

LA ADMINISTRACION MILITAR

Por AURELIO GUAITA

Profesor Adjunto en la Universidad de Santiago.

SUMARIO: Introducción.—I. *Administración civil y administración militar.*—II. *Administración militar.*—III. *Administración militar y régimen administrativo.*—IV. *Delimitación del concepto de Administración militar.*—V. *Características de la administración militar.*

INTRODUCCIÓN

A fines del siglo XIX, Lorenz von STEIN trazó en su *Verwaltungslehre* una división de las materias administrativas que ha hecho fortuna. Según aquel jurista alemán, cinco eran las ramas de la Administración: judicial, social o interior, financiera, exterior o internacional y militar o de defensa, división que coincide sustancialmente con la llevada a cabo en España por Felipe V en 1714, al fragmentar en cinco la Secretaría Universal del Despacho, y con el arreglo que de las mismas hizo Fernando VI en 1754, es decir: Guerra, Hacienda, Estado, Marina e Indias y Justicia, si bien los dos Ministerios de la Gobernación (para la Península y para Ultramar) no se establecieron hasta la Constitución de 1812, ni arraigara el Ministerio del Interior o Fomento hasta Javier de BURGOS, en 1832 (1).

La existencia de un mínimo de cinco Ministerios propugnada por STEIN la justificaba éste diciendo que eran necesarias dichas cinco actividades en el Estado para el cumplimiento de sus fines. Pero más que de la división de que nos habla STEIN, nos interesa otra en este momento: aquella que escinde el campo de la Administración en dos grandes porciones excluyentes: *Administración civil* (es decir, Administración judicial, social, financiera y exterior), y *Administración militar*, la única clasificación que nos sirve para trazar los rasgos y contornos, las características y peculiaridades de la Administración militar, pues cabalmente de la relación (y oposición) entre ambas deriva gran parte de aque-

(1) Vid. Federico SUÁREZ: *La creación del Ministerio del Interior en España*, en «A. H. D. E.», XIX. 1948-49, págs. 15-56.

llas características, y aun para algún autor, el mismo régimen administrativo, según se dirá.

I.— ADMINISTRACIÓN CIVIL Y ADMINISTRACIÓN MILITAR.

Sin necesidad de remontarnos hasta el concepto de Administración, ésta puede considerarse dividida en dos ramos o brazos: el civil y el militar. Si atendemos a la idea, no por corriente inexacta, que ve en la Administración la actividad del Estado para la satisfacción de las necesidades colectivas y consecución de los servicios e intereses públicos, habrá que admitir que la Administración auténtica es la civil; y HAU-RIOU casi llega a afirmar que es la única Administración.

En cambio, la Administración militar, sin preocuparse, al menos directamente, de esos servicios públicos, coopera a su satisfacción mediante esa especie de amenaza que su sola presencia infunde en los eventuales perturbadores de la paz exterior e interior. pues guardando esta paz hace posible el normal desenvolvimiento y prestación de los servicios públicos.

Pudiera decirse que la Administración civil realiza actos de gestión de los intereses públicos, y la Administración militar, subjetivamente integrada por hombres de armas, actos de fuerza, actos de imperio (aunque entendidos ambos términos en un sentido totalmente diverso del que les diera la doctrina ya superada que dividía los actos administrativos en de gestión y de imperio).

La Administración civil está representada por la burocracia, auténtico ejército de funcionarios, y la Administración militar, o brazo armado de la Administración, por los Ejércitos o Institutos armados. Precisamente, como señalan S. ROYO-VILLANOVA (2), CONDE (3) y, sobre todo, LÓPEZ RODÓ (4), la transformación del antiguo servidor doméstico del señor feudal en servidor de los intereses públicos, y la transformación del mercenario al servicio de su señor en soldado de un ejército real y

(2) *La formación de los funcionarios públicos*, en «Revista de Administración Pública», núm. 2, 1950, pág. 11.

(3) *Teoría y sistema de las formas políticas*, 1.ª ed., Madrid, 1944, pág. 174.

(4) *La discrecionalidad de la Administración en la doctrina extranjera*, en «Revista de Estudios de la Vida Local», núm. 31 (1947), pág. 4.

permanente son las dos notas que denuncian, a fines de la XV centuria, la aparición del Estado moderno.

