilidades que se abren, no se puede negar que el *lawfare*, en todas sus vertientes, es ya un hecho en los conflictos modernos.

EL ASOCIACIONISMO MILITAR DESDE EL SIGLO XVIII HASTA LA TRANSICIÓN ESPAÑOLA

Juan Carlos de la Cerra Juan
Capitán Auditor

SUMARIO:

1. Siglo XVIII: Montepío Militar de 1761. 2. Siglo XIX. 2.1. La Isabelina de 1833. 2.2. Orden Militar Española 1842. 2.3. Asociación Republicana Militar de 1880. 3. Siglo XX. 3.1. Junta de Defensa de 1917. 3.2. Unión Militar Republicana de 1929. 3.3. Unión Militar Española de 1933. 3.4. Unión Militar Republicana Antifascista de 1935. 3.5. Unión Militar Democrática de 1974. 4. Conclusiones.

DESARROLLO

1. SIGLO XVIII: MONTEPÍO MILITAR DE 1761

Los orígenes del asociacionismo militar en nuestro país se remontan al fenómeno mutualista, concretamente con las primeras iniciativas para la creación de instituciones benéficas, para proteger a las viudas y huérfanos de los militares en el año 1755. El impulsor de estas fue el marqués de la Mina, quien se dirigió al secretario de Guerra Sebastián de Eslava, a través de una epístola con el propósito de crear un Monte Militar para el *«socorro de viudas y huérfanos»*, alegando la *«infidelidad en que quedan las desgraciadas viudas y los hijos de los oficiales»*, considerando conveniente es establecimiento de un fondo para que puedan obtener una renta que los socorra que: *«será un especial alivio para estas desdichadas, reducidas con*

sus hijos a mendigar para comer, sino eligen otro peor partido. Morirán sus maridos con estos consuelos. Será a Dios esta obra tan acepta, como propia de la piedad del Rey, que se libertará de continuas instancias de esta naturaleza y su erario del crecido número de pensiones que les concede, y que dejará una memoria y una gratitud inmortal¹».

El marqués de la Mina, presentó al rey un proyecto más detallado, un año más tarde, con el fin de: *«evitar las reivindicaciones de las viudas de los militares, por un medio que, sin aumentar cargas al real erario, las suministrase lo suficiente para mantenerse con decencia y educar a sus hijos con proporción a la clase del oficial difundo»*. De hecho, este marqués llevó a mandar al rey un formulario del Reglamento del Monte de Nápoles, pero adaptándolo a las circunstancias y características del ejército español peninsular. Pero finalmente este primer intento no se materializó, al tener mejor acogida la creación de *«colegios marciales»* para el recogimiento y educación de los hijos de los huérfanos de oficiales, siguiendo el modelo de las Cortes de Versalles y de Viena.

Habrà que esperar al reinado de Carlos III, concretamente al 20 de abril de 1761, para que se constituyera el Montepío Militar, por Real Cédula, en cuyo encabezamiento decía así: *«Don Carlos por la gracia de Dios (...) habiendo considerado siempre, como uno de los objetos más dignos de nuestra Real consideración el desamparo en que quedan muchas viudas de oficiales militares, después que pierden a sus maridos en la gloriosa carrera de las armas, hemos procurado exercitar por varios modos, los efectos más sensibles de nuestra real piedad, en favor de las que se hallaban en mayor urgencia, (...) nuestro Real ánimo, desde el ingreso y posesión de estos dominios fue siempre el de atender a todas con proporcionada y fija asignación además de las dos pagas que las dispensamos al fallecimiento de sus maridos, para que pudiesen mantenerse con decencia (...) no solo para ocurrir a su subsistencia, sino también para que puedan atender a la obligación que se les impone de la educación y enseñanza de los hijos con que quedaren hasta que lleguen a la edad de emplearse en nuestro real servicio los varones, y de tomar estado las doncellas, hemos resuelto el establecimiento de un Monte de Piedad, después de bien examinado el asunto, y discurrido todos los medios más propios y equitativos, que puedan concurrir al intento, y sean menos gravosos y sensibles a los oficiales, para efectuar la función de obra tan pía²».*

¹ Documentos recogidos por María Carmen García de la Rasilla, en su obra: «El Montepío Militar. La Asistencia social en el ejército de la segunda mitad del siglo XVIII», Revista de Historia Militar, año 1987, núm. 31 (63).

² Con anterioridad a la creación del Montepío Militar, las viudas de los oficiales recibían auxilios por parte del Estado, había previsto anualmente seis mil doblones, para

No es una posición unánime en la doctrina, el considerar el Montepío Militar de 1761, realmente como la primera asociación militar, debido a que únicamente tenía como finalidad la protección a las viudas y huérfanos de militares. PARADA VÁZQUEZ, respecto a esta afirma: «*solo de forma muy imperfecta pueden considerarse como asociaciones profesionales en sentido moderno y actual del término*³». Pero bajo mi punto de vista, este sí podría ser considerada la primera asociación en la medida en que tenía como finalidad contribuir al mantenimiento y salvaguarda tanto de las viudas como los descendientes de los servidores de la nación.

El rey Carlos III durante su reinado tuvo una constante dedicación hacia las Fuerzas Armadas, pero no solo por la creación del Montepío Militar, sino también por las aportaciones de fondos de la Hacienda Real a este Montepío, con el fin de que en todo momento pudieran ser sufragados las obligaciones asumidas por este. Los fondos de los que dispondría el Montepío Militar, estaría constituido inicialmente por lo recaudado mediante diversas aportaciones obligatorias e individuales, siendo la principal de ellas la deducción del 2,94 % del sueldo líquido, una vez descontado el 2,35 % destinado a inválidos, posteriormente se le traspasaron los trescientos sesenta mil reales con los que hasta entonces se asistía a las viudas, más el veinte por ciento de alguna de las rentas eclesiásticas cuya administración la Santa Sede había cedido al Estado en el Concordato de 1753. Con estos escuetos fondos, de unos ciento cuarenta millones de reales anuales, se pretendía conceder una pensión vitalicia a todos los beneficiarios, cuyo monto anual enseguida superó los doscientos millones, a los causahabientes (viudas, hijos huérfanos de padre y madre, y madres de oficiales solteros) de los cerca de mil generales, coroneles, tenientes coroneles, sargentos mayores y capitanes, destinados en unidades de Casa Real, regimientos de líneas, ligeros y extranjeros, Reales Cuerpos de Artillería y Generales de la Armada, empleados en la Real Hacienda Militar, y destinados en Estados Mayores de Plaza.

Las pensiones se establecían con un criterio uniforme, fijado en el cincuenta por ciento de la última paga del marido, con independencia del número de hijos que quedasen a cargo de la viuda y fluctuaban desde una

repartirlos entre las mujeres de oficiales que quedaran viudas a partir de mayo de 1717. Sin embargo, para todas aquellas viudas que no fueran beneficiarias de ninguna pensión, el rey Carlos III estipuló que no se les excluyera totalmente de los beneficios del Montepío Militar, y asignó con tal fin, doscientos cincuenta mil reales de vellón al año, que sería repartidos «*Con proporción y equidad al carácter de sus difuntos maridos*».

³ PARADA VÁZQUEZ, José Ramón: «Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos». Ed. TECNOS, Madrid 1968, p. 63.

media de mil reales mensuales a las de los generales hasta doscientas cincuenta a las de los capitanes, pasando por seiscientos sesenta y seis a las de los coroneles o quinientas a las de los comisarios de guerra⁴.

Pero no todas las viudas y ni huérfanos de los oficiales tendrían derecho a percibir estas pensiones, ya que provenían de categorías inferiores, al estar casados con anterioridad a su permanencia al Montepío, por lo que no cumplían las condiciones que en relación con el matrimonio tenía establecido el Montepío Militar.

Sin embargo, con el trascurso de los años, el presupuesto destinado a sufragar los compromisos asumidos por el Montepío Militar, lo hicieron insostenible, habrá que esperar al año 1777, en el que los golillas lograron desplazar definitivamente a los militares del gobierno, para que se empezara a racionalizar el sistema tributario, con el consiguiente saneamiento del erario, lo que originó que el Montepío Militar superara la situación de déficit que arrastraba desde su fundación, gracias básicamente a millonarias inyecciones de fondos, en su mayoría procedentes del traspaso de divisas, rentas eclesiásticas, y superándose poco después las numerosas medidas restrictivas que se aplicaron para contener ese déficit⁵.

Esta bonanza económica propició también la posterior aparición de una larga serie de montepíos castrenses⁶. Pero todos los montepíos fueron

⁴ Todas estas cuestiones relativas al Montepío Militar de 1761, fueron estudiadas por PUELL DE LA VILLA, FERNANDO, en su artículo: «*Historia de la Protección Social Militar (1265-1978). De la ley de Partidas al ISFAS*». Instituto Social de las Fuerzas Armadas (ISFAS 2008) Madrid. Atlántida Grupo Editor, S.A. Madrid. Año 2008, p. 93

⁵ Como prueba del alto déficit que arrastraba el Montepío Militar, procede mencionar un informe de su Junta de Gobierno de 1778, en el que se señalaba el porqué de ese alto déficit, al exponer la siguiente situación: «*Por ejemplo, un capitán contribuye al mes con once reales y catorce maravedíes, y su viuda, hijos y madre, tiran de pensión de doscientos cincuenta reales mensuales, y debe aquél sufrir el descuento de más de veinte y un años para completar una sola paga de pensión anual*». Esta situación era por tanto insostenible desde la creación del Montepío Militar en 1761. En la obra de Fernando PUELL DE LA VILLA: «*Historia de la protección Social Militar (1265-1978). De la Ley de Partidas al ISFAS*». Ob. cit., pp. 94 y 95.

⁶ Entre los que se constituyeron en el ámbito de la Armada, caben destacar los siguientes: Montepío del Real Cuerpo de Artillería de Marina, de 27 de mayo de 1785, por «*Real Establecimiento de un Montepío a favor de las viudas e hijos de los individuos de Artillería de Marina y de los Oficiales de su Estado Mayor*»; Montepío del Cuerpo de Pilotos de la Real Armada de 20 de agosto de 1785, por «*Real Establecimiento de un Montepío a favor de las viudas e hijos de los individuos del Cuerpo de Pilotos de la Real Armada*»; Montepío e inválidos de la Maestranza de Arsenales de 17 de septiembre de 1785, por «*Reglamento de inválidos y Montepío a favor de los Maestranzas de los Arsenales*»; o el Montepío del Real Cuerpo de Batallones de Marina de 6 de noviembre de 1785, por «*Real Estableciendo un Montepío a favor de las viudas e hijos de los individuos de Batallones*». De acuerdo con el estudio realizado por HERRÁIZ DE MIOTA, César: «*Los montepíos militares del siglo XVIII como origen del sistema de clases pasivas del Estado*». Revista del Ministerio

desapareciendo mucho antes que el Montepío Militar. La supresión de los montepíos particulares de la Armada, no significó la desaparición de los derechos de sus miembros, como se desprende de la disposición de fecha 12 de julio de 1817, que señalana: «*Que las concesiones de pensiones de viudas de los individuos de los Cuerpos de la Armada que no tienen opción al Montepío Militar lo tengan a los particulares de sus Cuerpos, competen al Ministro de Marina al cual debe acudir si las pretensiones de viudedad las interesadas*⁷».

Finalmente el Montepío Militar, al igual que el resto de montepíos que se constituyeron a lo largo del siglo XVIII, fueron finalmente absorbidos por el Estado, a través de la Instrucción de 26 de diciembre de 1831, por la que se facultaba al Gobierno a incautarse de los fondos de los montepíos, comprometiéndose a asumir las obligaciones que estas tenían para hacer frente a las necesidades de los empleados públicos, incluidos militares, tras su jubilación y de las viudas y huérfanos de los mismos⁸.

Sin embargo, para HERRÁIZ DE MOITA, el verdadero motivo por el que el Estado llevó a cabo la absorción de los montepíos oficiales, no era tanto solventar los problemas de descrédito en el que estaban inmersos los montepíos existentes, sino la política de desamortización que llevó al Estado a la incautación de los fondos de asociaciones de carácter asistencial y benéfico y las propias necesidades de tesorería de la Hacienda pública⁹. Esta tesis parece la más razonable, en la medida en que como ya se ha mencionado anteriormente la viabilidad del montepío era insostenible.

2. SIGLO XIX

2.1. LA ISABELINA DE 1833

Para comprender la importancia de esta asociación de carácter secreto, resulta conveniente hacer una breve referencia al contexto histórico de la época. El 1 de octubre de 1832, el rey Fernando VII, destituyó al gobierno

de Trabajo y asuntos sociales, n.º 56, pp.180 y 181. Este artículo está basado en el segundo capítulo de la primera parte de la tesis doctoral «*La previsión social mutualista en la Armada*», de este autor en diciembre de 2003 en la Universidad Autónoma de Madrid.

⁷ GARCÍA DE LA RASILL, María Carmen: «El Montepío Militar...», ob. cit.

⁸ El Tesoro Público, sería el encargado de percibir a partir de esta instrucción el capital de los futuros beneficiarios del correspondiente montepío.

⁹ HERRÁIZ DE MIOTA, Cesar: «*Los montepíos militares...*» ob. cit. Pág.. http://www.empleo.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/56/Inf08.pdf

ultraconservador e inmovilista de Calomarde, nombrando como sustituto de este al conservador e ilustrado Cea Bermúdez.

Con motivo de estos cambios, se aprobó la Amnistía del 15 de octubre de 1832, por la que se permitía el regreso de unos diez mil exiliados desde 1823, quedando exceptuados de la gracia aquellos que habían votado la destitución del rey y quienes se habían alzado en armas contra su soberanía¹⁰.

Esta amnistía trajo consigo el retorno de un gran número de liberales, dirigentes políticos y militares, que estaban exiliados desde que comenzó la década absolutista, entre los cuales cabe destacar a un gran número de los que posteriormente integrarían la Isabelina; de Bélgica, regresaría Olavarría, que adquirió celebridad colaborado con los liberales y sería el cerebro de la sociedad; de Inglaterra, Romero Alpuente, que fue diputado radical durante el Trienio, excomunero y antiguo moderador de la Landaburiana y también Flórez Estrada; y de Francia, aunque procedente de México, regresó el capitán de caballería Eugenio de Aviraneta.

Según la doctrina, no ha podido acreditarse quien fue el creador de esta sociedad secreta, sin embargo, hay indicios que permiten afirmar que su fundador fue Aviraneta, que era maestro en la creación de sociedades de carácter secreto y en la organización de conspiraciones¹¹.

Como se ha señalado anteriormente, la Isabelina estaba integrada por un gran número de militares, a los que les movía un mismo fin, que no era otro que el de restablecer la Constitución de 1812¹², sin embargo en su seno convivían dos corrientes: la más radical capitaneada por Aviraneta¹³, y los

¹⁰ Este Decreto de 14 de octubre de 1832, según el artículo 1 del mismo: *«restituía a los emigrados y desterrados por motivos políticos que en consecuencia del Real Decreto de Amnistía de 15 de octubre de 1832, hubiesen vuelto o volviesen a la Península dentro de seis meses contados desde la publicación del presente, gozarán desde luego de las condecoraciones y honores que legítimamente disfrutaban al tiempo de su emigración o destierro, según les fue concedido por la regla primera de las contenidas en la circular de 30 del referido mes de octubre»*. Un estudio detallado de los efectos de esta amnistía lo encontramos en la obra del autor SUÁREZ, Juan Antonio: *«Fastos españoles o efemérides de la Guerra Civil desde octubre de 1832»*. Madrid 1839, p. 202

¹¹ LAFUENTE, Modesto: *«Historia General de España»*. Montaner y Simón, Barcelona, 1882 tomo VI, p. 28.

¹² Para garantizar el éxito de un pronunciamiento civil-militar por el cual se restableciera la Constitución, el objetivo de la Isabelina era contar con diez personas en Madrid.

¹³ Sin duda la posición de Aviraneta, era la más radical de todos los integrantes de la Isabelina, como lo muestra sus intervenciones, en la reunión liberal que se celebró en la calle del Arenal, la misma noche de la muerte del rey Fernando VII, en el que se debatieron las posibles actuaciones a poner en marcha ante la nueva situación política originada tras la muerte del rey. En esta reunión Aviraneta, tomó la palabra y dijo: *«Creo, señores que hoy lo prudente y lo práctico es asaltar el Poder; dominar la situación incierta, proclamar una Constitución liberal y apoderarse de las trincheras para defenderse del carlismo, que*

más moderados, entre los que se encontraban Antonio Nogueras y Juan Olavarría.

La Isabelina estaría constituida por: un Directorio integrado por Calvo de Rozas, Palafox, Flórez Estrada, Romero Alpuente, Beraza, Juan Olavarría y Aviraneta. Cada uno era jefe de una sección especial. En cuanto a su organización militar no ha trascendido, aunque se tiene conocimiento de que la fuerza estaba dirigida por el general Palafox y dividida en legiones y centurias. Aunque no ha quedado acreditado, hay indicios que parecen indicar que esta asociación contaba también con un Comité de acción misteriosa, titulada «*la Junta del Triple Sello*», formado por un masón, un comunero y un carbonario, esta era la encargada de las obras secretas, de los asesinatos y de las ejecuciones¹⁴. La organización de la Isabelina era muy similar a los carbonarios¹⁵.

es un enemigo formidable». Ante esta afirmación D. Rufino García Carrasco, señaló: «*la tregua se impone, señores, ante el cadáver del rey*». A lo que Aviraneta replicó: «*Si el rey que acaba de morir no hubiera sido uno de los personajes más abominables de la Historia contemporánea; si hubiera tenido algo siquiera de hombre, todos los españoles estaríamos ahora en un momento de dolor; pero el rey que ha muerto era, sencillamente, un miserable, un hombre cruel y sanguinario que llenó de horcas España, donde mando colgar a los que le defendieron con su sangre. No hablemos de tregua producida por el dolor. Sería una farsa. No hablemos de sentimiento: lo más que se nos puede pedir es el olvido. No hablemos de ayer, pensemos en mañana*». Los partidarios de las posiciones más duras planificaron secuestrar a Cea Bermúdez, y con tal fin Aviraneta consultó separadamente a los demás miembros del Directorio pero con independencia del parecer de estos, el plan no prosperó. Estos datos y afirmaciones aparecen recogidas en un estudio detallado que realiza Pío Baroja en su obra: «*Aviraneta, o la vida de un conspirador*», Edición conmemorativa del centenario del nacimiento de Pío Baroja. Edita CARO RAGGIO, Madrid 1987, pp. 83 y 84.

¹⁴ PÍO BAROJA: «*Aviraneta o la vida de un conspirador*», ob. cit., p. 85.

¹⁵ Esta es una agrupación que nació en Nápoles a principios del siglo XIX como reacción a la ocupación napoleónica del país. Su objetivo principal es el de instaurar regímenes democráticos por toda Europa, dotando a cada una de las naciones de una constitución elaborada por el pueblo. Pero sus propios miembros no conocían todas las finalidades de la misma y estaban sometidos a juramentos de fidelidad y confidencialidad que, en caso de ser quebrantados, se pagaban con la vida. Sus integrantes solían ser burgueses que querían la libertad política y un gobierno constitucional dentro de sus naciones. Su estructura era jerárquica y se dividía en diferentes núcleos locales lo largo de varias ciudades. Sus afiliados se vieron incrementados con el fin de Napoleón y la llegada de Fernando I. Su papel más destacado lo tuvieron en las revoluciones italianas de 1820, durante las que organizaron revueltas antiabsolutistas y mostrándose a favor de la proclamación de una Constitución liberal, continuando con el ejemplo de Rafael de Riego en España. Ante estos acontecimientos, varios oficiales del ejército se unieron a los carbonarios y se dirigieron hacia Nápoles con sus tropas, dando lugar al fin del reinado absoluto de Fernando I. Pero la intervención años más tarde de la Santa Alianza con el fin de restablecer el régimen absolutista dio lugar a que muchos carbonarios fueran condenados a muerte, al exilio o encarcelados, quedando la organización dañada gravemente, aunque esta situación no les impidió volver a las armas contra los Estados absolutistas. Pero una nueva derrota años más tarde a manos de los austríacos conllevó su disolución, viéndose sus integrantes obligados a dejar a un lado sus

Durante el año 1833, la regente María Cristina recibió gran cantidad de presiones a favor del restablecimiento de la Constitución de 1812. Estas presiones unidas a la tensa situación política originada por la incapacidad del gobierno de Cea Bermúdez de conseguir apoyos para realizar reformas políticas, originaron una serie de corrientes que reclamaban no solo un cambio de gobierno, sino incluso instar a las Cortes para que afrontaran las reformas necesarias para consolidar el régimen. En ello coinciden no solo los liberales sino algunalidades influyentes de la época como, el marqués de Miraflores, el general Córdoba, los capitanes generales Llauder y Quesada y el mismo Consejo de Gobierno quienes hacen llegar a la Regente su apoyo a esta opción¹⁶. En enero de 1834 la Regente pone al frente del gobierno a Martínez de la Rosa, líder moderado del Trienio Liberal, con quien esta, el 10 de abril de 1834 firmó el Estatuto Real, que era una tibia *Carta Otorgada* pero que no convenció a los liberales, que continuarían conspirando para restablecer el texto constitucional de 1812.

La posición de la Isabelina ante el Estatuto Real, quedó clara como se constató en la reunión que el directorio tuvo el día 20 de agosto de 1833, en la que se decidió dirigir un escrito a la regente, resaltando los peligros que conllevaría el mantenimiento del Estatuto Real, y encareciendo que para evitar aquellos riesgos, el citado Estatuto fuese sustituido por otro que se adjuntaba al escrito, el cual fue firmado por Calvo de Rozas, Calvo Mateo y Olavarría. Pero previendo que la regente rechazaría el escrito que le habían presentado, la Isabelina empezó a planificar un acto de fuerza, mitad motín popular, mitad pronunciamiento militar, que debía estallar el 24 de julio de 1834, o sea el día que se abrieran las citadas cámaras de proceres y procuradores, (sucedáneas del Senado y del Congreso)¹⁷. Finalmente este motín, no pudo llevarse a cabo con éxito¹⁸, pero supuso el principio de una

reivindicaciones o integrarse en nuevos grupos como la *Giovine Italia*. Pero el gran logro de esta organización fue instaurar un espíritu nacionalista, unitario y liberal que contribuyeron a que años más tarde la lograra la unificación de la península itálica. En: <https://redhistoria.com/los-carbonarios-la-sociedad-secreta-que-instigo-revoluciones-en-italia/#.WMwdNt-32GrU> 17 de marzo de 2017, 18:40.

¹⁶ SOLÉ TURA, Jordi y AJA, Eliseo: «*Constituciones y períodos constituyentes en España (18008-1936)*», ob. cit., pp. 30 y 31.

¹⁷ BUSQUETS, Julio: «*Las sociedades secretas militares en la primera transición española: La Isabelina (1833-1836)*»

¹⁸ Los máximos dirigentes de la sociedad estaba infiltrada por la policía, lo que permitió a esta acceder a los nombres y domicilios de los miembros del Directorio, procediendo a la detención de los mismos, la víspera del día elegido para el alzamiento. Fueron detenidos entre otros el capitán Antonio Noguera que era el secretario de la asociación, el general Palafox, Romero Alpuente, Calvo de Rozas, Juan Olavarría, Berarza, Van Halen, García Vilalta Esponceda, y Aviraneta, el cual permaneció en la cárcel hasta que se fugó el 16 de

cada vez mayor presencia de la Isabelina en gran parte del territorio nacional, como en Sevilla, Córdoba, Canarias, Jerez y Valencia.

El hecho que marcará definitivamente la desaparición de la Isabelina fue el Motín de la Granja¹⁹, que permitió el restablecimiento de la Constitución de 1812, por lo que esta perdió su razón de ser, aunque lo cierto es que la sociedad estaba ya minada por desaveniencias internas²⁰.

2.2. ORDEN MILITAR ESPAÑOLA

En el año 1842, se constituyó la primera asociación constituida íntegramente por militares en la historia de nuestro país, de ahí que su estructura estuviera jerarquizada.

Esta se fraguó desde París por Narváez, actuando cada vez con más éxito en los regimientos españoles, lo que contribuía a ir ganando militares partidarios de la opción constitucional, que originaría la vuelta de María Cristina y el derrocamiento de Espartero²¹. A esta asociación se fueron uniendo otros militares de reconocido prestigio, como los generales O'Donnell y Pezuela y, además, Fernández de Córdoba, y muchos otros descontentos con las políticas llevadas a cabo por el gobierno que perjudicaban gravemente al estamento militar. Los miembros de la Orden Militar Española, contaban con el beneplácito de María Cristina, su esposo Muñoz y discretamente de Luis Felipe de Francia, prueba de este apoyo está en que la valija diplomática francesa era la empleada por los conjurados para comunicarse.

En otoño de 1842, Espartero aún contaba con el apoyo popular urbano, no solo moral, sino también efectivo, como consecuencia de la fuerza

agosto de 1835, al parecer organizó un motín acusando al director de la prisión de connivencia con los carlistas, que estaban en ella presos.

¹⁹ El motín de la Granja de San Ildefonso o motín de los sargentos de la Granja, fue una sublevación que tuvo lugar en España entre el 12 y el 13 de agosto de 1836 durante la regencia de María Cristina de Borbón, en la que un grupo de sargentos de la guarnición y de la guardia real del palacio de la Granja de San Ildefonso, donde se encontraba la regente con su hija Isabel de cinco años de edad, obligaron a María Cristina de Borbón a que volviera a poner en vigor la Constitución de 1812 y a que nombrara un gobierno liberal progresista presidido por José María Calatrava con Juan Álvarez Mendizábal de nuevo en la Cartera de Hacienda.

²⁰ Como queda constatado en la carta del capitán Noguerras, que por aquella época era el jefe de la Isabelina, dirigida al Directorio de Andalucía, en la que manifiesta: «Aviraneta está desacreditado y hay que acercarse a Mendizábal y los masones».

²¹ Esta no era la única finalidad de la Orden Militar Española, sino también la devolución de los derechos profesionales en el Ejército a los militares exiliados por el progresismo, como consecuencia del fracaso del golpe moderado de 1 de octubre de 1841.

que ostentaba la Milicia Nacional. A partir de noviembre de 1842, aunque la milicia de algunas ciudades como Madrid nunca se le opuso, sí fue perdiendo popularidad e incluso tuvo que enfrentarse a los milicianos de varias ciudades como Barcelona²², incidentes de especial gravedad, que originaron a medio plazo que Espartero tuviera que exiliarse a Londres.

El origen de esta sublevación se debió a que generales afines a los moderados, concretamente O'Donnell y Narváez (miembros ambos de la Orden Militar Española), se hicieron con el control de buena parte del ejército desde su exilio. En Andalucía, moderados y liberales unieron sus fuerzas para derribar el régimen pronunciándose en su contra. Narváez se alzó en armas, junto a otros, el 11 de junio. Cuando ambos bandos se encontraron en Torrejón de Ardoz el 22 de julio, Espartero ya había perdido el poder, al haberse extendido la sublevación a Cataluña, Valencia, Zaragoza y Galicia, dando lugar a que Espartero huyera a Cádiz, embarcando en el crucero británico *Meteor*, con destino a Londres. Alcanzando esta asociación, constituida íntegramente por militares alcanzara su principal propósito; forzar la salida de Espartero de la Regencia.

2.3. ASOCIACIÓN REPUBLICANA MILITAR DE 1880

Ante la restauración monárquica, tras la caída de la I República por el pronunciamiento del general Martínez Campos, el sector republicano no mantenía una posición uniforme para conseguir sus objetivos. Dentro de este sector, había dos corrientes, una de ellas la más legalista, entre los que destacaban Canalejas, Montero Ríos y Romero Girón, proponían diferentes opciones, pero siempre dentro de la legalidad, mientras que la otra, era partidaria de llevar a cabo un pronunciamiento militar para restablecer de nuevo el sistema político republicano, encontrándose al frente de esta corriente Ruiz Zorrilla. Tras intensas gestiones con Sagasta, pero sin alcanzar un resultado satisfactorio para sus intereses, en el mes de enero de 1875 Ruiz Zorrilla se reunió en su casa con más de una veintena de generales partidarios de llevar a cabo un pronunciamiento militar para restablecer la república. Pero a los pocos días, el Consejo de Ministros, expulsó de España a Ruiz Zorrilla, por estos hechos.

Una vez en el exilio, Ruiz Zorrilla, pasó a convertirse en un permanente y perseverante conspirador contra el sistema de la Restauración, siendo

²² GUERRERO LATORRE, Ana; PÉREZ GARZÓN, Sisinio y RUEDA HERNANZ, Germán: «*Historia Política 1808-1874*». Ediciones Istmo, S.A. Madrid 2004, p. 214.

su máxima aspiración, el hacer todo lo posible para derribar la Monarquía e instaurar una república que restableciera la Constitución de 1869.

Habrà que esperar hasta el año 1880, para que Ruiz Zorrilla todavía en el exilio constituyera la última sociedad secreta decimonónica de la que tenemos noticia; la Asociación Republicana Militar (ARM), cuyo propósito era que estuviera integrada por militares con independencia de su rango, incluido los sargentos, aprovechando el descontento existente en el ejército²³. Gran parte de sus simpatizantes eran jóvenes oficiales en situación de disponibilidad o en destinos forzosos y repatriados de las compañías de ultramar, que cobraban poco, mal y tardíamente. El crecimiento fue tan importante que al estallar el movimiento de Badajoz, el 5 de agosto de 1883, llegaron las circunscripciones en el libro de la sociedad al número 2.204. Pero no hay cifras exactas sobre su número máximo de afiliados aunque hay indicios de que pudieran llegar hasta los 3.000 en 1883²⁴.

La asociación preparó tres pronunciamientos, fracasando en todos ellos: el primero de ellos con movimientos militares los días 5, 8 y 9 de agosto de 1883 en Badajoz, Santo Domingo de la Calzada y la Seo de Urgel, respectivamente²⁵; el segundo el 27 de abril de 1884 de Santa Coloma de Farnés; y el tercero, el del general Villacampa, el 19 de septiembre de 1886 en Madrid. Pero a pesar de haber fracasado en todos esos pronunciamientos, la actividad de la asociación no fue totalmente infructuosa al estar integrada en gran parte por jóvenes oficiales y suboficiales, consiguió la creación en Zamora de la Escuela de acceso a la oficialidad para los suboficiales (una de las reivindicaciones tradicionales del colectivo). Con

²³ A este respecto señala Agustín GARCÍA METOLA en su artículo: «*Apuntes sobre la sargentada de 1883 en Santo Domingo de la Calzada*». Berceo n.º 157. Logroño 2009, p. 147, lo siguiente: «*finalizada la guerra carlista (1872-1876), cientos de oficiales jóvenes y de suboficiales fueron trasladados, durante los años 1877, 1878 y 1879 desde los puestos del antiguo Ejército Norte a guarniciones de provincias o a Cuba, y, por problemas presupuestarios, muchos de ellos estuvieron sin cobrar su paga durante periodos en muchos casos superiores a un año. Además, los numerosos oficiales supernumerarios, para los que no había vacantes, cobraban únicamente la mitad de la paga en las "listas de reemplazo" y, de ellos, tan solo una minoría pudo ser absorbida por la reserva que acababa de organizarse, en la que percibían cuatro quintos de su sueldo*».

²⁴ ANDRÉS GALLEGO, José: «*Historia General de España y América*». Tomo XVI-2. Ediciones RIAL, S.A. Madrid, 1981, p. 62.

²⁵ Concretamente, en Badajoz se sublevan en la madrugada del 5 de agosto de 1883, cuando los organizadores ya habían aplazado el pronunciamiento; en Santo Domingo de la Calzada, también de madrugada, el día 8, cuando las unidades de Badajoz ya habían fracasado en su intento y huido a Portugal; y en la Seo de Urgel el día 9 del mismo mes, fecha en la que todavía permanecía sublevada, aunque abocada al fracaso, parte de la guarnición del Regimiento Numancia.

ello se pretendió por el alto mando evitar la radicalización política de la suboficialidad, solucionando el problema de sus escasas expectativas de ascenso, fuente continua de tensiones²⁶.

Durante el periodo que está activa esta asociación, se aprobó la Ley de Asociaciones de 1887, siéndole de aplicación al personal militar y a los funcionarios²⁷. El ejercicio de este derecho por parte de los militares, se desarrolló reglamentariamente por medio de un Decreto de fecha 9 de abril de 1900 y una Real Orden de 6 de octubre de ese mismo año, el preámbulo del citado decreto disponía: «*carece de razonable explicación que materia tan relacionada con la disciplina como la creación y existencia de círculos, asociaciones y corporaciones militares quedasen exclusivamente regidas, como lo está hoy, por la autoridad del gobernador y el fallo de los Tribunales Civiles, según la Ley de 1887*». Por lo que con esta regulación las asociaciones constituidas por los militares estarían sometidas a una doble supervisión; al tener que cumplir no solo los requisitos comunes a todas las asociaciones, como la asistencia a las reuniones del delegado de la autoridad civil o la inscripción en el Gobierno Civil, sino que también estarían sometidas a la autoridad militar, en todas aquellas cuestiones que pudieran afectar a la disciplina²⁸.

3. SIGLO XX

3.1. JUNTAS DE DEFENSA DE 1917

Los cuerpos militares tenían una clara vocación funcional y consideraban que el sistema más justo para el ascenso era el riguroso criterio de antigüedad, aunque esta no era la única vía para lograrlo, al poder alcanzarse este también por méritos de guerra. Esta segunda vía, fue la que emplearon una minoría de jóvenes oficiales, que como consecuencia del escaso sueldo que percibían por estar destinados en la península, decidían

²⁶ HERBÓN COSTAS, Juan José: «*Las libertades asociativas políticas y sindicales de los militares y policías españoles*», trabajo de investigación, dirigido por el profesor Dr. D. Manuel Medina Guerrero. Departamento de Derecho Constitucionales de la Universidad de Sevilla, año 2009, p. 65.

²⁷ La Ley de Asociaciones de 1887, permitía a los funcionarios asociarse con fines benéficos, económicos, entre otros fines, siempre que no quebrantaran los principios de obediencia a los superiores y mantuvieran el debido respeto jerárquico.

²⁸ PARADA VÁZQUEZ, Ramón: «Sindicatos y asociaciones de funcionarios públicos», Tecnos, Madrid, 1968, pp. 68-69.

solicitar voluntariamente destino en Marruecos, Francisco Franco, fue este prototipo de oficial que aprovechó el sistema meritario para con tan solo veintitrés años, ascender a comandante.

