

Estudios

PROBLEMAS JURIDICO-POLITICOS DEL PODER MILITAR, PLANTEAMIENTO INSTITUCIONAL Y ESTATUTO

Vicente LOPEZ HENARES
Comandante Auditor

SUMARIO: 1. *El poder militar:* 1.1. Poder político y poder militar. 1.2. Poder civil y poder militar. 1.3. Disfunciones del poder militar.—2. *La posición constitucional del poder militar en el cambio político y social contemporáneo:* 2.1. El cambio en las condiciones bélicas. 2.2. El concepto de defensa nacional. 2.3. La función política de los Ejércitos modernos. 2.4. La élite militar como titular visible del poder militar.—3. *El poder de hacer la guerra.*—4. *La organización militar:* 4.1. La organización militar y sus conceptos previos. 4.2. Estructura y principios de la organización militar. 4.3. Formas de la organización militar. 4.4. Fiscalización y control político de la organización militar.—5. *Recursos, medios e industria militar.*—6. *Tres cuestiones institucionales principales: reclutamiento, estatuto y justicia militar:* 6.1. El Reclutamiento. 6.2. El Estatuto del militar profesional y el Reglamento de Disciplina militar. 6.2.1. Fundamento y naturaleza del régimen disciplinario interno de los Ejércitos. 6.2.2. Las Fuentes Jurídicas del Derecho disciplinario militar. 6.2.3. La autoridad militar y el Superior como sujetos activos de la responsabilidad disciplinaria. 6.2.4. El objeto de la disciplina y de las normas disciplinarias. 6.2.5. El estatuto del militar profesional y de carrera. 6.3. La Justicia militar.

I. *El poder militar.*

El problema central de la ciencia política es el poder. Se le configura como un conjunto de medios para asegurar un fin, pero el poder como tema cardinal de los que la convivencia cotidianamente plantea, es sentido por el individuo ciudadano en las consecuencias particulares que a su conducta impone. No solamente induce o persuade de forma consensual, sino que en definitiva manda y se resuelve en la posibilidad de controlar, mediante sanciones, exigiendo responsabilidad de las acciones y decisiones de quienes quedan constreñidos a su influencia¹.

Mas acá de las formas difusas, inexpresas o invisibles del

¹ C. J. FRIEDRICH: *El hombre y el gobierno*. Tecnos, Madrid, 1968, pág. 181 y ss.

poder, nos encontramos siempre con las instituciones organizadas y estructuradas en relaciones intersubjetivas escalonadas o diferenciadas, de quienes ordenan cumplir lo que resulta jurídicamente obligatorio y los destinatarios del derecho legalmente construido. Desde luego, el Estado como detentador de un poder soberano, supremo, exclusivo, irresistible y sustantivo, aparece como titular jurídico, fácilmente identificable, de la forma de poder hasta ahora más acabada².

Todo poder político es poder jurídicamente organizado. H. Heller quiere con ello significar, el valor instrumental del Derecho para la consecución legítima de la eficacia que el poder impone; pudiéndose sacar la consecuencia primaria de la organización como fuerza creadora que constituye su poder «de, sobre y en» la organización. El último titular del poder será el que determine la forma democrática (pueblo) o autocrática del Estado (jefe), y la forma en que se distribuyan competencias y funciones, caracterizará la esencia del régimen político constitucional³ y la posibilidad de equilibrio social por interdependencia integrada o coordinada de los diferentes órganos que ejercen cada función política primaria.

Junto a la idea de la existencia del poder político, considerado persona moral, dotado de conciencia colectiva y voluntad general, limitada por el principio dominante de legitimidad⁴, es posible reconocer una organización funcional de específicas características, el poder militar, cuyas propiedades, fines y régimen jurídico, exigen solución de una sustancial problemática del Estado constitucional contemporáneo.

1.1. *Poder político y poder militar.*

Siendo la Defensa Nacional un fin primario y esencial a cumplir y satisfacer por el Estado, resaltaré la imprescindible aplicación del principio de identidad entre el poder político y el poder militar. El Estado es el protagonista más caracterizado de la defensa y determina el objetivo básico de la organización militar, pero la posibilidad de tensión entre la tendencia de la organización a la autopreservación del fin de su misión y la necesaria integración de su poder diferenciado, pondrá en riesgo que los posibles elementos del poder del Estado actúen en direcciones distintas o sin cooperación armónica.

² H. HELLER: *Teoría del Estado*. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1961, pág. 277.

³ KARL LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*. Ariel, Madrid, 1964, pág. 49.

⁴ B. DE JOUVENAL: *El Poder*. Editora Nacional, Madrid, 1956, pág. 325 y siguientes.

Cuanto más invariables y previsibles sean los cometidos dirigidos al objetivo de una organización, tanto más apropiada es su burocratización, cuanto más vagamente aparezcan definidos, tanto más aparecerán procesos no planificados de adaptación a las circunstancias. En toda organización que cambia originalmente a una solución nueva, aparecerán tensiones de cambio interno, para adaptación del fin objetivo a cumplir, con la acción recíproca del medio ambiente. Por la vía de la menor resistencia, preservará su misión sustancial dentro del sistema y restablecerá el equilibrio de las variables funcionales a conservar con ciertas características⁵.

La función de la Defensa Nacional, dio existencia a la comunidad política en el rey que Dios mandaba para conducir la guerra, según el profeta Samuel, o en la Polis, como forma de defender al ciudadano según Tucídides, pero cuando la paz surge como medio normal de la convivencia, la necesidad del poder militar y su subsidiariedad frente al poder civil, determinarán o el acantonamiento territorial del ejército o el acantonamiento jurídico del mismo, sometiéndole a reglas ciertas y rigurosas de derecho, que garanticen suficientemente el carácter de su función⁶ Esto es, el problema del poder militar sin un Rubicón que lo separe del poder político.

Todo poder organizado o implícito, respecto del medio en que actúa, pretende convertirse en un sistema institucionalizado regular, mediante la expansión de la propia competencia secundaria, la captura de la función superior del Estado o presionando para la delegación de atribución que no implique plenamente un principio de mayor responsabilidad. Estas características y la propensión de la sociedad contemporánea a formar, como expuso el General Eisenhower en su mensaje de despedida presidencial de 1960, un «complejo militar-industrial», que actúe de grupo de presión en las cuestiones de política militar, hicieron que Galbraith llamara la atención sobre la urgente necesidad de aumentar el control público sobre las fuerzas armadas y de coordinar, políticamente, los intereses particulares de la función con el interés actual.

La intensa unión de la guerra y la política, expresiones de la conciencia de un pueblo (Maquiavelo) o instrumento la una de la otra (Clausewitz), exige comprometer en la responsabilidad de la dirección de las Fuerzas Armadas, no sólo al Jefe del Estado o su representación, sino a todos los órganos supremos de la política nacional, junto con los órganos militares superio-

⁵ Renate MAYNTZ: *Sociología de la organización*. Alianza Editorial, Madrid, 1972, pág. 66.

⁶ M. HAURIAU: *Derecho público y constitucional*. Reus, Madrid, página 172.

res de mando operativo del Ejército⁷, al ser institución que comprende las Fuerzas Armadas destinadas a la defensa de la existencia, integridad y soberanía de la comunidad nacional.

En la situación actual de la estrategia directa de disuasión para neutralizar o bloquear el deseo del antagonista, utilizando incluso la forma indirecta o complementaria de la acción subversiva, el factor psicológico de la socialización de la defensa y las nuevas exigencias militares financieras y técnicas, hace que para conseguir un nivel aceptable de eficacia defensiva, se conciba de otro modo la separación rígida entre estado de paz y estado de guerra, pues aparece una nueva situación intermedia y en la que rige: el principio de permanencia de la amenaza; el de prevención anticipada muy de antemano; la universalidad posible de la agresión a cualquier actividad, y el principio de unidad de la responsabilidad solidaria del poder político con los militares. No se puede disociar ni separar la función, ni el problema de las Fuerzas Armadas como una responsabilidad política⁸.

La preocupación creciente del poder político por los problemas estratégicos e industriales de la defensa nacional, ha dado a los Ejércitos una nueva dimensión de su existencia y de sus planteamientos jurídico-políticos, sociológicos, económicos, e incluso filosóficos, que posiblemente acarrearán lo que de disvalor conlleva al poder encontrarse manejados y organizados por el espíritu industrial, en cierto modo deformando o exigiendo una nueva visión tecnocrática del hasta ahora militar guerrero⁹, desembocándose en centros de poder independiente o de racionalidad específica, que llevan a los miembros de la organización a confundir la irracionalidad de un fin con el global de todo el sistema social¹⁰.

⁷ Angelo LONGO: *Instituzioni di diritto militare*. Bulzoni, Roma, 1975, pág. 66.

⁸ BEAUFRE: *Stratégie pour demain*. Plon, París, pág. 204; R. GIRARDET: *Problèmes contemporains de défense nationale*. Dalloz, París, 1974, pág. 114. Este autor cita aquí a Grocio. «Iter pacem et bellum nihil est medium.» La desaparición de la diferencia nítida entre paz y guerra es posible que haya interiorizado la guerra en la sociedad civil en su esfuerzo industrial disuasivo, al mismo tiempo que se constata, desde luego, la desaparición de algunas especialidades del régimen jurídico de los ejércitos en territorio que no esté en estado de guerra, dado que si aumenta el peligro de conflagración también ha aumentado el esfuerzo democrático de la sociedad para impedirlo o poder dominar las causas que lo motiven.

⁹ DÍEZ ALEGRÍA: *Ejército y Sociedad*. Alianza, Madrid, 1972, pág. 13; J. MEYNAUD: *La Tecnocracia*. Tecnos, Madrid, pág. 52.

¹⁰ R. MAYNTZ: *ob. cit.*, pág. 34.

1.2. *Poder civil y poder militar*

El principio de univocidad e identidad entre el poder político y el militar cobra un valor contrario cuando a este último se le relaciona con el poder civil. La natural diversidad funcional y lo que anticipadamente puedo exponer como subsidiariedad y subordinación del poder civil al militar, es característica casi universalmente reconocida ¹¹, además es un problema clave en la consecución de equilibrios para las sociedades en general y, particularmente, para las que se han incorporado con retraso al proceso de modernización ¹² con fuerzas armadas que generalmente han sido vehiculos de movilidad social e impulsoras del progreso.

El poder civil se ejerce generalmente mediante influencias o mediante la aplicación de la ley, el militar da órdenes y no negocia, habla siempre en nombre de otro poder o de valores como la Patria y afirma su autoridad personal por su prestigio social. El político civil quiere el poder, el militar lo tiene o lo recibe, sus atribuciones tienen una estabilidad que no tiene la precaria posición del político civil, que al mismo tiempo está en un campo de maniobra más libre que desconoce la ordenanza militar. El militar solamente se incorpora de forma tardía al protagonismo en los grandes problemas de la vida política, mientras que la ambición del político le llevará pronto incluso a discutir los problemas y métodos estratégicos. El militar, generalmente, no elige su adversario y su disciplina incondicionada, será uno de los dramas de su servidumbre del honor, y no obstante, el desconocimiento de la política no le hará por ello menos bravo, sino quizá, en alguna ocasión, más ineficaz para servir auténticamente a su pueblo ¹³.

Las relaciones entre el poder civil y el militar, han sido consideradas, salvo las disfunciones que después examinaremos, como de subordinación de este último al primero. En primer lugar, hay que afirmar, que el poder militar actual, no existe sino como un resultado de la abstención y desconocimiento del político civil de los problemas estratégicos y militares, que le llevan a abdicar de una responsabilidad cuyo fracaso lleva normalmente a la muerte o al juicio ante un Alto Tribunal ¹⁴. Tradicionalmente el Gobierno, una vez que había decidido las líneas generales de la política militar, dejaba la dirección de la

¹¹ LEVY: *El proceso de modernización y la estructura de las sociedades*. Aguilar, 1975, pág. 456.

¹² GASTON BERGES: *Homes politiques et chefs militaires. La Défense nationale*. Puf, París, 1958, pág. 15.

¹⁴ G. CHANTEBOUT: *L'organisation générale de la défense nationale en France depuis...* París. L. Generale, 1967, pág. 66.

ejecución a los mandos militares; hoy se nota, ante el cambio imponente de las circunstancias de paz en función de la guerra y su alto costo, la tendencia a que el Gobierno, a través del Ministro correspondiente, asuma también la responsabilidad de la ejecución de la política militar, ampliándose el sistema combinado, civil y militar, de coordinar los esfuerzos en una dirección común, tanto en la preparación del plan militar y la política del Estado, como en el desarrollo ejecutivo de las líneas acordadas. Este es uno de los problemas estructurales de máxima atención, dado que con él se quiere solucionar la articulación del poder civil y el militar, así como la autonomía técnica de este último, no como autoridad monista titular del Alto Mando, sino en cuanto actividad funcional con órganos corporativos propios de control y dirección ¹⁵.

El ciudadano se siente en libertad responsable del orden y de la fuerza. Si es cierto, resulta conveniente el planteamiento de unas líneas de relaciones de lo civil y lo militar, asegurando las nuevas exigencias políticas y teniendo en cuenta las condiciones de alta especialización técnica de los problemas del armamento y la estrategia, para las que el civil puede ser un «amateur», al mismo tiempo que se garantiza el control del gasto, la eficacia del nivel de equipamiento y entrenamiento, y la función de defensa en razón exclusiva de los intereses más provechosos para la sociedad civil ¹⁶.

Ello conllevó una revisión de los planteamientos estructurales generales de las Fuerzas Armadas después de la Segunda Guerra Mundial y, particularmente, consecuencia directa de la descolonización. Al regresar los ejércitos a la metrópoli, a través de la especialización y profesionalización técnica, el industrialismo y la organización funcional del control y responsabilidad jurídica, se dio un cambio radical del concepto del poder militar, considerando como esfera de la actividad pública inmunizada del control judicial o separada de las demás actividades sociales, sin otra unión que la cúspide de la pirámide estatal ¹⁷.

La sumisión al poder civil es uno de los valores del sentimiento del honor en sacrificio al interés nacional, que comprende le corresponde definir al Gobierno, pero condicionando su actuación neutral, como grupo político, al suministro de los medios y la organización eficaz, teniendo en cuenta que las

¹⁵ Decretos-Leyes 7 y 8/1977, de 8 de febrero.

¹⁶ J. DE SOTO: *Les aspects divers de la défense nationale dans ses rapports avec le pouvoir civil. La Défense nationale dans ses rapports avec le pouvoir civil. La Défense Nationale*. Nice, *ob. cit.*, pág. 87.

¹⁷ Art. 6 de la L.O. del Estado, artículos 2 y 40, d) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Art. 3 de la Ley General del Servicio Militar. Todos ellos sirven de ejemplos para ilustrar este problema.

guerras actuales solamente se ganan con una buena preparación en la paz o cuando, al menos, se inician con unas condiciones de igualdad a las del adversario. Si los Ejércitos han de ser un instrumento de la política definida por el Gobierno y los poderes públicos superiores, es necesario pensar en el grado de su acantonamiento orgánico y su conocimiento técnico de la especialidad estratégica, cuyo discernimiento no puede totalmente ser acaparado por el conjunto de prerrogativas que ejerce el poder político civil¹⁸.

De otra parte, el problema del control se hace cuestión principal que los demócratas tienen que resolver para impedir la posibilidad de la disposición militar por los demagogos, armonizar la composición social de las fuerzas armadas, al crecer la importancia de la parte profesionalizada del Ejército, combatir el posible estado de apatía y provocar una mayor interdependencia con la sociedad civil, sin olvidar que el problema de la organización de las Fuerzas Armadas tiene un valor considerable en períodos de crisis agudas o de transformaciones profundas, y que su solución está ligada íntimamente al contexto de los mecanismos de equilibrio y coordinación de la sociedad en su conjunto. Karl Mannheim entiende que, junto al valor específico del militar profesional, no es de desdeñar el de la milicia, y que si la guerra ha hecho comprender que toda la sociedad comparte un destino común, las tendencias igualitarias y la educación política, apegada a la idea de salvaguardia de la libertad y la justicia, hará difícil que el poder político de la sociedad pueda ser defraudado¹⁹.

Dos poderes estatales no pueden quedar en pie de igualdad, sin riesgo grave de antagonismo. Ello es por lo que los Ejércitos han hecho de la disciplina, subordinada al poder civil, una de las características del código de honor profesional, a salvo situaciones graves en las que el pueblo o la comunidad nacional básica, ha roto de manera universalizada el presupuesto de legitimidad de la autoridad civil. No hace cuestión este problema a un planteamiento puramente circunstancial, sino a la solución de la convivencia democrática desde sus orígenes, ampliando la capacidad de presencia activa del Ejército en la vida política en los momentos de mayor tensión social y restringiéndola en los períodos posrevolucionarios o cuando el Ejér-

¹⁸ C. BURDEAU: *Science Politique*, t. II. L. General, París 1968, pág. 254; L. HAMON: *La estrategia contra la guerra*, pág. 32.