II.—ADMINISTRACIÓN MILITAR.

El *concepto de Administración militar* no parece que requiere grandes lucubraciones.

En sentido objetivo, entendemos por Administración militar el sector de la actividad de la Administración que provee a la seguridad y defensa exterior e interior del Estado. En sentido objetivo, el conjunto de órganos públicos cuya competencia estriba y consiste fundamentalmente y de modo excluyente en la realización de aquella defensa.

La Administración y el Poder administrativo son, por esencia, civiles, afirma HAURIU (5). Esto se compadece perfectamente con el carácter medial y no teleológico que respecto de la Administración en general y del Estado tiene la Administración militar. La prestación de los servicios públicos, la satisfacción de las necesidades generales, etc., no le competen a la Administración militar, sino tan sólo el asegurar y hacer posible que aquéllos se presten y éstas se satisfagan.

En consecuencia, el Poder administrativo auténtico es civil, viene ejercido por órganos civiles, las transgresiones tienen un carácter exclusivamente civil, y por tribunales civiles son también reprimidas.

Pero ese auxiliar —que no otra cosa es— de la Administración civil al que hemos llamado Administración militar es un compañero extraordinariamente fuerte para su misma esencia: está servido por una máquina personal (Ejército), real (armamentos, cuarteles, buques, etc.) y económica (presupuesto), muy considerable, por lo que la Administración (civil) ha puesto siempre empeño en que apareciera clara y fuera efectiva su supremacía sobre la Administración militar (6).

En los tiempos primitivos, el Rey era el caudillo militar, y todos sus súbditos guerreros, pues se vivía en hostilidad perpetua frente a los pueblos vecinos. Posteriormente, pero aún en la antigüedad, delimitado ya

(5) *Précis élémentaire du Droit Administratif*, 5.^a ed., Paris, 1943, pág. 8. Lo mismo, FERNÁNDEZ DE VELASCO: *La libertad civil y el Ejército*, en «Variaciones de Derecho y Política», Barcelona, 1932, págs. 158-65.

(6) HAURIU: *Principios de Derecho público y constitucional*, trad. esp., Madrid, 1927, págs. 171-76.

claramente el Estado, fué una gran conquista el liberar a la población de la tarea de la defensa y encargar la de todos a unos cuantos, de modo que, según el propio HAURIQU, «el primer servicio que se ha pedido al Estado es la defensa militar de una población civil».

Se vió, no obstante, la conveniencia de separar la Administración militar y para ello proceder a una especie de acantonamiento del Poder militar, que ha tenido dos manifestaciones: al principio, un acantonamiento territorial, y más adelante, un acantonamiento orgánico.

La jerarquía suprema del Estado, Rey o cónsules, reunía en sus manos el Poder civil y el militar; pero en ciertos territorios estaba privada de este último, es decir, eran territorios civiles. En la antigua Roma, y dentro de sus murallas —territorio civil—, los lictores deponían el hacha que llevaban en las fascas, pues allí el ciudadano estaba protegido por las leyes; en cambio, fuera de las murallas, en el resto del Imperio, que era un territorio militar, no regía la ley, sino el *imperium* del magistrado, con derecho de vida y muerte sobre los ciudadanos. *Silent leges inter arma*, decía CICERÓN.

Aún en nuestros días se señalan reminiscencias de tal estado de cosas en los territorios ocupados por las potencias victoriosas, en ciertas posiciones que conservan una estructura administrativa más o menos militarizada (v. gr., nuestro Protectorado de Marruecos), y son una especie de territorios militares, y aun el propio territorio metropolitano puede afirmarse que se transforma de civil en militar en los estados de sitio y guerra, al asumir la Administración militar la guarda directa del orden público interno.

Pero el acantonamiento territorial no conseguía satisfacer lo que se pretendía: en primer lugar, porque ya no era posible, ya que, ante la considerable extensión metropolitana del Estado moderno y la necesidad de defender toda la metrópoli, fué preciso que los órganos militares permanecieran en el territorio que actualmente y de ordinario es civil; además, el poder siempre fuerte de la Administración militar se acrecienta extraordinariamente en los momentos de peligro, encargándose de la guarda del orden público y atrayendo hacia sí, mediante las movilizaciones, gran número de administrados.