Pero solo una pequeña parte de los oficiales, se presentaban voluntarios para luchar en África, por lo que los ascensos por méritos de guerra fueron un incentivo para oficiales ambiciosos, además en esas campañas los sueldos eran más elevados, como consecuencia de la Real Orden Circular de fecha 7 de enero de 1908. Esta situación a la larga originó una división entre la oficialidad; aquellos que desempeñaban sus cometidos en destinos burocráticos peninsulares y los oficiales en campaña, también denominados africanistas, y que eran calificados por los peninsulares como una «banda violenta, irresponsable y corrompida²⁹».

El malestar entre los militares peninsulares se hizo patente en julio de 1912, cuando se convocó una manifestación apoyada por la prensa militar, con la finalidad de protestar por los bajos sueldos, la lentitud de los ascensos y el favoritismo gubernamental. Acudieron más de dos mil jefes de las Armas de Infantería y Caballería. El ministro Luque reaccionó cerrando temporalmente el Círculo Militar, reemplazando al capitán general de Madrid y arrestando al director de la *Correspondencia Militar*³⁰.

Mención especial merecen los oficiales del arma de Artillería y los de Ingenieros, estos oficiales tenían un consolidado espíritu de cuerpo, cursaban además estudios técnicos durante cinco años en sus academias, equivalentes a los de ingeniería civil, lo que les otorgaba una mayor preparación técnica e intelectual muy por encima de la preparación de los oficiales del resto de armas. Además de ser considerados como oficiales facultativos, a ello se le unía, en el caso de los artilleros, su origen social más elevado, incluso aristocrático en muchos de los casos.

Para poner fin al problema del sistema de ascensos en el arma de Artillería, se creó en el año 1888, una Junta Central, compuesta por militares de alta graduación, con el propósito de velar por la aplicación del sistema de escalafón cerrado. Este sistema de ascensos pretendía acabar con los favoritismos e intrigas que corrompían el Ejército. El ministro Chinchilla en el año 1889, suprimió el doble sistema de ascensos, por lo que los artilleros

²⁹ ALONSO IBÁÑEZ, Ana Isabel: «*Las Juntas de Defensa Militares (1917-1922)*». Centro de publicaciones, Ministerio de Defensa. Secretaría General Técnica, Madrid, septiembre de 1998, p. 57.

³⁰ GÓMEZ ROZA, Fidel: «*La Unión Militar Democrática en la transición política*». Memoria para optar al grado de doctor. Presentada en la Universidad Complutense de Madrid. Madrid 2007. Nota al pie de página 50.

ya no tenían ninguna vía evasiva de los ascensos por méritos de guerra, permitiéndose su permuta una condecoración³¹.

Con el fin de que ningún artillero se viera perjudicado con el resto de compañeros, en el acta de la Asamblea del 16 de junio de 1891, se aprobó ligar a todos los miembros del Cuerpo (incluido los alumnos de la Academia de Segovia, es decir desde su ingreso al Cuerpo) a este sistema mediante la firma de un compromiso en el que rechazaban cualquier ascenso por méritos de guerra; sino lo hacía deberían de pasarse a las Armas Generales de Infantería y Caballería. A día de hoy en el museo de la Academia de Artillería, en Segovia, se expone el compromiso que cada uno de los alumnos de esta academia firmaban desde que ingresaban al cuerpo, el texto del compromiso era el siguiente:

«Los artilleros que firman este álbum quieren conservar en el Cuerpo y transmitir con el ejemplo a los que vengan a formarlo, el tradicional espíritu de honor, unión y compañerismo que recibieron de sus antecesores, con el que alcanzó las glorias y prestigio de que goza para bien de la patria y honra a sus individuos.

Y considerando que la escala cerrada es condición indispensable para el logro de tan altos fines, resuelven mantenerla entre sí, ofreciendo por su honor renunciar (por lo méritos que la ley permita) todo ascenso que obtengan en el Cuerpo o vacante de General a éste asignada y no les corresponda por rigurosa antigüedad³²».

Por su parte, el arma de Ingenieros, defendía sus intereses profesionales en el mundo civil; muchos de sus oficiales, una vez pasados varios años de servicio en el ejército, se incorporaban mucho mejor remunerados al mundo laboral.

Las Juntas de Armas Generales de Infantería y Caballería, nacieron con el deseo y objetivo principal de: lograr el sistema de ascensos de escala cerrada, lo que les permitiría anular a los africanistas así como a la jerarquía militar y a parte de la camarilla palaciega creadas gracias al favoritismo, nepotismo y arbitrariedad en el otorgamiento de empleos y destinos³³.

El detonante que precipitó la formación de las Juntas Militares de Defensa, fue la Orden Real de 16 de enero de 1916, que incluía unos planes

³¹ Esta condecoración era la Cruz de María Cristina, la cual conllevaba una compensación económica, aunque no suficiente desde el punto de vista de su carrera, pero al final el cuerpo de Artillería acabó aceptando la escala cerrada.

³² ALONSO IBÁÑEZ. Ana Isabel: «Las Juntas de Defensa Militares...», *ob. cit.*, p. 67.

³³ ALONSO IBÁÑEZ. Ana Isabel: «Las Juntas de Defensa Militares...», *ob. cit.*, p. 57.

para evaluar la aptitud física y profesional de los oficiales de todos los cuerpos, para que así el Ministerio de la Guerra pudiera proceder a su evaluación. Con estas pruebas se pretendía poner fin a uno de los males que sufría el ejército; la macrocefalia. Varios años de guerras coloniales habían originado la existencia de un gran número de jefes y oficiales, que mandaban sobre un número de suboficiales y tropa más exiguo.

Estas pruebas no fueron bien recibidas por parte de la oficialidad, de hecho, algunos generales humillados con la medida, pidieron su pase a la reserva antes de someterse a las medidas denigratorias. Esta actitud de los generales, unida a la celebración de varias reuniones entre oficiales del Arma de Artillería e Ingenieros, por las que acordaron no someterse a estas pruebas, forzaron al ministro, general Echagüe, a desistir de sus planes de reciclaje profesional.

A raíz de estos hechos, los oficiales de Infantería decidieron reunirse de forma periódica en Barcelona, con la finalidad de debatir y acordar en el seno de la misma, todas aquellas cuestiones que pudieran afectar a sus intereses profesionales, entre las cuales se encontraban; las reivindicaciones de mejoras salariales, rechazo de los ascensos por méritos, o las quejas ante la sociedad y el gobierno por el trato injusto que recibían, se constituyó así la Junta Superior de Infantería, la cual sentó las bases para la posterior puesta en marcha de las correspondientes Juntas Superiores de Caballería y Artillería.

Las primeras reivindicaciones realizadas por la Junta Superior del Arma de Infantería, presidida por el coronel Benito Márquez al Gobierno, fueron las siguientes: mayores retribuciones; sustituir al alto comisario en Marruecos³⁴; el retiro de varios tenientes generales por sus actuaciones políticas; y por último la reorganización de los colaboradores personales del rey. Al mismo tiempo, Márquez intentó que el conservador Maura, el dirigente político que gozaba de mayor aceptación entre los oficiales junteros, aceptara la presidencia del gobierno, ofreciéndole para ello el apoyo del ejército, sin embargo, esta opción fue rechazada por Maura, al considerarla como contrario al espíritu de la Restauración.

Ante esta situación, como consecuencia del poder cada vez mayor de las Juntas, el 25 de junio de 1917, el gobierno impuso la censura para impedir la publicación de un nuevo manifiesto de la Junta de Infantería, en la que se recogían las reformas que según los junteros eran necesarias para el país. Muchas de estas reformas que se proponían si no eran del

³⁴ Este cargo recaía en el general Gómez Jordana, considerado como el promotor de los favoritismos.

todo imprescindibles, si era recomendable su adopción, ya que la situación era en algunas zonas del territorio nacional era insostenible, especialmente en Barcelona. Ante la pasividad del gobierno para adoptar estas medidas, llevó a muchos junteros a proponer un golpe de Estado³⁵, pero finalmente se optó por seguir utilizando el sistema establecido para seguir realizando sus reivindicaciones.

Ante el peligro de huelgas que se avecinaban en el verano de 1917, el gobierno finalmente acabó cediendo ante las reivindicaciones de los militares, por sentirse necesitados de su fuerza, aprobándose por Real Decreto de 2 de julio, algunas mejoras económicas en el Ejército³⁶ y que el tiempo máximo de permanencia en el puesto de asesor militar del rey, no podría exceder de cuatro años.

Estos cambios no fueron suficientes para calmar la situación política, un grupo minoritario de parlamentarios integrado por diputados republicanos, progresistas y catalanistas, y presidido por Cambó, solicitaron, la convocatoria de Cortes constituyentes para reformar la Constitución, y al mismo tiempo, la colaboración de las Juntas para liberar a España de un sistema corrupto, pero los junteros no secundaron este movimiento, al considerar que los ideales de estos diputados, no eran compatibles con el espíritu castrense.

Las Juntas de Defensa llegaron a tener un alto nivel de influencia, basta comprobar el papel decisivo que tuvieron en la huelga general convocada para el 10 de agosto de 1917³⁷. Debido a las consecuencias que estaba originando esta huelga general en parte del territorio nacional, especialmente en Barcelona, Santander y Oviedo, el Gobierno decidió al tercer día declarar la ley marcial, ordenando la intervención del ejército en estas ciudades, a fin de restablecer el orden. El ejército reprimió con gran dureza a los huelguistas, causando un gran número de muertos y heridos. Como consecuencia de esta actuación, las Juntas alcanzaron su punto máximo de influencia, mediante la elaboración de multitud de circulares, cartas, manifiestos o llamamientos a las instituciones. Las Juntas, ya no solo tenían

³⁵ Sin embargo, una amplia mayoría de los junteros no eran partidarios a este golpe de Estado, entre los que destacaba el coronel Márquez, ya que eran conscientes de que no estaba garantizada la unidad del ejército ante este golpe.

³⁶ Concretamente se destinaron dos millones de pesetas para sueldo, hasta ese momento la media de los presupuestos de guerra tan solo un 10 % iba destinado a material bélico y el resto para pagas de los militares, con un 60 % para la oficialidad y un 30 % para la tropa.

³⁷ El origen de esta huelga estuvo en el conflicto laboral de los Ferrocarriles del Norte, aunque en principio concluyó con acuerdo entre los sindicatos y los patronos, sin embargo la empresa se negó a readmitir a los huelguistas. El gobierno apoyó a la empresa hasta que se convocó la huelga general.

entre sus preocupaciones el problema de los ascensos, los sueldos o la reforma de la organización militar, sino que también pretendía conseguir un cambio de gobierno que les fuera favorable.

El 1 de noviembre se formó un gobierno de concentración presidido por García Prieto en el que estaban representados varios partidos del sistema, correspondiéndole el Ministerio de la Guerra a un hombre de la denominada línea dura, Juan de la Cierva, el cual, adoptó las siguientes medidas, con el fin de llegar a controlar las Juntas de Defensa: aumentar sustancialmente el sueldo; congraciarse con los junteros más significativos ganándose su confianza al aceptar como asesores suyos a los oficiales propuestos por las juntas; con el pretexto de mejorar sus canales de representación, alentó la formación de juntas en los oficiales en la reserva y en los suboficiales; eliminó la Unión de Clases de Tropa para ganarse la simpatía de la oficialidad que veía a estas como un germen peligroso de infiltración revolucionaria comunista³⁸.

Todos estos cambios quedaron plasmados el 17 de marzo de 1918, con la reforma que puso en marcha el ministro de Guerra de la Cierva. Con posterioridad a esa fecha, las Juntas de Defensa pasarían a denominarse «*comisiones informativas*», y estarían tuteladas por el Ministerio de la Guerra, estas tratarían exclusivamente asuntos que les fueran propios, existiendo una sola por cada Arma o Cuerpo, sin posibilidad que se constituyeran otras de rango menor. Esta nueva situación originó la disolución de las Juntas Locales o de Plaza y las Regionales, aunque se permitió la existencia de una Junta central que aunase todas.

Estas «*comisiones informativas*» se constituyeron por el R.D. de 30 de diciembre de 1919 del gobierno maurista de Allendesalazar³⁹, las cuales tendrían asignadas funciones de recogida de datos u opiniones que afectaban a las condiciones de vida de los militares.

El valor histórico de estas comisiones es importante, al ser el precedente de los

³⁸ La disolución de las Juntas de las Clases de Tropa fue totalmente legal, al realizarse a través de la Real Orden del Ministerio de la Guerra de fecha 4 de enero de 1918, que incluía el licenciamiento de todos sus miembros. Los motivos sobre los cuales se apoyaba la disolución de las mismas, eran tanto disciplinarios, ya que podía constituir un peligro que los soldados estuvieran agrupados en entidades organizadas, como por los contactos que mantenían con la clase política, especialmente con el fundador del PSOE, Pablo Iglesias, en ALONSO IBÁÑEZ. Ana Isabel: «*Las Juntas de Defensa Militares...*», ob. cit., p. 444.

³⁹ La composición y organización de estas Comisiones Informativas se reguló por el Real Decreto de fecha 16 de enero de 1920, y se desarrolló por la Real Orden de 24 de enero de ese mismo año. Se integraban en las secciones de personal del Ministerio de la Guerra, siendo presididas por un coronel e integradas por un número de vocales que representaban a todos los grados del escalafón militar.

desaparecidos Consejos Asesores de Personal, que se regulaban por la antigua Ley de Personal de las Fuerzas Armadas, Ley 17/1999, de 18 de mayo y que fueron sustituidos por el Consejo de Personal de las Fuerzas Armadas, regulado en la L.O. 9/11, de derechos y deberes de los miembros de las Fuerzas Armadas.

El fenómeno de las Juntas se fue extinguió progresivamente debido al descrédito que acarreó al propio Ejército, motivado no tanto por la actividad u objetos que las propias Juntas en su origen se habían fijado, sino por la utilización que tanto, por parte de la monarquía como de los diversos grupos políticos se hizo de las mismas en la contienda política⁴⁰. Finalmente, por Real Decreto de 13 de noviembre de 1922 se procedió a su disolución.

Como conclusión, podemos indicar que aunque el fenómeno de las Juntas de Defensa, surgió con la finalidad de que cada una de las armas velara por sus propios intereses ante el poder político, pero finalmente no resultó ser ajeno a las influencias del poder político, en el mismo sentido se pronuncia PARDO GONZÁLEZ, al afirmar que: *«ese movimiento juntero no fue tan puro y extraño a las cuestiones políticas como en un principio se supuso, ni tan egoísta como se le miró después, porque en realidad de verdad, recogió aspiraciones generales y de clase y según antepuso unas a otras así logró el aplauso de gran parte del país, o la repulsa de los demás, tan hostil en ocasiones que llegó a reducirlos al silencio»*⁴¹.

3.2. UNIÓN MILITAR REPUBLICANA DE 1929

En el año 1925, se empezaron a fraguar los movimientos asociativos entre el sector republicano. En este año un grupo de militares, entre los que se encontraban los generales Weyler, Aguilera, Queipo de Llano, López Ochoa y Batet, entre otros, formaron la Asociación Militar Republicana (AMR), de ideología heterogénea, aunque tendente hacia el conservadurismo, cuyo objetivo principal era lograr el desalojo del poder del general

⁴⁰ En el mismo sentido se pronuncia HERBÓN COSTAS, Juan José: *«Sobre el derecho de asociación profesional del militar: ¿Hacia una libertad sindical?»*. Revista Española de Derecho Militar, núm. 97, enero-junio 2011, p. 27.

⁴¹ PARDO GONZÁLEZ, Cándido: *«Al servicio de la verdad: las Juntas de Defensa Militar. El Protectorado de Marruecos y Alhucema. La dictadura del Marqués de Estella»*. Tomo I, Madrid 1930, p. 23.

Primo de Rivera. Esta asociación llevó a cabo un intento fallido de sublevación la noche del 24 al 25 de junio de 1926⁴².

Tres años más tarde se creó la Unión Militar Republicana, integrada en su mayoría por jóvenes oficiales progresistas, y a la que pronto se fueron unieron otros oficiales, como los comandantes Romero Basart, Ortiz y Hernández Sarabia, y los capitanes Romero y Fermín Galán. Esta asociación consiguió, en un corto periodo de tiempo, una organización establece en varias ciudades, concretamente en Madrid, Barcelona, Lérida y Logroño. Un año después de su creación, la UMR hizo pública una circular en la que apostaba por: *«ir a una República esencialmente democrática por medio de un movimiento popular apoyado en el Ejército»*, por lo que mantuvo con tal fin, frecuentes contactos con los partidos políticos antisistema, como los nacionalistas conservadores vascos y catalanes, radicales, socialistas y anarquistas.

Estos contactos fructificaron en el Pacto de San Sebastián, de 17 de agosto de 1930⁴³, aunque rápidamente se pusieron de relieve la existencia de dos tendencias dentro de la propia asociación: los extremistas, que eran partidarios de una intervención popular, en la línea anarcosindicalista de CNT y FAI; y los moderados, que buscaban proclamar la república sin pronunciamiento militar, al igual que los partidos centristas de Alcalá Zamora y Azaña. El gobierno no era ajeno a todos estos movimientos, adoptando algunas cautelas en los depósitos de armamento y decretó un aumento general de salarios, con la finalidad

⁴² Este intento de golpe de Estado, recibió el nombre de la Sanjuanada, y el plan de los golpistas consistía en que el general Aguilera se trasladaría a Valencia y allí se sublevaría, contando con el apoyo de un Comité revolucionario encabezado por el teniente coronel Bermúdez de Castro, seguidamente se alzarían en Madrid los militares comprometidos de la capital, siendo el general Riquelme el que asumiría el mando de la Capitanía general. Una vez se hubiera puesto en marcha el golpe, Melquiadas Álvarez y el conde de Romanones visitarían al rey para exigirles la destitución de Primo de Rivera y el nombramiento de Aguilera como nuevo jefe del gobierno. Días antes al golpe de Estado, el general Aguilera se trasladó a Valencia acompañado del coronel Segundo García, para reunirse con los responsables locales del golpe, a pesar de que pudo comprobar que las fuerzas comprometidas eran muy reducidas, decidió continuar con sus planes, aunque efectuando algunos cambios. Tras la detención del teniente coronel Bermúdez de Castro, lo que le frustró el planeado asalto a la capitanía general, Aguilera decidió dirigirse a Tarragona, con la intención de sublevarse allí, al contar en esta ciudad con el apoyo del general Domingo Batet, también comprometido en la sublevación, pero la Guardia Civil los detuvo a los dos en el hotel de Tarragona donde se reunieron. Además de estos tres detenidos, también lo fueron esa misma noche de San Juan, el capitán Fermín Galán, que era uno de los enlaces del coronel Segundo García, y varios sindicalistas y políticos implicados, entre los que se encontraba Ángel Pestaña. Con todas estas detenciones, se logró abortar el golpe, pero si hubo una circunstancia que favoreció a que este no pudiera llevarse a efecto, fue que los planes eran conocidos por el rey, ya que algunos de los conjurados habían contactado con personas cercanas al monarca, por ejemplo el propio Aguilera había informado a la reina madre María Cristina de sus planes.

⁴³ La primera actuación de este Pacto fue la designación de un comité revolucionario en el que la UMR estuvo representada por Díaz Sandino y Menéndez.

de vincular a los militares a la monarquía, aunque lo cierto es que la inmensa mayoría de los mandos permanecían ajenos a los diversos movimientos políticos. Pero estas medidas no lograron evitar dos alzamientos cuya finalidad era la caída de la Dictadura; el primero de ellos estaba previsto para el 15 de diciembre, pero su promotor Fermín Galán, tras establecer contactos con sindicalistas de Zaragoza para que apoyasen el golpe, decidió adelantarlo al 12 de diciembre, tras arrestar a sus superiores, impuso la ley marcial y se dirigió con una columna hacia Huesca, pero ninguna unidad se unió al levantamiento, por lo que el fracaso del golpe estaba asegurado, bastándole al Gobierno con mandar una columna leal desde Zaragoza para cortarles el paso, seguidamente arrestó a sus jefes, siendo ejecutados, no solamente Fermín Galán, sino también su segundo el capitán García Hernández, el 14 de diciembre.

El segundo alzamiento tuvo luego el 15 de diciembre de ese mismo año, en el aeródromo de Cuatro Vientos, al mando del golpe estaba el comandante Ramón Franco, que se apoderó de algunos aviones ubicados en esa base aérea, los cuales sobrevolaron el Palacio Real buscando apoyos en las unidades de Madrid, al no conseguirlo huyeron al exilio. Una columna de tropas leales, al mando del general Orgaz, ocupó el aeropuerto rebelde, poniendo fin al golpe. Como consecuencia de estos hechos, el gobierno disolvió el mando de la Aviación y estableció una comisión especial para examinar la conducta de los oficiales de este cuerpo.

Estos golpes fallidos, pusieron de manifiesto que en el Ejército no existía un consenso para derribar al régimen, pero también que la autoridad moral de la monarquía había desaparecido por completo⁴⁴.

Los anteriores acontecimientos precipitaron la práctica desaparición de la organización, ya que no habían conseguido su principal objetivo, como era poner fin a la dictadura de Primo de Rivera, pero lo que sí es innegable, es que tanto las sublevaciones republicanas de Jaca y Cuatro Vientos de diciembre de 1930, así como las sesiones del juicio contra los implicados en la conspiración, que sirvieron para presentar ante la opinión pública a la República, habían dejado al gobierno debilitado por su escasa autoridad⁴⁵.

Los acontecimientos acaecidos a finales del año 1930, generaron una grave situación de inestabilidad, lo que llevó al gobierno a convocar elecciones municipales, con la intención de demostrar que el sentimiento republicano era minoritario. Estas elecciones tuvieron lugar el 12 de abril de 1931⁴⁶. Como era de esperar, los candidatos monárquicos obtuvieron un respaldo mayoritario en

⁴⁴ GÓMEZ ROZA, Fidel: «La Unión Militar Democrática...». Nota al pie de página 65.

⁴⁵ GÓMEZ ROZA, Fidel: «La Unión Militar Democrática...», ob. cit., p. 37.

⁴⁶ Las candidaturas republicanas consiguieron la mayoría en cuarenta y una capitales de provincia, este hecho fue determinante para el advenimiento del nuevo gobierno. La vic-

las zonas rurales, pero en las grandes ciudades arrasó el apoyo a los candidatos republicanos, pero lo cierto es que no había duda de que el voto urbano era el más representativo y el único verdaderamente libre. Seguidamente el general Berenguer, jefe de la Casa Militar del Rey, envió un telegrama a los capitanes generales pidiéndoles que aceptaran la voluntad nacional.

Ante estos acontecimientos el general Sanjurjo, que era el director de la Guardia Civil, se negó a respaldar con sus fuerzas al gobierno acosado, lo que originó que el rey Alfonso XIII se vio obligado a abandonar el país, siendo proclamada la II República el 14 de abril de 1931.

3.3. UNIÓN MILITAR ESPAÑOLA DE 1933

Esta asociación profesional de militares, se fundó durante la II República en el año 1933 y en su aparición influyó el corporativismo que en el año 1917 dio origen a las Juntas de Defensa. Sus creadores fueron el capitán Barba Hernández y el teniente coronel retirado Emilio Rodríguez Tarduchy⁴⁷. La UME estaba integrada en su mayoría por oficiales que procedían de la escala media⁴⁸, pero todos sus integrantes tenían en común el convencimiento que con la República los intereses del Cuerpo de oficiales estaban amenazados. Durante los años 1932 y 1933 tuvieron lugar varios acontecimientos que determinaron la creación de la UME, como consecuencia de la potenciación del corporativismo más derechista del ejército:

toría de los partidos monárquicos se produjo en ocho capitales de provincia; Cádiz, Palma de Mallorca, Las Palmas, Burgos, Ávila, Soria, Lugo y Orense.

⁴⁷ Sin embargo, no hay una posición unánime en la doctrina acerca de quién fue, el fundador de la UME, por una parte Busquets, la atribuye al capitán Barba Hernández (Busquets Bragulat, Julio: *«Ruido de Sables. Las conspiraciones militares en la España del Siglo XX»*. Crítica Barcelona 2003, p. 52), mientras que Payne por su parte consideraba como fundador al teniente coronel Tarduchy (PAYNE, S.G.: *«Los militares y la política en la España contemporánea»*. Ruedo Ibérico, Buenos Aires, 1967, p. 256). Sin embargo, otra parte de la doctrina mantiene una posición ecléctica considerando al capitán Barba el fundador efectivo, a instancias de Tarduchy, que había operado como mentor (MANRIQUE GARCÍA Y MOLINA FRANCO: *«Las armas de la Guerra Civil española»*. La esfera de los libros. Madrid 2006, p. 2).

⁴⁸ Así queda acreditado por ALONSO IBÁÑEZ. Ana Isabel: *«Las Juntas de Defensa Militares...»*, ob. cit., p. 621, quien además señala que: *«Rodríguez Tarduchi, provenía del grupo La Correspondencia Militar de 1931, lo que le permitió atraer a estar asociación, militares retirados como él, de tendencia primorriverista. Por su parte, el capitán Barba Hernández le dio a la asociación una dirección eficaz, y una estructura semejante a la del Ejército: Juntas Locales, secretarios regionales y una Junta Central. Esta organización, burocratizada y no muy perfeccionada se logró mediante las relaciones personales, como había sucedido con las Juntas de Defensa, extendiéndose por todas las guarniciones de España entre oficiales de graduación media»*.

la sanjurjada el 10 de agosto de 1932⁴⁹; los sucesos de Casas Viejas el 12 de enero de 1933⁵⁰; y las elecciones del 19 de noviembre de ese mismo año⁵¹.

⁴⁹ El general José Sanjurjo, director general de la Guardia Civil, desempeñó un papel determinante para que el 14 de abril de 1931, el nuevo régimen republicano español fuera proclamado definitivamente. Este general visitó en su domicilio a Miguel Maura, poniéndose a su servicio como nuevo ministro de la gobernación del gobierno provisional de la república. Aunque muy pronto estuvo en desacuerdo con el rumbo que estaba tomando el nuevo régimen republicano. El incendio de numerosas instituciones religiosas en mayo, y sobre todo, el proyecto del Estatuto de Autonomía para Cataluña, encendieron las alarmas en los sectores más conservadores del país. El general Sanjurjo y sus cómplices planificaron un golpe de Estado ante la previsible ruptura de España, con el fin de remover el gobierno presidido por Manuel Azaña y redirigir la República hacia un orden más conservador, a la espera de decidir el futuro sistema político nacional. Finalmente, este golpe de Estado fallido, se produjo en la madrugada del 10 de agosto de 1932, liderado desde Sevilla, tomando parte en el mismo una parte del Ejército español, concretamente 145 oficiales, lo que da una idea de la poca repercusión y seguimiento que tuvo. Muchos militares antirrepublicanos no se unieron al golpe al considerar que estaba insuficientemente planteado y sus fines monarquizantes resultaban poco realistas. Pero el fracaso de la intentona golpista convenció erróneamente a muchos políticos y militares republicanos de que el peligro de las conspiraciones había pasado y la aceptación de la república era definitiva, lo que tendría graves consecuencias durante el golpe de Estado de 1936. Las condenas de los militares que participaron en el golpe fallido, originó un gran movimiento de solidaridad con los condenados, que perderían sus haberes, quedando sus familias en la indigencia. Esta circunstancia originó un movimiento de ayuda, que facilitó unas primeras tomas de contacto de los que posteriormente se unirían a la AME.

⁵⁰ Estos sucesos tuvieron lugar entre el 10 y 12 de enero de 1933 en la pequeña localidad de Casas Viejas, en la provincia de Cádiz. En esta provincia se produjeron disturbios protagonizados por comités anarquistas, lo que originó que el gobierno, el 10 de enero enviará allí una compañía de guardias de asalto al mando del capitán Manuel Rojas Feijespán. Cuando al día siguiente esta compañía llegó a Jerez de la Fronteras informaron de que la línea telefónica había sido cortada en la localidad de Casas Viejas. En la noche del 10 al 11 de enero, un grupo de campesinos afiliados a la CNT habían iniciado una insurrección en Casas Viejas. Por la mañana rodearon, armados con escopetas y algunas pistolas, el cuartel de la Guardia Civil, en cuyo interior se encontraban tres guardias y un sargento. Tuvo lugar un intercambio de disparos y el sargento y un guardia, resultaron gravemente heridos, falleciendo en días posteriores. Hacia las dos de la tarde del 11 de enero llegaron a la localidad un grupo de guardias civiles, liberaron a los compañeros retenidos en el cuartel y ocuparon el pueblo. Tres horas más tardes llegaron al pueblo un nuevo grupo de fuerzas de orden público al mando del teniente Gregorio Fernández Artal integrado por cuatro guardias civiles y doce guardias de asalto, que procedieron a detener a los responsables del ataque al cuartel de la Guardia Civil. Esa misma noche, llegaron a la localidad una nueva unidad compuesta aproximadamente por cuarenta guardias de asalto, al mando del capitán Rojas, quien había recibido la orden del director general de Seguridad en Madrid, Arturo Menéndez, para que se trasladara desde Jerez y acabara con la insurrección, abriendo fuego «sin piedad contra todos los que dispararan contra las tropas», en CASANOVA, Julián: *«De la calle al frente. El anarcosindicalismo en España (1931-1936)»*, Barcelona, 1997, p.112. Esta masacre concluyó con diecinueve hombres, dos mujeres y un niño asesinados. Las bajas en las unidades que fueron desplazadas fueron tres. Por lo que a UME se refiere indicar que de los cinco miembros que constituían su primera junta central, dos estuvieron relacionados directamente con estos sucesos, concretamente: el capitán Barba Hernández, quien dijo haber recibido directamente de Azaña la orden de reducir a los sublevados mediante «tiros en la barriga», y el capitán Gumersindo de la Gárdara, destinado en Guardias de Asalto y, cuando la opinión pública hizo crear la responsabilidad de lo sucedido sobre su Cuerpo, cambió de ideología, siendo hasta la fecha republicano. Todos estos datos extraídos de COUCEIRO TOVAR, J: «Hombres que decidieron». Editorial Rollán, Madrid, 1970, p. 79.

⁵¹ La campaña electoral que precedió a las elecciones generales de noviembre de 1933 generó un aumento de tensión en los cuarteles, que contribuyó al lanzamiento de la UME,

Todos estos hechos contribuyeron a la constitución de la UME, pero también fue determinante la conjunción de la ideología conservadora de los militares con una situación de crispación⁵² y es que a UME acabarían integrándose militares de ideología monárquica disconforme con las reformas que en el seno del ejército había realizado Azaña entre abril y julio de 1931, con motivo de modernizar y hacer más democrático al ejército⁵³. Lo que pretendía el gobierno con todas estas medidas, y con las modificaciones que afectaban a la enseñanza militar, era quebrantar las antiguas barreras de casta y la mutua ignorancia, poniendo a los futuros oficiales en contacto, durante una parte de su educación, con los futuros miembros de las profesiones liberales⁵⁴.

La estructura de UME era similar a la de las Juntas de Defensa, pero su funcionamiento al ser una asociación ilegal y clandestina era mucho más complejo y difícil, lo que conllevó que en la UME no existiera entre sus miembros una mínima mentalidad común, y mientras algunos, lo único que pretendían era moderar la República, moderar el nacionalismo catalán y mejorar el orden público, sin embargo, había otro sector más extremista, con el único propósito de acabar con el régimen constitucional y con la democracia.

Era la época de los gobiernos de Alejandro Lerroux García y Joaquín Chapaprieta Torregrosa; de los ministros de la Guerra, Diego Hidalgo y José María Gil Robles, bajo los cuales la UME, y sus miembros no solo no eran perseguidos, sino que conspiraban sin ningún riesgo y en absoluta impunidad sobre todo durante los seis meses del ministro de este último. Por su parte Gil Robles, ministro de la Guerra desde el 6 de mayo de 1935, se dedicó a canalizar en contra de la República el descontento de los militares derechistas, sin una intención golpista, pero ya en este año la UME

en MANGADA ROSENORN, J.: *«El fascio en el Ejército o la Unión de Militares Españoles»*, Madrid 1936, p. 3.

⁵² BUSQUETS BRAGULAT, Julio: *«Conservadurismo, republicanismo y antirrepublicanismo en las Fuerzas Armadas»*, Universidad de Barcelona, p. 78.

⁵³ Entra las medidas que adoptó encontramos: la supresión de la Ley de Jurisdicciones de 1906; el Decreto de Adhesión a la República; el decreto de pase a la reserva, por el que se vio reducido a la mitad el hipertrofiado escalafón; el Consejo Supremo de Justicia Militar se suprimió, constituyéndose la Sala de lo Militar en el Tribunal Supremo; eliminación de las Capitanías Generales; el cierre de la Academia Militar de Zaragoza, al entender Azaña, que además de costosa, su espíritu militarista no encajaba en el nuevo ejército republicano; la fusión de todos los escalafones de oficiales; la exigencia de estudios previos universitarios para los aspirantes o la reglamentación de una vía de acceso a la oficialidad por parte de los suboficiales y la obligación para todos los futuros cadetes de servir al menos seis meses como soldados.

⁵⁴ JACKSON, Gabriel: *«La república española y la guerra civil (1931-1939)»*, Orbis, Barcelona. 1985, p. 77.

se había convertido en un grupo de presión importante, ganándose así la colaboración de Manuel Góbed, aunque todavía no las de Francisco Franco y Emilio Mola⁵⁵.

Para afianzar el poder de influencia que iba asumiendo AME, no solo fue decisivo el papel llevado a cabo por el capitán Barba Hernández, que tenía importantes conexiones con los estados mayores y en el propio ministerio, sino que su resto de miembros aportaron también sus contactos con la Falange, el Carlismo, Renovación Española, con las Juventudes de Acción Popular e incluso con el monárquico José Calvo Sotelo. Entre todos y con sus manifiestos consiguieron generalizar la idea de que el Ejército era víctima de los sucesivos gobiernos y de que se preparaba una sublevación antirrepublicana.

La UME tuvo una importante implicación en Madrid, Barcelona, Valencia y algunas zonas del norte peninsular. En cuanto a sus efectivos, algunos autores han dado cifras muy elevadas, sin embargo, autores como Ricardo de la Cierva han considerado que no llegó al diez por ciento de los oficiales⁵⁶, aunque contarían con una gran cantidad de simpatizantes, al suscribir gran parte del ejército sus planteamientos, aunque en realidad los comprometidos con la asociación eran solo unos centenares.

Busquets, considera a la UME, como una de las piezas claves del alzamiento de 1936, al permitir el control de las guarniciones por los sublevados⁵⁷.

Con la consolidación del alzamiento, la UME, quedó desintegrada, aunque quedó representada en la Junta de Burgos por los coroneles Montener y Moreno Calderón, ocupando muchos de sus miembros puestos de responsabilidad en los sucesivos gobiernos de la posguerra.