¹⁹ K. MANNHEIM: *Libertad, poder y planificación democrática*. Fondo de Cultura de Méjico, 1960, pág. 146. También en LEVY, *ob. cit.*, página 469.

cito ha quedado retrasado notablemente en el proceso de modernización ²⁰.

1.3. *Disfunciones del poder militar*

Levy afirma que uno de los aspectos más fascinantes de las organizaciones de las Fuerzas Armadas, es el grado de su aislamiento respecto de las demás organizaciones de la sociedad y que, precisamente, se hace más riguroso a medida que aumenta el nivel de su modernización, como exigencia de una mejor preparación y adiestramiento ²¹. Aunque en parte solamente sea cierto y aplicable a las Fuerzas Armadas «de *mètier*», no es menos cierto que las condiciones de vida que la disciplina impone, el ascetismo proverbial y la dificultad de integración en los modos de vida ordinaria, crean una dosis de aislamiento relativo y la consecuencia inevitable del particularismo y una mayor susceptibilidad de autopreservación.

El militarismo puede ser, en ocasiones, la salida natural del aislamiento universal radicalizado como término final de la presión de influencia para desplazar o suplantar al poder civil. Suele darse en los casos en que los militares constituyen un grupo relativamente independizado en sociedades no modernizadas y cuando los detentadores del poder ordinario pierden las condiciones básicas de su legitimidad. Su forma más benigna aparece bajo la forma de Ejército «moderador o árbitro» en sociedades ya relativamente complejas, y la intensidad y duración del protagonismo de las Fuerzas Armadas no aparece ni excesivamente profundo ni duradero ²².

Longo ²³ entiende que es una forma perversa de los valores militares auténticos, como suplantación del valor civil de la paz y de ideología política no militar, si no propia del político civil, impotente contra la agresividad externa, y que hace eclosión casi siempre que se renuncia al fin primario de la defensa nacional, aumentando la preponderancia militar de la coerción interna.

En tercer lugar, la intervención o forma de sustituir de manera total el gobierno civil por el militar, viene condicionada por el nivel de estancamiento social de la profesión militar, el

²⁰ HAURIAU: *Traité de Droit constitutionnel*, pág. 175, traducción española. El Instrument of Government de 1653 dispuso en su artículo IV: «That the lord Protector, the Parliament sitting, shall dispose and order the militia and forces, both by sea and land for the peace, by consent of Parliament...»; KEYTON, *The Stuart Constitution*, Cambridge, 1969, página 342.

²¹ *Ob. cit.*, pág. 461.

²² BLONDEL: *Introducción al estudio comparado de los Gobiernos*. Revista de Occidente. Madrid, 1972, pág. 447. LEVY. *ob. cit.*, 467.

grado de disminución de la legitimidad del poder civil, el deseo de militar de una sociedad estable (buena retaguardia) en el crecimiento y complejidad del sistema económico, autorestaurador de los desequilibrios sociales y obstáculo a la conspiración, así como la mayor o menor identidad de la ideología dominante con la ideología básica de la estrategia de la defensa²⁴. La intervención puede ir acompañada de la convicción de cumplir un deber inexcusable e intransferible²⁵ y denota una crisis en el orden político y social de una organización política o, al menos, la insuficiencia del mismo para solucionarla, con la intención, no sólo de proteger o complementar la acción civil, sino en algunos casos con pretensiones de reformas democráticas y de progreso social²⁶.

La reciente sociología al abordar el tema del control político para conseguir un equilibrio de poder de máxima modernización, hace hincapié marcado sobre la ecuación de correlaciones necesarias entre el poder y la responsabilidad. En lo que se refiere a las Fuerzas Armadas, su garantía se verá circunscrita a la funcionalidad de cuatro tipos de equilibrios: jerárquicos o de los mandos superiores sobre la disciplina de los inferiores, y no jerárquicos frente a la arbitrariedad; equilibrios empíricos como consecuencia de la idea difusa de profesión, justicia y honor, según una educación y conocimiento homogéneo; equilibrios específicos de poder y responsabilidad, definidos de manera propia en códigos y ordenanzas, y equilibrios difusos en función de la superioridad del empleo; y en cuarto lugar, equilibrios internos de autotela de la disciplina y la reponsabilidad, y equilibrios externos en función de la sociedad global y el poder político. Todos ellos admiten una gama de permutaciones, combinaciones, centralizadas y descentralizadas, pero que dan al conjunto siempre una estructura coherente y racionalizada para ser eficaz²⁶.

II. *La posición constitucional del poder militar en el cambio político y social contemporáneo.*

El cambio impresionante en las condiciones y posibilidades de los enfrentamientos bélicos, ha transformado el concepto clásico de defensa nacional y, consecuentemente, la función de las Fuerzas Armadas, así como las relaciones entre el poder

²³ A. LONGO: *ob. cit.*, pág. 21.

²⁴ J. BLONDEL: *ob. cit.*, pág. 473.

²⁵ H. OEHLING: *La función política del Ejército*. I. de Estudios Políticos, 1967, pág. 338. Casos recientes fueron los del General Salan en Francia y Spínola en Portugal.

²⁶ LEVY: *ob. cit.*, pág. 233.

civil y el militar en la titularidad de los poderes de guerra e influyendo, al mismo tiempo, en la naturaleza social de la élite militar.

2.1. *El cambio en las condiciones bélicas.*

El crecimiento considerable de la movilización combatiente se puede constatar en la diferencia que existió entre las dos guerras mundiales. Si la primera puso sobre las armas a más de doce millones de hombres, la segunda produjo una requisición de reclutamiento superior a los setenta millones, y cincuenta millones de víctimas. La revolución tecnológica, operada en la industria del armamento, equipara superioridad industrial a superioridad bélica, traslada el valor del problema estratégico al logístico, y es el medio de hacer la guerra psicológica por el imperio del terror de la disuasión nuclear y los medios balísticos submarinos.

El pensamiento estratégico al aparecer el arma nuclear (Estados Unidos, 1945; Rusia, 1949; Inglaterra, 1952, Francia, 1960 y China, 1964) y la política internacional de los bloques, ha comenzado a sufrir una profunda revisión. Si bajo los horrores de la Segunda Guerra Mundial, solamente en Alemania, como consecuencia de 305.000 bombardeos, se produjeron 780.000 muertos, 485.000 heridos y 7.500.000 alemanes quedaron sin casa, y en Nagasaki se arrojó una bomba A (20 KT) equivalente a 2.250 toneladas de bombas clásicas, mortal en 15 kilómetros cuadrados, podemos quedarnos atónitos si nos damos cuenta que en diez años (1944-1954) los efectos de los ingenios destructivos han multiplicado su alcance por 3.000, dado que la bomba H (15 M. T) produce efectos mortales en un área de 6.500 kilómetros cuadrados, en cuyo interior fallecerán más de la mitad de las personas sorprendidas. En estas condiciones bélicas la defensa como modo de impedir la guerra ha sufrido un replanteamiento por la imposibilidad de diferenciar con los conceptos clásicos, la paz y la guerra o el frente de la retaguardia²⁷.

2.2. *El concepto de defensa nacional.*

Surge después de 1946 sin términos precisos, aunque comienza a ser manejado en los textos jurídicos con diversa intención política y con la finalidad de extender el control del Estado sobre una competencia para resolver un problema acumula-

²⁷ GIRARDET: *Problèmes...*, pág. 15 y siguientes y FRITZ STERNBERG: *la Revolución Industrial y Militar de nuestro tiempo*. Fondo de cultura económica, Buenos Aires 1961, pág. 130.

tivo, no puramente militar, sino también económico y civil, creándose la movilización universal de los espíritus, más allá de lo puramente administrativo o ministerial. El politicismo de la nueva concepción global del planteamiento de la guerra contemporánea, es utilizado por los partidos políticos para hacer de sus propósitos parte de su programa. La defensa, así concebida, no es asunto exclusivo militar, sino de otras competencias civiles que han de compartir las responsabilidades y el presupuesto, alcanza a problemas fundamentales de economía, industria, investigación y defensa civil. Tendrá, en definitiva, una expansión universalizadora, y su principio más radical será el de coordinación bajo dirección gubernamental, según expusieron los generales Jousse y Giraud.

Para los políticos civiles la defensa es, eminentemente, un estado de la opinión y de la economía, problema de equilibrio económico del gasto, rentabilidad y de defensa de la inversión, así como de solidaridad nacional; los jefes militares, por otra parte (generales Albord y Girardot), defenderán la perspectiva militar predominante, dado que, en un conflicto bélico, los militares seguirán siendo siempre sus protagonistas principales y sus responsabilidades en nada se aligeran.

Esta concepción, desde luego, comprende los planteamientos de las formas nuevas de guerra psicológica y revolucionaria. Como salida práctica para identificar el concepto se utiliza, en el país vecino, la ordenanza general sobre la defensa nacional de 7 de enero de 1959, básica en la revolución orgánica francesa, según la cual debe de entenderse por defensa «la actividad que tiene por objeto el asegurar en todo tiempo y en cualquier circunstancia y contra cualquier forma de agresión, la seguridad y la integridad del territorio, así como la vida de la población. A ella le conciernen igualmente las alianzas, tratados y acuerdos internacionales». Es, pues, el conjunto de actividades que tienen por objeto el acrecentamiento del potencial militar de la Nación y su capacidad de resistencia a una acción armada dirigida contra ella ²⁸.

Se considera así la defensa nacional como un esfuerzo para la preparación de la guerra con una panoplia suficientemente variada de armamentos y tipos de organización, y comprende el establecimiento de las alianzas necesarias que pueden cubrir los campos de acción convencional, atómica y revolucionaria. La necesidad de eficiencia orgánica de las unidades militares para que puedan luchar en los tres ambientes, genera una mutua influencia entre defensa y fomento nacional que constituye a la cuestión (Rostow) en causa primordial para el desarrollo

²⁸ G. CHANTEBOUT: *ob. cit.*, pág. 28. 7. ESSIG: *Aspect civils et militaires de la défense nationale*. La défense nationale. 1958, pág. 205.

y modernización económica e industrial²⁹, cuya ocasión desperdiciada, afirma Levy, sería uno de los grandes errores del siglo xx.

2.3. *La función política de los Ejércitos modernos.*

Una primera categoría de sistemas estaría expresada por aquellas sociedades que viven en pie de guerra efectivo, consecuencia de los conflictos bélicos recientes o de posibilidad inmediata. Pueden ser verdaderos regímenes militaristas y en los que el Ejército cumple un papel directivo primordial. Otros son los de aquellas sociedades que han organizado la paz en un ambiente nuclear cuartelario o de casi permanente movilización en masa.

La URSS, siguiendo los principios estratégicos de Lenin y Stalin, según los cuales son decisivos en la guerra total los factores de cohesión moral del país y del Ejército, el elemento retaguardia y la necesidad de preparación psicológica de la acción de fuerza, ha llegado, en sus planteamientos orgánicomilitares, a constituir una verdadera nación-ejército, corroborando la tesis de Q. Wriht de como «todo estado en guerra tiende al socialismo y como todo estado socialista tiende a la guerra». La preparación militar soviética ocupa un lugar preeminente en la enseñanza secundaria y superior, la industrialización se planifica preferentemente a fines militares y casi la mitad de las titulaciones civiles proceden de los 151 centros de enseñanza militar. Además, han aproximado mucho los cuadros militares a los civiles, ya que el 80 por 100 de ellos tienen diplomas o licenciaturas civiles ordinarias, la reserva y el servicio voluntario de milicia instruye a unos cuarenta millones de rusos, y a través de ella se ha llegado a crear un sistema paralelo de integración social, siempre bajo directrices del partido, que se introduce hasta la fábrica o la cooperativa y se extiende en distintos niveles de compromiso y descentralización por todo el territorio de la federación. Este sistema, llamado General A. T. Altounine, no deja de levantar sospechas sobre la desconfianza de los políticos soviéticos respecto de la neutralidad tecnocrática que los militares rusos han tenido desde los tiempos de la revolución, como afirma Williams D. Odon (*The militarization of the Soviet Society en Problems of Communis*), contándose las escasas excepciones de Joukov y Gretchko³⁰.

²⁹ SALAS LÓPEZ: *España, la OTAN y los organismos militares internacionales*. Madrid, 1974, pág. 78. GIRARDET: *ob. cit.*, pág. 117. DIEZ ALEGRIA: *op. cit.*, pág. 58. LEVY: *op. cit.* 476.

³⁰ Problèmes politiques et sociaux núm. 305. La documentación française marzo, 1977. *L'armée et la défense nationale en unión soviétique*.

Con un criterio parecido se han venido inspirando las funciones del Ejército chino. Durante la Revolución Cultural y con el propósito de apoyar a la izquierda, se introdujo en las instancias administrativas; el servicio militar obligatorio, a pesar de ser un honor, es políticamente muy selectivo y la milicia política se ha integrado en las Fuerzas Armadas, después de la nueva Constitución de 17 de enero de 1975. En este nuevo texto (art. 15) las Fuerzas Armadas tienen por misión, defender las conquistas de la revolución socialista, defender la soberanía, la integridad del territorio, la seguridad del país y preservarlo de la subversión y de la agresión imperialista. Son fuerzas armadas de obreros y campesinos, dirigidas por el Partido Comunista y bajo el mando efectivo del presidente del Comité Central. Son tanto cuerpos de combate como cuerpos de trabajo; se utilizan para cometidos de construcción, funciones administrativas, culturales e incluso de producción³¹.

En un segundo lugar, Portugal constituye una forma política en que las Fuerzas Armadas se organizan constitucionalmente acantonadas como fuerza de reserva y tutela del nuevo régimen republicano. Superados los primeros momentos de protagonismo revolucionario del gonzalvismo y del «grupo de los nueve» que, frente al clásico sistema de disciplina sometió a elección de los cuerpos los representantes políticos militares, el apoyo a la nueva constitución por los seguidores del profesionalismo del general Eanes, hizo que el papel político del Ejército quedara claramente definido como poder autónomo de salvaguardia y control constitucional en el texto de 2 de abril de 1976. El Consejo de la Revolución tiene funciones consultivas a la presidencia de la República, garantiza el regular funcionamiento de las instituciones democráticas, el cumplimiento de la constitución y la fidelidad al espíritu del 25 de abril de 1974, y es órgano político y legislativo en materia militar (artículo 142). Está compuesto por el presidente de la República, los jefes de Estados Mayores y el de las Fuerzas Armadas, el Primer Ministro y catorce oficiales designados (ocho del Ejército de Tierra). Funciona en régimen permanente y asegura al Presidente en el ejercicio de sus funciones, autoriza la guerra o el armisticio y el estado de sitio; resuelve sobre la incapacidad física presidencial y la constitucionalidad de los decretos; se pronuncia sobre exoneración del Presidente de la República y el veto suspensivo de la sanción legal, así como en las cuestio-

General Beaufre. *Introducción a la estrategia*. I. Estudios Políticos, 1965, página 44.

³¹ TCHÉ-HAO TSIEN: *Analyse de la Constitution de la R. P. CH.*, en *Annuaire de législation française et étrangère*. Centre National de la recherche scientifique. París, 1974. Tome XXIII, pág. 35.

nes de disciplina militar o de reglamentos de su régimen, y acuerda o aprueba los tratados internacionales relativos a asuntos militares (arts. 143-149). Resulta un progreso, afirma J. Miranda del P.P.D., respecto a la situación anterior, pero no es la solución óptima en la perspectiva del Estado de Derecho y de la universalidad de la fiscalización jurisdiccional como garantía de la constitucionalidad y la protección de los derechos públicos subjetivos³².

En el marco general de la sociedad occidental, el papel de la función militar es el de cumplir la misión básica de la defensa. El Ejército es un elemento primordial e integrante de la estructura de la autoridad del Estado que, en momento de crisis puede colaborar con medios excepcionales a la restauración del orden, pero que es incorrecto pueda sustantivar un poder militar independiente del civil, siendo normal que permanezca ajeño a la función política de gobierno³³.