Por ello se llegó al acantonamiento orgánico y jurídico de los funcionarios militares: en efecto, éstos son distintos de los civiles y están al margen de todo lo que no sea la preparación de la guerra militar.

Las líneas fundamentales de este régimen jurídico son las siguientes: a) El Jefe del Estado, que, según algunas Constituciones, ha de ser precisamente civil y no militar, aunque posee en todas ellas el máximo rango, tanto en la Administración civil como en la militar, de hecho, ordinariamente, delega el mando de la Administración militar en la paz al Ministerio respectivo, y en la guerra a un Generalísimo; b) Las decisiones más graves, que se salen del marco de los simples actos administrativos para constituir actos políticos, como la declaración de guerra, la firma de la paz, llamamiento de reemplazos, movilizaciones, etc., se confían al Parlamento; c) Los militares son segregados de la política y de la organización electoral, y así, la Ley constitutiva de nuestro Ejército (art. 28) les reconoce el derecho de sufragio, pero les prohíbe la asistencia a reuniones políticas, incluso las electorales; el ejercicio del derecho de petición de los Institutos armados está disciplinado por disposiciones especiales y restrictivas (art. 21 del Fuero de los Españoles); de idéntica restricción goza el derecho de asociación, según la base adicional de la Ley de 29 de junio de 1918 reformando la Administración militar; el Código de Comercio, aunque por consideraciones de otra índole, prohíbe también a los militares el ejercicio de la profesión mercantil (art. 14); y los mismos cargos de concejal o de diputado provincial, que son irrenunciables y obligatorios para los administrados, admiten la excusa de los militares para desempeñarlos (arts. 80 y 234 de la Ley de Régimen Local).

En definitiva, el Estado, de oficio y a instancia de la Administración civil, pudiéramos decir, subordina la Administración militar a la civil mediante una serie de restricciones, separa a los órganos de una y otra (a lo que ha contribuido, según Emil Lupwic, el mismo uso obligatorio del uniforme militar) y, en general, se declara incompatible la carrera militar con toda profesión civil.

Por último, la escisión de la Administración en militar y civil, como dos campos más o menos autónomos, unidos por el pasillo de la Administración (civil) financiera, lleva a que la Administración militar sienta más o menos un sentido de autarquía y, en consecuencia, que intente bastarse a sí misma y atender a sus necesidades sin auxilio alguno, a no ser el financiero ya dicho; y así vemos que la Administración militar tiene su propia jurisdicción y tribunales sin necesidad de que se los preste el Ministerio de Justicia; que tiene sus industrias propias, que esca-

pan a la acción del Ministerio del ramo; sus Academias y Centros de Enseñanza, que no dependen del Ministerio de Educación Nacional; los aeropuertos y fortificaciones, obras públicas indudables, y los transportes militares tampoco dependen del Ministerio de Obras Públicas; los trabajadores de las industrias militarizadas están prácticamente al margen del Ministerio de Trabajo; y, en fin, hasta en la misma materia financiera, clases pasivas, conocemos en España dos órganos distintos que las fijan y regulan: la Dirección General de Clases Pasivas del Ministerio de Hacienda y el Tribunal Económico-Administrativo Central, que sólo conocen de las clases pasivas civiles, y el Consejo Supremo de Justicia Militar, que atiende a las causadas por los funcionarios militares.

III.—ADMINISTRACIÓN MILITAR Y RÉGIMEN ADMINISTRATIVO.

La influencia del Ejército se revela también en el nacimiento de la Administración y del régimen administrativo.

Respecto de lo primero, se ha señalado cómo el triunfo de Augusto supuso la yuxtaposición a las antiguas magistraturas de un nuevo cuadro de hombres (los del «partido» del emperador), que pueden ser designados con la denominación aproximativa de «militares» y que, con misión al principio exclusivamente de índole fiscal, fué el germen de la frondosa burocracia que acabó imponiéndose plenamente en el Bajo Imperio.

Hasta tal punto esta poderosa burocracia calcó su jerarquía, disciplina y organización de las del Ejército que la había inspirado y contribuido tan eficazmente a su formación y movimiento, que en el siglo IV, a partir de Constantino, los romanos le daban el nombre de *militia literata*. Y, cabalmente, esta burocracia o *militia literata* es una de las características más notables de la organización estatal en el Bajo Imperio romano.