3.4. UNIÓN MILITAR REPUBLICANA ANTIFASCISTA DE 1935

Esta asociación clandestina militar de ideología izquierdista, se constituyó a finales de 1935, para contrarrestar la labor desestabilizadora de la UME. Esta se constituyó a raíz de la fusión de otras dos organizaciones

⁵⁵ ALONSO IBÁÑEZ. Ana Isabel: Tesis Doctoral: «Las Juntas de Defensa Militares...», ob. cit. p. 620.

⁵⁶ DE LA CIERVA, Ricardo: «Historia de la Guerra Civil española», San Martín, Madrid, 1979, p.763.

⁵⁷ BUSQUETS BRAGULAT, Julio: «Ruido de sables. Las conspiraciones militares en la España del siglo XX». Op. cit, pág. 49.

militares clandestinas: la Unión Militar Antifascista (UMA)⁵⁸ y la nueva Unión Militar Republicana (UMR) de ideologías comunista y socialista, respectivamente.

La fusión entre estas dos asociaciones se debió al manifiesto elaborado por el teniente coronel Carratalá, miembro destacado de la UMA, que dirigió a: «*todos los compañeros antifascistas, sin distinción de ideas políticas*». En ese escrito indicaba que: «se acordó la fusión de estas asociaciones, ya que ambas defendían el mismo objetivo de defensa de la República y neutralización de la UME en las Fuerzas Armadas».

La UMRA se nutrió fundamentalmente de los tres grupos en los que había quedado, como un reducto, la izquierda militar republicana: (1) *la Aviación*; dirigida por el general Núñez del Prado y el comandante Hidalgo de Cisneros, se mantenía como un cuerpo fiel a la República; (2) *la Guardia de Asalto*; que había sido creada expresamente para garantizar la lealtad política de la función policial, por lo que los mandos estaban muy vinculados a la República; y (3) *la Escota Presidencial*, que estaba formada por militares republicanos, como el comandante Alfredo Jiménez, el capitán Enrique Varela y el teniente Claudio Parrilla. Sin embargo, la organización contó con el apoyo de pocos generales, entre los que cabe señalar a Villa Abribe, José Riquelme, Sebastián Pozas, Castelló, Caminero y el ya mencionado Núñez del Prado.

La UMRA nació con unos objetivos claros, entre el que destaca contrarrestar en el seno del ejército la influencia de la derecha más reaccionaria y conservadora que representaba la UME. Díaz-Tendero llevará a cabo una gran actividad en la organización desde el principio, llegando a confeccionar un fichero con datos personales y cualidades castrenses, no solo de los militares miembros de la UMRA, sino también de un gran número de militares sospechosos de derechistas.

La UMRA limitó su implantación a Madrid, con un pequeño grupo en Barcelona. Con esta pequeña organización territorial y unas estrictas medidas de seguridad, pretendían no ser detectados ni por el gobierno, ni por los miembros de la UME, tarea bastante complicada, debido a que estos últimos eran muy activos en los cuarteles. Con tal fin y debido a que gran parte de los afiliados a la UMRA eran masones, empleaban templos de la masonería para celebrar las reuniones de la organización.

⁵⁸ La Unión Militar Antifascista, se fundó en la primavera de 1935, y estaba integrada por un grupo heterogéneo de militares, entre los cuales cabe destacar: el oficial de máquinas de la Armada Eugenio Rodríguez Sierra; el capitán médico Miguel Palacios; el capitán Enciso; el suboficial Alfredo León Lupión; el teniente coronel de ingenieros Ernesto Carratalá; y el capitán retirado de la Guardia Civil Francisco Galán.

Una vez tuvo conocimiento la UMRA, de la inminencia del golpe de Estado, esta impulsó a sus dirigentes a entrevistarse con el presidente del Consejo de Ministros y ministro de la Guerra, Casares Quiroga, con el fin de exponerle la gravedad de la situación y la urgencia de adoptar medidas drásticas para contener la rebelión, sometiendo a la consideración de este las siguientes medidas: (a) cese inmediato en el mando de jefes significativos, como los generales Gobed, Mola, Fanjul, Varela y Franco, los coroneles Aranda y Alonso Vega, el teniente coronel Yagüe o el comandante García Valiño; (b) envío de delegados gubernamentales a todas las guarniciones para avisar a la tropa del riesgo de involución; (c) creación de unidades especiales con mandos de confianza en las distintas regiones militares; (d) detención de los militares pertenecientes a la UME. También iban más allá y pedían la disolución del Ejército para garantizar la supervivencia de la República⁵⁹. Estas medidas no fueron finalmente adoptadas, pero sí es de destacar el papel determinante que tuvo la UMRA en el reparto de armas a la población el 20 de julio de 1936⁶⁰. Ya durante la Guerra Civil los militares de la UMRA tuvieron un protagonismo especial, de hecho llegaron a alcanzar la mayoría, puestos de alta responsabilidad.

3.5. UNIÓN MILITAR DEMOCRÁTICA DE 1974

El origen de esta asociación, se debió a la iniciativa llevada a cabo por un grupo de oficiales contrarios a la dictadura del general Franco, y animados tras el éxito que la revolución de los claveles había tenido en Portugal⁶¹, que acordaron en una reunión celebrada en Barcelona los días 31 de agosto y 1 de septiembre, constituir una organización clandestina, con la pretensión de apoyar desde el interior de las Fuerzas Armadas, el cambio político que consideraban necesario en España⁶². Diez años antes, se había

⁵⁹ GÓMEZ ROZA, Fidel: «*La Unión Militar Democrática en la transición...*», ob. cit., pie de página 84.

⁶⁰ MANRIQUE GARCÍA, José María Y MOLINA FRANCO, Lucas: «*Las armas de la Guerra...*», ob. cit., p. 31.

⁶¹ El 25 de abril de 1974, tuvo lugar en Portugal, la «*revolución de los claveles*», por la que un grupo de jóvenes oficiales de las fuerzas armadas portuguesas obligó al gobierno continuista de la dictadura a abandonar el poder y restablecer un régimen de libertades democráticas.

⁶² Esta reunión constitutiva estaba formada por once oficiales del Ejército de Tierra, poco después el capitán José Ignacio Domínguez, extendió esta organización al Ejército del Aire. La representación de la Armada en esta, fue menor, limitándose a algunos oficiales, sobre todo los de la Infantería de Marina y de los Cuerpos Jurídico y de Intervención. También es de destacar la integración en la misma de oficiales de la Guardia Civil y de la Policía Armada.

aprobado la Ley de Asociaciones de 1964, que excluyó de su ámbito de aplicación a los militares pero no prohibió este derecho, al disponer que: «*las de funcionarios, civiles y militares, y las del personal civil empleado en los establecimientos de las Fuerzas Armadas se registrarán, en su caso, por sus leyes especiales*»⁶³».

En un corto periodo de tiempo, esta organización se fue extendiendo por el territorio nacional, llegando a estar presente en diecisiete provincias, incluidas Madrid, Barcelona, Galicia y Canarias, y también en Ceuta y Melilla.

Busquets analizó de forma detallada los motivos que originaron la aparición de la UMD, para ello distingue entre:

- Motivos subjetivos: el voluntarismo pertinaz de sus impulsores, que había fructificado fundamentalmente por cuatro causas: (1) el ambiente liberal de la ciudad de Barcelona, en relación con otras guarniciones, que penetró en algunos oficiales por sus relaciones sociales; (2) la existencia previa de un grupo de militares de talante democrático que mantenían contactos desde hacía algunos años; (3) el incremento de la represión policial del Régimen frente a toda clase de oposición, que aceleró la toma de conciencia política de los oficiales reformistas; (4) y el contacto de muchos de estos oficiales con el ambiente universitario, que era radical y masivamente contrario a la Dictadura.
- Motivos objetivos: el momento elegido por los fundadores era el propicio para la formación de grupos militares disidentes, por la concurrencia de tres factores coyunturales: el fracaso de la línea aperturista del gobierno del presidente Carlos Arias Navarro; la pérdida constante de apoyo militar del régimen; y la evolución de la situación internacional, que mostraba las caídas de sistemas políticos autoritarios en Portugal, Grecia y Etiopía, con una intervención decisiva de jóvenes militares reformistas⁶⁴.

El proyecto político de la UMD, puede ser sintetizados en cinco puntos:

- a) Reconocimiento de las libertades democráticas*: es la exigencia fundamental de la oposición democrática y la razón de ser de la organización. En conexión con esta exigencia, se pide el restable-

⁶³ SABINO ÁLVAREZ-GENDIN Y BLANCO: «*Tratado general de derecho administrativo*», tomo III, Bosch, Barcelona, 1973, p. 214.

⁶⁴ BUSQUETS BRAGULAT, Julio: «*Pronunciamientos y golpes de Estado en España*». Planeta, 1982, p. 123.

- cimiento de los derechos humanos internacionalmente reconocidos y protegidos, así como la concesión de una amnistía total por los delitos políticos para todos los ciudadanos sin consideración a la condición civil o militar.
- b) *Reformas socioeconómicas y libertad sindical*: apelación a los derechos sociales o materiales que complementan las libertades civiles o formales exigidas en el punto anterior. Recogiéndose una mención coyuntural expresa al derecho de huelga y de libre sindicación de los trabajadores, siendo esta una de las reivindicaciones básicas de la oposición democrática al régimen.
 - c) *Convocatoria de elecciones libres*: esta organización considera irrenunciable el derecho de todo ciudadano a elegir libremente a sus representantes y autoridades en todos los niveles, sea central, regional o municipal, para determinar la forma de gobierno y organización que se considere más oportuna, con el único límite de salvaguardar la integridad del Estado español.
 - d) *Lucha contra la corrupción*: se propone combatir con la máxima energía la corrupción en el Estado, considerando que está generalizada y propiciada por el propio régimen político al carecer de los controles y contrapesos que proporciona un sistema representativo. Esta propuesta contrasta, con su concreción apegada a la realidad, con el resto de objetivos políticos generales.
 - e) *Elaboración de una Constitución*: el parlamento surgido de unas elecciones democráticas que se solicitan, actuando como Asamblea Constituyente, debe recibir el mandato de elaborar un texto constitucional con las instituciones políticas, sociales y económicas que permitan la integración de España en Europa Occidental.

Los objetivos militares de esta asociación, son:

- a) *Creación de un ministerio de Defensa unificado*: esta organización considera imprescindible abordar una reorganización de las Fuerzas Armadas en profundidad, para aumentar su eficacia operativa y situarlas bajo una única dirección estratégica. Además considera excesivo el número de cuadros de mando y se resalta la vinculación de los oficiales generales con los sectores más reaccionarios del país.
- b) *Dignificación de los suboficiales*: la UMD pretende proporcionar al cuerpo de suboficiales la preparación, dignidad y responsabilidad que le corresponde.

- c) *Revisión del servicio militar obligatorio*: propone además una revisión de la regulación vigente del servicio militar, eliminar los escandalosos privilegios existentes, acortar el tiempo de la prestación e intensificar la instrucción de los soldados.
- d) *Reducción del ámbito de la jurisdicción militar*: la UMD cuestiona la oportunidad de mantener la competencia de la justicia militar fuera del ámbito de los delitos específicamente militares, aplicándola por razón del lugar y de la persona. Por su incompatibilidad con el principio de seguridad jurídica, se rechazan instituciones caducas como los Tribunales de honor, los Consejos de Disciplina Académicos o las Comisiones Depuradoras.
- e) *Elaboración de un estatuto del militar profesional*: se reivindica el establecimiento de un estatuto jurídico, que determine con claridad los deberes y derechos del personal militar, así como un sistema de garantías legales, que permita la defensa de los profesionales frente a situaciones de injusticia y arbitrariedad, consideraban además que el mando militar debe limitar sus facultades a un ámbito de competencia tasado⁶⁵.

El ideario que se ha expuesto con anterioridad era el utilizado por la UMD para captar nuevos miembros para la organización. Sin embargo, esta labor de captación no fue sencilla, al tener que realizarse con precaución para evitar ser descubiertos por los diversos servicios de información militar, para ello adoptaron estrictas medidas de cautela en la actividad de captación de nuevos afiliados⁶⁶. Se establecieron dos procedimientos de captación: (1) cuando se tenía conocimiento con total seguridad la posición ideológica favorable del interlocutor, se le entregaba directamente el ideario para que lo estudiara con detenimiento y si manifestaba su conformidad quedaba integrado en la organización; y (2) en aquellas ocasiones en las que no se estaba seguro de sus ideas políticas se procuraba deducirlas por sus opiniones, y en particular con referencia a dos acontecimientos internacionales con alta im-

⁶⁵ GÓMEZ ROZA, Fidel: «La Unión Militar Democrática en la transición política». Memoria para optar al grado de doctor. Presentada en la Universidad Complutense de Madrid. Op. cit., pp. 382-384.

⁶⁶ Entre las medidas de seguridad que adoptaron, a título de ejemplo cabe señalar las siguientes: no tratar jamás por teléfono de la UMD; en las conversaciones privadas no usar nunca los nombres verdaderos, sino otros supuestos convenidos; el establecimiento por cada grupo de un lugar de seguridad para reunirse en caso de urgencia, sin necesidad de tener que hacer un contacto expreso; no confiar en la actitud de terceros que puedan ser miembros de los servicios de información; o codificar los nombres de los componentes del grupo y utilizar siempre esta clave.

plicación política y militar: el golpe de Estado contra el presidente Allende en Chile (1973) y la revolución de los claveles de Portugal (1974)⁶⁷.

Una vez que los servicios de Información Militar acumularon suficientes datos relativos a la organización, composición y actividades de la UMD, procedieron a su persecución, adoptando sobre sus miembros tres tipos de medidas: (1) judiciales: la causa más importante fue la n.º 250/1975 de la 1º Región Militar, por la que fueron procesados, juzgados y condenados en distintas vistas dos oficiales del Ejército del Aire y ocho del Ejército de Tierra; (2) administrativas: muchos de sus miembros fueron objeto de destinos forzosos, arrestos disciplinarios, imposiciones o prohibiciones, muchas de estas medidas pretendían tener un carácter ejemplarizante; (3) de presión psicológica: a través de la destrucción de su prestigio profesional, utilizarían los medios de comunicación o los canales oficiales para hacer llegar a sus compañeros que se trataba de militares manipulados por los partidos políticos para atacar a las Fuerzas Armadas.

El 15 de junio de 1977, se produce un hito importante en la historia de España, con la celebración de las primeras elecciones generales, a las que la sociedad española acudió masivamente a las urnas. Con estas elecciones España da un paso decisivo en el proceso de reforma política democrática. El gobierno cuenta con la legitimidad que le proporciona el apoyo ciudadano en las urnas y el nuevo parlamento surgido de la voluntad de los españoles tiene carácter de asamblea constituyente para dotar al país de una Constitución que establezca un régimen democrático. Una este nuevo panorama político, la UMD, ve cumplido el punto fundamental de su programa político, por lo que la propia organización en la Asamblea de 26 de junio de 1977, celebrada en Barcelona, decide por abrumadora mayoría la disolución de la organización. Esta disolución, bajo mi punto de vista, debe ser valorada muy positivamente, por ser coherente y conveniente para el proceso histórico que vivía nuestra nación.

Por último señalar que, la disolución de la organización seguía las directrices del ministro de Defensa, teniente general Gutiérrez Mellado, que fructificaron en la aprobación del R.D. Ley 12/1977, de 8 de febrero, que perseguía la configuración de un Ejército apolítico, prohibiéndose la afiliación política del militar, aunque esta situación para HERBÓN COSTAS es realmente curiosa, ya que en ese mismo gabinete que reglamentaba la neutralidad política de los militares se sentaban cinco ministros militares⁶⁸.

⁶⁷ GÓMEZ ROZA, Fidel: «La Unión Militar Democrática en la...», ob. cit., p. 195.

⁶⁸ HERBÓN COSTAS, José Antonio: «Sobre el derecho de asociación profesional...», ob. cit., p. 72.

LA REPATRIACIÓN DE LOS SOLDADOS ESPAÑOLES DE CUBA Y SU INFLUENCIA EN LA SOCIEDAD ESPAÑOLA

Yolanda Feal San Martín

Abogada y exdelegada del Comité Internacional de la Cruz Roja

SUMARIO:

1. Introducción. 2. Un desastre anunciado. 3. El perfil del superviviente, futuro repatriado militar. 3.1 ¿Quiénes eran?. 3.2 ¿Cuántos eran. 4. La repatriación. 5. El impacto en la población y repercusiones en las siguientes generaciones. 6. Conclusión. 7. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

«Y el Atlántico, mudo, los vio ir y los veía volver –no a todos– amarillos y pobres, con la licencia absoluta en el bolsillo y la tranquilidad serena del deber cumplido hasta el límite» (González, 1964: 198).

Probablemente el tema de este artículo constituya la mayor sorpresa que se ha llevado la autora desde que reside en España. La envergadura del esfuerzo nacional en cuanto a la acogida y cuidados de los repatriados de ultramar y sus consecuencias sobre toda una población y sucesivas generaciones le eran absolutamente desconocidas. Sin embargo y por motivos profesionales, esta guerra le resultaba muy familiar porque dio origen al

Segundo Convenio de Ginebra de 1949 para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, hecho conocido entre los juristas familiarizados con Derecho Internacional Humanitario¹. En efecto, de la hecatombe de la guerra hispano-norteamericana de 1898 surgió el X Convenio de la Haya de 1907 vigente durante las dos guerras mundiales².

El análisis se centra en los repatriados: «el ejército de derrotados», como fueron calificados por Miguel Molina Martínez. Este autor, prácticamente pionero en la materia, estudió las ayudas otorgadas por el Ayuntamiento de Granada en 1897 a aquellos soldados granadinos regresados en total desamparo por estar incapacitados para el trabajo y hundidos en la miseria. La documentación sobre las ayudas aportadas para atender las necesidades vitales de aquellos desgraciados demuestran las calamidades sufridas en Cuba, entre otras, las enfermedades tropicales, primera causa de mortalidad entre los soldados españoles; sin olvidar la causa que estaba en el origen de todas las demás: la incorporación a una guerra de soldados malnutridos y sin preparación.

Hasta la conmemoración del centenario del «98», el tema de los repatriados ha sido una cuestión relativamente desatendida mientras otros aspectos han sido ampliamente estudiados como «la política militar de Martínez Campos, Weyler o Blanco, el papel de la prensa, la intervención estadounidense, las negociaciones del Tratado de Paz» y por supuesto «el hundimiento del acorazado americano *Maine*, evento clave y detonante de la guerra» (Rafael Núñez Florencio, *ápu*d Gómez, 2000: 6)³.

Por ello hemos querido centrar este trabajo en las condiciones y consecuencias de la repatriación. Ha de tenerse en cuenta que algunas fuentes bibliográficas utilizadas no están publicadas sino a disposición, solo para consulta, en el Centro de Documentación en la sede en Madrid de Cruz Roja Española (CRE). El fondo de dicho Centro es de una riqueza sorpren-

¹ II Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949:

<https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>

² Que a su vez reemplazaba el III Convenio de La Haya de 1899 — Convenio para aplicar a la guerra marítima los principios del Convenio de Ginebra. Nahlik, Stanislaw E. (1984). «Compendio de Derecho Internacional Humanitario: Abreviaturas». Tomado de Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, n.º 64, julio-agosto de 1984: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmrc.htm>

³ En su trabajo sobre la materia, M. T. Gómez Martín señala que tras dos años de búsqueda (1998-1999) ha localizado numerosos artículos pero ningún libro. De los más de cuatrocientos registros sobre 1898 que aparecen en la base de datos del CINDOC (Centro de Información y Documentación del CSIC) solo siete estaban dedicados exclusivamente a la repatriación (Gómez, 2000: 8).

dente y probablemente desconocida del público. La documentalista, M.^a Carmen Flórez Pérez, ha prestado un valioso apoyo y adecuada orientación proponiendo, entre otros documentos, la extensa tesina de Maria Teresa Gómez Martín⁴. Dicha autora ha examinado los documentos propios de Cruz Roja y estudiado de forma pormenorizada la prensa local, la producción bibliográfica y el trabajo de las Comisiones Liquidadoras de los haberes de las tropas de aquella época. Sin embargo y a pesar de la abundancia de datos contenidos en dicha tesina, no se ha encontrado en ella el número total de los repatriados militares entre 1898 y 1899. Para ello, hubiese sido necesario acudir a fuentes primarias como las listas de militares atendidos por Cruz Roja⁵ y por los servicios sanitarios militares en cada puerto de desembarque además de comparar dicha información con la relación de los barcos que regresaron de Cuba con los repatriados. Una investigación que desborda el objetivo de este documento. En nuestro caso, hemos utilizado la información que aporta la tesis doctoral de Enrique de Miguel Fernández y sus posteriores artículos. Dicho autor ha conseguido, como lo veremos, formular unas cifras fehacientes por otra vía. Además, estos documentos exponen las razones por las que existe tanta disparidad entre los datos que ofrecen las distintas fuentes en cuanto al problemático cómputo de combatientes, bajas y repatriados. Cabe señalar que dicho autor y Francisco Javier Navarro, en unas ulteriores investigaciones, han conseguido

⁴ —283 páginas—, no publicada y sin fecha exacta de presentación, solo septiembre 2000.

⁵ «Autorizada como institución de utilidad pública por Real Orden de 6 de Julio de 1864. Reconocida como la única institución autorizada para auxiliar a la Sanidad Militar en Campaña [...]». Texto de la portada de las revistas mensuales de la Asamblea Suprema Española de la Cruz Roja Española, definida como una «Asociación para el socorro a heridos en campaña y en calamidades y siniestros públicos». Recordamos que el mandato fundacional de la Cruz Roja Española (1864) nace de la adopción del Convenio de Ginebra de 1864 para el Mejoramiento de las Condiciones de los Heridos y Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña posteriormente sustituido por el I Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña de 1949.

Ahora bien, parece oportuno señalar la sorprendente actitud del Ministerio de la Guerra. Así, el 1 de septiembre de 1898, el ministro de Guerra, Miguel Correa García firmó la Orden «por la que se impedía a Cruz Roja seguir colaborando en la asistencia a los repatriados» como consecuencia de los rumores que atribuían un origen masónico a la institución (García, 2014: 136). Tan insólita medida provocó un profundo malestar en toda la sociedad y diez días más tarde el Ministerio de Guerra tuvo que rectificar: la institución siguió con su actividad en los puertos de desembarque «sin embargo, la autoridad militar quiso dejar claro, por escrito, que aun valorando adecuadamente la colaboración de Cruz Roja todas sus actuaciones quedaban supeditadas a la autoridad sanitaria militar» —Archivo Cruz Roja Coruña, 1898, carta de 6 de octubre 1898— (García, 2014: 192). En opinión, que se considera acertada, de Alfonso García López la razón que impulsó al Gobierno de Sagasta y a su ministro de Guerra para dictar semejante Orden era que: «apesadumbrados y avergonzados por la negativa propaganda que constituiría el ingreso de los soldados en instituciones privadas preferían mantenerlos en los recintos militares bajo su control» (García, 2014: 193).

establecer la relación de vapores y por ende de repatriados que llegaron a los puertos de desembarco durante el periodo de comienzo de la guerra en 1895 hasta el 3 de mayo de 1898, la llamada «repatriación intermedia».

La tercera fuente de información ha sido la tesis doctoral de Fernando Puell de la Villa que, además de aportar también datos sobre el número de militares implicados en las guerras de Ultramar, incorpora una visión precisa sobre el estado de las Fuerzas Armadas en España en aquellos años convulsos, el impacto que tuvieron en ellas algunas inexplicables decisiones políticas y las consecuencias de la guerra de independencia de Cuba sobre la población española, rural en gran mayoría y desesperadamente paupérrima.

Para terminar, se recomienda la lectura de la minuciosa investigación y de los poemas recogidos en el libro de Alfonso García López. Poemas que demuestran, quizás mejor que la prosa, el indecible sufrimiento de los repatriados. En dicha obra también se expone la labor humanitaria del pueblo gallego y en particular de los coruñeses que se pusieron a disposición de la Cruz Roja para aliviar el sufrimiento de aquellos que regresaban y el de sus familias. Estas últimas, en su mayoría, no tenían los medios ni para acoger ni para, en su caso, enterrar dignamente a sus mozos.

Analizando lo ocurrido, conviene llamar la atención sobre el hecho de que la llamada «generación del 98» está constituida por estos jóvenes repatriados marcados por la experiencia de la guerra a la que se sumará la humillante pérdida de las restantes colonias y la crisis económica, financiera, política y social de una España sumida en la pobreza. Las vivencias de los del 98 alimentaron la ola de pesimismo que marcaría varias generaciones. A estos jóvenes les pertenece ser los primeros que deberían venir a la mente al hablar de la generación del 98. En la actualidad parece que han tomado ese lugar los novelistas, ensayistas, poetas e incluso pintores⁶ designados por este nombre que se nutrieron de los relatos de los derrotados, de las circunstancias que llevaron a la pérdida de las posesiones de ultramar y del estado general de la nación en aquel final de siglo XIX. Posiblemente el sentimiento antimilitarista y pacifista de hoy hunde sus raíces en ese periodo de dolor. Los acontecimientos históricos posteriores como las guerras africanas, la guerra civil y posterior dictadura no han sido más que el corolario de ese sentir nacido con el retorno de estos soldados más muertos que vivos. Aquí nuestra aportación sobre aquella olvidada generación del 98.

⁶ Por citar algunos de ellos: Baroja, Azorín, Maeztu, Unamuno, Machado, Valle-Inclán, Blasco Ibáñez, Zuloaga.

2. UN DESASTRE ANUNCIADO

Los últimos decenios del siglo XIX fueron tiempos revueltos y es de preguntarse como un estado podía mantener tantos frentes abiertos necesitados todos ellos de miles de soldados. A la vez que en Cuba se inicia, en octubre de 1868 en la finca perteneciente a Céspedes, la insurrección o la llamada guerra Grande que duraría diez años, un mes antes, en la Península se sublevaron militares y civiles para destronar a la reina Isabel II, dando paso al llamado Sexenio Democrático con un gobierno provisional bajo la forma de una monarquía parlamentaria del cual surgió la I República que durará de 1873 a 1874, sustituida por la restauración de la monarquía borbónica de la mano del militar Martínez Campos. El nuevo rey, Alfonso XII, hijo de la reina exiliada en París, siguió necesitando tropas para luchar contra las facciones carlistas en Navarra y Cataluña. Por aquel entonces ya no había suficientes hombres para cubrir todos los frentes, ni armas y aún menos dinero pues el país, además de sus sucesivas crisis políticas, estaba atravesando una grave crisis económica que provocaba manifestaciones y huelgas por todo el territorio.

En 1878, se termina la primera guerra de Cuba con la firma del Pacto de Zanjón. Un tratado de paz que llevaba en sus términos el germen de la segunda guerra. Así, el ejército independentista capituló ante las tropas españolas sin hallar algún acuerdo satisfactorio en cuanto a las dos causas que originaron el conflicto: la independencia de Cuba y la abolición de la esclavitud.

En este apartado retomamos las cifras aportadas por Fernando Puell de la Villa para tomar conciencia de la amplitud del desastre humanitario que supuso aquel primer conflicto:

Durante los diez años de guerra se enviaron a Cuba 181.040 soldados. Algo menos de la mitad de ellos —exactamente 81.248— recibieron sepultura en la Isla; de éstos, sólo un ocho y medio por ciento murieron en acción de guerra. Otros 25.122 inútiles y enfermos graves tuvieron que ser repatriados, calculándose que un diez por ciento de ellos fallecieron en el viaje de regreso (Puell, 1996: 252).

Dicho autor también nos aporta una advertencia interesante sobre el estado de ánimo de las tropas y su nueva función social:

[D]esde la liquidación del ejército expedicionario cubano en 1878, y por primera vez en su historia, el ejército español perdió su razón

de ser -es decir, dejó de ser un instrumento a disposición del ejecutivo para hacer la guerra-, y se transformó en el principal aparato represivo del Estado en su lucha contra las reivindicaciones populares [...]. Años grises y sin contenido, de encierro en los cuarteles, añorando el terruño, durante los cuales la tropa llegó al convencimiento de que lo único que se esperaba de ellos era que actuaran como reserva de la policía en los conflictos sociales y comparsas de la parroquia o el ayuntamiento en los festejos populares. (Puell, 1995: 254 y 255).

El periodo entre la guerra de los Diez Años⁷ y el principio de la guerra de independencia cubana en 1895, no fue pacífico y la opinión pública en relación con el ejército fue cambiando. Así, por ejemplo, en 1893, los anarquistas iniciaron una «campana de desprestigio de los mandos militares ante la tropa» y debido a las miserables condiciones en las que vivían los reservistas movilizados «empezaron a cuestionarse la utilidad y necesidad del servicio militar, así como la propia existencia del ejército». Una de las cuestiones más polémicas era la injusticia de la redención en metálico (Puell, 1995: 33 y 38).

En estas circunstancias empezó el segundo conflicto, la llamada guerra de independencia, que se nutrió, ya en sus primeros años, de tropas formadas por jóvenes con carencias en cuanto a su adiestramiento y formación que provenían de familias paupérrimas pues ingresaban en el ejército con el certificado de «pobre de solemnidad» (Miguel Molina Martínez, *apud* Gómez, 2000: 7). Con el hundimiento del *Maine* en 1898, la guerra de independencia se convertirá en un conflicto de dimensión internacional y como así advierte Sagasta a la reina regente, en su mensaje de 21 de abril de 1898: «el Gobierno fue a la guerra consciente de las nulas posibilidades de alcanzar el triunfo» (Puell, 1995: 42).

3. EL PERFIL DEL SUPERVIVIENTE, FUTURO REPATRIADO MILITAR

3.1. ¿QUIÉNES ERAN?

El servicio militar era obligatorio para todos los españoles y tenía una duración de tres años. Una vez cumplido el servicio militar, los soldados

⁷ Seguida por la guerra Chiquita 1879-1880.

formaban la llamada reserva activa como así lo recogía la Constitución española de 1876. En aquella época el servicio militar se cumplía a partir de los diecinueve años que pasaron a ser veinte de 1899 en adelante. El sistema de quintas (sorteo de uno de cada cinco mozos) servía para cubrir las necesidades del ejército, además de los que se alistaban voluntariamente. Las tropas de Ultramar estaban constituidas por los jóvenes que cumplían su servicio militar, los que una vez terminado este se quedaban, los voluntarios y los quintos. Sin embargo, el sistema permitía eludir el alistamiento a la juventud acomodada lo que provocó que la mayoría del ejército de Ultramar fuese constituido por los jóvenes más pobres de la Península. Había tres vías para no ser alistado: por el excedente de cupo, en cuyo caso el futuro militar pasaba a integrar una reserva de ocho años de duración, por sustitución y por la redención en metálico. El joven procedente de una familia adinerada, muchas de ellas con intereses económicos en la isla, tenía dos formas legales para poder evitar su alistamiento: pagando a un sustituto o pagando 2.000 ptas. Se estima que en el periodo de 1896 a 1898, 62.000 jóvenes se acogieron al sistema de redención. Por ello, cuando comparamos esta cifra con el total de soldados mandados a las campañas de Cuba, Puerto Rico y Filipinas vemos que los ejércitos estaban principalmente constituidos por los más pobres del país, los que no pudieron ni ser sustituidos ni pagar la redención (Miguel, de, 2011: 100).

Estas palabras del libro de Juan Soldado de 1899⁸ describen, de forma desgarrada, la realidad de los que componían las tropas españolas:

A las Antillas y a Filipinas marchó, no la juventud española sino la flor de la juventud proletaria de España; la menos interesada, por ella y por sus familias, en el éxito afortunado de nuestras espantosas guerras coloniales; [...] la que sólo percibió que los que tuvieron dos mil pesetas para entregarlas al Estado quedaron tranquilos en la Península, mientras que quien no las pudo reunir perecía en la manigua cubana y en las selvas vírgenes del archipiélago magallánico, maldiciendo los egoísmos afrentosos de los que predicaban la guerra a todo trance desde su hogar pacífico y sosegado o desde la redacción animada y suntuosa de un diario de rotativa (Juan Soldado, *ápud* Gómez, 2000: 77).

⁸ Titulado: *El ejército como viva representación de la patria, ha de contribuir poderosamente a su regeneración con el establecimiento del servicio militar obligatorio*, Ed. Domingo Sar, Vitoria, 1899.

3.2. ¿CUÁNTOS ERAN?

Averiguar el número de los soldados mandados a la guerra y repatriados ha sido una tarea ardua para los investigadores. Enrique de Miguel Fernández demuestra en su tesis que conseguir este objetivo fue un trabajo delicado y difícil de llevar a cabo⁹. Además, algunas fuentes deben ser utilizadas con precaución pues estas cifras fueron también utilizadas como medio de propaganda para un bando como para el otro y también frente a la opinión pública de los cubanos, americanos y españoles. Incluso, en algunos casos, la información llegó a ser contradictoria en la correspondencia intercambiaba, encriptada o no, entre los mandos del ejército español o con el Gobierno¹⁰.

Cuando comienza la última guerra de independencia cubana con el «grito de Baire», el 23 de febrero de 1895, el capitán general de la isla era Emilio Calleja y el ejército español lo constituían únicamente 15.900 hombres¹¹ a los que se añadirían los llegados en las nueve expediciones ulteriores¹² hasta sumar un total de 125.884 según los datos de Valeriano Weyler¹³ que no coinciden exactamente con los aportados por Fernando Soldevilla¹⁴

⁹ Otro investigador, Octavio A. Delgado afirma que «las estadísticas relacionadas con los embarques de tropas a Cuba son muy difíciles de localizar. Nadie hasta ahora ha sido capaz de estimar los totales con cierto grado de seguridad» (O. A. Delgado, *The Spanish Army in Cuba, 1868-1898: An Institutional Study*, ápod Miguel, de, 2011: 185).

¹⁰ A lo que se puede añadir las dificultades dirimidas de la incorrecta transcripción y errores (en tiempos en los que no existían recursos informáticos) sobre el número de pasajeros por barco, sus nombres, funciones, proveniencia (de Puerto Rico o de Cuba), etc. «Existen errores (“ruidos”) en la transmisión y lectura de los telegramas, con lo que las cifras de un mismo acontecimiento son distintas según el medio». (Miguel, de, 2010: 247). Incluso a la llegada de los navíos no había consenso en cuanto al número de los repatriados desembarcados, el caso del vapor *Colón* es un buen ejemplo: «El barco llegó a La Coruña el 4 de noviembre de 1898, siguiendo después su viaje a Santander, donde atracó dos días más tarde. El *New York Times* publicó que salieron de La Habana 182 oficiales y 1.571 soldados, en total 1.753 hombres. *El Diario de Barcelona* de 5 del mismo mes cifraba en 1.854 los pasajeros que llegaron al puerto gallego, de los que 603 eran soldados; por el contrario, *La Voz de Galicia* afirmó que llegaron 1.834 soldados, de los que 642 quedaron en La Coruña, continuando viaje a Santander 957[...]» (Miguel, de, 2010: 247).