No obstante admitirse la integridad de la defensa (pueblo y Ejército no son más que uno, según Lundedorff), puede apreciarse una coordinación de competencias funcionales interdependientes y, por supuesto, separadas. A pesar de que la Defensa no es el Ejército, los militares conservan un papel preponderante en la dirección política industrial y de preparación de los planes estratégicos generales. Se pretende diferenciar la política militar, como asunto de responsabilidad y cometido civil y que hace referencia a los fines, medios y alianzas militares examinados en su conjunto, de la defensa del interés de la Nación que, en definitiva, se concluye con identificarla con el pueblo que elige a sus representantes y titulares de un control sobre toda iniciativa, pero sin interferir el plan como unidad operativa de eficacia. Aquí está la dificultad organizativa al mismo tiempo que el fundamento de la preocupación constante de los partidos por los problemas de armamento y desarme, economía industrial de guerra y gastos militares, el nivel de eficacia de la defensa, el reclutamiento y el sistema de alianzas, y lo que puede pasar más desapercibido, la misión de la

³² *Constituicao da República Portuguesa* anotada. Silva López Lisboa, 1976. *Le Monde diplomatique*. Diciembre, 1976, núm. 273. *Portugal en equilibrio instable*. YVES HARDI, pág. 8. El paso militar hacia el establecimiento de un sistema occidental democrático, después de la incertidumbre e inestabilidades revolucionarias, fue acordado en la reunión de la Asamblea de las F. A., de 19 de abril de 1975, según el cual «en política interna se habría de constituir un sistema poluripartidista, formalizado por las fuerzas políticas verdaderamente democráticas e interesadas en la revolución socialista, en garantía de la construcción del socialismo y de la defensa eficaz del proceso revolucionario y las libertades democráticas. Dossier, 2.ª República I. Lisboa, 1975, pág. 181.

³³ H. OEHLING: *ob. cit.*, pág. 335.

milicia como factor de equilibrio social, guardián de las tradiciones y los valores nacionales, así como el espíritu de abnegación del patriotismo³⁴.

El Estado de Derecho y la sociedad democrática tratan de solucionar la preponderancia de la sociedad civil como trasunto de la libertad de destino y la realización de la justicia sin renunciar a su responsabilidad ante la defensa nacional, tendiendo a integrar las fuerzas armadas en un complejo orgánico que comprometa toda la comunidad sin sofocar el antiguo poder ilegítimo u opresor, dándose suficiente eficacia a los medios de control de la soberanía popular sin disminuir la rentabilidad y actividad de emergencia de los mecanismos del mando armado. Resulta así una acción administrativa especial, de singular legalidad en algunas actuaciones y de legalidad general en otras, no siempre fáciles de diferenciar, y que delimita un campo del ordenamiento jurídico relativamente autónomo en sus principios, fuentes, autoridades y procedimientos judiciales que se identifican como derecho militar³⁵.

2.4. *La élite militar como titular visible del poder militar.*

Max Weber consideró al Ejército como una especial forma estamental, por el privilegio de llevar armas, hasta que aparecieron los Ejércitos nacionales, transformándose en una particular organización predominantemente burocrática. En términos sociológicos el Ejército es un grupo social de referencia y que a todos sus miembros connota con una peculiar psicología de pertenencia al grupo. Como tal grupo, tiene unas propiedades: es particularmente abierto por las numerosas formas de quedar comprometido el ciudadano en sus cuadros, en las clases profesionales hay una larga duración de la pertenencia, está fuertemente diferenciado socialmente y estratificado en su cohesión interna, y existe una intransigencia para la postura divergente como consecuencia de la disciplina. Son muy rigurosos los controles normativos y su permeabilidad, al cambio de valores sociales, puede resultar muy dificultada por visión subjetiva³⁶.

³⁴ CHATEBOUT: *ob. cit.*, pág. 430. R. G. NEUMAN: *Défense nationale et institutions politiques aux Etats-Unis. Défense Nationale*. Niza. 1958, página 253. DíEZ ALEGRÍA: *ob. cit.*, pág. 49, 68 y 71.

³⁵ LONGO: *ob. cit.*, pág. 63. M. MEGRET en Nice.

³⁶ MAX WEBER: *Economía y Sociedad*. Fondo de Cultura Económica, 1969, pág. 246. R. K. MERTON: *Teoría y Estructura Sociales*, Fondo de C. Económica, 1972, pág. 312. LEVY, *ob. cit.*, pág. 464, se lamenta por la inexplicable existencia de estudios científicos de sociología que expliquen el papel real del conservadurismo y la tradición, en general, en las or-

Una característica de nuestra época es la aceleración de los cambios y desplazamientos de los grupos en la posición de la estructura social, y lo que, según Mannheim, resalta en la sociedad industrial, el llamado fenómeno del paso de una sociedad de clases a una sociedad de élite, como ente menor que detenta el poder de la función del grupo (Laswell) y cuya propensión natural es la afirmación de lo que Michels entiende por «ley de hierro de las oligarquías»³⁷.

El concepto de élite en el Dictionaire de Trevoux de 1771, se aplicaba ya exclusivamente a ciertas unidades distinguidas del Ejército y a los rangos elevados de la nobleza. En el sentido sociológico actual es el grupo de personas que ha alcanzado los más altos rangos de la actividad profesional y gobierna o dirige (Pareto) o influye decisivamente en la actividad política de la función (Mosca). La élite militar estaría así constituida por el generalato y los miembros de las Fuerzas Armadas con especial responsabilidad funcional, como son los Estados Mayores y aquellos que cumplen misiones de control judicial y de la disciplina.

Si la ley que rige el proceso de circulación o grado de apertura de la élite, tiene una trascendencia inequívoca en la calidad y estabilidad de aquélla, no es menos cierto que la competitividad y el mérito, en situaciones de paz, deben ser los únicos factores que tienen una reconocida utilidad. Por ello se tiende también a ampliar su valoración a otros niveles de la jerarquía militar, para potenciar la cualificación y rendimiento. No obstante, sus márgenes de uso, son limitados para aminorar los efectos nocivos de la decepción de los no promocionados. Las otras deficiencias del sistema, que Maynzt señala, no pueden operarse en la organización militar: el período de aprendizaje del nuevo cometido se entiende superado por la sustitución y auxilio de mando que el inferior da al superior y la posibilidad de tener subordinado a sus antiguos compañeros se da en toda circunstancia de ascenso³⁸.

El problema de la élite militar, como forma de poder selectivo y directivo, es de carácter político, y presupone la necesidad de una homogeneidad básica, de lenguaje y conceptos estratégicos, con la élite política del Estado³⁹. El largo período

organizaciones de las fuerzas armadas. Pone de ejemplo el fracaso de la Línea Maginot como conservadurismo tecnológico y de filosofía de la estrategia. También Beaufre.

³⁷ CAZORLA: *Movilidad social en la élite en los países occidentales*. Estudios homenaje al profesor OLLERO. Madrid, 1972, pág. 18. T. B. BOTTOMORE. *Minorías selectas y sociedad*. Gredos 1965, pág. 71.

³⁸ MAYNZT: *ob. cit.*, pág. 159.

³⁹ «La crisis presente del Ejército no será conjurada, y no podrá ser resuelta por el Estado, si no se hace posible que la élite, normalmente

de crisis que conoció la sociedad francesa en los ambientes militares y en los comienzos de la década de los sesenta se estimó, que como «poujadismo militar» respondía a la resistencia al cambio de estructuras que se adaptaran mejor a la sociedad industrial, la preparación para la nueva concepción de la guerra y la solución de la contradicción de «solidaridad de la retaguardia» con el respeto al estado de paz. De todas maneras, se concluyó en que, en el caso de tensiones agudas entre el poder civil y el poder militar, la prueba puede superarse si existe un profundo «consensus» nacional de adhesión profunda de la comunidad a una misma concepción de su destino ⁴⁰.

Una de las preocupaciones políticas de la sociedad americana, desde sus orígenes, es la de que debe de ser conducida por civiles y el poder militar ha de estar compensado y equilibrado, en el reparto de poder federal, a través del sistema de milicias. No obstante, como consecuencia de la Segunda Guerra Mundial y los conflictos de Corea y Vietnam, la sociedad y economía americanas, han estado casi permanentemente en pie de guerra, a pesar de lo cual, de los 3.000.000 de hombres de las fuerzas regulares, los servicios de defensa tienen más de 1.500.000 empleados de carácter civil. Parece que se compensa esta desconfianza con puestos civiles a militares destacados en reserva para funciones diplomáticas, de industrias básicas o de armamento, que notoriamente disminuyeron en la época de Mc Namara. La cuestión de esta unión indirecta entre poder civil y militar, sometida a debate, llevaba a C. Wright Mills a afirmar que los militares difícilmente se desprenden de su mentalidad para procurar una nueva adaptación a distintos cometidos políticos, confirmándose por otros autores (Rose) precisamente, una casi tesis contraria, puesto que la creciente intervención del Congreso, con posterioridad a 1949, en materia de defensa, llevó a representantes y senadores a asociar en su trabajo a militares relevantes como sus asesores directos.

De los análisis efectuados se concluye: 1.º en términos políticos la élite militar no es uniforme, hay dos tradiciones militares, una afable y de ideas democráticas (Taylor, Grant, George C. Marshall, Eisenhower, Bradley) y otra brillante, espectacular, más aristocrática y de difícil sumisión al poder civil (M. Clellan, Patton, Mac. Arthur Scott); 2.º la sociedad americana debe buenos servicios a la formación militar de varios de sus presiden-

responsable de la acción y asuntos del Estado, hable el mismo lenguaje, sin distinción de sus atribuciones u orígenes civiles o militares. M. MEGRET: *Fontion politique de l'armée. Defense Nationale*. Nice, 1958, página 176.

⁴⁰ R. GIRARDET: *La crisis militaire française*. Cahiers de la F. N. des Sciences politiques 1964, pág. 229.

tes (Washington, Jackson, Harrison, Z. Taylor, B. Taylor, Grant, Eisenhower); 3.º puede llegarse a una situación fusionista de lo político y lo militar, haciendo que los militares incorporen a sus criterios factores políticos o dando, a sus más capacitados personajes funciones no militares, motivado principalmente por la creciente complejidad de la tecnología militar y su carácter secreto, el paso al internacionalismo de las alianzas y la necesidad de recompensar su creciente prestigio para la organización ⁴¹.

La segunda tesis de Wright Mills, antes citado, consiste en la denuncia de la aparición de un complejo civil-militar-industrial, de intereses coordinados en función del rendimiento de la industria del armamento. Huntington y más especialmente Morris Janowitz, en *The professional Soldier*, se opone de manera rotunda a admitir la posibilidad futura de ese tipo de contubernio por las siguientes razones: 1.ª las disensiones en los planteamientos logísticos de los tres Ejércitos impide exista una estructura militar unívoca; 2.ª la lógica burocrática y empresarial no son fácilmente discernibles ni susceptibles de unificación ante los intereses divergentes a que sirven, el ethos de honor del soldado y su visión de la política como una actividad poco loable; 3.ª los retirados que pasan a las empresas contratistas de la defensa desempeñan puestos de consultores o asesores y raramente de directivos; 4.ª los pocos militares que desempeñaron cargos políticos relevantes fueron identificados como «hombres del pueblo» y, en muchas ocasiones lo fueron en puestos poco remunerados para su responsabilidad, por su carácter no exigente o el rechazo del puesto por algún político idóneo de vida civil; 5.ª solamente ejercen influencia en la política de organización y armamento y siempre con una considerable moderación; 6.ª el control civil de los altos asuntos militares permanece intacto en manos civiles, y en definitiva, lo suelen considerar aceptable los militares americanos ⁴².

III. *El poder de hacer la guerra.*

El poder decisorio de hacer la guerra se encuentra regulado específicamente en la inmensa mayoría de las constituciones

⁴¹ ARNOLD M. ROSE: *La estructura del poder*. Paidós 1967, pág. 140 y siguientes. Las citas se toman de esta obra que recoge una buena bibliografía norteamericana al respecto.

⁴² La difícil asimilación del concepto de movilización total e industrialismo militar, en el inicio de las grandes tensiones internacionales, llevó a HAROLD D. LASSWELL en su *National Security and Individual Freedom* (Nueva York 1950) a exponer su teoría del militarismo o del estado cuartelario que ya había esbozado en 1937 y que luego desarrollaría Huntington en 1957, HARVARD U. P. *The Soldier and State*. Referencias tomadas de la obra de Rose antes citada.

escritas. Es una atribución de soberanía máxima de los poderes reguladores de la Jefatura del Estado, o en su caso, en algunas repúblicas socialistas, de los Presidium o Comités de partido con unión personal de los Consejos de ministros, dada la forma de los llamados sistemas de ejecutivo colegiado⁴³. Independientemente de la naturaleza internacional de este especial poder, según remisión expresa de las Convenciones de La Haya sobre la guerra, en el derecho interno constitucional se plantea el problema de la autoridad que decidirá, en uso de una prerrogativa propia, cuando una determinada situación política de tensión ha conducido, sin otra solución viable, a la situación bélica de desencadenamiento de operaciones propiamente militares.

Sea considerada la guerra como una forma de resolver una controversia para restablecer la justicia en defensa de un pueblo (Longo) el acto de violencia, que tiene por fin forzar al adversario para que acate nuestra voluntad (Clansewitz) o la lucha armada y sangrienta de dos grupos organizados (Bouthoul), la necesidad de concentrar al máximo los esfuerzos de cohesión íntima entre gobierno político y mando, Ejército y población, vanguardia y retaguardia (De Gaulle, Mao y Lenin), hace de la capacidad decisoria para el desencadenamiento de la guerra, un concepto fundamental de la estrategia⁴⁴. El deseo de encontrar un punto constante de equilibrio constitucional exige que si la preparación para la guerra es uno de los presupuestos de la paz, la autoridad que la decide tenga que ser la misma o estar estrechamente vinculada a aquellas otras responsables de las estrategias generales, política, económica, diplomática y militar, y que, al mismo tiempo, sea el último árbitro, entre la tensión de la autoridad y libertad, en defensa de la solidaridad nacional.

El Jefe del Estado es quien tiene la prerrogativa decisoria, si bien el Gobierno asumirá su función de garantía y de responsabilidad, combinada con la posibilidad de intervención preventiva o posterior del Parlamento, por su misión representativa, para dar solución a la soberanía compartida y de control de la responsabilidad⁴⁵. Unos u otros órganos pueden tener una capacidad de mayor poder, pero, en todo caso, el mando supremo de las Fuerzas Armadas suele residir en la Jefatura del Estado, cuyos poderes, en tiempo de paz, significan una especial superioridad disciplinaria y de acción directiva de coordinación, y en tiempo de guerra han sido susceptibles de parcial delega-

⁴³ *L'etat du peuple tout entier*. Collignon. Puf. 1967, pág. 61.

⁴⁴ G. BEAUFRE: *Introducción a la estrategia*. Instituto de Estudios Políticos 1965, págs. 43 y 44.

⁴⁵ LONGO: *ob. cit.* pág. 77.

ción en los comandantes en jefe de los ejércitos, para mejor efectividad del principio de concentración y unidad de mando.

Hay que tener en cuenta en el Estado constitucional, la subsistencia de la responsabilidad gubernamental y su participación en toda decisión que adopte la Jefatura del Estado en razón de sus poderes dispositivos, que tiende a ser menos importante con la consecuente mayor preponderancia de los poderes parlamentarios, que en este siglo se estaban acostumbrando a la política de hechos consumados, por un predominio del ejecutivo inaugurado por dos Sentencias del Tribunal Constitucional del Reich alemán, ambas de 5 de diciembre de 1931, con las que se legitimó como constitucional, una práctica de crear derecho «*practer legem*», haciendo un uso ilimitado de las atribuciones del artículo 48⁴⁶.

Dejando aparte las situaciones autocráticas de poder concentrado en una sola autoridad, tales como las monarquías del antiguo régimen en que la guerra se decidía por exclusiva voluntad regia, han sido varios los sistemas de arbitrar su declaración o desencadenamiento de operaciones. Una forma poco desarrollada de los regímenes representativos, ha tendido a vaciar la constitución de mecanismos de organización del poder de guerra, recurriendo al expediente consular del comisario constitucional o del generalísimo de ejércitos con leyes de plenos poderes, bien sea limitados en tiempo y territorio, como los cónsules romanos, o para determinadas circunstancias de restablecimiento del orden político y la defensa de las fronteras, como fue el Lord Protector de la Revolución Inglesa y cuya misión consistió en salvaguardar la supremacía de intención soberana del Parlamento inglés, amenazada por la invasión holandesa⁴⁷.

En las circunstancias de crisis constitucional es cuando verdaderamente se pone de manifiesto la dificultad de distinguir de forma rigurosa los límites de separación entre la lógica jurídica y los imperativos políticos (Georges Lavau) en el tema que examinamos. La crisis tiene una consecuencia: la puesta en cuestión de la existencia de la unidad y estabilidad indispensables. Sus efectos pueden tener alcance para el ejercicio normal de las funciones de soberanía por independencia o emancipación, la subsistencia del régimen político por dificultades económicas y financieras agudas o la continuación del Gobierno por su ineptitud para sostener la autoridad. Pero siempre, la crisis institucional de tipo constitucional, sea por acción externa o in-

⁴⁶ C. SCHMIT: *Legalidad y legitimidad*. Aguilar 1971, pág. 106. G. BOUTHOU. *Le défi de la guerre*. Puf. 1976, pág. 133.