Por lo que respecta a lo segundo, es decir, a la influencia del Ejército en la aparición del régimen administrativo, decía HAURIOU, hace ya algún tiempo (7) que, gracias a su privilegiada situación, ni Inglaterra ni los Estados Unidos necesitaban un Ejército permanente y obligatorio; pero que en Francia —y lo mismo podemos decir de España y del

(7) *Principios...*, págs. 140-47.

resto de Europa—, donde la necesidad de una poderosa Administración militar es incuestionable, fué asimismo indispensable la aparición del régimen administrativo en el sentido de crear una Administración (civil) también fuerte y poderosa, cargada de privilegios y prerrogativas: en primer lugar, porque la sujeción ordinaria y de por vida a la Administración (civil) habitúa con antelación al administrado a soportar, cuando llegue su hora, la subordinación a la Administración militar; y en segundo lugar, y sobre todo, porque una Administración civil fuerte, y todavía más fuerte que la Administración militar, es la única que puede lograr el respeto de ésta, salvaguardando así el régimen civil que el Estado ha establecido; frente a los órganos militares diseminados por el territorio, y por encima de ellos, se encuentran órganos civiles también perfectamente centralizados y jerarquizados, y si en Francia son los prefectos, sucesores de los intendentes, en España lo es el gobernador civil, que, en consecuencia, es en su provincia la máxima autoridad y en ella ostenta no la representación del Ministerio de la Gobernación, sino la del Gobierno, como delegado permanente y superior del Poder central en su territorio (atribuciones todas que le reconocen los artículos 212 y 259 de la reciente Ley de Régimen Local).

De forma que, según el propio HAURIOU, con sus inconvenientes y todo, el Poder administrativo —el régimen administrativo— es el único que puede garantizar la libertad civil de un país que por su situación geográfica se ve precisado a disponer de un poderoso Ejército permanente y obligatorio.

Confirma la tesis de HAURIOU el hecho reciente, observado por toda la doctrina de la evolución, aún no totalmente consumada, que se advierte en Inglaterra y Norteamérica hacia una Administración poderosa, hacia un régimen administrativo más o menos semejante al europeo, pero que, desde luego, se aparta mucho de lo que ocurría en tiempos de DICEY, cuando escribió en 1885 su *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, evolución que ha tenido lugar al propio tiempo, y no parece ello una coincidencia, en que ambos países, aleccionados por las últimas guerras, marchan cada vez con paso más decidido a la implantación de un servicio militar obligatorio y permanente y, en consecuencia, hacia el robustecimiento de su Administración militar.

Por consiguiente, debe concluirse, con HAURIOU, que una Administración militar fuerte es uno de los factores determinantes de la apari-

ción del régimen administrativo, al propio tiempo que es uno de los títulos que más claramente justifican tal régimen.

IV.—DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN MILITAR.

1) *Como medio del Estado.*

Un problema interesante que plantea la calificación jurídico-política de la Administración militar es el relativo a si constituye o no uno de los fines del Estado, y por ende, de la Administración, o si se tratará de uno de sus medios.

Si abrimos al azar el más rudimentario manual de Historia política y jurídica, bien pronto observamos que los fines del Estado y los medios para actuarlos han sido muy variados, en consonancia con el grado de civilización y su orientación política. ZANOBINI (8) demuestra claramente cómo la historia de los pueblos es en este punto un constante *ritornello*, advertido también por JORDANA DE POZAS (9): las sociedades más primitivas reducen su actividad a la llamada Administración de justicia y a la defensa militar contra los pueblos vecinos; la antigüedad clásica, por el contrario, extiende su acción a las artes, la cultura, la religión y la economía; el medievo lleva de nuevo a una contracción enorme en los fines y en la actividad del Estado; éste recobra su plenitud en el Renacimiento, pero de nuevo, desde fines del XVIII, llega el tiempo de la atrofia estatal, y todos parecen de acuerdo en afirmar que el Estado debe reducir su actividad a la defensa militar en el exterior y a la conservación y garantía de la libertad individual en el interior. Los hombres de la mitad del siglo XX asistimos a otro desbordamiento de la actividad del Estado: a buen seguro que la generación que nos suceda va a ver cosas mucho más graves, y, como decía Felipe II ante el temor de que desaparecieran los montes y bosques españoles, «plegue a Dios que no lo veamos en nuestros días».