¹¹ Según Puell de la Villa, después de 1893 la guarnición de Cuba había quedado reducida a 13.842 hombres, más 4.530 guardias civiles, 176 policías y 943 voluntarios con sueldo (F. Puell de la Villa, *Historia del Ejército en España (2003)* ápod Miguel, de, 2011: 189) es decir un total de 19.491 hombres.

¹² No hay consenso sobre el número exacto de llegadas en algunas de estas expediciones. Para nuestro trabajo esta cifra no necesita ser exacta sino que pretendemos dar un orden de idea sobre los varios miles de hombres que han tomado parte en estas guerras.

¹³ Weyler llega a la Habana el 10 de febrero de 1896 (Miguel, de, 2011: 178).

¹⁴ En el cuadro de Enrique de Miguel se ve que las cifras de Soldevilla son distintas y este llega a un total de 129.269 hombres (Miguel, de, 2011: 83).

(V. Weyler, *Mi mando en Cuba*, (1910), ápuđ Miguel, de, 2011: 81 y 83). Por su parte, el Ministerio de Guerra indicaba que las fuerzas enviadas a Cuba hasta el 31 de diciembre de 1896 sumaban 176.066 hombres pertenecientes a cinco cuerpos de armas distintos a los que habría que añadir guardias civiles, policías y voluntarios con sueldo (Miguel, de, 2011: 203).

En septiembre de 1897¹⁵, Weyler comunica que las fuerzas de su ejército eran de 165.427 en revista y 28.972 enfermos además de 21.783 voluntarios movilizados y 919 voluntarios enfermos. Las investigaciones de Enrique de Miguel Fernández establecen como más probables que «hasta el 10 de septiembre de 1897 habrían sido (los envíos) de 182.066 hombres, las bajas por muertos y retornos 54.457 —aceptando las cifras de Weyler— y las fuerzas en revista de 140.609». A finales de 1897 y desde que comenzó la guerra los envíos totales ascenderían a 199.000 hombres a los que se pueden sumar los últimos 16.924 enviados en 1898, en total, unos 216.000 hombres fueron destinados para esta guerra (Miguel, de, 2011: 213, 214 y 218).

Para conocer cuántos de estos hombres llegaron como repatriados a la Península hubo que encontrar una cifra de partida a la que se sumaron las expediciones de tropas durante la guerra y restar las bajas tanto de ida a Cuba, en Cuba por combate o enfermedades y los fallecidos al regresar. El resultado, según la compleja investigación de Enrique de Miguel Fernández y Francisco Javier Navarro es que 46.496 hombres volvieron durante la campaña (Miguel, de, y Navarro, F.J., 2013: 19) y 134.000 al terminarla según los datos recogidos al llegar estos a los distintos puertos de la Península teniendo en cuenta que, en 1898, regresaron también soldados negros y voluntarios cubanos entre los repatriados (Miguel, de, 2011: 221 y 222).

En resumen, durante la guerra de los Diez Años se mandaron 181.040 soldados a Cuba, según las cifras de Fernando Puell de la Villa. Para la guerra de la Independencia, 216.000 hombres cruzaron el Atlántico de los cuales regresaron 180.496¹⁶ retomando los datos de Enrique de Miguel Fernández, como expuesto en el párrafo superior. Además es interesante aportar que «la cifra de soldados españoles que permanecieron en Cuba al terminar la contienda fue inapreciable» según el planteamiento de Enrique de Miguel Fernández (Miguel, de, 2010a: 244). En total, según los investigadores citados, 397.040 hombres fueron embarcados para las dos principales guerras de Cuba de 1868-1878 y de 1895-1898. Una cifra que será retomada más adelante.

¹⁵ «El día 4 de octubre cambiaba el Gobierno y el día 9 aparecía en la *Gaceta* el relevo del general Weyler por Blanco» (Miguel, de, 2011: 217).

¹⁶ En esta cifra están también incluidos soldados negros y cubanos pero a efectos de nuestro análisis esta cifra no es significativa.

4. LA REPATRIACIÓN

Para que fuese firmado el Tratado de Paz en París a finales de 1898, España no tuvo otra alternativa que aceptar las condiciones impuestas por los Estados Unidos en agosto de ese mismo año: renunciar a cualquier pretensión sobre Cuba y proceder a la inmediata evacuación de las tropas estacionadas en esta y en Puerto Rico. España no tuvo que abonar una indemnización pecuniaria por daños de guerra pero se vio obligada a la cesión de Puerto Rico y demás islas bajo soberanía española en las Indias occidentales. España aceptó todas las condiciones impuestas en el Tratado sin haber considerado algún plan de retorno y acogida de sus tropas en la Península (Gómez, 2000: 36 y 37).

En consecuencia, España se encontró con que tenía de plazo hasta el 1 de diciembre de 1898 para completar la repatriación de sus soldados y material. Un plazo imposible de cumplir si examinamos el ritmo al que se trasladaban las tropas según reflejaban las estadísticas: «desde el 16 de agosto hasta el 1 de octubre [...] embarcaron para la Península, 4.666 hombres en 7 expediciones». Los puertos de desembarque inicialmente previstos eran solo los de La Coruña, Santander y Vigo pero en octubre, bajo la continua presión de los americanos y ya con su capacidad de acogida desbordada, el Gobierno español tuvo que acondicionar los puertos de Barcelona, Valencia, Málaga y Cádiz. Algunos detalles son ilustrativos de la magnitud de la tragedia de aquellos meses como la limitación de embarcar en cada vapor entre 500 y 1.000 enfermos para evitar en palabras textuales del ministro de Guerra el general Blanco: «que se repita lo ocurrido en la repatriación de los enfermos de Santiago de Cuba que se hacinaban en buques de modo inhumano ocasionándose por ello agravación de las dolencias, aumento extraordinario de defunciones y un clamor justo de sentida protesta en el país». En noviembre, los americanos conceden una prórroga de un mes para que la evacuación se terminará «a las 12 en punto del día 1 de Enero de 1899, o antes si fuera posible» (Gómez, 2000: 54, 59, 60 y 61).

Por ello, en base a un acuerdo alcanzado con el Ministerio de Marina, la Compañía Marítima Trasatlántica puso toda su flota a disposición para el transporte de las tropas, incluso sus buques carboneros que ya es mucho decir¹⁷. Los gastos de transporte de la naviera fueron en parte pagados por los americanos. Para dar una idea de la envergadura de la acción empre-

¹⁷ «España poseía entonces las unidades de Trasatlántica principalmente, los cruceros-auxiliares comprados en su día por el Ministerio de Ultramar y los buques mixtos de carga y pasaje de las Compañías Prats, Pinillos, Arrótegui, Serra y algunas más» (González, 1964: 188 y 189).

didada, retomamos aquí la petición del general Blanco en septiembre de 1898 que solicitaba contar con «120 trasatlánticos lo menos» (Gómez, 2000: 130). La necesidad de cumplir con los plazos impuestos obligó a contratar una numerosa flota extranjera de Alemania, Francia e Inglaterra. En su truculento artículo sobre la vida de cada uno de estos buques, Rafael González Echegaray nos dice:

La historia de la repatriación es dolorosa, humillante, ejemplar y silenciosa [...]. Hoy nuestro recuerdo, concretamente, es para los *cirineos* de pabellón extranjero que nos ayudaron en el tiempo record que exigieron los americanos. Hasta 21 buques trasatlánticos no españoles vinieron a echarnos una mano en aquel apuro, [...].

Si se compara esta operación naviera con la que en 1895 y 1896 realizó entusiásticamente la propia Trasatlántica, a la inversa, para el envío extraordinario y urgente de tropa a ultramar nos podemos dar una idea exacta de cuánto estaba implicando la derrota en la marcha económica del país. Los soldados fueron en diez veloces transatlánticos que compró la Compañía entre lo más florido de las flotas mundiales de vapores correos; las sombras de los soldados —disenterías, fiebre amarilla, tifus y malaria— regresaban en veinte transportes de medio pelo, viejos y cachazudos (salvo alguno que otro) sacados a lazo de todas las rutas comerciales. *Vae victis* (González, 1964: 185 y 192).

Las enfermedades que padecían los soldados y causa principal de su muerte, incluso mayor que las bajas en combate, fueron la fiebre amarilla, disentería, paludismo, tuberculosis y anemias. En los puertos de llegada se habilitaron hospitales para cuidar y mantener a los enfermos y heridos en cuarentena y, posteriormente, trasladarlos a los hospitales de Valladolid, Burgos, Vitoria, Lugo, Bilbao, San Sebastián, Pamplona y Zaragoza. Para evitar disturbios en la capital, el Gobierno dio la orden de solo utilizar como último recurso los hospitales de Madrid, Alcalá de Henares, Guadalajara y Cuenca. En el último trimestre de 1898, la autoridad militar acordó con la Cruz Roja que esta se encargaría de acudir a la llegada de los barcos. Asimismo, la Compañía Trasatlántica avisaba directamente a la Cruz Roja de las llegadas de sus buques. La asistencia aportada era sanitaria y también con víveres, suministros farmacéuticos y con el personal necesario para sacar con camillas o a hombros los enfermos de las bodegas de los buques. En realidad, CRE tenía ya a finales de enero de 1898 previsto un plan de actuación completo para que los repatriados vieran todas sus necesidades básicas cubiertas como los cuidados médicos tanto en el desem-

barque como en domicilio, víveres, ropa, aparatos ortopédicos, auxilio en el proceso de traslado, ayuda para los funerales y entierros. (Gómez, 2000: 128, 129, 130, 135, 149, 150 y 195).

Cabe destacar también otro dato muy interesante:

Así como el número de repatriados y los fallecimientos en las travesías se conocen con gran aproximación, ya no son tan seguros los datos de que disponemos sobre los que murieron en los hospitales de la Península, sobre todo cuando la censura no dejó en ciertos casos que se publicaran y las relaciones del DOMG¹⁸ son incompletas y con muchas repeticiones (Miguel, de, 2010b: 297).

Lo que precede pone de manifiesto que todavía está pendiente la recopilación de la información contenida en los anales de la Cruz Roja nacional y compararla con aquella publicada por la prensa de la época así como con los valiosos datos de las investigaciones llevadas a cabo para conseguir el cuadro completo que permita evaluar el impacto social provocado por la llegada de esos miles de repatriados en tan aciagas condiciones.

Al hilo de lo sugerido en el párrafo previo, es de justicia mencionar que, por una parte, la intervención humanitaria de la CRE fue planificada y coordinada por todo el territorio: «[U]n plan logístico de la institución que se extendió a todo el territorio nacional. Tanto a puertos de desembarco como a nudos ferroviarios estratégicos y sanatorios del interior» (García, 2014: 147). Convirtiendo a la sociedad nacional en la primera en Europa que llevó a cabo una intervención de tal envergadura. Por otra parte, cómo la mayoría de los repatriados eran jóvenes gallegos, retomar las palabras de Alfonso García López que nos dice: «[E]l pueblo gallego y Cruz Roja Española, en perfecta unión, desarrollaron una labor humanitaria digna de encomio, en un marco de penuria económica y nula colaboración de las instituciones públicas, digna de resaltar y fijar en la memoria colectiva» (García, 2014: 147).

En efecto, por una serie de circunstancias, los puertos de La Coruña y de Vigo fueron los que más repatriados acogieron en comparación con los puertos de Cádiz, Santander, Málaga, Alicante, Valencia y Barcelona. Además, La Coruña contaba con el Hospital Militar, el Hospital de Caridad y el

¹⁸ El Diario Oficial del Ministerio de la Guerra.

Sanatorio Regional de Cruz Roja¹⁹ para atender a los cientos de enfermos y heridos. Estos establecimientos fueron incluso insuficientes para atender a todos los necesitados pero ninguno de los demás puertos oficiales tenía una infraestructura equivalente (García, 2014: 149). En la ciudad coruñesa, los repatriados que llegaban en mejores condiciones físicas se dirigían directamente hacia sus respectivos acuartelamientos en espera de la orden que les permitiría regresar a sus hogares. Alfonso García López retoma las palabras del poeta y escritor gallego Eladio Rodríguez en la Memoria de 1902:

Nuestras calles sirvieron durante muchos días y meses de obligado itinerario a aquellas procesiones de restos casi inútiles de una juventud que había sido lozana, robusta y briosa (García, 2014: 169).

5. EL IMPACTO EN LA POBLACIÓN Y REPERCUSIONES EN LAS SIGUIENTES GENERACIONES

En este epígrafe se aportarán dos tipos de datos, por una parte, algunas cifras sobre el estado de la población y por ende de las tropas de aquella época y, por otra, expondremos alguna información sobre el rol de la prensa que con sus artículos causó gran impacto y provocó la solidaridad de todo un pueblo.

Estos datos sociales son significativos para entender el desastre de 1898 y su impacto en la población, veamos:

A finales del siglo XIX, España era un país atrasado respecto a otros europeos que habían subido antes al tren de la industrialización. Con 18,1 millones de habitantes, su tasa de mortalidad llegaba al 28,2 por mil y la esperanza de vida era sólo de 29 años, frente a los 45 de Inglaterra o los 50 de Suecia. [Ú]nicamente un 36 por ciento de la población sabía leer y escribir (Miguel, de, 2011: 230).

¹⁹ En el sanatorio: «La primera actuación consistía en inscribir las altas en el libro registro correspondiente, con indicación de: número de registro, lugar al que se dirigirían, regimiento al que estaban adscritos, diagnóstico, entrega de vestuario y cama asignada, etc. Los servicios del sanatorio comunicaban a las autoridades militares los datos relativos a los soldados que quedaban ingresados; cuando salían hacia sus destinos se anotaba la fecha y las observaciones oportunas» (García, 2014: 169).

Por ello, no es de sorprender que las condiciones sanitarias del ejército español incluso en la Península eran deplorables: «En el periodo de 1878 a 1898, su tasa de mortalidad era del 13,49 por mil, la más alta de los ejércitos europeos [...], Alemania el 3,97 por mil» (M. Gracia Rivas, *ápud Miguel*, de, 2011: 231). Resulta fácil entender que al embarcar para Cuba muchos de los soldados no gozaban de buena salud, recordamos que eran jóvenes malnutridos por pobres. Llegados a Cuba su salud se deterioraba aún más por una mala alimentación, la mala calidad del vestuario y del calzado, las enfermedades tropicales, la falta de medicamentos y de agua potable. Estas son las razones por las que hubo muchas muertes por enfermedades «superando el 20 % de los militares llevados. Un 50 % de los hombres de cada reemplazo caían enfermos después del primero o segundo mes del desembarco» (M. Gracia Rivas, *ápud Miguel*, de, 2011: 233).

Por otra parte, parece importante resaltar el impacto demográfico que tuvieron las dos guerras de Cuba en un país con unas condiciones sociales tan atrasadas. En 1887²⁰ en España había 17,8 millones de habitantes de los cuales embarcaron para las dos guerras consideradas 397.040 hombres, es decir, el 2,23 por ciento de la población. Si aplicásemos ese mismo porcentaje a la población actual de 46.468.102²¹ personas es como si se hubiesen mandado 1,04 millones de ciudadanos a la guerra.

Se puede afinar esta comparación tomando como referencia el número de varones, 4,43 millones, entre diecinueve y sesenta años en 1887²². En consecuencia, el nueve por ciento de la población activa masculina fue a la guerra. Una cifra que permite afirmar que tuvo un impacto enorme ya no solo social sino económico por la fortísima disminución de la fuerza laboral en un país que ya atravesaba una crisis económica agudizada por la pérdida de las colonias. Los muertos y los repatriados fueron tan numerosos que pocas familias no vivieron el desgarramiento de una pérdida, el de presenciar la enfermedad o invalidez de un familiar.

Lo expuesto aquí arriba da cabida a las siguientes palabras:

La inmediata consecuencia fue que los españoles evolucionaron hacia el pacifismo, y por ende hacia el antimilitarismo, rompiendo con su larga tradición guerrera y a contracorriente del resto de la opinión

²⁰ Fondo documental del Instituto Nacional de Estadística, Resúmenes generales de la clasificación por edad, Censo de 1887. p. 3/27 PDF y 445 del original. <http://www.ine.es/inebaseweb/pdfDispatcher.do?td=194167&ext=.pdf>

²¹ Datos Instituto Nacional de Estadística (INE): http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176951&menu=ultiDatos&idp=1254735572981

²² Ob.cit. Censo de 1887.

pública europea de la época. Los jóvenes que se incorporaron al servicio militar, en los primeros años de nuestro siglo, acudieron al cuartel no sólo renegando de su mala suerte, como era normal hasta aquel momento, sino también en contra de sus convicciones más íntimas y conscientes además de que el resto de la sociedad respaldaba su postura (Puell, 1996: 266).

En cuanto al rol de la prensa, sabemos que los periódicos de la capital no tardaron en criticar vivamente la desorganización en la atención prestada a los repatriados pues el espectáculo en las estaciones de trenes era tan espantoso que incluso *El Imparcial* acusó al Gobierno de haber mandado instrucciones que aquellos soldados con destino al centro de la Península no pasarán por Madrid. La prensa en general se volcó informando sobre el estado de estos repatriados y se hizo eco de las necesidades de ayuda humanitaria. Un buen ejemplo de ello fueron los periódicos el *Faro de Vigo*, el *Imparcial* o el *Diario del Comercio* (Gómez, 2000: 168 y 172).

Ilustra este estado de ánimo la información del corresponsal de *El Liberal* que telegrafió el 18 de septiembre de 1897 desde Santander con la crónica de la llegada a dicha ciudad del *Isla de Panay*, que había partido de La Coruña unos días antes con los soldados no desembarcados allí. «Según el corresponsal parecían verdaderos cadáveres, muchos tuvieron que ser bajados del barco en brazos de los individuos de la Cruz Roja y de algunas mujeres del pueblo que se prestaron voluntariamente a ese penosísimo trabajo». Añadiendo en dicha crónica que «otros vivirían poco y que la población estaba tristemente impresionada» (Miguel, de, 2011: 280).

El revuelo que provocaron estas llegadas fue tan grande que la opinión pública se puso en contra del Gobierno. «Quizás la llegada del *Isla de Panay*, junto con la pérdida de Victoria de las Tunas, tuvo una influencia que resultó definitiva para la caída del gobierno conservador unos días más tarde y la formación de otro liberal». (Miguel, de, 2011: 281).

Siguiendo esta línea sobre el impacto en la población, citamos las palabras de Alfonso García López que, después de aportar el dato del gasto material que supuso la guerra de Cuba para España, recuerda que al terminar esta «se puso de moda una frase que ha llegado a nuestros días, entre pesimista, nostálgica, jocosas y resignada: ¡Más se perdió en Cuba!». Además, el mismo autor expone: «[L]as consecuencias inmateriales fueron dolor, pesimismo, impotencia, resignación fatalista, desconfianza en el futuro, huella en la mente e instalación de un cierto complejo de inferioridad en los españoles» (García, 2014: 133).

Se considera que sería necesario abundar en el estudio de los datos sociales pero partiendo de esta base se cree que no es cosa temeraria afirmar que la sociedad ya no quería oír hablar de guerras. El orgullo nacional de ser una potencia internacional había desaparecido, España lo había perdido todo y de forma humillante. Era un país pobre, en crisis, traumatizado y además sin fuerza de trabajo. Convertirse en un país pacifista no fue una elección fue la consecuencia de un trauma. Cerramos este epígrafe recordando lo que sucedió unos años más tarde:

El aumento del número de prófugos, la desbandada de reservistas en 1909, que hizo necesario vigilar puertos y fronteras, las llamadas angustiosas a los periodistas de los soldados de Melilla para que les devolvieran a la Península, los suicidios en los campamentos, etc., eran síntomas evidentes de un cambio de actitud generalizado, que no podía encubrir la mitificación del cabo Noval como muestra de la permanencia de las virtudes tradicionales del soldado español (Puell, 1996: 271).

6. CONCLUSIÓN

El conflicto bélico y sus facetas políticas, militares y económicas han sido estudiados de forma extensa y, sobre todo, con motivo de los actos de conmemoración del centenario de la derrota española ante los americanos. Los periodistas de aquella época utilizaron el término de «cadáveres vivos» como la expresión que mejor describía el estado de los militares que desembarcaron o fueron desembarcados en la Península. Sin embargo la organización, el proceso mismo de repatriación y la red de ayuda constituida en la Península para aliviar el sufrimiento de estos militares no ha sido tema de igual interés. Multitud de ciudadanos anónimos y los voluntarios de CRE han sido testigos del estado en el que llegaban los repatriados aportando lo que llamaríamos hoy «una atención integral» hasta acompañar en el entierro e incluso sufragar sus gastos. En aquella época, con la divulgación de la información a través de su revista o boletines provinciales, Cruz Roja creó una forma de llegar al conjunto de la población, captar socios, fondos y así constituir su red de voluntarios. Una actuación precursora en una operación humanitaria de gran envergadura, posiblemente la primera de semejantes dimensiones llevada a cabo por una Cruz Roja nacional en Europa. Además, la abundante literatura que tiene CRE sobre su despliegue y actuación puede ser de gran utilidad para la investigación, que todavía queda por realizar, sobre el impacto sociológico de aquella guerra en el conjunto de la población.

Al margen de llamar la atención sobre la conveniencia de profundizar en el estudio de la operación humanitaria, quisiera concluir con una reflexión sobre el profundo efecto traumático que supuso para la sociedad española el cúmulo de dramas individuales que generó aquel conflicto. Los repatriados entraron a formar parte de listas anónimas de beneficiarios de ayudas o de fallecidos pero es de justicia recordar cada número de aquellas listas por representar a un joven que, bien vivo o muerto, condicionaría la vida de su familia y varias generaciones marcadas por esa tragedia. Además, el drama de la derrota sería acrecentado por la generación de intelectuales del 98. El pesimismo marcó algunos de los mejores escritores, poetas y filósofos de este país que, con sus trabajos, influenciaron un sentir nacional que perdura todavía hoy día. Aquellos «cadáveres vivientes» han sido las raíces de un sentimiento antimilitar y pacifista ulteriormente alimentado por las derrotas africanas, una guerra civil y posterior dictadura, circunstancias históricas que pueden explicar la generalizada falta de cultura de defensa de la España actual.

7. BIBLIOGRAFÍA

- Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar, 1949 (II CG-1949): <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-2-5tdkwc.htm>
- García López, A., *Cruz Roja y Galicia. Unidas por la Historia: 1864-1900*, A Coruña: Primerapersona, Septiembre 2014.
- Gómez Martín, M. T., «La Repatriación del Ejército de Ultramar 1898-1899. El sistema de ayudas: auxilios y donaciones». Trabajo de investigación de Tercer Ciclo. Departamento de Historia Contemporánea, Facultad de Geografía e Historia, UCM, 2000.
- González Echegaray, R., «Los Cirineos de la Repatriación», *Revista General de Marina*, agosto-septiembre, 1964.
- Miguel Fernández-Carranza, E. de., «Las tropas españolas en la Guerra de Cuba: de las estimaciones especulativas a la cuantificación», *Anales de la Real Academia de Cultura Valenciana*, n.º 85, 2010(a). http://www.racv.es/institucional/files/TROPAS_ESP_GUERRA_CUBA.pdf
- Miguel Fernández-Carranza, E. de., «Un balance de la repatriación de Cuba: los fallecidos. El caso del batallón expedicionario del Regimien-

- to de Infantería Soria N° 9», *Boletín de la Real Academia de la Historia* – Tomo CCVII Cuaderno II, mayo-agosto de 2010(b), pp. 294-332.
- Miguel Fernández-Carranza, E. de., *Azcárraga-Weyler y la conducción de la guerra de Cuba*. Tesis doctoral. Departamento de Historia, Geografía y Arte, Universidad Jaume I de Castelló, 2011.
- Miguel Fernández-Carranza, E. de., y Navarro Chueca, F.J., «La repatriación intermedia durante la Guerra de Cuba (1895-1898)», *Revista Digital de la Real Academia de Cultura Valenciana*, 2013: <http://www.racv.es/institucional/files/La-repatriacion-intermedia-durante-la-Guerra-de-Cuba.pdf>
- Nahlik, Stanislaw E., «Compendio de Derecho Internacional Humanitario: Abreviaturas». Separata de la *Revista Internacional de la Cruz Roja*, vol. 64, julio-agosto 1984: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/5tdmrc.htm>
- Pictet, Jean, «Desarrollo y Principios del Derecho Internacional Humanitario». Curso dado el mes de julio de 1982 en la Universidad de Estrasburgo, 1982: https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/desarrollo_y_principios.htm
- Puell de la Villa, F., *Origen, vida y reclutamiento del infante español (1700-1912)*. Tesis doctoral, UNED, 1995: Capítulo 8 mandado expresamente por el autor.
- Puell de la Villa, F., *El soldado desconocido. De la leva a la «mili» (1700-1912)*, Madrid: Biblioteca Nueva, 1996.

EL SERVICIO JURÍDICO DE LA DEFENSA EN LA REPÚBLICA FEDERAL DE ALEMANIA

Antonio Pau Echave-Sustaeta
Teniente Auditor

SUMARIO:

I. El asesor jurídico del ejército (Rechtsberater in der Bundeswehr). II. Los tribunales militares (Wehrdienstgerichte). III. El fiscal de la disciplina militar (Wehrdisziplinaranwalt). IV. La cuestión del estatuto profesional (die Statusfrage)

I. EL ASESOR JURÍDICO DEL EJÉRCITO (RECHTSBERATER DER BUNDESWEHR)

El Servicio Jurídico del Ejército alemán (*Rechtspflege in der Bundeswehr*) es uno de los cinco ámbitos a los que se extiende la Defensa —o, en términos administrativos, la competencia del Ministerio Federal de Defensa (*Bundesministeriums der Verteidigung*)—, junto a las fuerzas de combate (*Streitkräften*), la intendencia (*Rüstungsbereich*), las instalaciones militares (*Territorialen Wehrverwaltung*) y la atención espiritual (*Militärseelsorge*). Esta sistematización no deriva del Derecho positivo, sino de la doctrina, que unánimemente sostiene la llamada *Funf-Säulen-Theorie*, que literalmente significa «la teoría de las cinco columnas».

Una visión panorámica del ámbito que abarca el Servicio Jurídico el Ejército aparece en una publicación oficial del Ministerio alemán de Defensa titulada *Análisis crítico. El Ejército en el umbral del siglo XXI* (*Bes-*

tandsaufnahme. Die Bundeswehr an der Schwelle zum 21. Jahrhundert¹). En ella se dice² que «el Ejército está sometido, tanto en el cumplimiento de sus funciones de defensa como en su organización interna, a las normas jurídicas. Los preceptos y las reglas del Estado de Derecho han de ser cumplidos en las operaciones militares y en el ejercicio de los principios de autoridad y de obediencia. Las legítimas pretensiones de los militares relativas a sus derechos cívicos han de ser tenidos en cuenta. Todo ello exige el sometimiento al Derecho de los procedimientos militares de decisión. Enseñanza, asesoría y sancionamiento disciplinario (*Lehre, Beratung und dienstrechtliche Sanktionierung*) son las tareas del Servicio Jurídico el Ejército (*Rechtspflege in der Bundeswehr*)».

Como puso de relieve el ministro de Defensa en las palabras inaugurales de la conmemoración del 50 aniversario de la creación del Cuerpo de Asesores Jurídicos del Ejército, «las Fuerzas Armadas alemanas están firmemente integradas en el Ordenamiento jurídico derivado de la Ley Fundamental. Las decisiones militares deben adoptarse en concordancia con los principios jurídicos nacionales e internacionales. La Ley Fundamental y el Derecho internacional constituyen el marco inviolable de todas las operaciones de nuestras Fuerzas Armadas, tanto en el interior como en el exterior». Y añadió: «Los conocimientos jurídicos, la conciencia jurídica y la fidelidad al Derecho constituyen hoy una base esencial del cumplimiento de las tareas que corresponden al Ejército Federal. Nuestros militares, hombres y mujeres, tiene que distinguir, en sus tareas cotidianas, qué es lo que está ajustado al Derecho y qué es lo que no lo está». Y concluía: «El asesoramiento jurídico del Ejército es hoy más necesario que nunca»³.

El ejercicio del Servicio Jurídico el Ejército corresponde a unos funcionarios públicos, dependientes del Ministerio de Defensa, denominados asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater der Bundeswehr*). Para el acceso a la condición profesional de asesores jurídicos del Ejército, los aspirantes han de haber cursado la carrera con nota media de notable (*vollbefriedigend*), al menos, y superar dos exámenes estatales (*Staatsexamen*), y realizar un curso en el Centro de Formación de Asesores Jurídicos del Ejér-

¹ Edit. Por el Ministerio Federal de Defensa. Oficina de Prensa e Información del Gobierno Federal (*Bundesministerium der Verteidigung Presse- und Informationsamt der Bundesregierung*), Bonn 2000.

² P. 114.

³ Dr. Franz Josef Jung, ministro de Defensa, en *Derecho y Ejército. 50 años del Servicio Jurídico del Ejército* (*Recht und Militär. 50 Jahre Rechtspflege der Bundeswehr*, Berlín, 2006), p. 7.

cito (*Rechtsberaterausbildungszentrum*)⁴, con sede en Coblenza. Para que los asesores jurídicos pueden actuar como jueces, han de haber aprobado las pruebas que habilitan para el ejercicio de la judicatura (*Befähigung zum Richteramt*, literalmente «aptitud para el ejercicio de la función judicial»⁵).

Los asesores jurídicos del Ejército tienen una naturaleza peculiar: se les considera civiles que ocupan un puesto militar (*STAN-Dienstpost*)⁶. Únicamente en el caso de que participen en misiones en el exterior adquieren la condición plena de militar, con el empleo de *Major* o comandante, de *Oberstleutnant* o teniente coronel, o de *Oberst* o coronel. El traslado del rango civil al rango militar se hace conforme a los criterios de la Ley Federal de Retribuciones (*Bundesbesoldungsgesetz*), que distingue entre «grupos de la escala salarial» (*Besoldungsgruppe*). Tratándose de asesores jurídicos del Ejército, estos pueden pertenecer a uno de los tres grupos — que carecen de equivalencia entre los funcionarios públicos españoles⁷— de *Regierungsrat*, *Oberregierungsrat* y *Regierungsdirektor*⁸.

Por tratarse de civiles, la participación de los asesores jurídicos del Ejército en misiones que se desarrollan en el exterior es voluntaria. El respeto a este principio de libertad (*Freiwilligkeitsprinzip*) —y de la correlativa facultad de negarse a formar parte del ejército (*Wehrdienstverweigerung*)— plantea un grave problema práctico, porque es menor el número de los asesores jurídicos que manifiestan su voluntad de participar en esas operaciones, que el número de los asesores que son necesarios en ellas. Este es uno de los argumentos que hoy día se aducen para preconizar un cambio de estatuto de los asesores jurídicos del Ejército (a que se hará re-

⁴ El conjunto de Centros de Formación forman el *Zentrum Innere Führung*, con sede en Coblenza y dirigido hoy día por el *Generalmajor* (general de División) Jürgen Weigt.

⁵ Esas pruebas (reguladas en el § 5 de la Ley Judicial Alemana —*Deutsche Richtergesetz*—, que lleva como epígrafe *Befähigung zum Richteramt*), habilitan igualmente para ejercer como fiscal y como notario.

⁶ Distinto es el caso de los oficiales de Sanidad (*Sanitätsoffiziere*), que tienen carácter militar: empiezan recibiendo una formación militar básica (*allgemein-militärische Grundausbildung*), le sigue un curso de sanidad militar (*Sanitätsoffizierewärterlehrgänge*), y a continuación cursan la carrera (medicina, ortodoncia, farmacia o veterinaria) en una universidad, para reincorporarse inmediatamente después al Ejército. Y distinto es también el caso de los capellanes del Ejército, que son sacerdotes católicos y pastores protestantes que no adquieren en ningún caso la condición de militares. Cuando participan en misiones del exterior tienen obligación de vestir uniforme, sin distintivo de empleo.

⁷ La organización de los funcionarios públicos en *categorías* estuvo vigente en España entre el R.D. de 18 de junio de 1852 y la Ley de Funcionarios Civiles de 1964. Las categorías (jefe superior de la Administración, jefe de la Administración —de primera y de segunda clase—, oficial y aspirante a oficial) eran personales, independientes del puesto que se ocupaba, y determinaba la retribución, los honores, el tratamiento y el uniforme.

⁸ Traducidas estas expresiones literalmente sería «asesor gubernativo», «alto asesor gubernativo» y «director gubernativo».

ferencia luego, en el ap. IV de este trabajo), que los convierta en militares desde el momento de su acceso a la función.

El citado principio de libertad no se aplica cuando el Parlamento Federal (*Bundestag*) ha declarado el estado de guerra o el estado de sitio (*Verteidigungs und Spannungsfall*). En estos casos el asesor jurídico adquiere *ex lege* la condición de militar.

Las funciones del asesor jurídico del Ejército son básicamente dos: la de asesorar a las autoridades militares y la de intervenir en los procedimientos disciplinarios.

En el ejercicio de la primera función, solo pueden estar destinados a una división (*Division*) o a un cuerpo de ejército (*Korps*), y por tanto solo pueden ser asesores de un general de División o de un teniente general.

En el ejercicio de la segunda función reciben el nombre de fiscales de la Disciplina Militar (*Wehrdisziplinaranwälte*). Su función de asesores jurídicos se considera, legalmente, el *Hauptamt*, es decir la función principal, y su ejercicio como fiscales militares se considera el *Nebenamt*, es decir, la función complementaria o secundaria.

En cuanto a su número, un centenar de asesores jurídicos del Ejército ejerce las funciones de asesoramiento y disciplina, 50 ejercen funciones docentes en Academias y Centros militares, y 20 son jueces de los Tribunales Militares (*Wehrdienstgerichte*)⁹. En el ejercicio profesional ante los Tribunales militares —tanto si ejercen como fiscales o como jueces— han de vestir toga y birrete (*Amtsrobe und Barett*¹⁰), de color negro si ejercen su función en los *Truppendienstgericht* (Tribunales de la Función Militar) y de color rojo —concretamente carmesí, *karmesinrot*— si la ejercen en el *Bundesverwaltungsgericht* (Tribunal Contencioso-administrativo Federal). Existen diferencias en la indumentaria según ejerzan como jueces o como fiscales¹¹.