⁴⁷ FRIENDRICH: *ob. cit.* T. II. pág. 586 y siguientes.

terna, tiende a ser considerada como aquella cuya situación comporta un peligro para el Estado o el régimen político⁴⁸.

Es necesario destacar que en aquellos casos en que las normas constitucionales de solución de la crisis no están previstos constitucionalmente, autorizando una concentración de poder ante la emergencia⁴⁹, existe la posibilidad de crear tensiones artificiales de poder o de interpretar una crisis pasajera, como un enfrentamiento del sistema a problemas aparentemente insolubles bajo su funcionamiento y en circunstancias de duración indefinida. Las fórmulas adoptadas han sido: suspender la constitución y concentrar los poderes en el ejecutivo, o formalizar un comité delegado de los poderes ordinarios, bien sea en el Parlamento o en el Gobierno, según los diversos tipos de regímenes. Dicey, en los primeros años del siglo, connotó que las circunstancias complejas de la nueva sociedad moderna hacían imposible que ningún Gobierno, en tiempo de discordia o de enfrentamiento exterior, pudiera mantener la paz en el interior de su país sin recurrir a un grado de autoridad arbitraria⁵⁰. Los hechos le dieron la razón, ya que la solución no quedó resuelta hasta el constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial, cuyos textos nuevos, centralizaron más los poderes de emergencia o de necesidad legislativa. Uno de los más caracterizados, el de las prerrogativas presidenciales del artículo 16 de la Constitución francesa de 1958, para hacer sobrevivir la constitución, arbitra en casos de urgencia e imperiosa necesidad, la posibilidad de emanar por fuentes extraordinarias un derecho expeditivo y de grado de menor calidad, como garantía destinada a proteger el régimen político, pero con la cláusula de inviolabilidad de determinados derechos públicos constitucionales o la prohibición de reforma de la constitución. Tales previsiones o fórmulas solutivas, suelen tener una correlación con las previsiones constitucionales para caso de guerra⁵¹.

El efecto normal de la crisis es la sustitución o asunción de competencia por el Gobierno de facultades de tipo legislativo y, sin embargo, la tendencia, en el caso de los poderes de guerra, es de tipo contrario. La prerrogativa del Presidente de los Estados Unidos, como Comandante en jefe de los Ejércitos, interpretada expansivamente para defender los intereses amenazados de la Federación, y de la que usaron en las dos guerras mundiales Wilson y Roosevelt, confirmada judicialmente en el

⁴⁸ PAUL LEROY, *L'organisation constitutionnelle et les crises*. Librairie Générales de D. et. J. Paris, 1966 pág. 9.

⁴⁹ LEROY: *ob. cit.* pág. 65 y siguientes.

⁵⁰ LEROY: *en ob. cit.* pág. 39, citando la Introducción al derecho político de DICEY, publicada en 1902.

⁵¹ *IBIDEM*: pág. 170 y siguientes.

caso Curtis-Wright, daba una posición preeminente al ejecutivo sobre el Congreso, cercenando los poderes de este último en materia de guerra, tratados de paz y de alianza. Desde las guerras de Corea y Vietnam, el «high-flying prerogative men» presidencial fue objeto de duros ataques por numerosos senadores y representantes (Schlesinger, Steele, Fulbright, Clark...) y que en el mandato Nixon fue, junto al control de los nombramientos judiciales, el del gasto público, la estrategia de los cohetes ABM y el *affaire* Watergate, el punto de ataque para conseguir «one step in restoring a better balance between Congress and President», según afirmaba el senador Church, pues no era admisible «a degree of discretion and freedom from statutory restriction were domestic affairs alone involved». La cuestión, mezclada en los problemas de estrategia de inteligencia e información (cult of executive expertise), terminó con la promulgación de las leyes: War power Act de 1973 y Congressional Budget and Impoundment Control Act, de 1974, el «geting back of the war of Vietnam» y el conocido cese del Presidente. Desde la vigencia de la primera de las citadas disposiciones, el Presidente de los Estados Unidos ha sufrido un fuerte menoscabo en su «cuasi figura imperial»; solamente podrá hacer la guerra por sesenta días, prorrogables por otros treinta para asegurar la retirada y cuando, en dicho tiempo, la intervención no haya sido confirmada por el Congreso con declaración formal de guerra ⁵².

Desde otra perspectiva de la función parlamentaria, de fiscalización y control, los nuevos criterios y necesidades de la Defensa Nacional hacen que los Parlamentos tiendan a aumentar sus atribuciones de encuesta o «hearing», a través de los comités «ad hoc» o especializados en recabar información y formular propuestas, planteándose no pocos problemas de técnica de organización de la publicidad para proteger los secretos de tipo militar. Durante los años 1958-1975, en Francia, se promovieron 101 investigaciones de control entre el Senado y la Asamblea, de las que 22 versaron sobre cuestiones de defensa ⁵³.

⁵² LOUIS FISHER: *President and Congress*. Collier. New York. 1972. página 207. Tiene esta obra una bibliografía muy completa sobre el tema que llama la atención. *Annuaire de législation française et étrangère*. T. XXIII. 1974. pág. 274.

⁵³ *Les commissions parlementaires d'enquete et de controle en droit française*. Jacques Delanche. Documentation Française. Febrero 1976. En su p. 68, tratando el problema del secreto, se hace una reseña del caso de las escuchas telefónicas y en el que el RAPPORT M. MONROY consideró a la autoridad administrativa legitimada para discernir lo que era materia confidencial, exonerándose de la obligación de dar la lista completa de teléfonos intervenidos por razones de defensa nacional.

IV. *La organización militar.*

El progreso técnico y la actualización del armamento es una de las causas principales de la modernización de las Fuerzas Armadas. También opera un papel influyente de notoria importancia la organización estatal en su conjunto y su presión sobre la organización jurídica y profesional interna, siendo algunos autores partidarios de considerar al marco o ambiente social y política general, como la precondition estructural de mayor significado (Mayntz, T. Parsons, K. Boulding) si genera unas nuevas necesidades que satisfacer.

La estructura de una organización es la ordenación duradera de las partes de un todo, considerado conjunto de homogeneidad analítica, en que la estabilidad más o menos dinámica, la distribución de puestos y cometidos, y la ordenación de instancias, bajo unas reglas, son sus requisitos indispensables. La eficacia de la organización requiere un grado determinado de formalización, uniformidad, continuidad y precisión, y la dinamicidad suficiente para adaptarse a las situaciones cambiantes⁵⁴. Voy a examinar a continuación cuales son hoy los problemas de más atención en la organización militar general.

4.1. *La organización militar y sus conceptos previos.*

La tendencia universalizadora de los principios jurídicos de la Administración, ha producido una mutua interpenetración de técnicas militares y civiles que, en la actualidad, aconsejan al jurista tener en cuenta peculiaridades propias, en cierto modo intransferibles, que pueden constituir una base para comprender la organización militar como campo orgánico especial dentro de la organización general del Estado. La Administración, en general, es la detentadora y gestora de las atribuciones de la autoridad civil, se viene considerando como una particular técnica legal en la aplicación de la ley, y caso de que se desarrollen procesos o técnicas productivas o facultativas de una especial actividad social, hasta ahora, el Estado gestiona el interés público a través de órganos especializados de administración indirecta industrial, comercial o funcional. El Ejército, además de cumplir una acción administrativa clásica con su organización, tiene un contenido de gestión estratégica y táctica que independiza, en mucho, su actividad en el plano principal de su misión: la defensa nacional y la preparación para la guerra. De ahí la existencia de dos tipos de organizaciones internas, paralelas o concurrentes: la organización administrativa y la organización táctica.

⁵⁴ MAYNTZ: *ob. cit.*, pág. 105 y siguientes.

A un alto nivel de la organización se hace conveniente distinguir, también con un interés jurídico, varios conceptos sustanciales para comprender la organización militar: política militar, estrategia y táctica.

El general Ailleret, cree que esta diferencia es fundamentalmente de nivel o plano: el gubernamental y el de los grandes planteamientos de lo relativo a la preparación de la guerra; la dirección y empleo de determinados recursos o medios con fines políticos que aseguran la autoridad conjunta; y en tercer lugar, el relativo a las operaciones de maniobra en la batalla.

Si la política es la forma de conducir o administrar las fuerzas sociales para conseguir o ejercer el poder, existe una política estratégica, que con caracteres militares muy difíciles de diferenciar en ocasiones, para la formulación de objetivos, tiene una superioridad de responsabilidad sobre el campo puramente militar. La estrategia como juego abstracto de fuerzas o de la dialéctica para resolver un conflicto (Foch, Beaufre), desde 1914-18 se entiende que no puede quedar petrificada en leyes permanentes, pues siendo una técnica instrumental de la política, tendrá que estar sometida a un cambio evolutivo por factores de aquel tipo y también tácticos, que resultan de la aparición de nuevos instrumentos para el combate⁵⁵. La dificultad está en separar la estrategia general, política, y la estrategia operativa o estrategia preventiva o ejecutiva militar, y es que, al fin de cuentas, el reparto de competencias y responsabilidades siempre será, ante el fracaso, una posibilidad de reproche que políticos y militares quieren achacarse respectivamente sin asumir su propia culpa⁵⁶.

Si mandar es prever, los políticos no pueden adaptar sus operaciones y medidas estratégicas a la política de gobierno, más que si perciben, de manera inmediata y permanente, las variaciones por cambio de circunstancias, cuya calificación y evaluación real tiene magnitudes entremezcladas con el análisis político, pero que puede ser, en muchos casos, cuestión puramente militar (Ailleret). Por otra parte, no se puede desconocer la influencia de la táctica por la política general y la estrategia. La táctica, como forma de combatir o de organizar las unidades militares para ello, está subordinada al empleo de los medios con que se cuenta, y que serán producidos o utilizados, según el resultado de una u otra política de armamento, de la estrategia-táctica contra fuerzas u otros objetivos, la defensa disuasiva o de intervención convencional, o la diversidad escalonada y sucesiva de los diferentes empleos de la

⁵⁵ BEAUFRE: *ob. cit.*, pág. 29. LEO HAMON: *ob. cit.*, pág. 12.

⁵⁶ TONY ALBORD: *Les relations de la politique et de la strategie, en la defense nationale*. Puf. Nice. 1958, pág. 275.

variada gama de armamentos actuales, etcétera. (Baufre). En definitiva, me propongo resaltar la necesidad sentida por el Derecho militar de perfilar nuevos conceptos jurídicos para decantar la diferencia de lo político-administrativo o puramente administrativo judicializable, de otros aspectos internos de la técnica de la organización militar como forma conceptual relativamente separada⁶⁷.

4.2. *Estructura y principios de la organización militar.*

La tendencia de la formalización de la organización militar ha puesto siempre el acento en el principio de jerarquía, como estructura vertical principal y relación unilateral del mando en la línea de la cadena sucesiva de subordinaciones de difícil enlace horizontal. Las llamadas comunicaciones en «circuito» han sido, casi siempre, ajenas y sustituidas por las «comunicaciones en árbol» con fenómenos, en ocasiones, de sobrecargas de «cuello de botella» que pueden disminuir la eficacia por falta de la línea de control, siendo posiblemente la motivación de la aparición de los órganos de inspección general. En la actualidad puede observarse la aparición de un sistema de comunicación en «estructura triangular» a niveles altos de la organización del poder militar, particularmente motivado por los factores siguientes: los tres niveles de dirección de la defensa: políticos, estratégicos y tácticos; las tres tácticas-estratégicas, según el ambiente o escenario de combate que exigen existen tres Ejércitos distintos; los tres papeles principales del mando, de organizar, dirigir y coordinar; y las tres funciones del proceso de dirección y gestión, de preparación, acordar la ejecución y controlar su desenvolvimiento.

De ello se ha deducido una estructura de coordinación acentuada que tiende a sustituir la responsabilidad unipersonal monocrática, salvo en períodos de crisis de necesaria concentración de funciones, y que aumenta el significado, unas veces de responsabilidad compartida; otras, de dirección colegiada de los asuntos de defensa. Salas López señala que el mando único necesario, no necesariamente es unipersonal como en los ejércitos de Foch; actualmente los escalones de mando son verdaderamente complicados, distribuyendo misiones y responsabilidades. Más que obedecer a una persona, hoy se obedece a una decisión adoptada en un Consejo o Comité militar, visible en quienes están mandando la maniobra en el campo de batalla como ejecutores de órdenes superiores. Por otro lado, el mismo autor señala que ahora ningún Ejército admite la existencia de jefes con suficiente capacidad ambivalente de la táctica y la logisti-

⁶⁷ Decretos-Leyes de reorganización citados.

ca (abastecimientos, material y comunicaciones), dado que la profundidad y experiencia que requieren los dos conocimientos imprimen un «carácter funcionalmente diferenciado»⁵⁸.

La fijeza del principio de jerarquía, por la distribución de los distintos grados y empleos, influye según este organizada la carrera militar, la provisión de destinos y promoción de ascensos y observándose, en ocasiones, la existencia necesaria de excepciones que acoplen el régimen de lo profesional al rango de la autoridad que se ostenta (paso a la cabecera de la escala) o a otra función para la que se está ya más capacitado (ascensos por elección).

4.3. *Formas de la organización militar.*

Llamo forma de la organización al tipo de atribuciones o misiones que desempeña un órgano y la naturaleza del modo como quedan reguladas.

La organización político-administrativa es aquella que tiende a tener sus competencias más o menos concretadas en disposiciones constitucionales (poderes militares superiores de tipo político, gubernamental o ministerial), o en disposiciones administrativas o acuerdos o resoluciones que constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas de derecho militar interno (organización llamada propia o doméstica) o externo y justiciable, con modulaciones exigidas por razones de defensa nacional y secreto o disciplina interna, que no son, desde luego, escasas.

Una segunda forma de la organización es la de tipo táctico (cuerpo de ejército, división, brigada, agrupación, grupo, batallón, compañía, etc, también el regimiento como unidad militar de preparación básica y estacionamiento), cuya actividad de preparación e intervención en el combate, la da unas fuentes normativas del arte militar para empleo de sus medios, llamados reglamentos, instrucciones y órdenes militares, organizadores del arte profesional. Chautebout, en la terminología legal francesa, distingue entre gestión (administrativa) y empleo (actividad de mando).

La organización mixta o la zona mixta de atribuciones, es lo verdaderamente complicado para someterlo a conceptos analíticos generalizadores. De todas formas, siempre hubo una simbiosis u ósmosis entre política y Ejércitos. Louvois, Carnot y Bismark fueron políticos de brillantes condiciones militares; las fases de la guerra, afirma De Gaulle en «Le Fil de l'épée»,

⁵⁸ SALAS LÓPEZ: *ob. cit.*, pág. 72 y 216. *El desarrollo de las estructuras administrativas horizontales y de tipo «Staff», puede verse en CHANTEBOUT., op. cit.*, pág. 286.

según se van desenvolviendo, adoptan una supremacía sucesiva y distinta de los factores y jefes políticos o de los militares ⁵⁹. La solución de la unión o distribución de responsabilidades políticas y militares o sus formas de organización, dentro de la política general del Estado en una sociedad democrática, ha sufrido oscilaciones, bien tratadas por la obra de Bernard de Chantebout, que vengo citando en la bibliografía. En fin, determinadas autoridades militares a nivel central ministerial o territorial, como los jefes de Capitanías o Zonas de defensa, acumulan funciones de tipo mixto político-administrativo o de carácter orgánico, con fines tácticos, dentro de la estructura escalonada de sucesión jerárquica o cadena de mando, según la terminología hoy adoptada ⁶⁰.

4.4. *Fiscalización y control político de la organización militar.*

El «Militie Ombudsman», es una creación del Parlamento sueco, debido a una iniciativa de Karl Staaff, con aplicación general desde 1901 y que se extendió, después de las dificultades de la guerra mundial, al ámbito de la organización militar desde 1918, a fin de arbitrar una autoridad política, «los ojos del Parlamento» (Lohse), que sirva de fuente de información para todo tipo de quejas, y con poderes de investigación, inspección e instrucción, que aumentó el control político y el estímulo a la rentabilidad y mejor conocimiento práctico de los problemas militares. Extendido a muchos países (Nueva Zelanda, Noruega, Dinamarca, Alemania, Finlandia) y en estudio en otros, no se acordó la necesidad de su creación en Canadá y Estados Unidos (proyectos de 1963 y 1964) por solapar las competencias de la Inspección general del Ejército. No obstante, la preocupación de los crecientes gastos militares, el estado de las unidades militares y la protección de los derechos y libertades del soldado, lo ha constituido en una institución que tiende a expansionarse y recomienda la Unión Interparlamentaria. Generalmente sólo conoce de quejas directas individuales y del ejercicio particular de un derecho de petición. En la realidad sólo un 10 por 100, aproximadamente, dan lugar a un procedimiento, y, pocas de ellas, a una propuesta de resolución, sirviendo también, en ocasiones, como institución de apoyo a determinadas propuestas militares (Desfeuilles). En Escandinavia ha tenido una importancia grande en la vigilancia de la rigurosa administración económica, si bien el crecimiento del número de peticiones y la congestión de su estudio, además de la flexi-

⁵⁹ LEO HAMON: *ob. cit.*, pág. 165.