De esta rápida visión u ojeada a la Historia, bien se echa de ver que

(8) *Corso di Diritto amministrativo*, 5.^a ed., Milano, 1947, I, págs. 6-9.

(9) *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en «Rev. Administración Pública», núm. 4, 1951, págs. 11-28.

podrá o no haber escuelas y hospitales públicos o política de nacionalizaciones, pero de lo que ningún Estado ha prescindido nunca es de la función de defenderse de los otros Estados, vecinos o no. La Constitución de nuestra segunda República (art. 6.º) pudo —decir como hoy la italiana— que renunciaba a la guerra como instrumento de política nacional, pero lo que no pudo hacer, aunque quiso hacerlo, fué acabar con la Administración militar.

Esta inseparabilidad del Estado y su defensa, de validez universal en el tiempo y en el espacio, ha servido para que los tratadistas, verbi-gracia, RANELLETTI (10) y GROPALI (11), al estudiar los *finés* del Estado y clasificarlos en necesarios y primordiales y secundarios o accesorios, hayan catalogado entre los primeros y también en primer lugar, la defensa nacional.

Pero esta defensa, expectante en provocación pasiva al exterior, es decir, la actividad específica de la Administración militar, ¿puede considerarse realmente como uno de los fines del Estado?

No lo cree así la doctrina dominante entre nosotros. El fin del Estado será el bien común, en el que quizá no quepa encuadrar, si no es con violencia, la defensa exterior: no deja de parecer un contrasentido que uno de los fines del Estado sea el defenderse de otros Estados. ¿No será más bien que la defensa exterior es un medio indispensable para poder realizar el bien de los súbditos, un medio necesario para poder cumplir los fines también necesarios que el Estado, en su visión, «personal» pudiéramos decir, se cree en el deber de perseguir y alcanzar?

Tan antigua como la doctrina de los fines del Estado es la de los medios del mismo. Algunos historiadores del Derecho, por ejemplo, nuestro GARCÍA GALLO (12), estudian la Administración militar, y más propiamente el Ejército, entre los medios del Estado. Y los juristas del Derecho público, al clasificar los medios del Estado, no dudan en asignar a la Administración militar el nombre de medio personal del Estado. Así, por ejemplo, RUIZ DEL CASTILLO (13) nos dirá que el servicio militar es uno de los medios personales del Estado; JORDANA DE POZAS (14), que es un

(10) *Istituzioni di Diritto pubblico*, 9.ª ed., Padova, 1942.º págs. 48 y ss.

(11) *Dottrina dello Stato*, 7.ª ed., Milano, 1945.

(12) *Historia del Derecho español*, 2.ª ed., Madrid, 1940.

(13) *Manual de Derecho político*, Madrid, 1939, págs. 125-26.

(14) *Derecho administrativo*, Madrid, 1924, pág. 70.

medio personal de carácter obligatorio; ALVAREZ GENDÍN (15), que es un ejemplo típico de prestación personal; el profesor GASCÓN Y MARRÍN (16), aunque incidentalmente dice de la defensa nacional que es uno de los fines del Estado, al dedicarle atención especial le califica también como uno de los medios personales.

Y, por último, GARCÍA OVIEDO (17) llama a la Administración financiera y a la militar los dos órdenes fundamentales de la Administración pública de carácter medial: gracias a estos dos órdenes fundamentales, dice, está la Administración en condición de cumplir sus fines. Y esto, concluye, porque la primera de las necesidades del Estado es la de existir, y para ello necesita un sistema de defensa ante los peligros exteriores e interiores.

Con lo cual bien puede cerrarse este punto lisa y llanamente afirmando, con nuestros autores, que la actividad de defensa no constituye un fin, sino más bien un medio del Estado, aunque tan esencial, que su ausencia completa puede acarrear quizá la misma desaparición del Estado, de igual forma que el respirar no es un fin del organismo humano, sino un medio de existencia, aunque la falta de oxígeno pueda causar la muerte.