Desde el año 1991, en que entró en vigor en Alemania el Protocolo Adicional Primero a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949

⁹ Al tiempo de escribir estas páginas, el número de mujeres que ejercen la función de asesor jurídico del Ejército es de 19. En noviembre de 1998 se abrió a la mujer el acceso a la función de asesor jurídico del Ejército. La modificación del art. 12 a de la Ley Fundamental, llevada a cabo el 19 de diciembre de 2000, permitió a la mujer formar parte de las tropas, como asesora jurídica —también en funciones de fiscal y de juez—, en misiones en el exterior.

¹⁰ *Anordnung des Bundespräsidenten über die Amtstracht bei den Wehrdienstgerichten*, de 19.06.1957.

¹¹ La toga y el birrete son de terciopelo en el primer caso y de seda en el segundo; y por otro lado, el ribete o cinta que rodea el cuello de la toga es ancha y blanca en el caso de los jueces (*breite weiße Halsbinde*), y simple y blanca en el caso de los fiscales (*einfache weiße Halsbinde*).

relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, de 8 de junio de 1977, a los asesores jurídicos del Ejército se les ha encomendado una nueva función: la de exponer y explicar al personal militar las normas jurídicas contenidas en los Convenios y en el citado Protocolo, y asesorarle en su cumplimiento, todo ello en ejecución de lo dispuesto en el art. 83 del Protocolo Adicional, según el cual, «las Altas Partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, tanto en tiempo de paz como en tiempo de conflicto armado, los Convenios y el presente Protocolo en sus países respectivos y, especialmente, a incorporar su estudio en los programas de instrucción militar [...], de forma que esos instrumentos puedan ser conocidos por las Fuerzas Armadas».

Se ha discutido en la doctrina si el asesor jurídico que participa en misiones que se desarrollan en el exterior está obligado al asesoramiento que los militares requieran de él sobre cuestiones privadas, o, lo que es lo mismo, sobre problemas personales de Derecho privado. Los autores llegan a la conclusión de que, más allá de lo que resulta de una interpretación estricta de las normas, los asesores están obligados a lo que llaman «primeros auxilios jurídicos» (*juristische Erste Hilfe*), es decir, al asesoramiento en cuestiones «agudas» o «graves» de carácter personal (*in akuten privaten Rechtsangelegenheiten*)¹².

La figura del asesor jurídico del Ejército carece en Alemania de una regulación propia de carácter legal. La única regulación general sobre ella está contenida en la *Instrucción Provisional sobre el servicio del Asesor Jurídico del Ejército (Vorläufige Dienstanweisung für die Rechtsberater bei der Truppe)*, dictada el 9 de noviembre de 1956, y aún vigente.

Los asesores jurídicos del Ejército están subordinados, no solo a la autoridad militar a cuyo asesoramiento están destinados, sino también a determinados superiores de su propio Cuerpo que reciben el nombre de asesores jurídicos-inspectores del Servicio (*Dienstaufsichtsführenden Rechtsberater*).

II. LOS TRIBUNALES MILITARES (WEHRDIENSTGERICHTE)

La existencia y la constitución de Tribunales Militares no proceden directamente de la Constitución alemana¹³. La responsabilidad civil y militar

¹² Niels Bunzen, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal en misiones en el exterior, (Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz)*, Berlín 2005, pp. 100 a 103.

¹³ A diferencia de lo que establece el art. 117, ap. 5 de la Constitución española, que impone la creación de los Tribunales Militares, al expresarse en términos imperativos: «La

de los militares, derivada del incumplimiento del Derecho disciplinario, ha de dirimirse, en principio, por los Tribunales Civiles. Es una ley ordinaria la que ha decidido su constitución, ley que podía no haberse dictado, al no venir impuesta por la Constitución. La creación de los Tribunales Militares (*Wehrdienstgerichte*) la realizó la Ley de Disciplina Militar (*Wehrdisziplinarordnung*) de 15 de marzo de 1957, que tenía su base en el art. 96, ap. 2 de la Ley Fundamental (*Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*), que dispone que «la Federación podrá crear tribunales penales militares como tribunales federales, para las Fuerzas Armadas. Estos no podrán ejercer la jurisdicción penal más que en el caso de defensa, así como sobre miembros de las Fuerzas Armadas que hubieren sido enviados al extranjero o que estuvieren embarcados en navíos de guerra. La regulación se hará por una ley federal». (*Der Bund kann Wehrstrafgerichte für die Streitkräfte als Bundesgerichte errichten. Sie können die Strafgerichtsbarkeit nur im Verteidigungsfalle sowie über Angehörige der Streitkräfte ausüben, die in das Ausland entsandt oder an Bord von Kriegsschiffen eingeschifft sind. Das Nähere regelt ein Bundesgesetz*).

Los Tribunales Militares se articulan en dos Tribunales de la Función Militar (*Truppendienstgericht*) y dos Salas de lo Militar (*Wehrdienstsenate*) del Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*).

Existen únicamente dos *Truppendienstgerichte*: el del Norte, con sede en Münster, y el del Sur, situado en Múnich. Hasta el año 1992 existía un tercer tribunal, con sede en Coblenza, que fue suprimido. El *Truppendienstgericht Nord* tiene competencia sobre el personal militar que ejerce su función en los Länder del norte (Berlín, Brandemburgo, Bremen, Hamburgo, Mecklemburgo-Pomerania Occidental, Baja Sajonia y Westfalia), y el *Truppendienstgericht Süd* tiene competencia sobre el personal militar que ejerce su función en los Länder del sur (Baden-Wurtemberg, Baviera, Hessen, Renania-Palatinado, el Sarre, Sajonia, Turingia y la Región de Colonia¹⁴), así como sobre los militares que se encuentren en misión en el extranjero.

Desde que se dictó la *Orden de creación de Tribunales de la Función Militar (Verordnung über die Errichtung von Truppendienstgerichten)*, el 16 de mayo de 2006, y fue complementada por la *Orden que regula la competencia de los Tribunales de la Función Militar y la creación de salas*

ley regulará el ejercicio de la jurisdicción militar en el ámbito estrictamente castrense [...].».

¹⁴ *Regierungsbezirk Köln*. El *Regierungsbezirk* es la unidad administrativo-territorial en que se dividen algunos Länder alemanes. Los *Regierungsbezirke* están, a su vez, divididos en distritos (*Kreise*).

en los mismos (*Verordnung zur Regelung der Dienstbereiche der Truppendienstgerichte und zur Bildung von Truppendienstkammern*), de 15 de agosto de 2012, el Tribunal del Norte está integrado por siete salas (*Kammern*), situadas, dos en Münster (primera y segunda), dos en Hamburgo (tercera y cuarta), dos en Potsdam (quinta y sexta) y una en Coblenza (séptima), y el Tribunal del Sur está formado por otras siete salas, que radican, dos en Múnich (primera y segunda), dos en Coblenza (tercera y cuarta), dos en Erfurt (quinta y sexta) y una en Potsdam (séptima). Como puede advertirse, en Coblenza y en Potsdam coincide la sede de salas de ambos tribunales.

Cada una de las salas de un *Truppendienstgericht* está formada por un juez civil (*ziviler Berufsrichter*) y dos jueces militares (*ehrenamtlicher Richter*¹⁵).

El Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*) tiene dos Salas de lo Militar (*Wehrdienstsenate*), presididas por un juez civil¹⁶, e integradas por un número variable de jueces civiles y jueces militares. Este tribunal tiene su sede en Leipzig.

La competencia de los Tribunales Militares se centra en los procedimientos sancionadores (*Strafverfahren*) y en los procedimientos de queja (*Beschwerdeverfahren*). Respecto de los procedimientos sancionadores, los Tribunales de la Función Militar actúan en primera instancia, y las Salas de lo Militar del Tribunal Contencioso-administrativo Federal deciden en segunda y última instancia. En cuanto a los procedimientos de queja, los Tribunales de la Función Militar actúan en única instancia; contra sus decisiones no cabe ulterior recurso. Por su parte, las Salas de lo Militar del Tribunal Contencioso-administrativo Federal actúan en única instancia cuando se trata de recursos contra de decisiones o disposiciones adoptadas o dictadas por el ministro de Defensa (*Verteidigungsminister*) o el jefe del Alto Estado Mayor de la Defensa (*Generalinspekteur der Bundeswehr*).

¹⁵ Aunque los jueces militares son llamados *ehrenamtlicher Richter* —lo que literalmente significa «jueces honorarios»—, solo se quiere decir con esta expresión que no ejercen como jueces civiles, sino que están ocupando un puesto como asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater in der Bundeswehr*).

¹⁶ En la fecha en que se escriben estas páginas, ambas salas están presididas por la misma persona, la jueza Dr^a Sibylle von Heimburg.

III. EL FISCAL DE LA DISCIPLINA MILITAR (WEHRDISZIPLINARANWALT)

Los fiscales militares intervienen tanto el procedimiento sancionador (*Strafverfahren*) como en el procedimiento de queja (*Beschwerdeverfahren*). El primero está regulado en la Ley de disciplina militar (*Wehrdisziplinarordnung* [WDO], de 2001, cuya última reforma es de 28 de agosto de 2013) y el segundo en la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung* [WBO], de 1956, cuya última reforma es de 21 de julio de 2012).

Los fiscales militares están subordinados al fiscal Federal de la Disciplina Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*)¹⁷, que tiene la consideración de «alto cargo federal» (*Bundesoberbehörde*), lo que supone la dependencia directa del ministro de Defensa. Dado que los asesores jurídicos del Ejército (*Rechtsberater der Bundeswehr*) son a la vez fiscales militares (*Wehrdisziplinaranwalt*) —ejerzan o no esta última función—, el fiscal Federal de la Disciplina Militar es la autoridad máxima de todos los asesores jurídicos, el jefe del Cuerpo.

En el desarrollo del procedimiento sancionador tiene el fiscal militar las siguientes funciones:

- a) Asesorar a la autoridad con facultad de incoar expediente disciplinario (*Einleitungsbehörde*) en todas las cuestiones que se planteen durante su tramitación del expediente.
- b) Tramitar la información previa para el esclarecimiento de los hechos (*Vorermittlung*).
- c) Redactar el proyecto de decisión de no apertura del procedimiento sancionador (*Entwurf eines Absehensverfügung*).
- d) Redactar el proyecto de decisión de apertura del procedimiento sancionador (*Entwurf der Einleitungsverfügung*).
- e) Dirigir la investigación para la clarificación de los hechos (*Ermittlungen zur Aufklärung des Sachverhaltes*), llevar a cabo el interrogatorio del expedientado y de los testigos (*Vernehmung des Beschuldigten und der Zeugen*), reclamar la intervención de peritos (*Bestellen eines Sachverständigen*), solicitar la expedición de

¹⁷ En el año 2009 fue nombrado para el cargo Holger Zetzsche, que continúa ejerciéndolo al tiempo de redactarse estas páginas, y ha sido coordinador de la obra *Derecho y Ejército. 50 años del Servicio Jurídico del Ejército (Recht und Militär. 50 Jahre Rechtspflege der Bundeswehr*, ed. Nomos, Berlín 2006).

- documentos (*Beiziehen von Urkunden*) y practicar la inspección ocular (*Augenscheinseinnahme*).
- f) Redactar el pliego de cargos (*Anschuldigungsschrift*).
 - g) Redactar el borrador de la decisión de sobreseimiento (*Entwurfser Einstellungsverfügung*).
 - h) Formulación de las conclusiones definitivas (*Schlussvortrag*).
 - i) Informar sobre si el proyecto de resolución sancionadora ha de ser sometido a informe del fiscal Federal de la Disciplina Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*).
 - j) Proponer la interposición del recurso contra la sentencia del Tribunal (*Truppendienstgericht*) ante la Sala de lo Militar del Tribunal de lo Contencioso-administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*).
 - k) Cuando la resolución ha adquirido firmeza, dirigir su ejecución (*die Vollstreckung leiten*).

En el procedimiento de queja (*Beschwerdeverfahren*) tienen los fiscales militares únicamente una función asesora. No participan directamente en la tramitación del procedimiento.

Según el § 1 de la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung*), que lleva como epígrafe la frase «derecho de queja» (*Beschwerderecht*), «el militar puede interponer una queja cuando considera que un superior o cualquier miembro de otra unidad del Ejército le ha tratado incorrectamente, o cuando se considere lesionado por la conducta inadecuada de un compañero» (*Der Soldat kann sich beschweren, wenn er glaubt, von Vorgesetzten oder von Dienststellen der Bundeswehr unrichtig behandelt oder durch pflichtwidriges Verhalten von Kameraden verletzt zu sein*). La queja puede basarse también, según el mismo parágrafo, en que una solicitud presentada no ha sido decidida o resuelta en el plazo de un mes.

Se prohíben rigurosamente las quejas colectivas (*Gemeinschaftliche Beschwerden sind unzulässig*, dice el apartado 4 del parágrafo primero de la Ley). Se basa esta norma en que, si bien el artículo 17 de la Ley Fundamental establece que «toda persona tiene el derecho de presentar individual o colectivamente, por escrito, peticiones o reclamaciones a las autoridades competentes y a los órganos de representación del pueblo», el artículo 17 *a* del mismo texto constitucional establece que «las leyes relativas a la función militar podrán determinar que para los integrantes de las Fuerzas Armadas se restrinja [...] el derecho de petición [artículo 17] en cuanto confiere el derecho de presentar peticiones o reclamaciones en forma colectiva».

Consideran los autores que este derecho de queja se basa en la concepción legal del militar como «ciudadano de uniforme». La idea del militar como *Staatsbürger in Uniform* fue formulada por primera vez en el año 1952 por el político alemán Friedrich Beermann, e inspiró la *Soldatengesetz* (literalmente: Ley de los Militares), de 1956, que ha sido objeto de numerosas reformas, la última de ellas el 6 de marzo de 2015. Como indica su Exposición de Motivos de esa Ley, los militares tienen que ser ante todo buenos ciudadanos y hombres libres (*gute Staatsbürger und freie Menschen zugleich*). Se trataba con ello de alejar la figura, propia de la *Wehrmacht* de la época del nazismo, del militar sometido a la «obediencia ciega» (*blinden Befehlsempfänger*). Como ha explicado Wolf Graf Baudissin (en su obra *Soldat für den Frieden*, Múnich 1969), interpretando el espíritu de esa ley, «el concepto de ciudadano es un concepto más alto y más amplio que los de “civil” y “militar”; podría decirse que “civil” y “militar” son dos distintas circunstancias añadidas a la misma condición de ciudadano» (*Der Staatsbürger ist also der übergeordnete Begriff über Nichtsoldat und Soldat; vielleicht können wir sagen: Soldat und Nichtsoldat sind zwei verschiedene Aggregatzustände desselben Staatsbürgers*).

Consecuencia de esa concepción del militar es el reconocimiento legal del derecho de queja (*Beschwerderecht*), el principio de mínima reducción de los derechos civiles del militar (*minimale Einschränkung der Grundrechte des Soldaten*), el reconocimiento de un limitado derecho de sindicación (*Bundeswehrverband*) y **la regulación detallada del deber de obediencia** (*Pflicht zum Gehorsam*), que abarca las exigencias de legalidad y vinculatoriedad (*Rechtmäßigkeit und Verbindlichkeit*) **de las órdenes. Además, según el § 10 de la Ley de los Militares (Soldatengesetz), el superior debe dar órdenes «sólo para fines del servicio» (nur zu dienstlichen Zwecken)**, «y atendiendo a las reglas del Derecho internacional, y a las leyes y las normas del servicio» (*unter Beachtung der Regeln des Völkerrechts, der Gesetze und der Dienstvorschriften*). **Para designar las órdenes que no reúnen esos requisitos se ha acuñado la expresión, de carácter jurídico, de Nichtbefehl** (literalmente, no-orden), que no se considera de obligado cumplimiento. La contraposición entre obediencia y libertad de conciencia (*Gehorsam und Gewissensfreiheit*) es algo que incide muy directamente en la labor cotidiana de los asesores jurídicos del Ejército¹⁸.

¹⁸ Puede verse, en este sentido, Hans Georg Bachmann, «Obediencia militar y libertad de conciencia» (*Militärisches Gehorsam und Gewissensfreiheit*) en *Derecho y Ejército*, cit., p. 156.

Aunque los asesores jurídicos, ni como tales ni como fiscales militares, tienen intervención en el procedimiento de queja, su máximo superior jerárquico, el fiscal Federal Militar (*Bundeswehrdisziplinaranwalt*) sí interviene en él. Concretamente, en los casos en que, antes de dictar sentencia, el Tribunal de la función militar (*Truppendienstgericht*) plantee una cuestión prejudicial al Tribunal Contencioso-administrativo Federal (*Bundesverwaltungsgericht*), por considerar que lo hace necesario, o bien la evolución del Derecho (*die Fortbildungs des Rechts*), o bien la existencia de una jurisprudencia homogénea (*einheitliche Rechtsprechung*) de la que pretenda apartarse. El Tribunal militar ha de solicitar también, en esos casos, la opinión del fiscal Federal Militar, según el § 18, apartado 4 de la Ley del recuso militar de queja (*Wehrbeschwerdeordnung*). Finalmente, en el caso de que se trate de un recurso de queja contra una disposición o una orden del ministro Federal de Defensa, que ha de ser resuelto por el Tribunal Contencioso-administrativo Federal, la ley encomienda la representación procesal del ministro al fiscal Federal Militar (§ 21, apartado 3).

Al regular el procedimiento de queja, el legislador se limita a establecer que el superior que ha de decidir la imposición de la sanción puede encomendar el esclarecimiento de los hechos a un oficial, y en casos de escasa significación (*geringe Bedeutung*), a un sargento u otro suboficial, que podrán solicitar el testimonio de testigos (§ 10, apartado 1). En caso de recurso contra la decisión sancionadora (*Beschwerdebescheid*) ante el Tribunal militar, este realizará de oficio (*von Amts wegen*) el esclarecimiento de los hechos (§ 18, apartado 2).

IV. LA CUESTIÓN DEL ESTATUTO (DIE STATUSFRAGE)

En tiempos recientes —puede decirse que desde la conmemoración del 50 aniversario de la creación del Cuerpo de asesores jurídicos del Ejército, en el año 2006— se ha venido planteando en Alemania, como un tema que requiere un cambio meditado pero ineludible, la cuestión del estatuto profesional del asesor jurídico del Ejército.

La primera participación de asesores jurídicos alemanes en el exterior tuvo lugar en la operación UNOSOM II —la segunda intervención en Somalia—, en el año 1993, y desde esa fecha se puso de relieve el cambio radical que se estaba operando en las funciones de los asesores jurídicos. Ese

cambio ha supuesto, según Klaus Dau¹⁹, por un lado, el asesoramiento en situaciones que exigen la aplicación de normas que van más allá del Derecho militar interno y del Ordenamiento nacional en general, y se adentran en el Derecho Internacional público y privado, el Derecho humanitario, el régimen jurídico de las Naciones Unidas y la OTAN, e incluso las normas del Ordenamiento propio del Estado en que se desarrolla la misión; y por otro lado, en la necesidad de trabajar conjuntamente con otros asesores jurídicos militares, que no solo hablan otro idioma, sino que tienen concepciones jurídicas diferentes, lo que obliga, según el citado autor, a un especial esfuerzo de comprensión.

La intervención de los asesores jurídicos del Ejército en las misiones desarrolladas en el exterior ha dado lugar a un cambio en el estatuto profesional, que adquiere un carácter no solo mixto, sino incluso reversible: porque el asesor jurídico, considerado funcionario civil por la ley, adquiere condición de oficial del ejército desde el momento en que toma parte en una misión en el exterior; y recupera luego su condición de civil cuando regresa a territorio alemán.

Por otra parte, los autores que se han ocupado del tema ponen de relieve dos hechos históricos: el primero es el carácter militar que tuvieron los asesores jurídicos del Ejército imperial (*die Armee des Kaiserreiches*), del ejército de la República de Weimar (*der Reichsheer der Weimarer Republik*) e incluso del ejército nazi (*die Wehrmacht*). Y el segundo hecho histórico es que la configuración de los asesores jurídicos del Ejército como funcionarios civiles tuvo lugar en un momento en que —tras la experiencia del nazismo— hacía necesario acentuar lo más posible la subordinación del Ejército a los principios democráticos de la Ley Fundamental de Bonn.

Pero la situación ha cambiado hoy radicalmente. Como pone de relieve Klaus Dau en el artículo citado, «el envío de altos funcionarios civiles como asesores de mandos militares es algo que no es aceptado con facilidad. Más bien se interpreta la figura del Asesor Jurídico como la expresión de una desconfianza del poder civil hacia el poder militar, y como una voluntad del primero de controlar al segundo». Una alta autoridad militar llegó a afirmar por escrito, que los asesores jurídicos tenían la exclusiva misión de controlar, bien es verdad que desde un punto de vista estrictamente jurídico, la actuación de los generales²⁰.

¹⁹ Klaus Dau, «El Asesor Jurídico. Una profesión en cambio» (*Der Rechtsberater der Bundeswehr. Ein Berufsbild im Wandel*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 2005, pp. 221 a 234.

²⁰ Ecke Demandt, «Asesores Jurídicos y Oficiales jurídicos en las Fuerzas Armadas Federales. Función e importancia» (*Rechtsberater und Rechtsoffizier in den Streitkräften der*

La cuestión del estatuto del asesor jurídico del Ejército está planteada hoy entre tres alternativas: a) el asesor jurídico conserva su estatuto civil también cuando participa en misiones en el exterior; b) el asesor jurídico va cambiando indefinidamente el estatuto civil por el estatuto militar, y viceversa, según vaya participando o regresando de misiones en el exterior; c) el asesor jurídico adquiere el estatuto militar.

La que vienen llamando «cuestión del estatuto» (*die Statusfrage*) se traduce pues, como indican los autores, en un problema de «ubicación» (*Standort*).

La posición doctrinal dominante se viene inclinando por la ubicación en el ámbito militar²¹. Por un lado, no se considera razonable que en el caso de operaciones conjuntas en el exterior, los asesores jurídicos militares alemanes sean civiles transitoriamente vestidos de uniforme, y sin embargo la generalidad de sus colegas, con los que en muchas ocasiones deben colaborar estrechamente, sean en la inmensa mayoría de los casos, militares. Niels Bunzen²² cita los supuestos de los jurídicos militares de Inglaterra, Francia, Austria, Estados Unidos, Canadá, Suiza e Israel —y olvida citar, entre otros, el caso de España—. Añade el mencionado autor que, desde la entrada en vigor del Convenio de Ámsterdam de 1999, que modificó los artículos 11 a 28 del Tratado de la Unión Europea y dio nueva regulación a la política exterior y de seguridad (PESC), se ha venido estudiando por las instituciones de Bruselas la conveniencia de una ordenación europea —es decir, común— de las Fuerzas Armadas (*Europäische Wehrrechtsordnung*); en esa línea estaría el propósito de generalizar el carácter militar de los asesores jurídicos.

Por otro lado, no se considera tampoco razonable que el lugar donde el asesor jurídico desarrolle su función —en el interior de Alemania o en

Bundeswehr . Funktion und Bedeutung), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1990, p. 201.

²¹ La integridad de los libros de Niels Bunzen, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal en misiones en el exterior*, (*Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz*), Berlín 2005, y de Jens Eugen Baganz, *El Asesor Jurídico del Ejército Federal (Der Rechtsberater in der Bundeswehr)*, Berlín 1995, está destinado a argumentar la conveniencia de otorgar carácter estricta y exclusivamente militar a los asesores jurídicos. Y en la misma línea se sitúan los artículos de Ecke Demandt, «Asesores Jurídicos y Oficiales jurídicos en la Fuerzas Armadas Federales. Función e importancia» (*Rechtsberater und Rechtsoffizier in den Streitkräften der Bundeswehr . Funktion und Bedeutung*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*, 1990; y Nicole Krisam y Andreas Gronimus, «Fuerzas de Combate en el Ejército Alemán, en la Ley Fundamental y en el Tratado del Atlántico Norte. El caso del asesoramiento jurídico del Ejército alemán en misiones en el exterior» (*Streitkräfte und Bundeswehrverwaltung im Grundgesetz und im NATO-Vergleich. Ein Beispiel Rechtsberatung für die Bundeswehr bei militärischen Einsätzen*), en *Neue Zeitschrift für Wehrrecht*.

²² Niels Bunzen, *Der Rechtsberater in der Bundeswehr im Auslandseinsatz*, Berlín 2005, p. 67.

el exterior— determine un cambio de estatuto, cuando las funciones que ejercen, con independencia del lugar, son en todo caso las mismas.

Un importante documento oficial, titulado *Seguridad común y futuro del Ejército (Gemeinsame Sicherheit und Zukunft der Bundeswehr*²³) pone relieve la conveniencia de avanzar hacia un modelo de Asesor Jurídico como “militar con formación jurídica” (*Soldaten mit entsprechender juristischer Ausbildung*²⁴). Los autores del citado documento han puesto de relieve que no existe ningún obstáculo constitucional para este cambio de estatuto profesional, pues el carácter de funcionario civil del asesor jurídico del Ejército deriva de un precepto contenido en una ley ordinaria: concretamente el § 81 de la Ley de Disciplina Militar (*Wehrdisziplinarordnung*), que utiliza la palabra funcionario (*Beamte*) cuando establece que «el Ministro de Defensa destinará a *funcionarios* a formar parte de los Tribunales de la Función Militar, con la cualidad de Fiscales militares, en tanto estén en activo en el ejercicio de su función principal (*Hauptamt*)», es decir, en tanto ostenten la condición de asesores jurídicos del Ejército. El artículo 33, apartado 4 de la Ley Fundamental, al decir que «el ejercicio de facultades públicas [o “derivadas de la soberanía”, *hoheitsrechtlicher Befugnisse*] será confiado, como regla general y con carácter permanente, a *funcionarios* [...]», no deja de ser, como propio precepto dice, una regla general, regla que una ley ordinaria puede exceptuar.

²³ Este documento fue elaborado por una comisión oficial, la llamada *Weizsäcker-Kommission*, nombrada por el Gobierno. El documento fue elevado al Gobierno el 23 de mayo de 2000. Lo publicó el Ministerio federal de defensa «Bundesministerium der Verteidigung» en el mismo año.

²⁴ La necesidad de una profunda formación militar del asesor jurídico la expone y justifica Knut Ipsen, miembro de la *Weizsäcker-Kommission*, cit. en la nota anterior, en «El asesoramiento jurídico del Ejército Federal ante los nuevos retos» (*Die Rechtspflege der Bundeswehr vor neuen Herausforderungen*), en *Derecho y Ejército*, cit., p. 82.

TEXTOS

DOCUMENTACIÓN

CRÓNICA DE LA JURISPRUDENCIA CONTENCIOSA- ADMINISTRATIVA 2016¹

Eva María Bru Peral
Doctora en Derecho y Magistrada

URBANISMO Y MEDIO AMBIENTE

TERRENOS DE BASE AÉREA LINDANTES A ZONA DE DOMINIO PÚBLICO MARÍTIMO-
TERRESTRE

STS, sección 5.ª, de 6 de julio de 2016, Recurso: 985/2015, Ponente D. Jesús Ernesto Peces Morate.

El objeto del litigio es una franja de 200 metros de ancho colindante con el dominio público a lo largo del Guadalquivir, delimitada por la línea de deslinde y paralela hacia el interior, que fue declarada necesaria para la protección y utilización de dicho dominio por Orden Ministerial de 13 de abril de 2000, Orden dejada sin efecto por la siguiente de 5 de julio, que la considera innecesaria, procediendo a su enajenación, y que, sin embargo, fue anulada por la SAN de 17 de marzo de 2004, Recurso 1185/2001, sentencia confirmada en casación por la STS de 26 de noviembre de 2008, Recurso 5875/2004, lo que supuso de nuevo la vigencia y efectividad la

¹ FUENTE CENDOJ

declaración de ser necesaria la franja de 200 metros para la protección y utilización de dominio público a lo largo del Guadalquivir.

En este proceso lo impugnado, y nuevamente anulado, es la Resolución de la ministra de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino de 24 de noviembre de 2011, por la que se declaran los terrenos de la Base Aérea de Tablada, Sevilla, innecesarios para la protección y utilización del dominio público marítimo terrestre, incluida la franja de 200 metros de ancho colindante con el dominio público marítimo terrestre.

Dada la peculiaridad temporal de normas el tribunal Supremo analiza la eficacia retroactiva de estas para considerar que: *«Finalmente, el tercer motivo de casación invocado por el Abogado del Estado, en el que se afirma que la Sala sentenciadora ha ignorado la previsión contenida en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley 30/1992 relativa a la eficacia retroactiva de los actos de la Administración dictados en sustitución de otros anulados, debe decaer al igual que los anteriores, y ello por los propios argumentos con los que se articula este último motivo de casación.*

El Abogado del Estado admite que la eficacia retroactiva de la Orden de 24 de noviembre de 2010 no puede ir más allá del 13 de abril de 2000.

Lo cierto es que en aquélla se fijan sus efectos con anterioridad al día 11 de julio de 1997 sin percatarse de que había sido la propia Administración, mediante la Orden de fecha 13 de abril de 2000, la que había declarado que la franja de terreno en cuestión era necesaria para la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre.

Evidentemente, la Administración demandada ha incurrido en una patente contradicción, que no puede salvarse pidiendo, como hace el Abogado del Estado, que declaremos contraria a derecho esa Orden de 24 de noviembre de 2010 en cuanto señala una eficacia retroactiva más allá del 13 de abril de 2000, fecha en que la propia Administración declaró que el terreno era necesario para la protección y utilización del dominio público marítimo-terrestre, y cuya decisión no ha sido revocada en forma.

El propio Abogado del Estado reconoce que la Orden de 24 de noviembre de 2010 no ha dejado sin efecto la Orden de 13 de abril de 2000, de modo que la referida franja de terreno, según dispuso esta Orden, ha seguido siendo necesaria para la protección del dominio público marítimo-terrestre al menos hasta el momento en que la Orden impugnada de 24 de noviembre de 2010 la declara innecesaria, pues la Administración no ha revisado su Orden de 13 de abril de 2000 mediante el empleo del procedimiento que se le marcó en la referida sentencia firme pronunciada por la Sala de instancia con fecha 17 de marzo de 2004 (recurso contencioso-administrativo número 1185/2001).

Esa revisión se ha tratado de evitar con esta Orden ministerial de 24 de noviembre de 2010, confiriéndole efecto retroactivo con anterioridad a la fecha de enajenación de los terrenos, para lo que se ha utilizado, indebidamente, la prerrogativa contemplada en el apartado tercero del artículo 57 de la Ley 30/1992, razón que ha determinado que la Sala sentenciadora haya anulado la indicada Orden ministerial por ser contraria a derecho (Fundamento tercero).

Asimismo, expone el Tribunal Supremo: *“Es indudable que esta resolución, según lo consideró la Sala de instancia y lo acabamos de expresar nosotros en esta sentencia, es contraria a derecho y merecedora, por tanto, de su anulación, pero no apreciamos razones para remitir el testimonio interesado al Ministerio Fiscal, lo que no es obstáculo a que se libren, para hacer entrega al representante procesal del demandante en la instancia y recurrido en casación, aquellos testimonios de particulares que pueda interesar a fin de ejercitar ante la jurisdicción penal las acciones de que se crea asistido”* (Fundamento cuarto).

En este sentido, la SAN, sección 1ª, de 30 de mayo de 2014, Recurso: 559/2011, Ponente Dª María Nieves Buisan García, expuso que: *«Se trata de determinar, en consecuencia, si la Orden Ministerial combatida de 29 de noviembre de 2010, por la que se declaran los terrenos de la Base Aérea de Tablada (Sevilla) innecesarios para la protección y utilización del dominio público marítimo terrestre, incluida la franja de 200 metros de ancho colindante con el dominio público marítimo terrestre, ha observado o no las previsiones de dicha sentencia de esta sala y sección de la Audiencia Nacional confirmada en casación.*

El Abogado del Estado considera en la contestación que la sentencia se ejecutaba por sí misma con la anulación, dado que tal anulación se basaba en motivos formales y nada obstaba a que resueltos dichos motivos, se dictara otra resolución con el mismo contenido, aunque cumpliendo las formalidades previas. Basta leer la resolución de 24-11-2010, se añade, y el informe del Abogado del Estado en que se basa, para apreciar como dicha resolución se ha dictado en ejecución de la sentencia dictada por la sección 5ª.

Expone el Informe de Abogado del Estado de 24-3-2010 que obra en el expediente administrativo, sin embargo que: La Sala sentenciadora, en Auto de 4-12-2009 indica que para la completa ejecución del fallo se precisa declaración de innecesariedad de los terrenos comprendidos en la franja de 200 metros de ancho, desde el deslinde, colindantes con el dominio público (...) la cuestión básica es que no basta la mera solicitud de

declaración de innecesiedad y que ésta debe ser llevada a cabo por los trámites previstos en los artículo 102 y sig de la LRJPAC.

Es también importante resaltar el Oficio de 17 de julio de 2009 (Anexo 10 del expediente) de la Gerencia de la Secretaria de Estado de Defensa dirigido a la Dirección General de Costas en el que se solicita a esa Dirección General que dicte nuevo acto, revocando la resolución de 13-4-2000 en virtud de lo establecido en el artículo 105 de la Ley 30/1992, declarando innecesarios para el dominio público los terrenos de la base aérea de Tablada, incluida la franja de 200 metros.

Respuesta de la Dirección General de Costas es de 7 de agosto de 2009 (anexo 11) en el que se indica que „no vemos muy factible la aplicación del artículo 105. No obstante si aportáis un Informe de vuestra Abogacía del Estado en este sentido resolveríamos en consecuencia. Al objeto de no dar pistas, consideramos que sería mejor que nos enviarais dicho informe de „motu proprio“ como continuación del oficio anterior“.

A continuación, y tras la emisión del Informe del Abogado del Estado ya referido, la resolución impugnada razona lo siguiente: parece claro que nos hallamos ante el primero de los supuestos previstos en el artículo 57.3, esto es, que el acto se dicte en sustitución de otro anulado, dado que, precisamente nos hallamos en trámite de ejecución de la SAN que anula la resolución de 5 de julio de 2000, que puede operar incluso en casos de nulidad de pleno derecho cuando razones de justicia material así lo exijan (...) no es baladí destacar que, habrá de considerarse a la hora de dar eficacia retroactiva al acto en cuestión, si las circunstancias de innecesiedad para el dominio público ya se daban, físicamente, el 11 de julio de 1997 (fecha de la subasta a la que han de retrotraerse los efectos) de forma que dicha declaración no sea un mero trámite formal, sino que responda a la realidad fáctica existente a la fecha de retroacción de efectos.