⁶⁰ Decretos-Leyes antes citados y también el 11/1977 de la misma fecha.

bilización del sistema parlamentario y el aumento de la fortaleza de las jurisdicciones administrativas, junto a las mayores garantías e independencia de la justicia militar (Legrand), lo ha debilitado.

Otro modelo posterior ha sido el Wehrbeauftragte alemán, creado en la Ley de 26 de junio de 1957. Inspirado en el modelo sueco, sus funciones son menores. Vela por el mantenimiento de los derechos fundamentales en la Bundeswehr y la observancia exacta de las leyes en los establecimientos civiles y militares, dependientes del Ministerio de Defensa. Su independencia y autonomía es menor, dado que se le configura como órgano auxiliar de información del Bundestag, para mejor cumplimiento de los cometidos de la Comisión de Defensa y las especiales de encuesta y, además, no puede inmiscuirse en las resoluciones ministeriales en garantía de un mayor rigor del principio de separación de poderes. No puede conocer en segunda instancia o revisión, de cuestiones sobre las que formuló su oportuna propuesta anteriormente, y su deber de secreto tiene un estricto alcance, incluso después de haber cesado en sus funciones. Desempeñado por militares de prestigio en reserva (von Grolman, von Heye), se convirtió en duro enemigo para el Ministro de la Defensa, al denunciar la propensión a establecer un «Estado dentro del Estado» con el acantonamiento excesivo de la organización militar. Nombrado un acreditado jurista en 1964, Hoogen, la captura de la función del Wehrbeauftragte por la personalidad de M. Strauss en cuestiones de defensa, disminuyó el valor real de la institución, no sin que se haya propuesto su desaparición y traslado de cometidos a la Comisión de Defensa (Schulze-Vorberg el día 11 de octubre de 1967). El problema es ideológico y de partido, sus detractores son generalmente pertenecientes a la C.D.U. y sus partidarios defensores S.P.D.⁶¹

La existencia del M.O. marca una característica especial al sistema de relaciones del poder civil y militar dentro de las generales del Estado, y acentúa el nivel de responsabilidad política en las cuestiones militares. Traducido a los sistemas latinos como «procurador parlamentario» o «defensor ciudadano», en recuerdo del «defensor civitatis» que creó Valente en

⁶¹ Este tema está desarrollado con exhaustiva profundidad en *L'ombudsman escandinave*, de A. Legrand. París, 1970. También se trata en *Le puouvoir de controle des parlements nordiques*, de H. DESFEUILLES. París, 1973. Ambas obras de L. G. D. J. Es muy interesante el libro de G. NAPIONE, *L'ombudsman, Giufré*. Roma, 1969. Está traducido al castellano en 1973 por el Fondo de Cultura Económica de Méjico, *El Ombudsman* con trabajos muy valiosos de Bexelius, Ludvik, Pederson, Os, Lohse, Northey, Marshall, Rowat... y otros. En lengua castellana ha sido tratado en los escritos de M. M. Padilla, Boquera y Pellón.

368, o justicia general de «greuges» en el derecho foral catalano-aragonés, se estima que la defensa de los derechos del ciudadano por una institución de este tipo, no deja de ser una manifestación más de la tendencia expansiva del principio de supremacía del poder legislativo. Su aplicación en los proyectos, franceses, belgas, holandeses e italianos, se cree limita implícitamente las atribuciones de encuesta, pregunta o interpelación, y del control de los Tribunales de Cuentas, y su extensión polémica a la organización militar es punto de debate de difícil acuerdo. En Inglaterra se estableció en 1967, pero quedó excluido de competencia en materia militar. En Nueva Zelanda no puede intervenir en cuestiones relativas al servicio militar o sanciones de facultades disciplinarias⁶². Más adelante se examinarán los controles más específicos de tipo judicial y de carácter exclusivamente interno o disciplinario.

V. *Recursos, medios e industria militar.*

El desarrollo del armamento atómico introduce una incertidumbre grande en los cálculos de guerra. No parece aventurado arriesgar que quedaría destruida la organización económica en el tiempo de la crisis previa (de dos meses o hasta de dos años), con la amenaza próxima del riesgo de un desencadenamiento de conflicto atómico. Seguramente no podría subsistir ni la economía liberal, ni su carácter monetario, debido a la gran movilización de materias primas, industrias y mano de obra, y el bloqueo de la economía de mercado y los precios. Esto forma así parte de la estrategia de la tensión del terror, entre dos formas políticas en competencia: la de la libertad y la de la revolución.

S. en tiempo de crisis o guerra el Ejército debe de disfrutar de una prioridad absoluta y de colaboración acentuada con otras funciones administrativas del Estado, acarrea la consecuencia lógica de la necesidad de plantearse previamente, en tiempo de paz, el problema del «stockage» de materias primas, la movilización por servicio nacional de defensa de la mano de obra, así como la investigación industrial y la producción de armamentos⁶³, y que concierne, de una manera general, a toda actividad económica y de infraestructura que pueda tener relación con la defensa nacional.

En tiempo de paz se estima que no puede existir seguridad, sin un Ejército correlativo de una buena infraestructura económica que asegure la estabilidad social, ante las presiones in-

⁶² LOIGO, *ob. cit.*, pág. 177.

⁶³ CHANTEBOUT, *ob. cit.*, pág. 355.

ternacionales estratégicas de carácter indirecto o revolucionario (Essig). La clásica alternativa de mantequilla o cañones, hicieron mala presa de los gastos militares como improductivos. Esta tesis no tiene sólo partidarios defensores. Actualmente, se considera que la disminución de productividad por gastos militares sólo opera a un determinado nivel de progreso industrial o de coyuntura. Los gastos militares son inversiones de gran significado a largo plazo, provocan la expansión industrial por las transferencias de subvención industrial y potencian el mercado de productos de consumo para el avituallamiento. La investigación científica y el progreso aeronáutico son acreedores directos del progreso militar (Brochier, Tabatoni, Essig, Dofing).

Por posturas antimilitaristas de determinadas actividades productivas e ideológicas, la cuestión del reparto de los gastos presupuestarios, ha sido tema constante del debate parlamentario. Los defensores de la racionalidad económica de los gastos militares ponen el ejemplo de los Estados Unidos, que en los años 1939-1945 duplicó su P.N.B. sin parangón de ritmo al de los años anteriores, destacan los efectos redistributivos de la renta y la absorción de la capacidad ociosa por superproducción o recesión por acción complementaria en la coyuntura.

Si los países que disminuyen la cuota presupuestaria de gastos militares pueden tener un efecto desacelerador, más que proporcional, en su crecimiento industrial, se hace necesario señalar el tipo de gasto ideal en una economía desarrollada. En los países actuales miembros de la OTAN, los gastos militares en relación al presupuesto general sufrieron entre 1913-1928 una elevación que oscila entre el 33 por 100 y el 124 por 100. En 1951, y por acuerdo del Consejo de la citada alianza, se encargó a los «sages» (Harriman, Monnet y Plowden) que establecieran la proporción óptima precisa de equilibrio de los gastos militares, fijando estos acreditados economistas el 11,6 por 100 en relación con la Renta Nacional, manteniéndose los miembros de la organización por encima del 3 por 100 en relación al P.N.B., punto crítico para la política francesa⁶⁴, y que llega a sobrepasar el 5 por 100 en los países europeos (Suecia y Suiza) no miembros de alianzas colectivas, como plus del coste de su neutralidad.

Entre 1822-1914 los gastos de defensa se mantuvieron con una media regular del 30 por 100 del Presupuesto nacional en

⁶⁴ LOTHAR RUEHL: *La politique militaire de la V République. S. politiques*, 1976, pág. 311. También en la obra de *Defense Nationale*, ya citada. Puf, Nice, 1958, pueden consultarse los trabajos del general GUERIN: *Politique scientifique en Défense Nationale*, pág. 397; Coronel FREDET: *La recherche opérationnelle*, pág. 439.

Francia, decreciendo regularmente desde 1960, por la puesta en práctica del plan de defensa atómica, reforma orgánica y ventilación presupuestaria de Debré y Messmer, consiguiéndose en 1970 solamente un 17,6 por 100.

La característica del objetivo de los dos sucesivos planes quinquenales franceses de modernización del Ejército, ha consistido: 1.º disminuir en el 25 por 100 el cuadro de oficiales, 23 por 100 los suboficiales y 60 por 100 la clase de tropa; 2.º se emprendió un ambicioso plan de defensa atómica autárquica y de considerables frutos en la industria del armamento; 3.º postular en lo económico-presupuestario el crecimiento de un punto menos en gasto militar que en la proporción del crecimiento del gasto público general (9 por 100-8 por 100); 4.º separar los gastos de armamento e infraestructura (título V) de los de funcionamiento y personal (título III), haciendo crecer los primeros del 37,7 por 100 para el programa militar del quinquenio 60-64 a una cota del 57 por 100 para el posterior de 1965-70⁶⁵, por considerarse estos gastos de inversión industrial más altamente productivos, en términos de defensa, según la fórmula de G. Jèze: den utilidad productiva en la rentabilidad de la seguridad.

La necesidad de la autarquía industrial militar la pone el general Guérin de manifiesto haciendo unas conclusiones rotundas: 1.º el poder material es poder económico y éste depende de la ciencia; 2.º el poder militar es un atributo de la potencia económica nacional y la dependencia militar produce un retraso en el crecimiento; 3.º la calidad del armamento se mide por su potencia, rapidez y facilidad en el manejo, y en la actualidad el arma atómica es la única que puede inmovilizar estratégicamente al eventual enemigo; 4.º no hay investigación militar que no sea correlativa del desarrollo civil de la investigación básica; 5.º el secreto no es obstáculo para que esté en manos privadas la industria militar, bien reglamentada y con monopolio de compra por el Estado. El modelo de gasto de investigación en una sociedad occidental puede ser los Estados Unidos, que dedican de su presupuesto de investigación nacional, 3/4 a la de tipo militar, siendo ésta 1/5 de los gastos militares totales⁶⁶.

El problema de los recursos industriales militares no deja de tener una perspectiva de alcance internacional. Thomas . Jones declaró en la sociedad Northrop, el 1 de enero de 1975, que la cooperación internacional es deseable, necesaria e inevitable y que a pesar del recelo nacionalista a exportar tecnología, imponiéndose medidas restrictivas, la forma multinacional cada vez se extiende crecientemente en la la fabricación de

⁶⁵ DOFING: *Le dépenses militaires*, pág. 461.

⁶⁶ G. GUÉRIN, *ob. cit.*, pág. 398 y ss.

armamentos bajo la fórmula de la «coproducción», como en el caso del F-100, cuya licencia alcanza a un consorcio de más de ochenta y cinco empresas de Dinamarca, Noruega, Bélgica, Holanda y Estados Unidos.

La transferencia de tecnología se intenta, por acuerdos bilaterales, aprovechar por países como Irán, Egipto, Filipinas, Indonesia y Corea del Sur, pero acelera, por otra parte, la escalada de armamentos y aumenta el riesgo de conflicto en zonas de casi permanente tensión fronteriza al crear una inestabilidad suplementaria en sus próximos rivales (caso India-Pakistán) y mayor posibilidad de ataques preventivos. El bilateralismo en el comercio de armamento (Brownlow), al provocar la dependencia en las compras de repuestos y la imposibilidad de que los países menos desarrollados generen una expansión que rivalice en el tren de investigación y perfeccionamiento de los países de gran producción, motiva un estímulo mayor de aceleración en el relevo de modelos y un envejecimiento rápido de los ya circulantes, al tiempo que ensancha la distancia Sur (subdesarrollada) y Norte (industrial). En el sector europeo, Montequieu, Secretario General de la U.E.O. expuso en la Conferencia Aeronáutica de 1976 un efecto análogo en las relaciones atlánticas intercontinentales. Así la política de autarquía y no dependencia de América de las industrias británicas y francesas, con intención de provocar un crecimiento mayor en los sectores de telecomunicaciones, electrónica y metalurgia, causó después de la guerra un mayor envejecimiento del material, dada la competencia con una tecnología más veloz y mejor organizada. Además se han relegado a puros deseos los planes de estandarización del armamento de la OTAN, y lo que es peor, con ello se disminuye su capacidad de eficacia en un 30 por 100, según Norman L. Dodd. Por ello, en 1975, se adoptó el F-16 por Bélgica, Holanda y Dinamarca (reemplazando al F-100, F-104-G, F-5 y F-4), decisión de gran valor estratégico europeo, pero que planteó no pocas dificultades en el Pentágono y Congreso americano⁶⁷.

VI. *Tres cuestiones institucionales principales: reclutamiento, estatuto y justicia militar.*

Las formas de organización presuponen la existencia de un conjunto de normas reguladoras del funcionamiento y la ordenación de las conductas de las personas y los medios de actuación, a fin de lograr un máximo de cooperación durante un

⁶⁷ Michael T. KLARE: *Le multinationalisation des industries de guerre en le monde diplomatique*, núm. 275, febrero, 1977, pág. 4.

tiempo duradero. Hemos examinado algunos de los problemas concernientes a la Defensa Nacional, cuyos aspectos pueden considerarse bajo un criterio significativamente político, tanto en sus planteamientos y soluciones como en la responsabilidad que puede derivarse.

Sin perjuicio de la posibilidad de entender el Derecho, no sólo como instrumento para la realización de la justicia, sino también, en todo caso, como medio de ordenación de una política concreta, voy a pasar a continuación a exponer lo que considero como los tres campos más importantes del Derecho militar y que hacen relación al conjunto de los medios personales que a la defensa se destinan, el modo como la profesión militar está regulada y el conjunto de normas que garantizan su especial responsabilidad.

El Derecho militar, según Longo, puede definirse como aquel complejo de normas jurídicas que regulan la organización del poder del Estado en función de la defensa militar y las relaciones que derivan y son inherentes a la actividad militar. Sus fuentes son las generales del ordenamiento jurídico, el Bando en situaciones de guerra, y las demás de carácter interno, producidas mediante actos normativos. Ya señalé anteriormente como existe un campo de normas propiamente militares relativas al empleo y mando militar; un segundo grupo que tiene un valor jurídico general «in alios», cuya tutela puede estar encargada a los Tribunales ordinarios y, además, nos encontramos con un tercer grupo de normas de naturaleza mixta, reguladoras de actos complejos de mando y gestión como categorías no separables, solucionándose el problema de la exigibilidad de su cumplimiento de diversas maneras. En ocasiones, quedan en el ámbito exclusivo de la justicia militar; en otras, se fiscalizan, inmunizándolas a la tutela jurisdiccional y su control no sale del ámbito gubernativo de las autoridades militares o, alternativamente, se arbitra una posibilidad sucesiva de examen de la cuestión controvertida o de sus incidencias de mayor trascendencia en Tribunales ordinarios o de personal mixto jurídico-militar o civil. Estas dos últimas posibilidades aparecen como variantes contrapuestas entre el sistema judicial anglosajón y el europeo continental, con una cierta tendencia a su mutua y progresiva aproximación, pudiéndose examinar su funcionalidad, muy especialmente en los sistemas comparados militares de reclutamiento, régimen de disciplina, estatuto de la profesión y justicia militar.

6.1. *El reclutamiento.*

Toda organización para que exista y funcione necesita ganar miembros, lograr su permanencia e instrucción y hacer que

puedan eficazmente desempeñar los cometidos que les corresponden. La defensa nacional considerada como una obligación ciudadana, desde la aparición del constitucionalismo, ha establecido el deber del ciudadano de servir a la patria con las armas, honor-derecho de los primordiales que el individuo puede tener, al ser miembro de la comunidad nacional o, en definitiva, del pueblo como elemento sustantivo del Estado y de la Patria como valor común ético-social, exteriorizado en el sentimiento nacional y en el afán de su supervivencia, incluso más allá de lo que puede ser una contingencia histórica del mismo Estado. La visibilidad formal de esta unión íntima de solidaridad política podemos encontrarla en el juramento a la bandera ⁶⁸.