Por ello, con toda razón, la Administración militar, como la financiera, viene tratada por los administrativistas al final de sus obras, es decir, después de haber examinado los fines de la Administración, pues aunque los fines no se puedan realizar sin los medios, aquéllos tienen siempre prioridad lógica sobre éstos, de igual forma que, si bien no podemos llegar a un lugar sin un camino que nos lleve a él, nunca nos ponemos en camino sin antes haber decidido adónde nos proponemos ir.

2) Frente a la policía.

Conviene, antes de seguir adelante, precisar más el concepto y contornos de la Administración militar: hemos dicho que ésta es un medio del Estado, lo cual no se opone, antes al contrario, a que tenga su fin;

(15) *Manual de Derecho administrativo*, Zaragoza, 1941, pág. 268.

(16) *Tratado de Derecho administrativo*, 8.ª ed., Madrid, 1945, II, pág. 456.

(17) *Derecho administrativo*, Madrid, 1948, pág. 777.

es decir, que lo que es para el Estado un medio —la defensa— es precisamente el fin para la Administración militar.

Este fin de la Administración militar se dirige, en primer lugar, a asegurar la defensa frente a los otros Estados: la defensa militar es principalmente una defensa exterior, y con ese nombre se la conoce también.

Pero los enemigos del Estado no están siempre fuera de sus fronteras, sino también dentro de ellas; de ordinario, la Administración provee a esta necesidad de la defensa interior mediante una institución «paramilitar», que es preferentemente la policía gubernativa o simplemente policía. La doble vertiente de esta policía —en España, Policía Armada y de Tráfico, Guardia Civil y Cuerpo General de Policía—, puesto que a diferencia del Ejército mira más al interior, pero a semejanza de él tiene también por fin la defensa, mantener la fuerza del Estado, se ha traducido en nuestro Derecho orgánico administrativo en la dependencia conjunta de esas fuerzas de los Ministerios de la Gobernación y del Ejército, según cierta distribución de competencia cuyo examen no es de este lugar.

La calificación jurídica de esta policía es dudosa y puede depender a veces, simplemente, de una Orden ministerial; pero ya se la considere Administración civil, ya militar, siempre la separará de la Administración militar *stricto sensu*, el fin específico, que, en definitiva, no depende sino de la situación territorial, de la ubicación de los enemigos del Estado: contra el enemigo de fuera lucha preferentemente el Ejército; contra el enemigo de dentro —normalmente—, la policía, y sólo subsidiariamente, y cuando falle ésta, lo hará la Administración militar.

Pero en circunstancias extraordinarias y anormales esa fuerza de policía (en España y en 1949, unos cien mil hombres, según el *rapport* presentado por el profesor JORDANA DE POZAS a la reunión de Ciencias Administrativas de Lisboa) no tiene la suficiente para alcanzar plenamente y en todo caso su fin, es decir, para defender eficazmente el orden público y la seguridad interior del Estado: y entonces, la Administración militar, o bien coadyuva a la Administración civil (policía) en su misión de guardar el orden público y la seguridad interna, o bien asume francamente el principal papel frente al enemigo (el desorden, la insurrección, etc.), con lo que, al menos de momento, según HAURIUO, desaparecen las fronteras entre la Administración civil y la militar y tiene

lugar la suspensión de la garantía constitucional, que consiste en la separación de esos dos Poderes o Administraciones (18).

En el Derecho español (Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933 y Decreto de 18 de octubre de 1945) la autoridad de policía puede en cualquier momento pedir auxilio a la militar, tanto si la situación del país es normal como si se ha declarado el estado de prevención o el de alarma; pero cuando la crisis jurídico-política, y especialmente la prueba a la que se someta al orden público, es grave, y se declara en el país el estado de guerra, todo cuanto concierne al orden público y a la seguridad interna pasa a ser (en virtud de un curioso fenómeno de ósmosis jurídica) de la competencia de la Administración militar, a la que le queda sometida en esta materia y por completo la Administración civil.