Así pues, se desprende de todo lo anterior que, por motivos desconocidos que tampoco se desvelan en las comunicaciones de 17 de julio y 7 de agosto de 2009 transcritas, lo cierto es que la Administración declara la desafectación de la franja de 200 metros de la Base Aérea de Tablada, colindante con el dominio público, incumpliendo los trámites fijados en la sentencia de esta Sala de la Audiencia Nacional de 17 de marzo de 2004, sentencia que fue confirmada por el Tribunal Supremo. En definitiva, considera esta Sala que no se han seguido los trámites de los artículos 105 y siguientes de la Ley 30/1992, a que compelia y obligaba la sentencia de esta Audiencia de tanta cita, sino que la Administración aplica lo previsto en el artículo 57.3 LRJPAC, por lo que tal resolución ha de ser declarada nula, y estimado el recurso planteado frente a la misma» (Fundamento 5º).

Afección al interés general de la defensa nacional

STS, sección 4.^a, de 20 de julio de 2016, Recurso: 4174/2014, Ponente D. Ángel Ramón Arozamena Laso.

Analiza esta interesante Sentencia la impugnación por el Cabildo insular de Fuerteventura la Orden DEF/1413/2012, de 26 de junio, dictada por el Ministerio de Defensa y publicada en el B.O.E. de 29 de junio de 2012, por la que se modifica la Orden DEF/1411/2009, de 12 de mayo, por la que se calificó de «interés general por afectar directamente a la Defensa Nacional, las obras de demolición, nueva construcción, reparación e instalación de las antenas del Sistema Conjunto EW “Santiago” en Vértice Muda, Fuerteventura», extendiendo dicha calificación a las obras necesarias en el camino de acceso y a todas las incluidas en el «Proyecto de Accesos, Explanación y Cerramiento del Asentamiento SCATER II, Vértice Muda, Fuerteventura». El Cabildo consideraba que la justificación contenida en la dictada por el Ministerio de Defensa no es el ordenamiento jurídico sino su simple y libérrimo parecer. El Tribunal Supremo confirmó la orden impugnada.

El Tribunal Supremo, tras rechazar la falta de motivación de la sentencia de la Audiencia Nacional recurrida en casación, analiza la infracción del artículo 85 de la Ley 62/2003, de 20 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, que deroga y sustituye la disposición adicional novena de la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social, en el sentido siguiente: *«A juicio del Cabildo recurrente no estaríamos ante obras de nueva construcción, reparación, conservación o demolición.»*

Sin embargo, si la recurrente quiere achacar a la sentencia recurrida que no se la ha pronunciado estrictamente sobre dicha cuestión, debió invocarse como incongruencia omisiva por la vía de apartado c) del mismo artículo.

En cualquier caso, a juicio de esta Sala, cabe entender que si existe un razonamiento mínimo sobre dicha cuestión cuando la sentencia dice que “el cerramiento de la instalación militar es consecuencia obligada de la debida seguridad de lo existente en su interior, y la posibilidad de acceso por camino, es consecuencia de la propia existencia de la instalación militar, pues, declarado el interés general para la Defensa Nacional de la instalación militar ubicada en el Vértice Muda, lógicamente, este pronunciamiento integra su seguridad, a través del cerramiento, y la posibilidad de su acceso por vía terrestre, so pena de privar de uso dicha instalación

militar y hacerla inservible para el fin y utilidad que ha sido proyectada, máxime cuando su estado de conservación, como aparece en autos, dificultaban las posibilidades de tener un acceso adecuado y racional a la instalación militar”.

En todo caso, esta Sala comparte la estricta relación de tales obras con las inicialmente acordadas.

Finalmente, se alude a los mecanismos de cooperación entre Administraciones Públicas.

Como antes se dijo respecto a la falta de mecanismos de cooperación entre ambas Administraciones, debe recordarse que la Orden que ahora se cuestiona es complemento de la Orden DEF/1411/2009 no cuestionada por el Cabildo. Además, según resulta de la documentación adjunta a la demanda, de dichas obras (es decir, de la reforma del sistema de antenas y de las obras de acceso, explanamiento y cerramiento)» (Fundamento séptimo).

CONTRATACIÓN

RESOLUCIÓN DE CONTRATO IMPUTABLE AL CONTRATISTA

STS, sección 7.^a, de 10 de marzo de 2016, Recurso: 317/2015, Ponente D. José Díaz Delgado.

En la presente Sentencia, confirmando la de la Audiencia Nacional, se anula, por prescripción de acciones, la Resolución del ministro de Defensa, de fecha 31 de julio de 2012, por la que se acordaba la resolución del contrato para el desarrollo de un sistema de metrología balística con seguimiento automático, con incautación de la garantía definitiva, por incumplimiento culpable del contratista.

El Tribunal Supremo considera, al igual que la Audiencia Nacional, que: *«...la normativa en materia de contratos públicos no contempla en ningún caso una solución como la pretendida por la Abogacía del Estado pues es a la Administración a la que corresponde determinar si el contrato ha sido cumplido en los términos establecidos en los Pliegos precisamente la recepción definitiva, es el acto formal por el que la Administración entiende correctamente ejecutado o no el contrato de suerte que hasta que no se realiza dicho acto no se puede proceder a ejercitar la acción. En el presente el 6 de junio de 1996, se lleva a cabo el levantamiento del acta de recepción definitiva del contrato, en la que se acuerda la no aceptación*

de la recepción del equipo operativo y como consecuencia de lo anterior pudo tramitar la resolución unilateral del contrato. De este modo lo que sigue, a efectos de la prescripción alegada, viene dado por la nulidad por caducidad de los procedimientos administrativos de 1996 y 1998, y la entrada en juego del art. 92. 3 de la Ley 30/1992, a cuyo tenor a 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”.

Así se considera que: “Pues bien, esta Sala ha de ratificar la solución razonable de la sentencia recurrida, sin que pueda prevalecer la tesis de la Administración recurrente de que nos encontramos, en el acto que deniega la recepción, ante un acto de trámite, por lo que será el acto de resolución el que inicie el plazo de prescripción. No puede aceptarse esta solución que dejaría en manos de la Administración “ sine die “ el inicio del plazo de prescripción. Se opone a ello el principio de seguridad jurídica que exige que los plazos de prescripción tengan señalado un día de inicio claro, y en el presente caso, no puede olvidarse que, en un sistema administrativo, donde la Administración goza de amplios privilegios frente al administrado, especialmente el de la autotutela declarativa, el plazo de prescripción para resolver no puede confundirse con el plazo de prescripción para ejercitar la acción ante los órganos jurisdiccionales, pues a la Administración le basta con decidir la resolución unilateralmente, sin necesidad de acudir ante dichos órganos. En consecuencia, el plazo para declarar la resolución comienza conforme a la normativa del Código Civil aplicada por la sentencia recurrida, desde que la resolución pudo ejercitarse y no desde la fecha de la resolución, que daría lugar al inicio del plazo de caducidad para su impugnación jurisdiccional, o en otro caso al de la posible prescripción de la ejecución del acto administrativo resolutorio.

Alega la recurrente que la Administración no puede resolver sin un procedimiento previo y a través de la formación de la voluntad del órgano resolutorio. Pero esas exigencias, desde luego no justifican las dilaciones observadas en el presente caso, y la anormal actuación administrativa que en dos ocasiones tuvo que declarar la caducidad del procedimiento. En consecuencia la Administración ha de resolver dentro de los plazos determinados legalmente, sin que su incumplimiento pueda ser utilizado en perjuicio de terceros.

Por otro lado sostiene la recurrente que existen numerosos actos administrativos que en cualquier caso habrían interrumpido la prescripción, pero lo cierto es que esos actos administrativos formaban parte de un pro-

cedimiento declarado caducado, por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92. 3 de la Ley 30/1992 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, como sostiene acertadamente la sentencia y nosotros compartimos.

Y desde luego el hecho de que la Administración deba perseguir los intereses generales, a tenor de lo dispuesto en el artículo 103 de la norma constitucional no supone que la interpretación que hace acerca de la prescripción deba prevalecer, pues sometido el acto al conocimiento de los órganos jurisdiccionales, su posición procesal es exactamente la misma que la de cualquier parte del proceso».

Cálculo del Objetivo de coste de un contrato

STS, sección 7.^a, de 28 de junio de 2016, Recurso: 1506/2015, Ponente D. José Díaz Delgado.

Se analiza en la presente Sentencia la Resolución del ministro de Defensa, de fecha 7 de noviembre de 2012, por la que se acuerda aprobar el Objetivo de Coste establecido por el GEC en su Informe Técnico Complementario 2011004, para el Expediente 20034005 Paquete 1 (MLU), Mod. 5.^a (GEL) y Mod. 6.^a (PMM), como el que se ha de aplicar para la determinación de los precios finales que exigen las cláusulas de su Pliego de cláusulas administrativas particulares, por ajustarse a lo establecido en la cláusula 30 del mismo, y asimismo, resultar su sistema de determinación, conforme a la Norma primera, de la Orden 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa que se adjudiquen por el procedimiento negociado.

El Tribunal Supremo estimó el recurso de casación interpuesto por la empresa recurrente fallando que: *«Ha lugar recurso de casación número 02/1506/2015, interpuesto por CONSTRUCCIONES A S.A. representada por el Procurador Don Jacobo Gandarillas Marco, interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Nacional de 4 de marzo de 2015. 2.- Estimamos el recurso contencioso-administrativo número 1/2013, interpuesto contra la Resolución del Ministro de Defensa, de fecha 7 de noviembre de 2012, por la que se acuerda aprobar el Objetivo de Coste establecido por el GEC en su Informe Técnico Complementario 2011004, para el Expediente*

20034005 Paquete 1 (MLU), Mod. 5ª (GEL) y Mod. 6ª (PMM), como el que se ha de aplicar para la determinación de los precios finales que exigen las cláusulas de su Pliego de cláusulas administrativas particulares, por ajustarse a lo establecido en la cláusula 30 del mismo, y asimismo, resultar su sistema de determinación, conforme a la Norma primera, de la Orden 283/1998, de 15 de octubre, sobre presentación y auditoría de ofertas y normas sobre los criterios a emplear en el cálculo de costes en determinados contratos de suministro, de consultoría y asistencia y de los servicios del Ministerio de Defensa que se adjudiquen por el procedimiento negociado, y 1º Anulamos íntegramente la Resolución nº 12 del Ministro de Defensa de 7 de noviembre de 2012, por la que se aprueba el objetivo de coste del Paquete de trabajo 1 del Contrato para la modernización de media vida de los aviones F-18, junto con sus modificaciones, y se fija este objetivo de coste en 614.392,25 horas según los cálculos del Informe técnico complementario del GEC de fecha 7 de diciembre de 2011; y 2º Ordenamos dictar una nueva resolución en la que, a los efectos de la determinación de la retribución del contratista, se fije el objetivo de coste del Paquete de trabajo 1 del Contrato, junto con sus modificaciones, en el número de horas realmente incurridas durante su ejecución: 729.113,42 horas. Con expresa imposición de las costas procesales del recurso contencioso-administrativo a la Administración demandada hasta la suma máxima de 3000 euros».

El Tribunal Supremo consideró que: «...no se desprende de la cláusula 30 que la valoración del objetivo de coste haya de determinarse en un determinado momento histórico de la realización del contrato, sino tomando en cuenta precisamente el coste medio de la revisión de los diez primeros aparatos y en consecuencia el haberlo hecho al final del contrato no quiebra ningún elemento esencial del contrato, pues en ese momento se tendrá en cuenta el objetivo de coste, con su proyección a todo el contenido del contrato. Sostiene la recurrente que la no fijación del objetivo de coste tras la revisión de los diez primeros aviones, le impidió ajustarse al mismo en lo sucesivo mediante un incentivo de ahorro. Sin embargo no se acreditan daños porque la fijación del incentivo de coste se produzca al final del contrato, en primer lugar porque quien debe conocer el objetivo de coste es el contratista, sin perjuicio de que la Administración pudiera mostrar su disconformidad a posteriori, con las consecuencias jurídicas correspondientes, siempre impugnables por aquél. En conclusión no se ha acreditado que la falta de fijación del objetivo de coste al finalizar el contrato se haya traducido en un daño material para el recurrente, por lo que el motivo ha de ser desestimado».

Asimismo señalaba el Tribunal que: *«La cuestión no es si la curva de aprendizaje en un contrato de servicios como el que ahora analizamos pueda incluirse en el objetivo de coste del contrato, en tanto se entiende que la experiencia adquirida en la revisión de los aviones redundará en un menor número de horas dedicadas a la misma, con el consiguiente ahorro, sino si se ha incluido o no en el presente contrato, y es evidente que no, y dados los claros términos de la cláusula 30 antes transcrita, el hecho de que suela incluirse en otros casos, en nada influye en el hecho de que su ausencia en el presente contrato, únicamente imputable a quien realizó y aprobó el pliego de condiciones, haya de perjudicar al recurrente, debiendo regirse dicho contrato exclusivamente por lo previsto en las condiciones del mismo. Por todo ello entendemos que el motivo ha de ser acogido y en consecuencia procede casar la sentencia recurrida, sustituyéndola por otra que estime el recurso contencioso-administrativo en este punto, sin necesidad de entrar en el resto de los motivos, el tercero relativo a la supuesta vulneración de los artículos 217, 319, 336, 335, 347 y 348 de la LECV, en relación con el 24.1 de la CE, en el que se alega arbitraria valoración de la prueba en cuanto a la valoración por la sentencia de la curva de aprendizaje, y el cuarto, también al amparo del artículo 88.1.d) de la LJCA sobre la aplicación de la doctrina del enriquecimiento injusto».*

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Solicitud de indemnización limitación del derecho de edificación derivado de la existencia de servidumbres legales aeronáuticas

STS, sección 6.^a, de 3 de marzo de 2016, Recurso: 3012/2014, Ponente: Wenceslao Francisco Olea Godoy.

La presente Sentencia, estudiando las diferencias entre confianza legítima y responsabilidad, desestima el recurso interpuesto contra el Ministerio de Defensa por cuanto ni se recurrió las declaraciones de la Administración militar para hacer efectivo su derecho de edificación, con respeto de las servidumbres legales impuestas por la instalaciones del aeródromo militar, ni la decisión del Ministerio de Defensa fue discrecional, porque no puede serlo la decisión encaminada a la defensa de las servidumbres legales impuestas por la instalaciones del aeródromo militar.

Así se analiza por el Tribunal Supremo: *«...hay constancia en las actuaciones que la Comisión de Urbanismo que procedió a la aprobación*

de los instrumentos del planeamiento en que se legitimaban las licencias urbanísticas que se le habían otorgado por el Ayuntamiento, se había dado traslado a la Administración General del Estado, vía Subdelegación del Gobierno en Granada, sin que por parte del Ministerio de Defensa se opusiera objeción alguna en relación con las limitaciones que para los terrenos afectados por dichos planes comportaban las ahora invocadas servidumbres aeronáuticas. De ahí se concluye que la recurrente “ actuó razonablemente confiando en que el Estado no tenía ninguna objeción al planeamiento municipal, lo que implicaba que el mismo no afectaba a servidumbres aeronáuticas y que todos los informes, incluidos los referentes a las posibles afecciones a la defensa nacional habían sido emitidos sin salvedades.” Al pretender posteriormente el Estado que la ejecución del planeamiento vulneraba las servidumbres de la base aérea, fue contra sus propios actos y quebró el principio de confianza legítima, lo que conlleva la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados.

Suscitado el debate en la forma expuesta el motivo merece una delimitación ya desde el punto de vista formal que trasciende a lo que con el mismo se pretende. En efecto, no podemos olvidar que el recurso de casación, por tratarse de un recurso extraordinario, no autoriza a un examen completo del debate que se suscitó en la instancia o, si se quiere, a una revisión nueva de la legalidad de la actividad administrativa que fue objeto de impugnación ante el Tribunal “a quo”; al modo que autorizan los recursos ordinarios, como es el de apelación. En la casación, el objeto no es aquella actividad, sino la propia sentencia impugnada, porque la finalidad del recurso no es otra que la de controlar que los Tribunales de instancia, al dictar sentencia, proceden a la aplicación de las normas y jurisprudencia que fueran procedentes a la cuestión ante ellos suscitada. Por todo ello, los motivos del recurso han de estar referidos, en su formulación y fundamentación, a la propia sentencia recurrida y no a las cuestiones suscitadas en la instancia.

Se han hecho las anteriores consideraciones porque en la fundamentación del motivo se aprecia una exposición parcial e incompleta de lo que se ha decidido y razonado por la Sala de instancia y se omiten las referencias a lo ya examinado en la sentencia recurrida. En efecto, bien es verdad que la pretendida vulneración del principio de confianza legítima había sido ya invocada en la demanda de la recurrente como fundamento de la pretensión accionada. Precisamente por esa invocación, la sentencia de instancia hace referencia al mencionado principio, como se ha visto en su transcripción, porque no es cierto, como se aduce en el escrito de

interposición, que el Tribunal de instancia se limitase a declarar que el ministerio de Defensa no tenía información alguna del planeamiento municipal. Como se ha visto antes, lo que se declara por la sentencia es, de un parte, que esa manifestación se hace en el último párrafo del fundamento cuarto y como corolario del régimen de las servidumbres legales que se examinan en el mismo. De otra, que el auténtico fundamento de la desestimación de la alegación referida a la vulneración del principio de confianza legítima invocada en la demanda se contienen en el fundamento quinto, donde se deja constancia que no puede aceptarse que se hubiesen “lesionado” los derechos “reales y patrimoniales” de la recurrente porque no existían auténticos “derechos consolidados” sino que, en su caso, existían “meras expectativas”. Y para ello se funda la sentencia en la misma actuación de la propia recurrente, dejando constancia la sentencia de la aceptación de las decisiones adoptadas por la Administración militar para salvaguardar sus derechos, como ya hemos visto en la transcripción de la sentencia. Es decir, a juicio de la Sala de instancia, fue la propia actuación de la recurrente quien se aquietó a lo decidido por el Ministerio de Defensa para la efectividad de los derechos a la edificación, conforme a las licencias que se le habían concedido por el Ayuntamiento, de ahí que se rechazase la pretendida vulneración del principio de confianza legítima que, manifestamente encaja mal con ese aquietamiento a las decisiones de la Administración.

Lo expuesto es relevante para resolver el motivo de casación que examinamos, porque ya en su planteamiento desconoce lo declarado por la sentencia de instancia, debiendo señalarse que no nos es dable proceder a revisar los hechos de que se parte en la sentencia recurrida porque, entre otros motivos, no han sido cuestionados. Ello obliga a concluir que ha sido la misma actuación pasiva de la recurrente la que ha supuesto la efectividad de las modificaciones que se dicen haber impuesto en la ejecución de las obras legitimadas por las licencias, aquietándose a lo declarado por la Administración en cuanto a la salvaguarda de esas limitaciones legales que imponen las servidumbres ya constituidas y los derechos reconocidos en las licencias concedidas, como se declara en la sentencia de instancia. Todo ello comporta rechazar la pretendida invocación de la vulneración de la confianza legítima que es lo que constituye el objeto del motivo que examinamos.

No obstante lo anterior, de por suficiente para rechazar el motivo que examinamos, no está de más que recordemos, siguiendo lo ya declarado en nuestra sentencia de 30 de octubre de 2012, dictada en el recurso 1657/2010, que “ el principio de la confianza legítima tiene su origen en

el Derecho Administrativo Alemán (Sentencia de 14 de mayo de 1956 del Tribunal Contencioso-Administrativo de Berlín), del que fue recepcionado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea que lo acoge ya en las sentencias de 22 de marzo de 1961 y 13 de julio de 1965 (Asunto Lemmerz-Werk) y se acepta como un principio general del Derecho Comunitario (STS de 22 de Marzo del 2012, recurso 2998/2008). En Derecho Administrativo Español, regido por el principio de legalidad estricta de inspiración francesa, la institución no fue acogida hasta ya tardíamente, si bien la Jurisprudencia de esta Sala aplicó la confianza legítima como fundamento del examen de legalidad de las actuaciones administrativas (entre otras, en las sentencias de 1 de febrero de 1990 , 13 de febrero de 1992 , 17 de febrero , 5 de junio , 28 de julio de 1997 , 10 de mayo , 13 y 24 de julio de 1999 , 4 de junio de 2001 y 15 de abril de 2002 , citadas en la de 22 de marzo de 2012 , ya mencionada), vinculando la confianza legítima con los principios más generales de la seguridad jurídica y buena fe, de larga tradición en nuestro Derecho Administrativo (SSTS 10 de mayo de 1999 y la de 26 de abril de 2012). Nuestro Legislador, con ocasión de la reforma de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 1999, incorpora la confianza legítima en el artículo 3, referido a los principios generales a los que debe adaptar su actividad la Administración Pública.

Conforme a lo declarado por la antes mencionada sentencia de 6 de julio de 2012 el principio de confianza legítima comporta que “la autoridad pública no pueda adoptar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. O dicho en otros términos, la virtualidad del principio invocado puede suponer la anulación de un acto o norma y, cuando menos, obliga a responder, en el marco comunitario de la alteración (sin conocimiento anticipado, sin medidas transitorias suficientes para que los sujetos puedan acomodar su conducta y proporcionadas al interés público en juego, y sin las debidas medidas correctoras o compensatorias) de las circunstancias habituales y estables, generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento».

En esa misma línea se declara en la sentencia de 20 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009) que la institución “... encuentran su fundamento último en la protección que objetivamente requiere la confianza que fundamentalmente se puede haber depositado en el comportamiento ajeno y el deber de coherencia de dicho comportamiento...”. Se declara en la misma sentencia, con cita especial de la de 15 de abril de 2005 (recurso 2900/2002),

en relación con las consecuencias de la actuación contraria a la confianza legítima, “que si la Administración desarrolla una actividad de tal naturaleza que pueda inducir razonablemente a los ciudadanos a esperar determinada conducta por su parte, su ulterior decisión adversa supondría quebrantar la buena fe en que ha de inspirarse la actuación de la misma y defraudar las legítimas expectativas que su conducta hubiese generado en el administrado. También lo es que ese quebrantamiento impondrá el deber de satisfacer las expectativas que han resultado defraudadas, o bien de compensar económicamente el perjuicio de todo tipo sufrido con motivo de la actividad desarrollada por el administrado en la creencia de que su pretensión habría de ser satisfecha...”. Ese criterio se reitera frecuentemente por la Jurisprudencia de esta Sala como pone de manifiesto las citas que se contienen en la sentencia de 9 de julio de 2012 (recurso 6433/2010).

En cuanto a los elementos de la confianza legítima, aparece como elemento básico para su apreciación que el ciudadano tenga, en palabras de la sentencia de 26 de abril de 2012, antes citada, la “creencia racional y fundada” de que por actos anteriores, la Administración adoptará una determinada decisión. Ello no asimila la confianza legítima con el precedente administrativo, porque en éste lo que existe es una previa decisión de la Administración que, para un supuesto ulterior, no puede desconocer sin la preceptiva motivación, conforme a lo que se impone en el artículo 54 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, pero sin trascendencia indemnizatoria. En la confianza, la actuación administrativa a considerar está en el mismo procedimiento, en el que por las decisiones que se han adoptado por la Administración existe la creencia racional y fundada de que la decisión definitiva, la resolución, tendrá un determinado sentido para el ciudadano que, en esa creencia, ha realizado unos gastos y generado unas expectativas. Ese elemento psicológico de la confianza legítima se erige en elemento esencial de la institución y se viene exigiendo de manera reiterada por la Jurisprudencia de esta Sala. En este sentido se declara en la sentencia 3 de julio de 2012 (recurso 6558/2010): “... La protección de la confianza legítima no abarca cualquier tipo de convicción psicológica subjetiva en el particular, siendo tan solo susceptible de protección aquella <confianza> sobre aspectos concretos, que se base en signos o hechos externos producidos por la Administración suficientemente concluyentes...”.

Lo que caracteriza a la confianza es que la propia Administración ha venido adoptando decisiones, en el mismo procedimiento, que han gene-

rado esa creencia racional y fundada de que se adoptará una decisión favorable a la petición del interesado.

Pero de las propias decisiones de esta Sala, se ha de concluir en un importante y relevante elemento para configurar la confianza legítima, a saber, que la concreta actuación que se espera en esa confianza sea conforme al Ordenamiento (sentencia últimamente citada), es decir, es preciso que la actuación de la Administración, con su conducta, induzca al administrado “a creer que la actuación que él desarrolla es lícita y adecuada en Derecho” (sentencia de 3 de julio de 2012, dictada en el recurso 6558/2010). En ese mismo sentido se ha declarado que no puede ampararse en la confianza legítima “la mera expectativa de una invariabilidad de las circunstancias”, como se declara en la sentencia de 22 de marzo de 2012 (recurso 2998/2008), en la que se concluye que no puede mantenerse irreversible un comportamiento que se considera injusto.

Dando un paso más en esa vinculación entre actuación basada en la confianza legítima, la Jurisprudencia viene excluyendo la posibilidad de apreciarla cuando la actuación de la Administración no está sujeta a una potestad discrecional. Como declara la sentencia de 10 de septiembre de 2012 (recurso 5511/2009), --por cierto, referida a un supuesto similar al de autos y que ha de servir para el examen de las cuestiones que se suscitan en la demanda-- “la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado. En estos supuestos el quebrantamiento del principio de confianza legítima tan solo podrá llevar consigo la posibilidad de ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial por los perjuicios ocasionados al administrado como consecuencia del mismo (...)”. Se hace con ello referencia a la idea, que se contiene en la demanda, de que la confianza legítima ha de entrar en juego cuando no se trate de una actividad reglada, porque en tales supuestos el resarcimiento deberá canalizarse por la vía de la responsabilidad patrimonial; es decir, en tales supuestos la actividad reglada habrá generado, en su caso, un auténtico derecho cuyo resarcimiento deberá canalizarse por esa institución de la responsabilidad, cuyo alcance es el valor económico del derecho frustrado; en tanto que en la confianza legítima, precisamente por esa incidencia en la actividad discrecional de la Administración, tan solo genera el derecho de resarcir los gastos o daños ocasionados en la actuación desplegada por el ciudadano, en la creencia racional y fundada y basada en hechos de

entidad suficiente, de que se produciría una determinada actividad por la Administración, sin afección a derecho concreto.

Como se declara en la sentencia de 9 de julio de 2012 (recurso 6433/2010) "...no sería correcto deducir de esta doctrina que pueda exigirse a la Administración la efectiva satisfacción de lo demandado cuando ésta haya de ajustarse a una conducta normativamente reglada y se aprecie la ausencia de uno de los requisitos que permitan el otorgamiento de lo solicitado. Es decir: la plena satisfacción de la pretensión desatendida no puede obtenerse en aquellos supuestos en los que está excluido el ejercicio de la potestad discrecional de la Administración y sometida su decisión al cumplimiento de determinados requisitos legales, cuya carencia ha de impedir acceder a lo solicitado". Y se concluye en la mencionada sentencia que "ha de insistirse en que la regulación legal no se ve alterada por el principio de confianza legítima." (FJ 3º)

(...)Es cierto, como en el motivo casacional se razona, que no puede asimilarse la confianza legítima con la institución de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones, ya que en esta existe una auténtica frustración de un derecho, en tanto que en aquella basta con la existencia de esa creencia de que la Administración va actuar de una determinada manera, por la creencia generada con los actos previos ocasionando una serie de gastos que han de ser resarcidos; pero no supone ello que la Sala de instancia haya confundido ambas instituciones de contenido bien diferente; porque en el caso de autos, ni cabe apreciar aquella creencia razonable y fundada ni cabe apreciar la existencia de unos gastos que se hayan visto decepcionados porque la actuación de la recurrente demuestra una desidia ante el informe desfavorable -y no definitivo- impropia de la actuación que había mostrado erigiéndose en promotora del Proyecto. Razones todas que obligan a rechazar el motivo examinado. (FJ 5º)"

Pues bien, teniendo en cuenta lo expuesto, no puede estimarse que en el presente supuesto nos encontremos con un supuesto de actuación de la recurrente con base en la confianza legítima generada por las resoluciones en que se le otorgaron las licencias urbanísticas. En primer lugar, porque como ya dijimos antes y deja constancia la Sala de instancia en su sentencia, es indudable que si la recurrente se aquietó a lo declarado por la Administración militar para hacer efectivo su derecho de edificación, con salvaguarda de las servidumbres legales impuestas por la instalaciones del aeródromo militar, difícilmente puede hablarse de ese actuar basado en aquellas licencias que ella misma, en su efectividad, estuvo dispuesta a rectificar.

De otro lado, es necesario constatar que, conforme se ha dicho, la jurisprudencia diferencia entre la confianza legítima y la responsabilidad, como instituciones bien diferentes, sin perjuicio de sus efectos, y que en el recurso se confunden, precisamente porque aquella se funda en la creencia psicológica y la segunda en la efectividad del derecho vulnerado, en cuanto aquella puede entrar en juego cuando no existan potestades regladas. En el caso de autos no existe esa vulneración del derecho, precisamente porque la decisión que se reprocha a la Administración no es discrecional, porque no puede serlo aquella decisión encaminada, en su caso, a la defensa de las servidumbres legales o, si se quiere y evitando la asimilación de la institución con los clásicos derechos reales, con la limitaciones que la ley impone a la propiedad con fundamento en el artículo 33 de la Constitución.

Y es que no puede silenciarse una cuestión que se ha obviado en todo el proceso. En efecto, se ha omitido traer al proceso las resoluciones en las que se otorgaron las licencias, resoluciones olvidadas en todas las alegaciones de la recurrente, cuando esas resoluciones, por su misma naturaleza, precisamente por tratarse de actos de autorización, de una parte, son actos reglados; de otra, son actos que se atienen al control de legalidad de la actuación de los particulares en el ámbito exclusivamente urbanístico.

La consideración de las resoluciones en que se conceden las licencias de urbanismo como resoluciones en que se ejercita un control de legalidad se configuran como actos reglados en que la Administración no ejerce potestades discrecionales, porque ese control ha de atenerse a lo que se impone en el planeamiento. Y si ello es así, y conforme ya hemos visto al delimitar el concepto de la confianza legítima, no es admisible esa invocación cuando se trata de actos de tal naturaleza.

De otra parte, y como complemento de lo expuesto, precisamente por constituir las licencias urbanísticas un control previo de la actividad a desarrollar en la propiedad de los particulares conforme a lo establecido en el planeamiento, se hace dejación de aquellos otros presupuesto de la concreta actividad a desarrollar se impongan por normativa de otra naturaleza. De ahí la salvedad que siempre en nuestro Derecho han tenido las licencias sobre la necesidad de obtener las restantes autorizaciones que fueran necesarias. Así lo exige el artículo 169, en su párrafo primero, de la Ley de la Asamblea de Andalucía 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, en la que se impone la necesidad de obtener licencia urbanística municipal para los actos de “construcción o edificación e instalación”, pero ello “sin perjuicio de las demás autorizaciones o informes que sean procedentes”. Es decir, se dejaba a salvo la

necesidad de otro tipo de autorizaciones que fueran necesarias por afectar a los concretos actos pretendidos por el dueño de los terrenos.

Teniendo en cuenta ese condicionante de las licencias urbanísticas, debe tenerse en cuenta la normativa en materia de servidumbres aéreas que recaían sobre los terrenos a los que se hace referencia en la sentencia de instancia y en las resoluciones de la Administración en el expediente. Tales resoluciones, que tienen como presupuesto precisamente esa necesidad de solicitar esa autorización vinculada a esas servidumbres y que es donde se enmarcaría la resolución de la Administración, que la recurrente dejó firme y consentida, en las que se determinaba la forma en que podría ejercitar su derecho a edificar sin afectar a las servidumbres impuestas al servicio del aeródromo.

Bien es verdad que sería el planeamiento general donde encontrarán claro acomodo la compatibilidad entre las limitaciones que el derecho a la transformación urbanística imponen estas servidumbres legales y las previsiones del planeamiento, compatibilidad que, en efecto, deberían canalizarse por la vía de la emisión de informe de la correspondiente Administración en favor de la cual se imponen esas servidumbres y el planificador. Sin embargo, es lo cierto que esas servidumbres, por su propia naturaleza, se imponen directamente por la ley y, como se ha dicho reiteradamente por la Jurisprudencia, se adaptan mal a la vieja institución romanista de la servidumbre, porque constituyen el marco normal del derecho de propiedad, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Constitución. Y en este sentido es el artículo 51 de la Ley de Navegación Aérea (Ley 48/1960, de 21 de julio) a que se hace referencia en la sentencia de instancia la que excluye la obtención de facultades con base al derecho de propiedad, que es a lo que se refieren las licencias, por imponerse al mismo contenido del derecho.

Procede desestimar el motivo primero del recurso».

PERSONAL

Impugnación del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las FAS. Límite de edad máxima

STS, sección 7.^a, de 28 de enero de 2016, Recurso: 480/2014, Ponente D. Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.

El Tribunal Supremo, tras analizar la impugnación del Reglamento, desestima el recurso promovido por una Asociación contra el límite de edad máximo establecido para incorporarse, por promoción interna, a las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina.

Así considera el Alto Tribunal: «*CUARTO.- Según se ha visto, la demanda pretende que declaremos que los suboficiales están exentos de los límites de edad establecidos, tras su modificación por el Real Decreto 378/2014, por el artículo 16.1 a) 3º del Real Decreto 35/2010. No pide que declaremos nulo ese apartado que sería lo procedente desde el momento en que sostienen que las edades máximas que establece son discriminatorias, es decir contrarias a la igualdad proclamada por el artículo 14 de la Constitución y afirmada por su artículo 23.2 en relación con el derecho a acceder a la función pública el cual comprende, según reiterada jurisprudencia, el de permanecer en ella y seguir la carrera administrativa correspondiente.*

No obstante, dado que el Abogado del Estado no ha planteado objeciones por esa causa y que es posible entender que, en realidad, la pretensión de exención lo es primordialmente de declaración de nulidad, atribuiremos este sentido al suplico de la demanda por ser la solución más favorable al derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente.

En todo caso, el recurso debe ser desestimado porque ni el Real Decreto 378/2014 carece de motivación en el punto controvertido, ni carece de justificación la fijación de los límites de edad finalmente recogidos en la nueva redacción del artículo 16.1 a) 3º del Real Decreto 35/2010.

QUINTO.- Comenzando por la motivación, hemos de indicar que, en efecto, su preámbulo alude varias veces a la cuestión.

Así comienza diciendo que:

“Se introducen varias modificaciones en el Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas, que se refieren, principalmente, al peso específico que corresponde al concurso en los procesos de selección por concurso-oposición, y a los requisitos generales y por razón de edad que han de reunir los aspirantes para participar en los procesos de selección para cursar las enseñanzas de formación”.