Sin embargo, la generalidad y universalidad tradicional del servicio militar, bajo un régimen de igualdad de cumplimiento, comienza a ser entendida de una manera nueva, admitiéndose la selectividad, la mayor importancia creciente del voluntariado, y la posibilidad de crear por necesidades económicas, estratégicas o de tolerancia y libertad de credos, servicios especiales de defensa civil u otras formas secundarias de servicio militar o de milicia nacional.

La tendencia hacia los ejércitos profesionales «de metier», está sometida a planteamientos de tipo estratégico, económico, demográfico o incluso de disciplina a una alianza (la OTAN no considera un soldado bien preparado por debajo de los dieciocho meses de instrucción), observándose posiblemente una paulatina reducción del tiempo de servicio militar obligatorio en los Ejércitos de tipo mixto, y la aparición de servicios militares de tipo fraccionado o diferencial por categorías y grados profesionales, los cuales plantean no pocos problemas de funcionalidad y rendimiento, además de no satisfacer el principio de igualdad de la obligación política que exigen ⁶⁹.

En Francia existe un gran debate en torno a este problema que examinamos, lleno de connotaciones de carácter político-económico y de política militar. Desde 1960, en medio de los progresos generales de la reforma que se ha operado, después de la descolonización y la guerra de Argelia, así como el gran compromiso nuclear francés y su política semi-independiente de la OTAN desde 1966, los generales Messmer, le Ray y Buis, han venido sosteniendo la necesidad de organizar el Ejército sobre tres tipos de unidades permanentes, además de un servicio complementario de defensa civil, reservistas y milicia. El primero sería el constituido por las fuerzas estratégicas nucleares. Las fuerzas de maniobra de intervención inmediata, como segundo

⁶⁸ LONGO, *ob. cit.*, pág. 219.

⁶⁹ *Ibidem*, pág. 253.

tipo de organización, dotadas de gran movilidad y un alto entrenamiento profesional para todo terreno y acciones diversificadas. En tercer lugar, las unidades de defensa operativa del territorio (DOT) que es el grueso del Ejército y que para la defensa interior del territorio han de estar equipadas de una buena mecanización y blindaje, además de eventualmente poderse constituir en un resistente descentralizado y de capacidad independiente guerrillera, en el caso de que los frentes se hayan hundido por una penetración profunda enemiga ⁷⁰.

Este esquema operativo que exige numerosas unidades y de un soldado que tenga un mínimo de entrenamiento, pues además de hacerse soldado debe ser miembro de un Ejército (Mesmer), ha dado al traste con la tendencia al Ejército profesional. En 1970, Michel Debré, declaraba en la Asamblea Nacional, que la necesidad de que subsista el reclutamiento de conscripción es de naturaleza política y militar. Además de ser una tradición, la disuasión requiere una capacidad de mostrar al adversario la voluntad total de resistencia popular y movilización general, previamente bien preparada.

Contra la tesis defensora del Ejército profesional (general Georges-Pichot) y otro servicio tipo milicia de carácter complementario (tales como el sueco, suizo, finlandés, noruego, americano o alemán), el Libro Blanco sobre la Defensa Nacional ⁷¹ recalca la función del servicio militar obligatorio como institución formativa de la solidaridad nacional, factor indispensable en la educación cívica, instrumento político en la participación ciudadana en la responsabilidad del poder militar, y medio incuestionable para la preparación y elaboración del «espíritu de defensa», presupuesto que necesaria y previamente ha de existir en el subconsciente colectivo de un pueblo que ansía la paz y la estabilidad, esforzándose constantemente en no convertirse en un fácil y apetitoso objetivo de las fuerzas rivales.

6.2. *El Estatuto del militar profesional y el Reglamento de Disciplina militar.*

6.2.1. *Fundamento y naturaleza del régimen disciplinario interno de los Ejércitos.*

Toda organización necesita un estatuto interno de su funcio-

⁷⁰ General Alain de BOISSEAU: *Hacia un ejército profesional*, en «Revista Ejército», núm. 444.

⁷¹ En el año 1970, en Francia, las retribuciones del personal profesional en la Marina alcanzaban el 30 por 100 de los gastos de efectivo de personal, 55 por 100 en el Ejército del Aire y el 64 por 100 en el de Tierra. Sobre un total de 1.913.100 funcionarios públicos; 1.483.000 tenían consideración de personal retribuido por Presupuestos no de la Defen-

namiento en orden a conseguir un máximo de solidaridad en el cumplimiento de la misión específica y la mayor eficacia en la satisfacción de sus objetivos básicos. El sistema del equilibrio óptimo, mediante la correspondencia entre poder y responsabilidad en el campo de las relaciones interpersonales de los miembros de la organización, que admite posibilidades interpretativas, más o menos conceptuales, como son la disciplina eficiente y el honor en los Ejércitos, sólo puede conseguirse de acuerdo con un determinado grado de autosuficiencia o autonomía en la valoración de la conducta que en el servicio haya tenido el subordinado, sin perjuicio de que, a un nivel dado de modernización, se puede arbitrar un control externo sucesivo que proceda, bien sea de autoridades externas o de una mayor judicialización legalista del conflicto entre la orden dada y la corrección de su cumplimiento⁷².

Cada institución jurídica tiene el color de su época. La disciplina militar fue considerada como un estado determinado del nivel de instrucción y formación de los cuerpos para el cumplimiento de la misión armada desde las normas de Augusto y Justiniano hasta las Ordenanzas de Alejandro de Farnesio de 1587, basadas en el proyecto de Sancho de Londoño, redactado por encargo del duque de Alba en 1568. En la Edad Moderna, tiende a considerarse como el conjunto de poderes, en ocasiones muy imprecisos o ilimitados, que se atribuyen al general en jefe para hacer posible el «gobierno» del Ejército, y que se impone como sistema que ha de regir a todos los tiempos modernos en los Códigos de Ordenanzas militares.

La Revolución francesa, que transformó los conceptos sustanciales del Estado, no modificó de forma relevante la legislación disciplinaria, sino para aumentar los tipos delictivos contra el honor nacional, y al aparecer los Ejércitos de contingente obligatorio comenzó a identificar disciplina con un determinado estado aceptable de la cohesión moral y entusiasmo de las tropas, suficiente para su eficacia operativa.

Es después de la segunda guerra mundial, cuando comienza a considerarse la disciplina, la forma institucionalizada de nor-

sa Nacional; 429.300 estaban retribuidos por gastos de defensa, de los cuales se calcula, redondeando, que 145.600 eran personal civil y 283.700 personal militar. El total del personal militar de carrera por relación a la función pública civil estaba en una proporción del 6,88 por 100; desde 1952 había sufrido una disminución del 57 por 100, mientras que el personal civil al servicio de la defensa se incrementó en un 75 por 100 y el de otras administraciones públicas, como la de educación nacional, creció en un 285 por 100. Datos tomados del muy documentado libro de Lothar RUEHT: *La politique militaire de la V République*, pág. 342, del que ya di referencia bibliográfica.

⁷² GIRARDET: *Problèmes*, ob. cit., pág. 194.

mas específicas de comportamiento que tutelan los derechos y deberes de cada miembro de los Ejércitos, según su rango y responsabilidad, y que son parte integrante del estatuto profesional del soldado o del militar de carrera, habiéndose llegado a estimar como la «cuestión crucial» del ordenamiento militar (T. Gomes Carneiro). Ha sido tema monográfico del Ier Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y de la Guerra, celebrado en Bruselas en 1959, y ha motivado amplias y profundas reformas en los Ejércitos Norteamericano (1961), Alemán (1961), Francés (1972), así como los de Camerun, República Centroafricana, Costa de Marfil, Marruecos, Suiza, Senegal, Nigeria, Polonia, Mauritania, Holanda y Túnez, entre otros⁷³.

El fundamento de la necesidad de la potestad disciplinaria militar, suele exponerse con una variedad de argumentos, dándose a alguno de ellos un carácter preponderante:

— Consecuencia del principio de jerarquía para garantizar la ejecución de la voluntad del jefe (Gardon). La naturaleza de las misiones que se encomiendan al mando, impone una subordinación jerárquica estricta y una disciplina absoluta, que asegure el cumplimiento de la orden militar y ha de tener una protección enérgica en todos los grados, como exigencia de toda organización militar, histórica y geográficamente universalizada, que incompatibilizan la democratización del Ejército con formas de descentralización, autogobierno o control representativo de los subordinados de los actos del superior. Es una evidencia indispensable de la organización, según el nivel de jerarquía, que se caracteriza por su autonomía e interioridad no jurisdiccionalizada, y que conlleva sanciones de servicio para los hechos que no tengan una entidad de carácter penal o de mayor gravedad⁷⁴.

— Elemento esencial para la cohesión y mantenimiento del buen orden en el Ejército (Henri Bosly). El Ejército es un cuerpo estructurado como órgano del Estado, que requiere estar integrado en un gran conjunto para el cumplimiento de su misión, bajo la dirección de sus jefes, y que en tiempo de paz, exige una preparación óptima en el deber de obediencia de todos sus miembros, colaborando al dominio de cada uno y a la

⁷³ LEVY, *ob. cit.*, pág. 245.

⁷⁴ *I Congres International de Societé Internationale de Droit Penal militaire. Action Penale et action disciplinaire*. Bruxelles, 1959. Editado en Estrasburgo en 1960. *Le Regole della disciplina militare in Italia nell'epoca moderna e contemporanea*, Pietro Verri, «Suplemento della Rassegna della Giustizia Militare», 1977. Las referencias de las reformas extranjeras pueden verse sintéticamente en *Annuaire de Legislation française et étrangère*, de los años 1973-1974, cuya edición ya referí anteriormente.

satisfacción del interés general por encima del particular, y sacrificándose a la misión confiada. Las sanciones disciplinarias han de jerarquizarse, según el grado, y son compatibles con la vía penal jurisdiccional, sucesivamente o de manera simultánea, mediante las penalidades accesorias que afectan a la carrera militar⁷⁵, pero que cumplen una función exclusivamente interna en el Ejército, al no tener trascendencia en los Registros generales de penados (Nyholm), o que son atribuciones complementarias, sustitutivas de las de carácter penal, y que el mando tiene como autoridad para cuestiones menores que afectan al buen régimen de los Ejércitos (Rodríguez Devesa), sin que sea posible discernir claramente en el hecho sancionado, la separación del «deber militar moral» incumplido o el deber jurídico quebrantado⁷⁶.

— Manifestación de un poder administrativo de supremacía especial del superior sobre el subordinado (G. Landi). La jerarquía es la facultad de dar órdenes el superior y su supremacía, la posibilidad de velar por el cumplimiento exacto de lo mandado. Esta relación de derecho público de los distintos niveles jerárquicos, modula el alcance de la sanción o de la potestad que se atribuye, según la distancia de empleo entre los sujetos y la consideración a la jerarquía del castigado, que no ponga en entredicho su posterior habilitación para el mando. Son facultades de tipo administrativo, más indeterminadas que las de pura tipicidad y legalidad penal. Es la justicia de la facultad de «imperium» del jefe, el cual podrá, en consecuencia también, hacer uso de su acción penal cuando el hecho revista mayor gravedad⁷⁷.

— Atribuciones cuasi-judiciales de la autoridad y organización militar (Grunewald). Rige para la potestad disciplinaria el principio de legalidad y es incompatible o queda absorbida, por la acción penal. El Código de Justicia Militar alemán de 1957, desconoce prácticamente la jurisdicción militar en tiempo de paz; está sustituida por poderes menores de privación de libertad hasta de catorce días y que, siendo superior a veinticuatro horas, ha de ser confirmada por un tribunal disciplinario, el cual interviene y falla e todas las demás sanciones que afectan a la carrera militar o producen la separación del servicio; pudiendo, estas sentencias, ser recurridas ante el Senado militar (Wehrdienstsenat). Las atribuciones disciplinarias, sólo se encuentran a militares de carrera de grado de oficial y son supervisadas siempre por sus superiores, los que alternativamente pueden anular, confirmar la sanción impuesta, o calificar la

⁷⁵ Congreso de Bruselas. *Action penal et action disciplinaire*, pág. 8.

⁷⁶ *Ibidem*, pág. 36.

⁷⁷ *Ibidem*, pág. 111.

infracción como de naturaleza penal; en este caso remitirla a la comisión de disciplina (Wehrdisziplinarawalt) si la sanción se estima ha de ser de carrera, o enviarla a los Tribunales judiciales. En este último supuesto el juez puede sobreseer provisionalmente de acuerdo con el fiscal y continúa el procedimiento de disciplina, pero caso de que exista condena judicial, ésta produce plena cosa juzgada, absorbiendo los efectos accesorios las sanciones de carrera que hayan podido infringirse⁷⁸.

— Es una exigencia indispensable de la capacidad operativa militar (Verri). La preeminencia absoluta del superior y las facultades de mando son una premisa incuestionable, sin perjuicio de que pueda limitarse su alcance y procedimiento, dado que el poder absoluto pertenece al pasado. La subordinación jerárquica y la obediencia en asuntos del servicio es un deber de lealtad al Estado, cuyo ejercicio debe ser garantizado, tanto sobre el militar profesional o voluntario, como en el precedente del reclutamiento forzoso, puesto que a éste, como ciudadano al que se otorgan determinados derechos constitucionales, también se le impone en vía constitucional el deber de servir a la Patria con las armas⁷⁹.

La continuidad ideal de la exigencia estructural en el poder militar de un poder interno de disciplina, ha existido de manera continuada e ininterrumpida. Las ideologías que modulan o atacan bajo principios de participación representativa el esquema principal de la facultad de sancionar por el propio superior, han organizado sus Ejércitos, triunfantes de revoluciones, bajo una férrea jerarquía incontestable⁸⁰.

La necesidad de la función de defensa, requiere la articulación de los medios jurídicos adecuados, y la defensa de la Patria, exige la modulación de algunos derechos constitucionales para garantía del objetivo a conseguir (Morbidelli), no pudiéndose convertir al militar en civil, sin liquidar la fuerza armada (Espósito) o convirtiendo en parte, parcializada de unos derechos, al militar que precisamente los ha de proteger, manteniéndose al margen de su sentido competitivo (Trechsel).

El valor natural y necesario de la disciplina militar, ha sido puesto de manifiesto por el Tribunal europeo de los Derechos del Hombre (sentencia de 8 de junio de 1976; caso Engel), declarando que «la situación especial del militar para conformarse al reglamento de disciplina, constituye un componente vital e intrínseco de la fuerza armada a la que pertenece, como as-

⁷⁸ *Ibidem*, pág. 143.

⁷⁹ *Ibidem*, pág. 203.

⁸⁰ Pietro VERRI, *ob. cit.*, pág. 176.

pecto elemental de los medios de que dispone y el mantenimiento indispensable de la fuerza y su supervivencia ⁸¹.

En los años en curso, un gran debate y muchas medidas de reforma han comenzado a elaborarse en los países occidentales, tanto para hacer frente a una oleada de insubordinaciones masivas o de contestación dentro de los Ejércitos, como para actualizar los criterios políticos y las legislaciones, adecuando la disciplina y la organización de las atribuciones del mando a las exigencias actuales. Francia aprobó la Ley 72-662, de 13 de julio de 1972, sobre Estatuto general de los Militares, que ha tenido una amplia resonancia. Forlani, Ministro italiano de Defensa, depositó en el Parlamento el 7 de septiembre de 1976, un proyecto de Ley sobre la Disciplina militar, que ha producido un alto interés político y científico y que puede verse íntegro en la obra de Verri que cito en la bibliografía ⁸².

6.2.2. *Las fuentes jurídicas del derecho disciplinario militar.*

Tradicionalmente en el derecho preconstitucional, la disciplina tuvo su base legal en edictos, ordenanzas, bandos o reglamentos, emanados del poder regio, y que posteriormente se fueron concretando en Decretos de la Jefatura del Estado o Presidencias de República, como atribución solemne del poder militar supremo. El constitucionalismo, partiendo de la tesis de la unidad de ciudadano y militar, integró el ordenamiento interno militar en el general del Estado, para compatibilizar las limitaciones del ejercicio de derechos constitucionales, utilizando la potestad legislativa de los Parlamentos, y dejando al Gobierno la facultad de desarrollo, sin posibilidad de sucesivas delegaciones, para mantener una coherencia política imprescindible al funcionamiento del sistema político.

El Parlamento o las normas de rango de ley, son las que deben ocuparse directamente de las cuestiones primordiales de la subordinación jerárquica, que deroga un derecho general de libertad o que establece un particular sistema punitivo. La Carta Social Europea de 1961 (artículos 5 y 9), la Convención para la salvaguardia de los Derechos del Hombre de Roma de 1950 (artículo 11), el Pacto internacional de los Derechos económicos, sociales y culturales, adoptado en la resolución 2200 de la ONU, de diciembre de 1966 (art. 8) y el Pacto de los derechos civiles y políticos, adicional al anterior (art. 22), admiten la posibilidad de cada Estado, de establecer, mediante leyes, restricciones a los derechos de asociación y de reunión, tanto en lo

⁸¹ BOLDRINI, D'Alessio, Malaguini. *La riforma della Giustizia militare*. Roma, 1976.