Prosigue de este modo:

“En otro orden de cosas, el marco normativo que garantiza la selección sobre la base de los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, y la diferente duración de las actuales enseñanzas universitarias, aconsejan modificar al alza el requisito específico de edad para

poder participar en los procesos de selección. De este modo se asegura la igualdad de oportunidades en cuanto a número de convocatorias a las que se pueden presentar los posibles aspirantes. A su vez, se posibilita un aumento en el número de aspirantes en los procesos de selección, redundando en el aspecto cualitativo del personal que se incorpora a las Fuerzas Armadas”.

En consecuencia, añade:

“Se introducen las siguientes modificaciones en el artículo 16.1, letras a) y b), del Reglamento de ingreso y promoción y de ordenación de la enseñanza de formación en las Fuerzas Armadas: se establecen edades máximas diferentes en función de la titulación que se posea para la forma de ingreso directo con exigencia previa de titulación para las escalas de oficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina, se reduce el límite máximo de edad para la forma de ingreso por promoción sin exigencia previa de titulación para el Cuerpo General del Ejército del Aire en la especialidad fundamental Vuelo, se especifican edades máximas diferentes para el ingreso en la escala de Oficiales del Cuerpo Militar de Sanidad, sin exigencia de titulación universitaria previa, cuando se exijan al menos 120 ECTS superados del título de graduado en Medicina o, en su caso, 160 créditos del de Licenciado en Medicina, y finalmente se incluye un aumento de edad para facilitar los procesos de promoción de los militares profesionales”.

Si vamos al expediente, comprobaremos que, tal como observa la contestación a la demanda, en el expediente se hace referencia expresa a la edad máxima exigida para acceder a la Escala de Vuelo del Ejército del Aire (folio 7). Al respecto, el General Segundo Jefe del Estado Mayor del Ejército del Aire pide que se incluya en el proyecto el límite de los 24 años en vez de los 31 años porque “Esta reducción del límite de edad pretende favorecer la posible publicación de plazas para el acceso por promoción a la especialidad fundamental (de) vuelo de tal forma que se pueda garantizar una edad óptima para responder tanto a las exigencias de la enseñanza en vuelo como al posterior desarrollo profesional de la especialidad, ya que con el actual límite la posible edad de ingreso se considera excesivamente elevada para dicha especialidad”.

Por su parte ASFASPRO, en el trámite de audiencia, dijo, en general a propósito de los límites de edad que los establecidos en el nuevo texto del reglamento no pueden dejar vacía de contenido la reserva de plazas prevista en el artículo 62 de la Ley 39/2007 y que sería un fraude de ley “establecer límites de edad imposibles y ajenos a la pirámide de edades real del colectivo al que se dirige la promoción”. En este punto apuntó que

el 11,50% de los suboficiales tiene menos de 35 años y el 5,5% menos de 31 años y que “los límites actuales no tienen en cuenta la edad de la escala de suboficiales y hacen, en la práctica, muy difícil la promoción del suboficial. Se produce una reserva de plazas lastrada por los límites de edad”.

Ya sobre el extremo controvertido --la redacción del artículo 16.1 a) 3º-- que finalmente se aprobaría, ASFASPRO alegó:

“Se propone su modificación: 3º Ingreso por promoción sin exigencia previa de titulación universitaria: 34 años.

Justificación:

Sólo el 5,5 de los suboficiales es menor de 31 años, y menos del 0,02% son menores de 24 años. Este límite es irreal y supone un fraude de ley a la reserva de plazas que el artículo 62 de la Ley establece.

Siguiendo el criterio expuesto en la enmienda tercera, la edad límite de 38 años permite la promoción de aproximadamente el 20% del colectivo. Los ingresados en las academias de oficiales con 37 años, saldrían de teniente con 42 años de edad y 19 de servicio por delante, tiempo más que suficiente para amortizar la enseñanza recibida. Probablemente no alcancen los empleos de general, al igual que otros cientos que entraron con 18 años en la academia, ya que el ascenso a estos empleos se realiza por el sistema de elección.

Teniendo en cuenta la posibilidad legal de repetición de varios cursos escolares en la academia de oficiales, la evolución de las plantillas actuales de oficiales de los Cuerpos Generales e Infantería de Marina, la propuesta elevada por ASFASPRO al Pleno del Consejo de Personal sobre este asunto, y con el fin de aumentar las posibilidades de llegar a los empleos superiores, se considera aceptable durante el presente cuatrienio la edad de 34 años”.

Al contestar a estas alegaciones y a las que relacionaban la edad máxima exigible para promocionar a la escala de oficiales en el caso de que los suboficiales interesados procedieran de la escala de tropa y marinería, como había sucedido en su totalidad en las últimas convocatorias, el informe de la Dirección General de Enseñanza y Reclutamiento del Ministerio de Defensa observó:

“Si se aplicara lo propuesto, el 20% de la plantilla determinaría un límite de edad, requisito que sería variable según la propuesta, como mínimo cuatrienalmente, en función de las edades de los suboficiales en un momento determinado. El requisito de edad no debería establecerse con variables que no se pueden controlar, ya que no permite un efectivo planeamiento de personal.

Estableciendo un límite concreto máximo de edad para el ingreso permite conocer la edad máxima a alcanzar en cada empleo de la nueva escala en la que ingrese, esto es mucho más factible y predecible desde el punto de vista del planeamiento de efectivos que establecer los límites de edad en función de que pueda promocionar un tanto por ciento de la plantilla de suboficiales en un momento determinado. Se establecen límites de edad para ingreso por promoción, para controlar que mediante esta forma de ingreso en determinados empleos no haya personal con edades altas.

La edad también está relacionada con la capacidad para desempeñar los cometidos de cada cuerpo de las Fuerzas Armadas. Los Cuerpos Generales tienen como cometidos la preparación y el empleo de la Fuerza y del Apoyo a la Fuerza. El personal que perteneciera a esos cuerpos no puede tener edades elevadas en los primeros empleos porque condiciona la ejecución de dichos cometidos.

No se pretende posibilitar el ingreso por promoción a un tanto por ciento de la plantilla de suboficiales, tal y como se propone, sino limitar dicho ingreso con límites de edad por cuestiones de planeamiento de efectivos. Dicho límite permitirá participar en los procesos de promoción a un tanto por ciento de suboficiales, que será variable en función de las edades de dicho personal en un momento determinado en el tiempo. El establecimiento de unas condiciones u otras en orden al acceso a las Fuerzas Armadas se acomoda a los requerimientos propios del planeamiento en materia de personal”.

“No obstante todo lo anterior, en el punto 5 de la disposición transitoria quinta del Reglamento se exime de los límites de edad para el ingreso por promoción en las convocatorias hasta 2018 inclusive a los suboficiales de los Cuerpos Generales y de Infantería de Marina que posean la titulación requerida conforme a lo indicado en el artículo 17.1 b) 2º (...).

En conclusión el establecimiento de unos límites de edad tiene una lógica y razonable justificación en el hecho de que quien pretende promocionar a una escala superior lo haga con una edad suficiente no sólo para permitirle alcanzar ciertos empleos y con ello poseer la iniciativa nacida de una sana ambición, sino que, en esencia, permita satisfacer las necesidades de las Fuerzas Armadas no tanto a corto plazo y en los primeros empleos de la escala a la que se accede, sino también a medio y largo alcance en la planificación de unas Fuerzas Armadas de futuro, modernas y adaptadas a las nuevas exigencias tecnológicas y de planeamiento de la defensa militar (...)”.

En particular, sobre la nueva redacción del artículo 16.1 a) 3º dijo:

“(...) El personal que pertenece a estos cuerpos no puede tener edades elevadas en los primeros empleos porque condiciona le ejecución de (...) [sus] cometidos.

La edad de 24 años para (la) especialidad de vuelo es el límite máximo óptimo que se puede establecer para desempeñar eficazmente las actividades de vuelo. Se ha propuesto por el Ejército del Aire teniendo en cuenta lo especificado en el párrafo anterior.

En cuanto a establecer el límite de 34 años para aumentar el tanto por ciento de suboficiales que podría ingresar por promoción, se remite a lo expuesto (...)”.

Sobre lo anterior vuelve el informe del mismo centro directivo que reúne la respuesta a todas las alegaciones de las distintas asociaciones que hicieron uso del trámite de audiencia. También se reiterarán las anteriores consideraciones en la Memoria del Análisis de Impacto Normativo, en la cual se añade que las modificaciones del Real Decreto 378/2014 se fundamentan en las conclusiones obtenidas del estudio de los resultados de las convocatorias del año 2013 y de los anteriores.

Y el dictamen del Consejo de Estado no hace ningún reproche en lo que concierne a la cuestión controvertida.

Así, pues, hay explicaciones y justificaciones de la modificación introducida en el artículo 16.1 a) 3º del Real Decreto 35/2010 tal como, en realidad, tiene que reconocer indirectamente la demanda.

SEXTO.- Constatado ese extremo, se trata ahora de ver si esa justificación es suficiente y responde a razones objetivas y razonables desde el punto de vista de la igualdad afirmada por la Constitución.

Antes, es menester indicar que la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la que se extienden las conclusiones de los recurrentes contempla un supuesto distinto al de este proceso. Se refiere, en efecto, al límite de edad fijado en una convocatoria a plazas de policía local mientras que aquí se cuestionan los que afectan a los suboficiales para acceder por promoción a los Cuerpos de Oficiales. La diferencia es sustancial porque no es el mismo el régimen jurídico del personal de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el del personal de las Fuerzas Armadas, del mismo modo que no son las mismas la estructura y las necesidades de unos y otras. Por eso, con anterioridad al pronunciamiento del Tribunal de Luxemburgo hemos considerado contrarias a la igualdad reconocida constitucionalmente las edades máximas establecidas para acceder a las Escalas Ejecutiva [sentencia de 16 de marzo de 2011 (recurso 184/2008) y otras posteriores] y Básica [sentencia de 18 de abril de 2012 (casación

3485/2011) y otras posteriores] del Cuerpo Nacional de Policía, a la Escala de Cabos y Guardias de la Guardia Civil [sentencia de 24 de noviembre de 2015 (casación 3269/2014)], a inspector del Cuerpo de Mozos de Escuadra [sentencia de 31 de enero de 2006 (casación 2202/2000) y otras posteriores] y a policía local [sentencia de 29 de enero de 2015 (casación 1242/2013)].

En cambio, en la sentencia de 4 de abril de 2011 (recurso 129/2010) no tuvimos por discriminatorios los límites de edad fijados por el Real Decreto 35/2010 en su redacción anterior al Real Decreto 378/2014. Entonces, puestos a decidir si en el caso analizado había motivos razonables para los límites de edad en la promoción a la Escala de Oficiales, aceptamos esta justificación ofrecida por la Administración:

“(...) las necesidades numéricas de las Fuerzas Armadas a largo plazo (...) requieren (...) una carrera militar basada en la experiencia y en la acumulación de méritos [mediante el desempeño de] las funciones de los distintos destinos. De tal suerte que la justificación vendría dada por el hecho de exigir que el suboficial que pretende promocionar a la escala de oficiales lo haga con una edad que permita alcanzar en su carrera ciertos empleos según las necesidades que en cada uno de ellos tengan las Fuerzas Armadas. En consecuencia, el establecimiento de ciertos límites de edad máxima, que no coincida con la edad de jubilación o pase a la reserva en las Fuerzas Armadas, no puede considerarse en principio irrazonable, sin que la actora haya demostrado que los límites establecidos en concreto en dicho precepto si lo fueran”.

Es verdad que en la sentencia de 9 de mayo de 2014 (recurso 529/2012) declaramos nula la edad máxima fijada por el artículo 16 del Real Decreto 35/2010 para participar en los procesos de selección para el ingreso en los centros docentes militares de formación con el fin de incorporarse, por ingreso directo, a las escalas de oficiales. Pero ya entonces dejamos constancia de que era diferente la cuestión planteada sobre el acceso por promoción de suboficiales a la Escala de Oficiales --supuesto afrontado por la sentencia de 4 de abril de 2011 (recurso 129/2010)-- y el que se discutía entonces: el ingreso en los Cuerpos de Intendencia del Ejército de Tierra, de la Armada y del Ejército del Aire, en el Cuerpo Jurídico Militar y en el Cuerpo Militar de Intervención.

En conclusiones --no en la demanda, que guarda silencio sobre ese detalle esencial-- los recurrentes nos dicen que no hay motivos para dar una solución distinta según se trate de la Escala de Oficiales en los Cuerpos Comunes o en los Generales. Sin embargo, lo cierto es que los cometidos de unos y otros no son los mismos y que las exigencias relacionadas con

la edad no sólo tienen que ver con la aptitud física, sino también con otros factores como son las funciones a desempeñar y las necesidades derivadas de la específica organización de los cuerpos afectados. Es decir, con las razones que tuvo en cuenta la sentencia de 9 de mayo de 2014 para juzgar injustificados los límites de edad entonces impuestos.

Así, en ella se dice, confrontando el caso resuelto por la sentencia de 4 de abril de 2011 con el que estaba resolviendo, que el criterio de esta última no era aplicable “porque son también muy diferentes las necesidades públicas concernidas en el caso por ella enjuiciado, referido al acceso de quienes son ya Suboficiales a las escalas de oficiales, frente al que ahora se enjuicia, pues éste versa sobre el acceso a esos específicos Cuerpos de Intendencia, Jurídico Militar y Militar de Intervención, cuyas singulares funciones hace que no sean directamente extensibles los criterios de estructuración establecidos para otros Cuerpos Militares que son muy diferentes en cuanto a los cometidos profesionales que tienen atribuidos”.

Por lo demás, en la sentencia de 30 de mayo de 2012 (recurso 53/2010) no aceptamos plantear cuestión de inconstitucionalidad sobre el artículo 3.1 e) de la Ley 8/2006, de 24 de abril, de Tropa y Marinería, en la redacción que le dio la Ley 2/2008, de 23 de diciembre, que fijaba la edad máxima para ingresar en ellas en 29 años.

Dijimos allí:

“La respuesta a la necesidad de ese planteamiento tiene que ser negativa, por ser convincentes los argumentos que ha venido a ofrecer la Administración demandada para descartar que ese polémico límite de edad pueda considerarse injustificadamente discriminatorio y contrario al principio de igualdad.

Esos argumentos, que aquí merecen ser asumidos, se pueden resumir en estas ideas principales que continúan.

Que la selección de los militares de tropa y marinería está dirigida a atender las necesidades que presenten de las Fuerzas Armadas a corto y largo plazo.

Que la debida atención de estas necesidades aconseja la disponibilidad del mayor número posible de personal que disponga de una amplia experiencia.

Que esa amplia experiencia exige para obtenerla prolongados periodos de permanencia en las Fuerzas Armadas.

Y que esa prolongada permanencia requiere, a su vez, incentivos que la favorezcan y, uno de ellos, es posibilitar a todo aquel cuya voluntad sea dicha permanencia el acceso a la situación de retiro y a los derechos

económicos inherentes al mismo; o, dicho de otra forma, debe evitarse que la falta de expectativas de poder alcanzar esa protección de la situación de retiro sea un elemento disuasorio de la permanencia como militar de Tropa y Marinería, ante la necesidad de buscar una opción profesional distinta que sí facilite alcanzar una protección equivalente a la que comporta la situación de retiro.

Estos argumentos que acaban de consignarse ponen de manifiesto que el límite de edad aquí polémico cumple, según recuerda el Abogado del Estado, con esas exigencias que la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional ha declarado suficientes para justificar la validez constitucional de una diferencia de trato. Y así ha de ser considerado por todo lo siguiente: el discutido límite de edad está dirigido a esa finalidad de favorecer la prolongada permanencia en las Fuerzas Armadas que antes ha sido señalada; no es dudosa la legitimidad de tal finalidad por estar conectada con la meta de una mayor eficacia de las Fuerzas Armadas; y la limitación que comporta dicha edad cubre también el canon de proporcionalidad que resulta necesario en estos casos.

Debe, pues, concluirse, que los criterios de oportunidad utilizados por el legislador para establecer el aquí impugnado límite de edad no vulneran el principio de igualdad de acceso a las funciones públicas que reconocen los artículos 14 y 23 de la Constitución”.

SÉPTIMO.- A la vista de nuestros anteriores pronunciamientos, que han considerado suficiente justificación de las edades máximas los argumentos que hemos recogido, eso mismo debemos decir ahora pues los que apoyan la fijación de las edades que hemos visto son de la misma naturaleza.

Por lo demás, sucede que los recurrentes, más allá de afirmaciones rotundas sobre la falta de justificación de imponer como edades máximas a la promoción de los suboficiales las señaladas y de la invocación de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, solamente nos dicen en concreto que las exigencias físicas son las mismas para oficiales y suboficiales y que tampoco hay diferencias sustantivas, al margen del empleo respectivo, entre las funciones desempeñadas por unos y otros. E insisten en que solamente el 0,20% de los suboficiales tienen menos de 24 años, únicamente el 5,5% es menor de 31 años y que el 62% de los pilotos de las Fuerzas Armadas tienen 40 años o más. O en que se puede acceder por promoción a piloto de la Armada y del Ejército de Tierra con 31 años mientras que a la Escala de Vuelo del Ejército del Aire no pueden hacerlo los mayores de 24 años.

Naturalmente, no es posible acoger el argumento de la cuasi-identidad que proclama la demanda de los cometidos de oficiales y suboficiales porque carece de todo sustento probatorio y no se compadece con la lógica inherente a la organización de las Fuerzas Armadas. Cuanto aduce sobre la igual aptitud física de unos y otros con independencia de la edad tampoco es motivo para tener por irrazonables y arbitrarias las edades máximas de 31 años y 24 años porque la exigencia de no superar una determinada no se explica única y necesariamente por razones de tipo físico pues también obedecen a las relacionadas con los cometidos a realizar y con la planificación de los efectivos de las Fuerzas Armadas en el medio y largo plazo.

Los recurrentes no han demostrado que sean o deban ser los mismos los requerimientos y condiciones precisos para ingresar en la Escala de Vuelo del Ejército del Aire y los correspondientes para ser piloto en la Armada o en el Ejército de Tierra ni tampoco nos han dicho si en las necesidades, desde el punto de vista del personal y de las funciones a realizar, hay o no identidad. Y, por lo que hace a los porcentajes que ofrecen los recurrentes, ciertamente no cuestionados por el Abogado del Estado, en sí mismos tampoco son suficientes para que acojamos su pretensión. De un lado porque el mecanismo de la promoción a que se refiere el artículo 62 de la Ley 39/2007 no implica que deba abrirse sin ningún tipo de condicionamiento de edad o de otra naturaleza a todos los que en un momento determinado integran las escalas de suboficiales de las Fuerzas Armadas. Y, de otro, porque no se nos han aportado elementos para considerar discriminatorias esas edades y que no lo sea la de 34 años que propuso ASFASPRO ni se ha tenido en cuenta que esos mismos suboficiales pueden acceder sin límite edad máxima a las escalas de oficiales si cuentan con titulación según la disposición transitoria quinta del Real Decreto 35/2010.

En definitiva, procede desestimar este recurso».

PROCESO SELECTIVO. CALIFICACIÓN DE LA ENTREVISTA PERSONAL

STS, sección 7.^a, de 26 de mayo de 2016, Recurso: 1785/2015, Ponente D. Nicolás Antonio Maurandi Guillén.

El Tribunal Supremo declara la nulidad de una calificación de no apto en el proceso selectivo para la incorporación a la escala de cabos y guardias del Cuerpo de la Guardia Civil por no haberse motivado en los términos exigidos por la jurisprudencia.

Los hechos de los que se parte en la presente Sentencia son que el aspirante superó las pruebas de ortografía, conocimientos, lengua extranjera

y psicotécnica de la fase de oposición, con el número 8 en el orden de clasificación, y tras ser declarado apto en la prueba de aptitud física, fue declarado no apto en la entrevista personal, con base en los informes de la psicóloga y de la asesora del proceso selectivo, y, tras solicitar revisión, el Tribunal de Selección acordó la calificación definitiva de no apto. A partir de aquí el Tribunal Supremo señala que: *«El debido análisis de lo suscitado en los motivos de casación aconseja recordar, con carácter previo, la jurisprudencia sobre el significado y ámbito que ha de reconocerse a la llamada doctrina de la discrecionalidad técnica, y sobre las posibilidades que ofrece el control jurisdiccional frente a los actos de calificación especializada en los que se proyecta dicha doctrina, en especial en cuanto al nivel de motivación que les es exigible.»*

Esa jurisprudencia, procedente de este Tribunal Supremo (TS) y del Tribunal Constitucional (TC), está caracterizada por el permanente esfuerzo de ampliar al máximo y perfeccionar el control jurisdiccional previsto constitucionalmente frente a toda actuación administrativa (artículo 106.1 CE), y sus líneas maestras e hitos evolutivos se pueden resumir en lo que sigue.

1.- La legitimidad de lo que doctrinalmente se conoce como discrecionalidad técnica fue objeto de reconocimiento por la STC 39/1983, de 16 de mayo, que justificó y explicó su alcance respecto al control jurisdiccional con esta declaración:

“Pero no puede olvidarse tampoco que ese control puede encontrar en algunos casos límites determinados. Así ocurre en cuestiones que han de resolverse por un juicio fundado en elementos de carácter exclusivamente técnico, que sólo puede ser formulado por un órgano especializado de la Administración y que en sí mismo escapa por su propia naturaleza al control jurídico, que es el único que pueden ejercer los órganos jurisdiccionales, y que, naturalmente, deberán ejercerlo en la medida en que el juicio afecte al marco legal en que se encuadra, es decir, sobre las cuestiones de legalidad, (...)”.

2.- La jurisprudencia inicial de esta Sala, desde el mismo momento del reconocimiento de esa discrecionalidad técnica, ya se preocupó en señalar unos límites para la misma, que vinieron a consistir en la aplicación también a ella de las técnicas de control que significan los elementos reglados, los hechos determinantes y los principios generales del derecho. Así lo hizo la STS de 5 de octubre de 1989, que se expresa así:

“Los órganos administrativos a quienes corresponde la valoración de las pruebas de acceso a la función pública gozan de un cierto margen de discrecionalidad en la apreciación de las pruebas, que incluso merece la

calificación de técnica no revisable jurisdiccionalmente en lo que se refiere a los juicios que la Administración emita acerca de la apreciación de los méritos aportados o ejercicios realizados, pero ello no excluye el que los Tribunales puedan controlar la concurrencia de los límites generales jurídicamente impuestos a la actividad discrecional no técnica de la Administración que se refieren a la competencia del órgano, procedimiento, hechos determinantes, adecuación al fin perseguido y al juego de los principios generales del derecho, entre los que, en estos casos, cobran especial interés los de mérito y capacidad expresamente señalados al efecto por el artículo 103 CE “.

3.- La evolución jurisprudencial posterior, en aras de perfeccionar el control jurisdiccional y definir los espacios donde este control puede operar con normalidad, completó y aclaró esos límites inicialmente enunciados mediante la distinción, dentro de la actuación de valoración técnica, entre el “núcleo material de la decisión” y sus “aledaños”.

El primero estaría representado por el estricto dictamen o juicio de valor técnico, y los segundos (los aledaños) comprenderían, de un lado, las actividades preparatorias o instrumentales que rodean a ese estricto juicio técnico para hacerlo posible y, de otro, las pautas jurídicas que también son exigibles a dichas actividades.

Esas actividades preparatorias o instrumentales serían las encaminadas a delimitar la materia que vaya a ser objeto de ese juicio técnico, a fijar los criterios de calificación que vayan a ser utilizados y a aplicar individualizadamente dichos criterios a cada uno de los elementos materiales que constituyan el objeto de la valoración; esto es, serían los pasos que resultan necesarios para llegar a la estimación cualitativa finalmente contenida en el estricto juicio técnico.

Y esas pautas jurídicas estarían encarnadas por el derecho a la igualdad de condiciones que asiste a todos los aspirantes, por la necesidad de que el criterio de calificación responda a los principios de mérito y capacidad y por el obligado cumplimiento también del mandato constitucional de interdicción de la arbitrariedad.

La anterior distinción está presente en la STC 215/1991, de 14 de noviembre, como también en numerosas sentencias de esta Sala (entre otras, en las SsTS de 28 de enero de 1992, recurso 17267/1990; de 11 de diciembre de 1995 recurso 13272/1991; 15 de enero de 1996, recurso 7895/1991; y 1 de julio de 1996, recurso 7904/1990).

4.- Un punto más en esa línea evolutiva de la jurisprudencia lo representa la necesidad de motivar el juicio técnico.

Como ya se ha puesto de manifiesto, uno de los aledaños de ese juicio técnico está representado por la obligación de cumplir el mandato constitucional (artículo 9.3 CE) de la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos y, en el criterio de este Tribunal Supremo, ese cumplimiento conlleva la necesidad de motivar el juicio cuando así sea solicitado por algún aspirante o cuando sea objeto de impugnación.

Así se expresa STS de 10 de mayo de 2007, recurso 545/2002:

“(…) Tiene razón el recurso de casación en que la sentencia de instancia no enjuició correctamente la cuestión de fondo que le fue suscitada y en la infracción del artículo 24 de la Constitución que con ese argumento se denuncia.

La doctrina de la discrecionalidad técnica con que la Sala justifica principalmente su pronunciamiento no ha sido correctamente aplicada; y no lo ha sido porque, en relación a la actuación administrativa para la que se ha hecho esa aplicación, no se ha observado el límite constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 CE).

Como es bien sabido, dicha discrecionalidad técnica significa, por un lado, respetar las valoraciones de esa índole que hayan sido realizadas por los órganos cualificados por la posesión del correspondiente saber especializado y, por otro, admitir el margen de polémica o discrepancia que sobre determinadas cuestiones venga siendo tolerado en el concreto sector de conocimientos técnicos de que se trate.

Pero una cosa es el núcleo del juicio técnico sobre el que opera esa clase de discrecionalidad y otra diferente la obligación de explicar las razones de ese juicio técnico cuando expresamente hayan sido demandadas o cuando se haya planteado la revisión de la calificación que exteriorice ese juicio técnico. Esto último queda fuera del ámbito propio del llamado juicio de discrecionalidad técnica, ya que, ante la expresa petición de que dicho juicio sea explicado o ante su revisión, la constitucional prohibición de arbitrariedad hace intolerable el silencio sobre las razones que hayan conducido a emitir el concreto juicio de que se trate”.

5.- La fase final de la evolución jurisprudencial la constituye la definición de cuál debe ser el contenido de la motivación para que, cuando sea exigible, pueda ser considerada válidamente realizada.

Y a este respecto se ha declarado que ese contenido debe cumplir al menos estas principales exigencias: (a) expresar el material o las fuentes de información sobre las que va a operar el juicio técnico; (b) consignar los criterios de valoración cualitativa que se utilizarán para emitir el juicio técnico; y (c) expresar por qué la aplicación de esos criterios conduce al

resultado individualizado que otorga la preferencia a un candidato frente a los demás.

Son exponente de este último criterio jurisprudencial los recientes pronunciamientos de este Tribunal Supremo sobre nombramientos de altos cargos jurisdiccionales (STS de 27 de noviembre de 2007, recurso 407/2006), sobre concursos de personal docente universitario (STS de 19 de mayo de 2008, recurso 4049/2004) y sobre convocatorias del Consejo General del Poder Judicial para puestos en sus órganos técnicos (STS de 10 de octubre de 2007, recurso 337/2004).

QUINTO.- La aplicación de la doctrina jurisprudencial anterior al actual caso litigioso hace que sí merezca ser acogido ese reproche de falta motivación de la calificación aplicada a la recurrente en la prueba de entrevista personal de la fase de oposición del procedimiento selectivo litigioso, pues así resulta, por lo que seguidamente se explica, de esos informes de la Administración que antes se transcribieron.

En esos informes se indica que en la prueba psicotécnica [que según la base 6.1.4 de la convocatoria consta de dos partes: (a) aptitudes intelectuales y (b) perfil de personalidad], la ponderación de los test de inteligencia y de las escalas específicas que evalúan la capacidad de aprendizaje, análisis, razonamiento y potencial cognoscitivo, arrojaron como resultado para el recurrente, en una escala de valoración de cero a quince puntos, una puntuación de 8,6709 a la que corresponde una puntuación percentil de 64.

También se dice que, en la segunda parte referida al perfil de personalidad, no se observan puntuaciones significativas que se aproximen o superen los “criterios de no aptitud” establecidos por los vocales psicólogos miembros del tribunal.

En dichos informes se dice también que la entrevista personal se efectuó para contrastar y ampliar los datos anteriores, y que fue en esta entrevista en la que, en la evaluación de la adecuación del candidato al perfil profesional, se constató un resultado deficitario en las distintas competencias que el informe de 23 de octubre de 2013 enumera.

Mas no se explica con un soporte objetivo y con una debida justificación por qué se llega a esos resultados deficitarios, pues lo que se ofrece con dicha finalidad son tan sólo juicios subjetivos y genéricos que no expresan las expresiones o conductas del demandante de los que son deducidos, ni los criterios que son seguidos para llegar a dicho resultado valorativo de déficit en las competencias.

Dicho de otro modo, la aplicación de esa doctrina jurisprudencial que antes se recordó, sobre las exigencias que ha de reunir la motivación que resulta obligada para que pueda considerarse correctamente cumplida,

exigía lo siguiente: (a) establecer con anterioridad a la entrevista los criterios que se siguen para apreciar la existencia o no de déficit en cada una de las competencias que son objeto de evaluación para apreciar la adecuación del candidato al perfil profesional, mediante la expresión de la clase de conducta o respuesta del aspirante que será considerada como expresiva de la posesión o no de cada una de las competencias; (b) detallar las concretas respuestas que fueron ofrecidas por el aspirante y las conductas que en él fueron apreciadas en la prueba de la entrevista personal; y (c) explicar por qué esas respuestas y conductas concretamente ponderadas en el aspirante encarnan de manera positiva o negativa los criterios de evaluación que han de aplicarse.

Así ha de ser porque el proceso selectivo, en lo que hace al esfuerzo exigido al aspirante para superarlo, tiene su principal elemento en las pruebas de conocimientos de la fase de oposición que el recurrente sí superó con éxito. Esto a lo que conduce es a que la exclusión de quien haya superado con éxito esas primeras pruebas, mediante la declaración de no apto en la prueba de entrevista personal, requerirá que, de una manera inequívoca y rigurosa, haya quedado demostrada su falta de adecuación profesional y la concurrencia en su personalidad de factores que revelen que la misma es incompatible con ese correcto desempeño funcional a que antes se ha hecho referencia. Y así ha de ser porque la muy grave consecuencia que supone esa exclusión, para quien realizó el enorme esfuerzo de adquirir los conocimientos correspondientes a las primeras pruebas, únicamente cumplirá con el imperativo constitucional de interdicción de la arbitrariedad (artículo 9.3 CE) si está justificada y explicada con ese superior nivel de rigor y exigencia que acaba de apuntarse.

SEXTO.- Lo anterior es suficiente para estimar el primer motivo de casación, anular la sentencia recurrida y enjuiciar la controversia suscitada en la instancia [artículo 95.1.d) de la LJCA].

En este enjuiciamiento debe seguirse la misma solución que se aplicó en las sentencias de 4 de febrero de 2014 (casación 3886/2012) y 4 de junio de 2014 (casación 2103/2013), recaídas en unas controversias muy similares a la actual; esto es, procede estimar la pretensión del recurrente de que se le declare apto en la entrevista personal y continúen para él las restantes fases del procedimiento selectivo.

Y así procede porque, como se declaró en esas anteriores sentencias, no tiene sentido retrotraer las actuaciones cuando no hay material probatorio que justifique la declaración de no apto que se aplicó al recurrente».

PROCESO SELECTIVO. CUERPO DE INTENDENCIA

STS, sección 7.^a, de 29 de junio de 2016, Recurso: 2748/2015, Ponente D. Pablo María Lucas Murillo de la Cueva.

Se estudia el caso de un aspirante que fue eliminado, por llegar tarde al llamamiento para la lectura del segundo ejercicio, del proceso selectivo convocado para el ingreso en los centros docentes militares de formación para la incorporación, como militar de carrera, a las Escalas de Oficiales de los Cuerpos de Intendencia, y que a través del proceso especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona, tras la primera desestimación del mismo por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, fue repuesto en su derecho, al ordenarse la retroacción para ese aspirante, por el Tribunal Supremo, debe, no obstante señalarse que la Sentencia cuenta con un voto particular de D.^a Celsa Pico Lorenzo, al que se adhirió el magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, por considerar que las Bases de la convocatoria eran muy claras y que *La información sobre los «plazos estimados» no constituyen un derecho que se integre en el haber del opositor ni tampoco puede integrarse en el principio de la confianza legítima.*

Los hechos que dieron lugar al recurso, según constaban en el expediente administrativo y tal como se consignan en la Sentencia, fueron que el aspirante recurrente, que figuraba en primer lugar de las pruebas, fue excluido del proceso selectivo porque, llamado dos veces a las 13:35 horas del 23 de septiembre de 2014, no compareció para leer el segundo ejercicio de la última prueba del proceso selectivo. En ese sentido, la convocatoria para la lectura del ejercicio ese día 23 de septiembre de 2014 se había efectuado la víspera en estos términos: llamaba a dieciséis aspirantes a partir de las 08:45 horas; explicaba que el tiempo estimado para cada uno sería de 30 minutos; informaba de que habría un período de descanso de 11:00 a 11:30 horas y otro para el almuerzo entre las 14:00 y las 15:30 horas, quedando convocado para esta última hora el opositor siguiente al último que hubiera leído antes de la interrupción. Es recurrente era el décimo de los convocados para ese día 23 de septiembre de 2014 y, con arreglo a los llamamientos y pausas previstas, de concurrir todos los llamados, le correspondería leer a las 15:30, manteniéndose en contacto telefónico en esa mañana con el secretario del tribunal a quien llamó y de quien recibió varias llamadas. De las actuaciones resulta que se presentó ante el tribunal a las 13:45 de ese día 23 de septiembre de 2014.

En la Sentencia se determina: *«Razones lógicas y sistemáticas exigen que nos pronunciemos en primer lugar sobre el último de los motivos interpuestos --aunque fuera a título subsidiario-- por el Sr. Aspirante pues, de prosperar, procedería anular la sentencia y reponer las actuaciones*

para que se recibiera el proceso a prueba, se practicaran las admitidas y se diera lugar a las conclusiones antes de que la Sala de instancia dictara una nueva sentencia.

Tal como se ha visto, el recurrente combatió la denegación del recibimiento a prueba ante la propia Sala de instancia y ahora sigue manteniendo que, en contra de lo que ésta manifestó en los autos con los que adoptó y confirmó esa decisión, su demanda sí señaló los puntos de hecho sobre los que quería practicar prueba. También, hemos podido comprobar que el Ministerio Fiscal acepta que, efectivamente, de la demanda resultaban los hechos sobre los que quería el recurrente practicar prueba y que, en consecuencia, la decisión de la Sala de Madrid fue en exceso restrictiva.

Estamos de acuerdo con el parecer del Ministerio Fiscal. Hemos dejado constancia en el fundamento tercero de que la demanda indicaba sobre qué extremos quería practicar prueba. La lectura del otrosí en que el recurrente pedía el recibimiento a prueba muestra con absoluta claridad los hechos a probar y los medios con que pretendía hacerlo además de que del conjunto del relato de lo sucedido que el Sr. Aspirante trazó ante la Sala de instancia dejaba bien claros los hechos en los que sustentaba sus pretensiones. Por tanto, la razón ofrecida por la Sala de Madrid para denegar el recibimiento a prueba del recurso carece de fundamento y su decisión fue, de nuevo, repetimos lo dicho por el Ministerio Fiscal, en exceso restrictiva.

Ahora bien, de nuevo coincidiendo con el Ministerio Fiscal, no consideramos procedente estimar el motivo porque pueden darse por establecidos los hechos principales ya que no fueron objeto de contradicción por la Administración. Así, no se duda sobre los términos de la convocatoria, tampoco se discute que el Sr. Aspirante compareció en el lugar en que estaba actuando el órgano de selección a las 13:45 horas del día 23 de septiembre de 2014, ni que estaba próximo a ese lugar cuando el secretario le comunicó que le tocaba ya leer. En fin, no se ha negado que hablara con el secretario del tribunal sobre la hora de la lectura de su ejercicio y, ciertamente, en momentos anteriores el órgano de selección administró con flexibilidad los tiempos, extremo que tampoco se ha negado.

En definitiva, los extremos básicos sobre los que construye la demanda su argumentación pueden darse por establecidos de manera que ni cabe hablar de indefensión material ni tendría sentido, por lo que vamos a decir en los fundamentos siguientes, anular la sentencia para retrotraer las actuaciones a fin de practicar prueba sobre lo que ha de darse por acreditado.

NOVENO.- Despejado el camino, vamos a abordar conjuntamente los motivos primero y segundo y ya anunciamos que procede su estimación.

En efecto, entendemos que la sentencia, al confirmar la actuación administrativa, ha infringido el artículo 23.2 de la Constitución pues el proceder del órgano de selección supuso una aplicación de la base décima desproporcionada a la vista de las circunstancias que se habían producido con anterioridad. En efecto, se había creado en el recurrente la confianza legítima en que sería llamado a las 15:30 horas del día 23 de septiembre de 2014. Por eso, el órgano de selección, al prescindir de este dato, ignorar la confianza generada y dar por eliminado al Sr. Aspirante, a pesar de constarle que estaba a punto de comparecer ante él, infringió su derecho a acceder al empleo público.

Es verdad que de la convocatoria por sí sola no se desprende la conclusión de que fuera a las 15:30 del 23 de septiembre de 2014 la hora a la que el Sr. Aspirante debía leer su ejercicio. Las indicaciones sobre la duración estimada de la intervención de cada aspirante eran, ciertamente, meras orientaciones, mientras que las relativas a las pausas que el tribunal haría a media mañana y entre las 14 y las 15:30 sí suponían la certeza de que en esos períodos no se producirían lecturas. Antes de las 11 horas y después de las 11:30 horas la convocatoria no garantizaba un momento concreto de inicio de las lecturas de los aspirantes convocados salvo al primero que sabía con toda certeza que le correspondía hacerlo a las 08.45 horas.

Siendo el recurrente el décimo de los dieciséis convocados para ese día 23 de septiembre de 2014, de acuerdo con las previsiones anticipadas en la convocatoria, al Sr. Aspirante le correspondería, en principio, ser llamado a partir de las 15:30 horas. Todo ello, según las orientaciones suministradas con la convocatoria.

Ahora bien, la circunstancia que cambia todo es que el secretario del órgano de selección, en conversación telefónica mantenida con el recurrente en la misma mañana del 23 de septiembre, a las 09.30 horas, le confirmó que su turno llegaría a las 15:30. Sobre esa llamada el recurrente aportó con la demanda las capturas de pantalla de su teléfono móvil y, como hemos visto, pidió como pruebas la declaración del propio secretario y la certificación por la operadora telefónica del titular del número con el que se comunicó el recurrente y de las llamadas entrantes y salientes del teléfono del Sr. Aspirante. Y, aun cuando no hubo prueba por las razones dichas en el fundamento anterior, la verdad es que no se ha negado la realidad de esa llamada, ni de las otras ni tampoco se ha discutido su contenido. Es más, los datos concretos que ha ofrecido el recurrente sobre cuanto sucedió la mañana del 23 de septiembre de 2014, ninguno contradicho, ayudan a dar por ciertas sus afirmaciones. A esa conclusión

llevan también consideraciones lógicas pues no tiene explicación racional que quien, tras la realización de cinco pruebas, encabeza la relación de aspirantes se arriesgue a ser eliminado del proceso selectivo por no estar atento a la hora en que debía leer el ejercicio. Solamente una razón de peso podía justificar su actitud y no es otra que la confianza que le dio el secretario de que se le llamaría a las 15:30 horas.

Así, pues, si además de las previsiones anticipadas por el órgano de selección sobre el ritmo de desarrollo de las lecturas, cuando ya había iniciado sus actuaciones el órgano de selección su secretario dice al aspirante que leerá por la tarde, ya no nos encontramos ante meras orientaciones sino ante una indicación precisa del momento en que el interesado debía comparecer para leer su ejercicio. Indicación que no hace cualquiera sino precisamente un miembro cualificado de ese órgano, precisamente el encargado, según se desprende de cuanto consta en el expediente y en las actuaciones, de comunicarse con los aspirantes para coordinar; cuando fuera preciso, la realización de las distintas pruebas en los supuestos, que se produjeron, de coincidencias en los llamamientos y para llamar a los aspirantes que debían leer sus ejercicios.

Por otro lado, al margen de cuál fuera el motivo concreto por el que el órgano de selección siguió el 18 de septiembre un ritmo distinto del anunciado, es indiscutible que ese día no se ajustó a sus previsiones y afirmarlo así no es dejarse llevar por especulaciones, como dijo la sentencia de instancia, sino atenernos a lo manifestado por un testigo, el Sr. X, al que nadie ha contradicho. Esta apreciación sirve para contrastar la flexibilidad previa con el rigor posterior y ayuda a poner de manifiesto la desproporción de la decisión de tener por eliminado del proceso selectivo al Sr. Aspirante pues en el momento en que el órgano de selección la toma, sabía --pues lo conocía el secretario-- que el recurrente estaba a punto de llegar, como poco después sucedió ya que a las 13:45 horas se hallaba en el lugar; extremos todos estos tampoco discutidos.

La vulneración del derecho fundamental del Sr. Aspirante a acceder al empleo público se ha producido, pues, como consecuencia de una aplicación excesiva y desproporcionada de la base décima, aplicación contraria, además, al principio de confianza legítima que la Administración debe respetar y que, en este caso, estaba en juego por la actuación del secretario del órgano de selección. Y todos estos extremos no pueden reducirse a aspectos de legalidad ordinaria pues, conforme al artículo 121.2 de la Ley de la Jurisdicción, cualquier infracción del ordenamiento jurídico que se traduzca en lesión de un derecho fundamental, determina la estimación del recurso interpuesto por el procedimiento especial de protección jurisdic-

cional de los derechos fundamentales. En fin, no está de más recordar que en la interpretación de las normas aplicables ha de estarse a aquella más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales. La sentencia recurrida no tuvo en cuenta ni lo uno ni lo otro. Por eso, incurre también en el aspecto sustancial debatido en el proceso en el mismo formalismo excesivo que le reprochó el Ministerio Fiscal a su decisión sobre el recibimiento a prueba».

Tras estos razonamiento el Alto Tribunal estimó el recurso, en el sentido de reponer las actuaciones al momento en que se produjo la lesión del derecho del actor, decretando: *«Asimismo, la estimación comporta que si esa calificación final es igual o superior a la del último aspirante que superó el proceso selectivo, se admita al Sr. Casimiro como alumno en el centro docente militar de formación correspondiente, con todos los efectos desde que se produjeron para los demás aspirantes que lo superaron en su momento.*

Por otro lado, esta sentencia estimatoria supone por sí misma la compensación de los perjuicios morales que para el recurrente ha podido suponer su eliminación del proceso selectivo de referencia. Y, de corresponderle ingresar en el centro militar de formación con los efectos indicados, verá igualmente compensados los perjuicios económicos sufridos por la pérdida de retribuciones y otros derechos. En tanto no aduce perjuicio concreto distinto ni ofrece bases que permitan llegar a una compensación diferente a las indicadas, no procede hacer ningún otro pronunciamiento a este respecto».

EXTENSIÓN DE EFECTOS DE SENTENCIAS

STS, sección 7.^a, de 26 de julio de 2016, Recurso: 2214/2015, Ponente D. Pablo María Lucas Murillo De La Cueva.

En esta Sentencia se analizan los requisitos necesarios, en materia de personal, para poder extender los efectos de una Sentencia a quien no fue parte en el procedimiento judicial previo. Así, en el caso examinado pensión vitalicia aneja a la Medalla de Mutilado, el Tribunal Supremo revoca la STSJ de Cataluña, que accedió a conceder dichos efectos, por existencia de cosa juzgada.

Tal como se contiene en el Fundamento Tercero: *«En efecto, sobre la cuestión debatida, hemos dicho que no procede la extensión de efectos pues, para resolver sobre la procedencia de percibir o no un concepto retributivo, se debe establecer antes si las normas aplicables al caso con-*

templan tal concepto o no. En lo que ahora importa, es menester saber si asocian a la Medalla de Mutilado una pensión. Es decir, si existe el título en cuya virtud cabe reclamar ahora una determinada percepción. Y aquí sucede que la Sala de Barcelona ya le dijo al Sr. F en sentencia firme que la pensión extraordinaria de retiro que perciben quienes pertenecieron al extinguido Cuerpo de Caballeros Mutilados absorbe las pensiones que por mutilación habían cobrado en los porcentajes individualmente asignados en función del grado de discapacidad apreciado.

De esta manera cuando el Sr. F reclamó la extensión de los efectos de la sentencia n° 1115, de 28 de octubre de 2013, sí operaban respecto de su pretensión los efectos de cosa juzgada de la anterior de 4 de marzo de 2013 que desestimó su recurso n° 1037/2009. De ahí que no sirva para apoyar su pretensión la jurisprudencia que limita la eficacia de la cosa juzgada en los supuestos de reclamación de abono de cantidades percibidas en la nómina.

Por otra parte, el auto de la Sección Cuarta de la Sala de Barcelona que concedió la extensión de efectos sobre la que gira la controversia que se nos ha sometido se apoya en el dictado el 2 de abril de 2014 por la Sección Primera de la Sala de Murcia. Sucede, sin embargo, que hemos anulado este último mediante nuestra sentencia de 14 de diciembre de 2015 (casación 3021/2014), la cual sigue el criterio ya observado por las anteriores de 3 de diciembre (casación 4095/2014) y 1 de diciembre (casación 4096/2014) y por las dos de 25 de noviembre (casación 4088 y 4094/2014), todas de 2015 y que también hemos mantenido en la n° 461/2016, de 29 de febrero.

Así, pues, debemos acoger el motivo del Abogado del Estado, anular el auto recurrido y denegar la extensión de efectos solicitada por el Sr. F».

AMORTIZACIÓN DE PUESTOS

SAN, sección 5.ª, de 14 de octubre de 2015, Recurso: 86/2014, Ponente D. José Luis Gil Ibáñez.

Se estudia en esta interesante Sentencia la incidencia en las plazas ocupadas por miembros del Cuerpo Jurídico Militar en la Guardia Civil de la plantilla reglamentaria de oficiales y suboficiales para el periodo 2013-2017 que supuso una reducción de efectivos, entre ellos el puesto de comandante auditor desempañado por el recurrente en la Guardia Civil.

La Sala, partiendo de que «los principios de mérito y de capacidad, o los invocados en la demanda, como el de interdicción de la arbitrarie-

dad, cobran relevancia y no pueden ser desconocidos mediante la genérica invocación de la potestad de autoorganización que se reconoce a la Administración, pues tal potestad no es absoluta ni ilimitada, sino que su ejercicio ha de realizarse respetando todo el ordenamiento jurídico», y que en el recurso planteado «...resulta evidente que no se discute la decisión de amortizar un puesto en la Asesoría Jurídica de la Guardia Civil en Madrid, sino la de que sea precisamente el ocupado por el actor», se pronuncia de la siguiente manera:

«Enlazando con lo anterior cabe recordar que, como ha declarado esta Sección en reiteradas ocasiones, la motivación del acto cumple diferentes funciones, pues, desde el punto de vista interno, asegura la seriedad en la formación de la voluntad de la Administración; en el terreno formal, constituye una garantía para el interesado; y, en último término, facilita el control jurisdiccional previsto en el artículo 106 de la Constitución.

En el presente caso, ninguna de las anteriores funciones puede llevarse a cabo, ya que, ante la evidencia, constatada por el resultado de la prueba obrante en autos, de que existen varias plazas con idénticas características - “el número de puestos con el empleo Comandante/Capitán para el Cuerpo Jurídico Militar, Código de Puesto 194F6, asignación por libre designación, en la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil, en Madrid, es de cuatro (4)” -, deben exteriorizarse los motivos de optar por una y no por otras, ya que, de lo contrario, se crea una apariencia de arbitrariedad que no puede justificarse por la referida potestad administrativa. Es decir, la objetividad que debe imperar en cualquier actividad de la Administración, incluso cuando se trata de redistribuir sus efectivos, requiere que se revelen los criterios por los que, ante la concurrencia de las mismas circunstancias, se efectúa la correspondiente elección, sin que baste la mera indicación de esta última, como aquí ha ocurrido.

Por consiguiente, sin necesidad de mayor argumentación, ha de estimarse el recurso contencioso-administrativo y declarar nulas las resoluciones impugnadas».

CESE EN EL DESTINO

SAN, sección 5.^a, de 25 de noviembre de 2015, Recurso: 287/2014, Ponente D. Tomás García Gonzalo.

Analiza la Audiencia Nacional el cese del recurrente en la Asesoría Jurídica de la Dirección General de la Guardia Civil a partir del 1 de abril

de 2014, continuando en la situación de Servicio Activo pendiente de asignación de destino en Madrid.

En esta Sentencia partiendo de lo dispuesto en la SAN, sección 5.^a, de 14 de octubre de 2015, Recurso: 86/2014, se establece lo siguiente: *«Basta comprobar la relación existente entre las resoluciones ahora impugnadas, carentes también de motivación, y las resueltas en la sentencia referida en el fundamento precedente, para llegar a la conclusión, sin necesidad de mayor argumentación que sería ociosa, que procede estimar el recurso, y declarar nulas las resoluciones impugnadas; con condena en costas a la Administración de acuerdo con el artículo 139.1 de la Ley de la Jurisdicción»*.

CUMPLIMIENTO DEL TIEMPO DE FUNCIÓN

SAN, sección 5.^a, de 2 de marzo de 2016, Recurso: 9/2015, Ponente D. Jesús Nicolás García Paredes.

Se analiza en esta Sentencia si el tiempo de «servicios especiales», en este caso en el Tribunal de Cuentas, ha de ser o no computado como tiempo necesario de función en el empleo de comandante del Cuerpo Militar de Intervención, resolviéndose en contra del actor la impugnación de la resolución que acordaba en el Cuerpo Militar de Intervención la zona de escalafón definitiva para el ascenso al empleo superior, así como el personal evaluable y el excluido de la evaluación y la selección de asistentes a los distintos cursos de actualización durante el ciclo 2014/2015.

Así establece la Audiencia Nacional que: *«En efecto es cuestión pacífica que el destino en el Tribunal de Cuentas no se halla incluido entre los que han sido aprobados a tal fin por el Subsecretario de Defensa, y que en lo referente a los Cuerpos Comunes no contempla al Tribunal de Cuentas, ni tampoco a la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.*

El criterio que sostiene la resolución impugnada, acorde con el informe emitido por el Asesor Jurídico General, respecto a si el interesado tiene una experiencia profesional para alcanzar empleo superior, es que ha de producirse en el seno de la escala y cuerpo al que pertenece, de modo que dicha experiencia debe alcanzarse no en el desarrollo genérico de funciones interventoras sino en las concretas misiones o cometidos de control de gestión económico financiera, notaría militar y asesoramiento económico-fiscal que desempeñan los miembros del Cuerpo Militar de Intervención en servicio activo. Criterio que viene a cohonestarse con el

acogido en la sentencia de esta Sala a la que acabamos de hacer referencia, cuando aceptábamos el tiempo si la actuación se llevaba a efecto en la Jurisdicción Militar. Del mismo modo, no cabe entender que toda actuación de funciones interventoras entendida de forma genérica deba incluir su admisión como si se desempeñara por miembros del Cuerpo Militar de Intervención en servicio activo».

BIBLIOGRAFÍA

RECENSIÓN DE LIBROS

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR 6.ª EDICIÓN

Autores: José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez
Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, 1880 páginas.

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luís Pascual Sarría*

Se ha reeditado por la editorial Tirant lo Blanch un nuevo texto (6.ª Edición) del libro en dos volúmenes de los profesores José Garberí Llobregat y Guadalupe Buitrón Ramírez, adaptando la regulación de los principios informadores de la Potestad Sancionadora de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Sancionador, a las modificaciones que manera integral ha sufrido la materia tras la entrada en vigor (el día 2 de octubre de 2016) de las Leyes 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público.

En la presente obra se lleva a cabo por vez primera un completo y actualizado análisis de la totalidad de los trámites del nuevo procedimiento administrativo sancionador, así como de las diferentes cuestiones que en la práctica plantea la comisión y represión de las infracciones administrativas, tanto desde la óptica material (con la aplicación de principios tales como los de legalidad, tipicidad o responsabilidad del infractor), cuanto desde la procedimental (con la aplicación de principios tales como el de proporcionalidad, la prohibición de Non bis in idem, la prescripción, o los derechos fundamentales del presunto infractor a la presunción de inocencia, a la defensa, a la prueba, etc.). La obra viene acompañada de útiles

formularios con las principales actuaciones de parte en el procedimiento administrativo sancionador.

En el Volumen primero se contienen bajo el epígrafe de la *potestad sancionadora de la Administración y los principios constitucionales de incidencia penal y procesal*, y tras una introducción, una primera parte en la que se abordan, a lo largo de sus siete capítulos, los principios de la potestad sancionadora de la Administración (comentarios a los artículos 25 a 31 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público); y la segunda parte se dedica a referir la jurisprudencia sobre dicha materia tanto de la Sala tercera del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional.

El Volumen segundo se inicia con la tercera parte del tratado que dedica ocho capítulos al análisis de *los derechos del administrado/presunto responsable en el procedimiento administrativo sancionador*; una cuarta parte referida a la jurisprudencia sobre dicha materia tanto de la Sala tercera del Tribunal Supremo, como del Tribunal Constitucional; y, una quinta parte sobre *la tramitación del procedimiento administrativo sancionador en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común*, que incluye dieciocho capítulos y formularios.

Libro de consulta imprescindible para quien quiera conocer las novedades del procedimiento sancionador tras la entrada en vigor de las Leyes 39/2015 y 40/2015.

ESTUDIOS DE DERECHO MILITAR N.º 1 (2016)

Autor: Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Edit. Ministerio de Defensa, Madrid, 2016, 204 páginas.

*Por: Coronel auditor director de la Escuela Militar de Estudios Jurídicos
D. Francisco Luís Pascual Sarría*

El Ministerio de Defensa, en colaboración con la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, ha publicado un primer número de Estudios de Derecho Militar. La obra comprende una selección de las distintas conferencias expuestas en la Sección de Derecho Militar de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación desde su creación, todo ello, por autores especializados en la materia correspondiente.

El libro presentado por la subsecretaria de Defensa D.^a Irene Domínguez-Alcahud Martín-Peña, señala que la colección que ahora se inicia bajo el título genérico de Estudios de Derecho Militar es fruto de una feliz iniciativa dirigida a recoger en una cuidada coedición entre el Ministerio de Defensa y la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, toda aquella serie de conferencias, ponencias, seminarios e intervenciones que, previamente seleccionadas por su relevancia, interés y destacado rigor en cualquiera de los campos a que se extiende lo que podemos denominar con carácter genérico «el Derecho militar», la 20.^a Sección Científica de Derecho Militar de la ilustre corporación citada contempla en su programación a lo largo de cada ejercicio anual.

Está prologado por D. Luis Cazorla Prieto, copresidente de la Sección de Derecho Militar de la Real Academia, quién relata las vicisitudes de la creación de la Sección de Derecho Militar y su importancia en la Real

Academia, haciendo dos reflexiones, que la revista nace con vocación de constituir una primera entrega (de ahí que se identifica también con el año 2016), a la que se pretende que den continuidad otras que recojan los trabajos desarrollados en el seno de la Sección de Derecho Militar; y, una segunda, más general, por la colaboración del Ministerio de Defensa y una Corporación de Derecho Público, como es la Academia.

El contenido de la obra comienza con la conferencia del director de la Sección, D. José Luis Poyato Ariza, general consejero togado y vicepresidente primero de la Sección, titulada «*Reflexiones sobre el Derecho Militar*»; seguida de la magnífica conferencia de D. Eduardo Serra Resach, «*Las armas y las letras*»; la conferencia del profesor D. Ángel Luis Alonso de Antonio, versó sobre «*Derecho Militar y Constitución*»; sobre «*La piratería y protección jurídica dela seguridad marítima en el siglo XXI*» disertó el fiscal togado D. Fernando Marín Castán; y del «*Principio de justicia universal y los crímenes de guerra*», D. Abraham Martínez Alcañíz, secretario de la Sección y profesor del CEDIH de la Cruz Roja; D. José Luis Rodríguez-Villasante y Prieto, director del CEDIH, expuso «*Los principios generales del derecho penal en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*»; la conferencia de la profesora D.^a Susana de Tomás Morales, versó sobre «*Mujeres, paz y seguridad: nuevo punto de inflexión en materia de seguridad a la luz de la resolución 2242 (2015) del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, especial referencia a la mujer y las operaciones de mantenimiento de la paz*»; la obra concluye con el estudio del profesor D. Alfredo Liñán Lafuente, sobre «*El militar como posible sujeto pasivo de crímenes contra la humanidad*».

NOTICIAS DE REVISTAS

NOTICIAS DE REVISTAS

Francisco Luis Pascual Sarriá
Coronel auditor director EMEJ

DERECHO INTERNACIONAL

En el volumen 68/2/2016, de la *Revista Española de Derecho Internacional*, se han publicado los siguientes artículos de interés:

«Lucha contra el terrorismo internacional: no solo del uso de la fuerza pueden vivir los Estados», de Ana Salinas de Frías.

«Combatientes terroristas extranjeros y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», de Francisco Jiménez García.

En el número 32 de 2016 del *Anuario Español de Derecho Internacional*, se han publicado los siguientes artículos:

«El uso de la fuerza contra el Estado Islámico en Irak y Siria: problemas de fundamentación jurídica», de Pilar Pozo Serrano.

«La acción concertada de la Comunidad Internacional para la protección del patrimonio cultural en conflictos armados: Mali como paradigma», de Félix Vacas Fernández.

En el Volumen 224 (Issu 2 2/2016) de la *Military Law Review*, se incluye el artículo «The Crime of Aggression: Should Aggression be Prosecuted as a Crime in the ICC? », de Tal Ziskovich, Chef Prosecutor Israel Defense Force.

En el Volumen 224 (Issu 3 2/2016) de la *Military Law Review*, se incluyen los artículos:

«Legal aspects of using force against the islamic state in Syria after Russian Intervention», de Ali Fuat Bachcavan, Lieutenant Colonel (Retired).

«Weak Link: Time to refine the concept of criminal causation in the Military Justice System», de Aaron R. Inkenbrandt, Major.

En el Volumen 68-2 de 2016, de la *Revista Española de Derecho Internacional*, se contiene el artículo «Combatientes terroristas extranjeros» y conflictos armados: utilitarismo inmediato ante fenómenos no resueltos y normas no consensuadas», de Francisco Jiménez García.

DERECHO ADMINISTRATIVO

En el núm. 105 (mayo-agosto 2016) de la *Revista Vasca de la Administración Pública*, se incluye el artículo «El “nuevo” régimen de revisión de oficio y los recursos administrativos», de Juan A. Santamaría Pastor.

En el núm. 106 (septiembre-diciembre 2016) de la *Revista Vasca de la Administración Pública*, se incluye el artículo «La motivación en los procedimientos de selección y adjudicación de contratos y concesiones administrativas», de Rocío Navarro González.

En el núm. 201 (septiembre-diciembre 2016) de la *Revista de Administración Pública*, se incluye el artículo «El autismo del legislador: la “nueva” regulación de la potestad sancionadora de la Administración», de Tomás Cano Campos.

DERECHO CONSTITUCIONAL

En el núm. 108 (septiembre-diciembre 2016) de la *Revista Española de Derecho Constitucional*, se incluye el artículo «Los datos de tráfico de comunicaciones: en búsqueda de un adecuado régimen jurídico que elimine el riesgo de control permanente», de José Julio Fernández Rodríguez.

En el núm. L-2017, del *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*, se incluye el artículo «Presente y futuro de la protección de datos personales. Análisis normativo y jurisprudencial desde una perspectiva nacional y europea», de Gemma Minero Alejandre.

DERECHO PENAL

En el número 26 (noviembre 2016) de la *Revista General de Derecho Penal*, se incluye el artículo «Límites al deber de socorro», de Rafael Alcácer Guirao.

En el número 15 de 2016 (3.^a época) de la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, se incluye el artículo «El uso de las tecnologías en la entrada y el registro domiciliario: cambio en su concepción tradicional y nuevos retos en la protección de los derechos fundamentales afectados», de María José Cabezudo Bajo.

DERECHO PROCESAL

En el número 40 (noviembre 2016) de la *Revista General de Derecho Procesal*, se incluye el artículo «La imputación como elemento determinante del modelo procesal de investigación», de José María Asencio Mellado.

NORMAS DE EDICIÓN Y PUBLICACIÓN

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR. NORMAS EDITORIALES

La *Revista Española de Derecho Militar (REDEM)*, iniciada en el año 1956, publicada en un principio por la Sección de Derecho Militar del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, y posteriormente por el Ministerio de Defensa, tiene su sede en la Escuela Militar de Estudios Jurídicos. Su objetivo es el de la difusión del conocimiento de las distintas ramas del Derecho militar, fundamentalmente penal, disciplinario, administrativo, internacional, constitucional, marítimo, aeronáutico o comparado, desde cualquier perspectiva científica, ya sea ésta dogmática, histórica, sociológica o filosófica. A estos efectos, publica estudios originales sobre estas materias, dirigidos a juristas nacionales o extranjeros especializados en el asesoramiento jurídico militar o en el ejercicio de la jurisdicción militar. Asimismo se dirige a abogados, jueces o representantes del mundo académico, interesados en profundizar en la vertiente militar de sus respectivos ámbitos de especialidad.

La Revista tiene una periodicidad semestral y ha quedado indexada en Latindex.

Lo publicado en la *REDEM* no expresa directrices específicas ni la política oficial del Ministerio de Defensa. Los autores son los únicos responsables de los contenidos y las opiniones vertidas en los artículos.

Además de en soporte de papel, la Revista es accesible a través del Portal del Ministerio de Defensa, página web www.publicaciones.defensa.gob.es

REQUISITOS DE LOS TRABAJOS

La *REDEM* solo aceptará para su publicación trabajos originales. Salvo que concurran circunstancias excepcionales, se rechazarán trabajos publicados con anterioridad o remitidos paralelamente para su publicación en otras revistas, exceptuando los Premios Querol y Lombardero, que serán publicados.

Las colaboraciones podrán adoptar la forma de estudios y notas. Los estudios habrán de tener una extensión máxima de 20.000 palabras de texto, incluida la bibliografía, equivalentes a 50 páginas impresas. La extensión máxima de las notas es de 12.000 palabras correspondientes a 30 páginas impresas. Las colaboraciones deberán estructurarse en las siguientes partes: resumen, sumario, desarrollo.

Toda colaboración habrá de estar precedida por un resumen del contenido del artículo con una extensión máxima de 150 palabras, y cuatro palabras clave, acompañado de la correspondiente traducción o *abstract* en inglés, tanto del resumen como de las palabras claves y el título del trabajo.

El sumario encabezará el artículo, y en él se harán constar, de forma continua y sin puntos y aparte, los distintos apartados y subapartados en los que el tema se va a desarrollar.

El contenido del artículo será desarrollado siguiendo la estructura prefijada en el sumario. En cuanto al sistema de citas, se podrá optar bien por el sistema abreviado, consistente en indicar en el texto, entre paréntesis, el nombre del autor, año de aparición de la obra y número de la página, por ejemplo: (Rodríguez-Villasante 1987, p. 2), referido a un elenco bibliográfico al final del artículo; o bien el sistema tradicional con notas bibliográficas a pie de página. En cuanto a las citas bibliográficas, siempre que se cite la obra completa deberá ser presentada de la siguiente forma: APELLIDO/S, inicial del nombre, *Título*, lugar de edición, nombre del editor, año de aparición, número de página. En lo que respecta a la cita de los artículos de revistas, estos irán entre comillas y, en cursiva, el título de la revista; por ejemplo: RODRÍGUEZ VILLASANTE, J. L., «La modificación del Código Penal Español por la Ley Orgánica 5/2010, en materia de crímenes de guerra», *Revista Española de Derecho Militar* 95-96, 2010, p. 149.

Explicación de las normas de redacción:

- a. *Páginas escritas por una sola cara.*
- b. *New Times Roman 12.*
- c. *Interlineado: 1,5*

d. *Márgenes:*

- *Superior: 3 cm*
- *Izquierdo: 3,5 cm*
- *Derecho: 1 cm*
- *Inferior: 2,5 cm*

e. *Notas: siempre a pie de página. New Times Roman 10.*

f. *Citas bibliográficas, según el modelo siguiente:*

- *Libros: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título, editorial (sin escribir ed.), lugar de edición, página/s en que se contiene la cita o se trata la cuestión; p. ej.:*

RODLEY, N.S. (2000), The Treatment of Prisoners Under International Law, Oxford University Press, Oxford, p. 35.

- *Artículos en revistas: AUTOR -apellidos e inicial del nombre- (año publicación), Título del artículo, Nombre de la Revista, tomo y número, páginas entre las que se contiene el artículo, página donde se contiene la cita; p. ej.:*

PEÑARRUBIA IZA, J.M. (2006), Los derechos del militar en Francia tras el Estatuto general de 2005: algunas conclusiones para la reforma del derecho español, Revista Española de Derecho Militar, núm. 88, pp. 19-56, p. 34.

- *Publicaciones digitales: como las publicaciones en papel, pero indicando el formato.*

- *Páginas web: AUTOR -apellidos y nombre-, dirección de la página, fecha y hora en que se ha consultado.*

Los trabajos serán enviados a la redacción de la Revista, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Camino de Ingenieros n.º 6, 28047 Madrid, preferiblemente en soporte electrónico, a la siguiente dirección de correo-e: emej@oc.mde.es. Una vez recibidos, se remitirá el correspondiente acuse de recibo.

NORMAS DE EVALUACIÓN

Tras la recepción del texto se procederá a una primera evaluación. Al menos dos miembros del Consejo de Redacción comprobarán que el trabajo se ajusta a los requisitos exigidos sobre extensión y sistema de citas, así como a la temática, metodología científica y líneas editoriales de la

REDEM, pudiendo rechazarse aquellos artículos que reproduzcan temas tratados en el número anterior. En el caso de ser rechazado el trabajo, se notificará al autor, a quien también se le podrá requerir, en su caso, para que efectúe las correspondientes modificaciones.

Cada colaboración será evaluada mediante el sistema de «doble referee». A estos efectos la colaboración se remitirá a un miembro del Consejo de Redacción de la Revista, experto en la especialidad de que se trate, y que tendrá la consideración de gestor. Este se encargará de la búsqueda de dos evaluadores externos, reconocidos expertos en la materia, a quienes se remitirá, para evaluación, el citado artículo, garantizando el carácter anónimo de su autor. Los evaluadores disponen de seis u ocho semanas para entregar sus informes motivados, que se ajustarán al formulario incluido en anexo. Para ser publicado, un trabajo deberá obtener los correspondientes informes positivos de esos dos evaluadores externos. En el caso de que uno de los informes sea negativo, se estará a lo que decida el gestor o, en su caso, el Consejo de Redacción, pudiendo ser enviado el trabajo a un tercer evaluador externo, cuya decisión será vinculante. Cualquiera de los evaluadores externos puede hacer observaciones o sugerir correcciones a los autores, a los que se dará un plazo adicional para incorporarlas a su trabajo. En este último supuesto, la publicación del trabajo, caso de que el gestor lo considere conveniente, se someterá de nuevo al Consejo de Redacción.

A los autores de los trabajos aceptados, caso de solicitarlo, se les expedirá un certificado en el que se haga constar que su manuscrito ha sido aprobado por el Consejo de Redacción de la *REDEM* y se halla pendiente de publicación. De igual modo a los gestores y evaluadores, caso de solicitarlo, se les expedirá por el secretario de la Revista el correspondiente certificado.

ANEXO
INFORME SOBRE EVALUACIÓN DE TEXTOS

TITULO DE LA OBRA

OBSERVACIONES SOBRE EL CONTENIDO

FUENTES Y BIBLIOGRAFÍA

(Utilización de fuentes primarias o secundarias, documentación...)

CALIDAD Y SOLIDEZ DE LA INVESTIGACIÓN

(Estructura, Coherencia, Fundamentación de las conclusiones)

NOVEDADES QUE APORTA A SU CAMPO DE ESTUDIO

(Originalidad de las tesis o conclusiones)

OBSERVACIONES SOBRE LA FORMA

EXTENSIÓN

ORDEN

ESTILO

¿RECOMIENDA SU PUBLICACIÓN?

SÍ, SIN OBJECIONES

NO, DEBE SER RECHAZADO

SÍ, SI SE REALIZAN CORRECCIONES

SI SON NECESARIAS CORRECCIONES, INDÍQUELAS



MINISTERIO DE DEFENSA

SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

SUBDIRECCIÓN GENERAL DE PUBLICACIONES Y PATRIMONIO CULTURAL