⁸² Pietro VERRI, *ob. cit.*, pág. 131 y ss.

relativo a los miembros de la policía como a los que sean integrantes de las fuerzas armadas.

El espíritu democrático de la constitución, habrá de inspirar la organización del Ejército, implícitamente o como exigencia expresa, tal como señala el artículo 52 de la Constitución Italiana, pero el sistema de organización democrática no puede extenderse —afirma Verri— a la organización del Ejército, dado que incapacitaría a éste para cumplir su misión constitucional. Entre el ordenamiento constitucional y el militar, su derivado, se impone la necesaria subordinación para que el poder armado no pueda convertirse en un contrapunto del funcionamiento normal del resto de las instituciones y siga, en todo caso, siendo fiel y responsable a la institución política que lo legitima. La democratización militar para este autor que cito significa:

- las fuerzas armadas son parte integrante de la Nación, y expresión del pueblo políticamente neutrales (Maggiore);
- mandar y obedecer son actos de igual dignidad y realizan su más alta eficacia cuando existe una comunidad de voluntad y pensamiento entre ambos (Viglione);
- los términos superior y subordinado o inferior, sólo tienen un valor jerárquico y un significado en la escala del grado, existiendo una única dignidad humana (Galvet, Sansonetti);
- el trato interjerárquico exige un respeto recíproco, excluye el servilismo y es jerarquía de grados y no de hombres (Landi);
- la autoridad del superior viene de la ley y ha de ser justa, moral y leal; ha de estar limitada para evitar el autoritarismo, el abuso, el rigorismo, la arbitrariedad o el paternalismo (Morbidelli);
- la jerarquía implica responsabilidad respecto al superior y también respecto al inferior, y ha de permitir la participación e iniciativa, inteligente y activa del inferior, no sólo como derecho, sino como deber que no puede usurparse con opresión de la personalidad o aniquilamiento de conciencia (Pizzoruso);
- responsabilidad, participación, iniciativa, conocimiento del fin, comprensión, estima y confianza recíproca, así como comunidad espiritual entre superior e inferior, dan una convicción de auténtico deber de cumplir lo ordenado, capaz de producir el sacrificio y renuncia que la vida militar requiere (Guiscardo);
- espíritu democrático de un Ejército, es la eficiente dispo-

sición a la autoridad legalmente constituida y que puede utilizar un instrumento de soberanía, sin temor al pronunciamiento. La disciplina es un esquema de funcionamiento imprescindible, solo ligeramente mudable para adaptarse a la evolución espiritual y al progreso social, y cuyo fin principal es el complementar un aspecto imprescindible de la educación del ciudadano (Bachelet).

El contenido del código de disciplina puede ser muy variado, la tendencia actual propende a regular, sin retóricas, cuales son los deberes del militar, e incluso los aspectos premiales, los derechos de carrera respecto de las sanciones que pueden infringir los superiores y las atribuciones punitivas de cada grado, relegando a normas secundarias las reglas del funcionamiento de los servicios y unidades. Suele hacerse de los textos de disciplina un código de normas ético-deontológicas de la profesión militar⁸³.

6.2.3. *La autoridad militar y el superior, como sujetos activos de la responsabilidad de la disciplina.*

Como mandar es prever, la jerarquía militar se encierra en una cadena minuciosa de derechos y obligaciones recíprocas en

⁸³ Daniel LECONTE en la *Contestation dans l'armée aux Etats-Unis et en Europe Occidentale*. «Le Monde Diplomatique», núm. 269 de agosto de 1976. Hace un estudio minucioso de la revuelta militar generalizada en los cuarteles desde la ley del servicio militar obligatorio americano de 1965 y en vigor hasta 1971, concatenado por los sucesos portugueses y las comisiones y manifestaciones de soldados de la Europa de la OTAN con sonadas, en ocasiones, como en Turín en 1969, en París en la primavera de 1973 y en Lisboa en mayo de 1975. Producto de veintenas de organizaciones clandestinas y de cientos de publicaciones del mismo carácter. Finlandia, Noruega o Alemania Federal han legalizado el sindicalismo militar para cuestiones puramente de clase profesional, sin interferir el mando, y la cuestión ha tomado cuerpo en los propósitos comunistas italianos de organizar clubs de tiempo libre o culturales, o de la nueva izquierda que intenta introducir comités representativos a nivel de batallón. En definitiva, los grupos de presión y los partidos se han intentado introducir en los cuarteles, haciendo suyos como éxitos, las reformas de reducción del servicio, mejora de retribución y cuarteles más confortables. Forlani en Italia y Bourges en Francia, han considerado, desde los Ministerios de Defensa, imposible y pernicioso el sindicalismo militar, pero con posibilidades de alguna solución. La izquierda tradicional desapruaba también el sindicalismo militar; Charles Heranu, responsable de problemas de defensa en el partido socialista francés, ha declarado «Partidarios de la libertad de asociación y de expresión, comprendemos que el Ejército, por la naturaleza de su misión, no puede ser asimilado a la empresa capitalista o de Estado. Dentro de él no puede existir lucha de clases, los soldados no son obreros, ni los suboficiales, contra maestros, o los oficiales, patronos. Entre un oficial

todos los escalones, impone, en todos los grados del servicio, una obediencia al superior que ha de constituir un hábito esencial del modo de vida militar. El superior se constituye en agente de la ejecución de la ley y que confronta y juzga la responsabilidad exigible (Gardon). En el caso de que la antijuridicidad sea grave, la acción disciplinaria se transformará en acción penal, que puede recaer en la competencia de tribunales ordinarios, cuando por desafuero o atribución propia, deban conocer de los delitos cometidos y, cuyas condenas, pueden acarrear penas accesorias de tipo disciplinario. Pero es el jefe de toda unidad militar, a quien concierne la acción, haciendo la medida adoptada ejecutoria o sometiéndola a la confirmación de un superior con facultades originarias. En el derecho francés, corresponde a todos los grados desde el de cabo, en el alemán, desde el grado de capitán de compañía (también en Inglaterra, Holanda, Suiza, Bélgica, Dinamarca y Noruega).

El jefe militar dispone de diferentes medios para hacerse obedecer, el ascendiente, la persuasión o la evidencia, bastarán en la mayoría de las ocasiones, pero dada la perentoria necesidad de que sus órdenes se cumplan pronta y eficientemente, requiere un poder de constreñir, mediante la aplicación de una sanción que le convierte en juez natural del control y exactitud de la orden dada. En la actualidad, se observa una tendencia a especializar en determinados niveles la función disciplinaria, o a residenciarla únicamente en el jefe de las unidades administrativas, donde ha de regir más el principio de leal colaboración (buques, unidades aéreas). Puede ser resultado de la tendencia a entender la jerarquía funcionalmente (Gilissen). Otras tendencias que se observan son las siguientes:

- atenuación de las medidas restrictivas de libertad, las cuales alcanzan a una media de treinta días. (Reforma americana de 1962 y derecho alemán);
- posibilidad de recurso jerárquico en todo caso; a una autoridad colegiada cuando excede de unos quince días, y confirmación por un Magistrado jurídico-militar, si sobrepasa los cinco días (en Alemania las 24 horas);
- aumento de las penalidades de recargo en el Servicio o restricción de salidas del acuartelamiento, hasta dos meses (Estados Unidos) y de las retenciones de sueldos hasta 2/3 durante sesenta días;
- mayor duración de las sanciones y posibilidad de mayor arbitrio, para los escalones de rango inferior de suboficial o clase de tropa;

y un soldado hay una comunidad específica de defensa y no de lucha social.»

- preponderancia en los militares profesionales de las sanciones de carrera, postergación, retraso en el ascenso, pérdida de puestos en escalafón o separación del servicio (Gardon);
- necesidad de que las sanciones superiores a diez días, tengan que ser consultadas a un Consejo de disciplina de tres miembros del mismo Cuerpo (Francia) y que las de carrera, sean sometidas a juicio confirmatorio de un Consejo disciplinario de cuerpo o unidad, susceptibles de apelación a un Senado militar (Alemania) del que forman parte profesionales civiles y militares del derecho, y ulterior recurso judicial por defectos de forma (Bosly);
- el sistema anglosajón admite la posibilidad de que el sancionado se someta voluntariamente a un Consejo de Guerra para depurar en firme su presunta responsabilidad, y cuya sentencia produce efectos de cosa juzgada sobre la sanción disciplinaria (Bickell);
- circunscribir la acción disciplinaria exclusivamente a las faltas de servicio y judicializar las externas al servicio (Gilissen);
- compatibilizar la ejecutoriedad inmediata de la sanción disciplinaria (Justice is best when it is fresh) y su ulterior confirmación, agilizando los procedimientos de revisión (Barendrecht);
- introducir en mayor grado los principios penales en las sanciones disciplinarias (Grunewald, Landi);
- evitar la doble sanción por un mismo hecho penal y disciplinario (Vander Howen);
- activar la utilización de las sanciones disciplinarias para evitar la congestión de las tareas judiciales (Ripainse).

En definitiva y siendo tan variados los sistemas (los cuales no han podido unificarse ni para las Fuerzas de Urgencia de la ONU, cuyo reglamento de disciplina y justicia, aprobado en la Asamblea General de 17 de noviembre de 1956, dejó en su artículo 13, la potestad disciplinaria bajo la autoridad del mando y reglamento natural del país de origen, a salvo de la posibilidad de influencia «diplomática» para que el mando integrado pueda hacer valer su criterio), no son muchas las generalidades que pueden hacerse al respecto para sistematizar de manera coherente el funcionamiento y atribuciones del derecho disciplinario militar, influido de un particularismo muy acusado, pero con una dinámica de acomodación a los principios del Estado de Derecho y a la estructura vertebral de las unidades armadas⁴⁴.

⁴⁴ Pietro VERRI, *ob. cit.*, pág. 141 y ss.

6.2.4. *El objeto de la disciplina y de las normas disciplinarias.*

El profundo estudio de Pietro Verri, publicado con la intención de dar luz al texto Forlani, discutido en el Parlamento italiano, me servirá de guía de método expositivo, resumiéndose así, por este autor, el objeto principal de la ley de disciplina militar:

- Definición de fuerzas armadas, señalar sus funciones y el «sagrado» deber del ciudadano de defender a su Patria como expresión de su pueblo. Declaración de absoluta neutralidad en el campo religioso, político y sindical, en garantía de cohesión y eficiencia, y reconocimiento del sacrificio de la misión que le es propia y el respeto a la consideración de la Nación.
- Aspectos pedagógicos y deontológicos, definiéndose la disciplina como la obligación de cumplir las normas reglamentarias que exige el deber de defensa de la Patria y la necesidad de adhesión consciente del ciudadano, portador de una dignidad que ha de ser respetada. La jerarquía, como elemento de la organización que fine los niveles de autoridad, según el puesto, el grado y la antigüedad, se manifiesta en la subordinación al mando superior, que debe de ejercerse mediante órdenes y con firmeza, justicia y corrección; comportando, en todo caso, la responsabilidad que pueda ser procedente.
- Todo militar debe de obedecer con rapidez, lealtad y exactitud, tiene derecho a usar la iniciativa y a no cumplir las órdenes que sean contrarias al derecho humanitario o las convenciones internacionales. La obediencia se produce, sólo en relación de servicio, como deber a cumplir, jurídicamente vinculante, excepto en los casos en que la orden sea manifiestamente delictiva, incompetente por falta de atribuciones de quien la produce, manifiestamente extraña al servicio o la disciplina, carente de la forma exigida o en estado de alteración grave del superior. Teniendo en cuenta que en ningún caso la duda puede justificar la desobediencia (Veuro).
- A pesar de que existen países sin juramento (Francia, China) militar, debe ser mantenido como compromiso de relación ética que se establece solemnemente con la comunidad en acto oficial y público, no revestido de ceremonias de otro carácter.
- Son deberes esenciales, la observancia de los reglamentos y la obligación de cumplir las reglas de secreto, de las leyes y de la Constitución. Puede el militar ejercitar

todos los derechos reconocidos a los demás ciudadanos, sin perjuicio del límite impuesto en algunos de ellos y relativos a la libertad.

- Las reglas de la disciplina, alcanzan a la actividad de servicio o dentro de un lugar militar, cuando se lleve uniforme, se haga uso de la condición militar o se dirija a un superior cualquier militar. Fuera de estos casos, vincula el juramento, las reglas de la dignidad militar según la jerarquía y las que tutelan el secreto militar.
- El derecho de voto que hay que facilitar por todos los medios para que se ejercite cómodamente, y la posibilidad de pasar a situaciones especiales a quienes se presenten como candidatos. Libertad religiosa.
- Prohibición de afiliarse a partidos políticos y de llevar uniforme en actos o reuniones de carácter político o de declarar su condición. La opinión pública es favorable a que los militares se mantengan apartados de la competitividad política, necesaria para cumplir fielmente su obligación de secreto, imparcialidad en su función, lealtad a la Constitución, dados los medios de que dispone, y subordinación militar profesional (Landi). La acción sindical es una acción política, hoy de la mayor relevancia, y por la que penetran los partidos y las ideologías hacia el poder del Estado (Sinagra), no pudiéndose regular su licitud en las fuerzas armadas, sin un contraste incompatible con las exigencias institucionales militares, dado que el militar que reclama sindicalmente, no puede estar en pie de igualdad nunca con su superior en idénticas razones, y por otra parte, el progreso de la reivindicación militar supondría una prepotencia sobre el Estado al ser el Ejército el detentador del poder armado, disolviéndose el valor solidario de la Nación (Zangari y resolución del Consejo de Estado italiano de 4 de febrero de 1966). Las reuniones de militares deben autorizarse previamente si se celebran en lugar militar, y en ninguna se podrán tratar temas que atañan al servicio y a la disciplina ⁸⁵.

⁸⁵ *Action penal et action disciplinaire, ob. cit.*, «Revue de droit penal militaire et de droit de la guerre», I, 1962, trabajos de RISPAINSEL sobre la reforma del derecho disciplinario militar en los Estados Unidos, y de DEBRAUX sobre el derecho militar de las tropas de las Naciones Unidas. En Alemania no está permitido, por incompatibilidad, que un militar pertenezca a las Asambleas legislativas, pasando los candidatos a la reserva; se limita el derecho de petición y se prohíbe toda propaganda política en los cuarteles y durante el servicio militar, así como asistir a manifestaciones políticas, tolerándose las discusiones sobre cuestiones políticas en tono de camaradería. En Suiza el principio es contrario al

— La representatividad y participación que puede ser plena en las organizaciones mutualistas, deportivas y culturales, puede ser promovida también para recabar la información necesaria sobre el pensamiento profesional, el estado de la carrera o el tratamiento económico. La tendencia es la de crear unos organismos, separados del sistema jerárquico y que, mediante elección objetivada, por grados y combinada con el sorteo y la importancia de determinados cargos, actúe en corresponsabilidad y coparticipación en el planeamiento de las decisiones del mando que atañan a la carrera y no tengan carácter táctico o de política estratégica. Viglione, señala como ejemplos, el Comité de información de la gendarmería belga, el Consejo Superior de la función militar, el Consejo Superior del Servicio Militar y la Comisión Consultiva del Ejército francés, así como las previsiones análogas del proyecto italiano en su artículo 15.

— Las sanciones deben estar diversificadas en aquellas que son restrictivas de un derecho o facultad y aquellas que afectan al desenvolvimiento de la carrera, castigándose toda infracción de un deber militar o la negligencia en el servicio. Las reprensiones y recargos tienen que tener un fin reeducativo, y las privaciones afflictivas no pueden ser de larga duración, si no se confirman por un Consejo de disciplina o una autoridad judicial. El jefe ha de tener prerrogativas de acción judicial preventiva y de denuncia, la severidad debe graduarse según la dignidad

anterior de ejército muy profesionalizado, dado que las autoridades políticas tienen grado militar honorífico, acentuándose la tendencia a limitar toda actividad política del soldado para evitar pueda ser influido por sus superiores. Un acuerdo del Consejo federal de 10 de diciembre de 1945 autorizó a los civiles cierta propaganda política en los lugares militares. En Austria los soldados gozan de todos los derechos políticos, si bien la interpretación judicial ha sido restrictiva por seguridad del Estado o cuando se afecta a la disciplina por peticiones abusivas o incorrectas o es propaganda dirigida al superior. En Italia, que hasta que se apruebe el proyecto de que hablamos en este trabajo, rige un principio igualmente liberal, han surgido polémicas interpretativas en torno al art. 47 del actual reglamento de disciplina, en el que se prohíbe toda propaganda política a favor o en contra de partidos o candidatos. En los Estados Unidos el Uniform Code of Military Justice, establece ciertas restricciones de la libertad de expresión en los casos de «clear and present danger» o cuando se produzcan gestos o palabras irrespetuosas o provocativas contra el Presidente, Vicepresidente, Secretarios de departamento o de la Defensa, Gobernador de un Estado, Congreso o Cuerpo legislativo, o autoridad del territorio en que se esté en servicio; precepto poco utilizado, sirvió para castigar las críticas militares de la política antisegregacionista. Existe sobre este tema un detallado estudio de S. TRESCHIEL, *Structures d'autorité et Droits de L'Home. Les problèmes de L'home en uniforme. «Cahiers de la Université de Beacanson»*, 1972.

de cada grado, y las sanciones profesionales han de estar reguladas según un criterio de legalidad y de igualdad de trato. «No es oportuno restringir demasiado las facultades del superior, privándole del medio adecuado de mantenimiento de la disciplina, provocando con ello la utilización más frecuente de los medios disciplinarios de carrera o de la sanción judicial (Verri).»

- El recurso debe ser jerárquico, sin admitir «circuitos circulares» incompatibles con la disciplina, procediéndose de oficio a confirmar la sanción superior de cierta duración (diez o quince días) por un órgano de mando caracterizado (jefe de batallón, regimiento o autoridad territorial), o de manera preventiva por un Consejo disciplinario, nombrado según reglas objetivas cuando la sanción sea superior o afecte a la carrera profesional o a la continuación en servicio de los voluntarios, debiendo estos últimos soldados ser objeto de un tratamiento especial (Roberson).

6.2.5. *El estatuto del militar profesional y de carrera.*

La Ley francesa de 13 de julio de 1972, 72-662, en estudio desde 1959, ha fijado las garantías fundamentales de los cuadros del Ejército, así como la delicada cuestión de los principios de su estatuto profesional. Es un esfuerzo de codificación y simplificación de numerosas disposiciones de circunstancias que tiende a renovar y revalorizar la condición militar sobre el viejo culto al reglamento y la sublimación tradicional de la disciplina (Senechal), con el fin de establecer un texto básico de los derechos y obligaciones en un sistema de compensación mutua y de aproximación a los principios por los que se rige la carrera civil del servicio público, aumentando las garantías individuales, al quedar prohibidas las reivindicaciones corporativas (debates del Senado de junio de 1974). Los principios por los que se rige, según T. M. Becet, son los siguientes:

- Aseguramiento de las garantías materiales por adaptación automática de las mejoras de retribuciones presupuestarias, correlativas de las mejoras del ámbito civil y como efecto simultáneo de las elevaciones de sueldo en las carreras de los funcionarios civiles (M. Debre). Establecimiento de un peculio para los retiros anticipados del voluntariado y suboficialidad, y compatible con pensión de retiro en los demás casos; a fin de facilitar la

reinserción en la vida civil y aligerar los procedimientos y cargas por clases pasivas, e igualmente con la misma finalidad compensatoria, regulación de indemnizaciones por vivienda que sufraguen justamente la precariedad de residencia por cambio de destino.

- La promoción de carrera adquiere un carácter más selectivo. Para poder ser ascendido en turno de elección se ha de estar anticipadamente clasificado como apto por por una comisión de escalones intermedios, nombrada ministerialmente, siendo de importancia la hoja de servicios y calificaciones para la valoración de la clasificación, y produciéndose un avance automático de aquellos que clasificados, no fueron promovidos al empleo superior durante dos años.
- Las sanciones se diferencian en disciplinarias o de reglamento militar, profesionales o judiciales, y sanciones estatutarias o de carrera, debiéndose pronunciar éstas en un procedimiento formalizado y previo informe de un Consejo de investigación y audiencia del interesado.
- Se mantienen limitaciones de ejercicio de derechos públicos, si bien los de carácter civil, como el matrimonio, quedan ajenos al control militar (salvo los militares de la Gendarmería). Se suavizan las limitaciones al derecho de libre expresión para generar una mayor imaginación en el pensamiento militar, a salvo el deber de servicio y en el caso de que se desempeñen funciones de responsabilidad, ha de procederse a solicitar autorización ministerial. La agrupación colectiva se prohíbe por ser segura plataforma de acción de los grupos políticos (Vedel), si bien se crea un numeroso colectivo, el Consejo Superior de la Función militar de miembros designados por sorteo en su mayoría como organismo de colaboración, información y propuesta de la política militar sobre la profesión. Parece haberse pretendido con ello compatibilizar un derecho de representación con los principios de subordinación y permanente disponibilidad del militar, al mismo tiempo que por el «efecto demostración» y automatismo de las elevaciones de remuneración pueda haber un vehículo que aproveche la acción profesional de los grupos de las profesiones civiles, sin dar lugar a que se cree la «infraestructura sindical», incompatible con la organiza-

ción de la defensa (Laubadere) al formarse una «jerarquía paralela» a la del mando⁸⁶.

El texto de la ley, que contiene 111 artículos y una larga tabla de disposiciones derogadas, comprende las siguientes materias: Definiciones, ámbito de aplicación, jerarquía de grados y disposiciones generales relativas al ejercicio de las libertades públicas por los militares. Obligaciones y responsabilidades. Remuneraciones y cobertura de riesgos. Documentación y anotaciones de disciplina. El Título II se refiere a los militares oficiales y suboficiales de carrera, derechos generales y permuta de destino, nombramientos y ascensos, disciplina, situaciones, disposiciones particulares sobre los oficiales generales, cese en la carrera y normas relativas a los militares contratados y voluntariado, extranjeros y en reserva.

6.3. *La justicia militar.*

«La justicia militar es hija de la necesidad y madre de la paz, que los hombres deben temer, pero que no pueden aborrecer, y a la cual siempre tributan sus primeros respetos y homenajes» (Jeremías Bentham, *Principios de Legislación y Codificación*, Madrid, 1834, pág. 301). Esta afirmación sigue siendo válida para todo planteamiento de lo justiciable, y por otra parte, conlleva el considerar que por encima de todo sistema político y de las contingencias de lo histórico «hay una unidad teórica universal en cuanto a la necesidad de una estructura de garantías»⁸⁷.

⁸⁶ Pietro VERRI, *ob. cit.*, pág. 156 y ss.; J. M. BERCET: *Le Statut*, Université de Beaucanson, 1972. Este autor no sigue la tesis coyuntural de bloqueo político de los militares, que se puede entrever en el análisis histórico de Senechal; cree que así como el derecho sindical es incompatible con la función militar, el pertenecer a un partido político puede beneficiar la formación de criterios de estos respecto a las necesidades de la defensa, por otra parte, transformaría el criterio profesional en perspectiva política generalizada y evitaría la eclosión de agrupaciones clandestinas. De todas maneras, puede observarse que tanto en Italia, Francia y Bélgica, ejércitos de conscripción y menos profesionalizados que el alemán, se debaten inmersos en un régimen político de poderosos partidos de izquierda, que actúan o pretenden actuar en el seno del ejército como campo de operaciones sustancial para conseguir la transformación histórica de las condiciones sociales de la democracia occidental, idea que en la defensa de los grupos representativos de batallón, puede entreverse como una modalidad contrapuesta del concepto de defensa de la Patria, en los razonamientos de Ingrao, Nahoum y Pecchioli, miembros del partido comunista italiano, frente a otros más ponderados, republicanos, socialistas o independientes, tales como Bandeira, Balzano, D'Albergo, Guadalupi, Rochat o Simoni... *La Riforma della Giustizia Militare*, *ob. cit.*

⁸⁷ MERLE-VITU: *Traité de droit criminel*. Cuyas, París, 1973, pág. 126.

Si el objeto del ordenamiento legal es dual de orden y justicia, se hace más problemático en el planteamiento de la regulación de la justicia militar, que es garantía, tanto de la satisfacción genérica del orden jurídico y la ejemplaridad necesaria a la disciplina, como mecanismo inserto en el interior del poder militar para obtener el máximo de confianza en el principio de la convivencia libre, sin sobresaltos o resquicios que favorezcan el desequilibrio intersistemático de las funciones del Estado. La historia nos enseña que las leyes pueden estar dadas, dice Beccaria, para satisfacer las pasiones de unos pocos, pero el ordenamiento jurídico es la articulación instrumental para la realización de la justicia y sólo podrá estar legitimado por el inexorable intento permanente de realizar este fin a alcanzar.

La justicia militar puede ser considerada una cuestión de guerra exclusivamente y encargada de ser aplicada por los Tribunales ordinarios bajo formas procesales especiales (Alemania, Austria, Noruego y Dinamarca), pero con la peculiaridad de haberse ampliado notoriamente el campo disciplinario militar. La justicia militar como sistema de especial fundamento sustantivo y procesal es universalmente reconocida por los especiales «criterios indeterminados» que jurídicamente tutela: valor y disciplina, no susceptibles de ser controlados por la función judicial ordinaria, la particular legalidad y modo de enjuiciamiento en determinados casos y circunstancias y la imposibilidad de subordinar al poder civil de la justicia, el valor superior del pueblo y la Patria armada para satisfacer una necesidad primordial de supervivencia y de cohesión colectiva, cuya razón excede de la forma cotidiana de paz en que la justicia ordinaria exclusivamente puede administrarse.

Los sistemas de justicia militar son variados, llenos de particularismo histórico y difícilmente susceptibles de formulaciones sistemáticas. Los esfuerzos de la Sociedad Militar de Derecho Penal Internacional y de la Guerra, han sido grandes desde el inicio de los años cincuenta, y al vislumbrarse la exigencia de actuación conjunta e integrada de Ejércitos multinacionales (ONU, OTAN), no ha podido llegarse más que a una posible renuncia, en ocasiones, al tradicional derecho de la «ley del pabellón», sometiendo así los propios soldados al fuero extranjero y a una ley desconocida, sin otra posible cobertura que la negociación puramente política de los mandos conjuntos ⁸⁸.

⁸⁸ *Droit penal européen*. Bruxelles, 1979. Estudio de J. GILISSEN, página 297. También de Debraux, Danse y Lazareff en los 1962- y 1963-1 de la «Revue de Droit penal militaire»; René PAUCOT: *Les délits militaires*, IV Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Madrid, 1967.

La incrustación del poder militar y la función judicial militar dentro de los poderes de supremacía del Estado y en el ámbito ordinario de la sociedad civil, tiende a diferenciar marcadamente el ordenamiento penal militar de paz y el de guerra, así como a arbitrar soluciones intermedias con órganos judiciales más especializados profesionalmente para el conocimiento de los delitos de mayor gravedad y las cuestiones mixtas, por afectar a los intereses generales del Estado (seguridad, orden público, objetores de conciencia, fraudes contra interés patrimonial de los Ejércitos...) o de competencia compleja (funcionarios civiles del Ejército, obreros y especialistas de armamento con estatuto civil, secreto militar, codeincuencia con paisanos, materia de tráfico en uso de vehículos militares en cuyos delitos, siempre que haya víctimas, hay alternatividad contrapuesta de culpabilidades de dos diferentes partes...) o de naturaleza delictual común cuando la competencia sea militar. Al mismo tiempo y haciendo ocuparse al militar de armas de las cuestiones de justicia, en función colaboradora o de tribunal sentenciador, aumentándose su capacitación mediante titulaciones adecuadas (Bélgica, Túnez, Alemania, Francia...), se refuerza el papel e independencia de la carrera judicial militar de los Auditores (con ese nombre en Bélgica, Dinamarca, Suecia Holanda, Suiza y España) en las funciones instructoras y de acusación fiscal; llegando como en Bélgica a regular las mismas con un estatuto separado e híbrido, dependiente del Ministerio de Justicia y no, como generalmente se encuentra organizado, dentro de los Ministerios de la Defensa. (En Francia existe una Dirección General de la Justicia Militar.)

Como síntesis descriptiva de la manera en que queda configurado el poder de la función judicial militar, en orden a conseguir una máxima legalidad constitucional que adecúe su especialidad a los principios generales de la organización de la justicia, dado que su cita en los textos fundamentales se produce, casi siempre, en las normas dedicadas a la función judicial y al mismo tiempo, señalan como valores a adaptar, los de legalidad, especialidad de la competencia y supremacía de los Tribunales de justicia ordinaria (Braas, Lohest), lugar sistemático de constitucionalidad que impone una observancia de dichos principios (Wigny), además de llamar la atención sobre los problemas siguientes⁸⁹:

1.—El fundamento de la especialidad y autonomía del Derecho penal militar está basado en el particularismo de la organización del poder y la función militar y en las «condiciones es-

⁸⁹ P. LOHEST, *ob. cit.*, pág. 62. CONSO, *Constitutione e processo penale*, Milano, 1969.

peciales e inhabituales del fuego», pero no puede suponer, y menos en tiempo de paz, solapar los principios generales del derecho o los especiales de legalidad e independencia de la justicia, siendo ésta la máxima garantía de la paz y la libertad⁹⁰. Las fuentes del derecho militar tienen valor separado como cuerpos legales independientes y de principios secundarios singulares. Si los Códigos de justicia militar tienden a ser unos «textos integrales», complejos y de fácil manejo para el militar de armas, sin necesidad de conocimientos especializados en materias de Derecho, no es menos cierto, que una labor eficiente no puede conseguirse sin una preparación previa necesaria para no dejar el arbitrio de la resolución justa a su captura por pura intuición (Paucot, Gilinssen), pudiéndose también recurrir a reenvíos, de síntesis legal y economía doctrinal, a los textos penales y procesales de la legislación ordinaria (Francia).

2.—La acción penal para reprimir los delitos es de orden público general, y pertenece su ejercicio, lógicamente, a los órganos de autoridad disciplinaria y a la autoridad judicial militar. Pero la función judicial militar participa de la naturaleza del poder de la justicia y la posibilidad de excitación de acción por la víctima o perjudicado, puede tener importancia en coparticipación con los órganos de justicia profesionales e independientes, Auditor o Fiscal-jurídico militar (Bélgica, Alemania, Estados Unidos) o cuando lo aprueba un Consejo superior (Defence Council inglés), o se refiere a delitos comunes de aforados y una determinada gravedad (Inglaterra).

3.—La competencia de los Tribunales militares, que puede verse restringida a los delitos militares de los militares (Italia, Bélgica) y comunes cometidos en actos de servicio o lugar permanente para cimentar capacidad de análisis y de independencia (Francia, Estados Unidos, Túnez), se extiende también, en determinadas circunstancias a los civiles dependientes de establecimientos militares (Suiza, Bélgica, Estados Unidos, Túnez) o que como los reservistas, miembros de milicia o defensa civil, cometan delitos específicamente de su estado especial militar (Suiza, Austria), o a delitos comunes que puedan afectar al buen régimen de los Ejércitos al ser cometidos por militares, según declaración de inhibición de la jurisdicción ordinaria (Inglaterra).

4.—La organización de los Tribunales militares tiende a ser permanente para cimentar la capacidad de análisis y de independencia de sus miembros, siempre con algunos titulares, por sorteo o selección objetiva y de especialidad jurídica, pertenecien-

⁹⁰ LANDI, VEUTRO, STELLACHI, VERRI: *Manuale di diritto e di procedura penale militare*, Giuffrè, Roma, 1976, pág. 853 y ss.

tes a las armas (Francia, Alemania en tiempo de guerra). El derecho de los países anglosajones es muy variado y complejo; en los Estados Unidos la función profesional de la carrera jurídico-militar es la que cubre los Tribunales inferiores unipersonales (summary court-martial) y la presidencia o ponencia de los de competencia para mayor gravedad del hecho (special and general court-martial); el Tribunal de apelación está compuesto solamente de militares del Cuerpo Jurídico, quienes pueden revisar los fallos (Court of Military Review), por sí o a instancia del Juge Advocate General, remitirlo a un Tribunal Civil Supremo (Court of Military Appeals) y que conoce de oficio en apelación de las condenas a muerte y las condenas impuestas a generales. Los Tribunales ingleses son todos colegiados y sus sentencias no son firmes hasta que las aprueba un Consejo de Defensa (Defense Council), quien puede revisar la pena enviandola a un órgano profesional (reviewing authority). En el derecho canadiense aparece una cierta analogía con la organización americana, si bien los tribunales son más numerosos y el sistema procesal de recursos es de procedimiento (legal channels) y examen sucesivo de varias autoridades como en Inglaterra.

5.—En todas las legislaciones que se citan existe una gran independencia y profesionalidad en la función jurídico-militar del Ministerio público, y la defensa puede confiarse a letrados civiles en todo caso, o simultáneamente a un militar y a un civil (Estados Unidos).