De lo dicho se desprende que, si bien es cierto, como dice ROYO VILLANOVA, que el Ejército no tiene una misión de policía (19), cabe, no obstante, ver una doble faceta en su finalidad, la defensa del Estado: *de ordinario*, la Administración militar fija su atención en los enemigos exteriores, pero sin que ello suponga que se desentienda de los interiores, pues la actuación del Ejército contra esos enemigos interiores, aunque sea en caso de gravedad extrema, nos dice bien claramente la competencia que el Estado reconoce a la Administración militar en esta materia: aparte de que lo contrario nos llevaría a la conclusión absurda de que tampoco la defensa contra el exterior es fin de la Administración militar, pues también sólo en casos de gravedad extrema entra en acción el Ejército contra el enemigo de fuera de las fronteras.

En otras palabras: que el fin de la Administración militar es la defensa del Estado contra todos sus enemigos exteriores e interiores, y actúa de hecho contra unos y otros cuando la gravedad del caso lo requiere.

Esta ha de ser también la conclusión a que nos lleva nuestro Derecho positivo. La Constitución de Cádiz, única entre las españolas que definió teleológicamente el Ejército, decía en su artículo 356: «Habrà una fuerza militar nacional permanente de tierra y mar para la defensa exterior del Estado y la conservación del orden interior», doble activi-

(18) Op. cit., pág. 122.

(19) *Elementos de Derecho administrativo*, 22.ª ed., Valladolid, 1950, II, páginas 793 y ss.

dad que recogía COLMEIRO al decir de la Administración militar que tenía por objeto «comprimir las tentativas de algún malévolo en el interior y defender el territorio de cualquier invasión enemiga» (20). De las mismas ideas participa la constitución de nuestra Administración militar, integrada fundamentalmente por la Ley constitutiva del Ejército de 1878 y su adicional de 1889; el artículo 2.º de aquélla dice que «la primera y más importante misión del Ejército es sostener la independencia de la Patria y *defenderla de enemigos interiores v exteriores*», y el artículo 1.º de la segunda, que «el Ejército constituye una institución nacional regida por leyes y disposiciones especiales y cuyo fin principal es mantener la independencia de la Patria y *el imperio de la Constitución y las leyes*».

3) *Frente a la Administración exterior.*

Separada ya la Administración militar del resto de la Administración con la cual más puntos de contacto presenta, esto es, de la Administración policial, queda aún una cuestión a dilucidar y que atañe a la misma naturaleza jurídica de la Administración militar.

Sostuvieron algunos autores que la Administración militar no goza de consideración autónoma, pues hay que englobarla, junto con la Administración de las relaciones exteriores, dentro de la Administración *exterior o internacional*: en su virtud, ésta se dividiría en dos ramas: la Administración exterior de STEIN, que tiene, se dice, por misión el fomentar las relaciones pacíficas con otros Estados y también la preparación de la guerra mediante la intriga, y la Administración militar, que no es más que la continuación de la diplomacia mediante las armas.

De esta dirección se hace eco ROYO VILLANOVA, quien estudia ambas ramas de la Administración, la militar y la exterior, en un capítulo titulado «Administración del Estado en la sociedad internacional»: al propio Ejército se le califica de «institución de Derecho internacional» (21).

Estas relaciones entre la Administración exterior y la militar son evi-

(20) *Derecho administrativo español*, 1.ª ed., Madrid, 1850, II, pág. 586.

(21) *Op. cit.*, pág. 795.

dentos; pero tales relaciones no son patrimonio exclusivo de aquélla ni, a nuestro juicio, le hacen perder nada de su naturaleza específica y autónoma. Puesto que el Estado despliega también su actividad fuera de sus fronteras, unas veces por razón de las personas, otras por razón de las cosas, es lógico que se conecte con la Administración exterior, no sólo la militar, sino todas las demás ramas de la Administración: ejemplo de ello son en nuestro Derecho: las fundaciones benéficas sitas en el extranjero (dentro de nuestras fronteras, Ministerio de la Gobernación); acción religiosa fuera de nuestro territorio, como el Patronato de la Obra Pía de los Santos Lugares y los Registros del estado civil en el extranjero (en el interior, Ministerio de Justicia); acción económica, mercantil o industrial, como la Dirección General de Política económica o la Subsecretaría de Economía exterior y Comercio (en el interior, Ministerios de Hacienda, Industria y Comercio); Dirección General de Relaciones Culturales (en España, Ministerio de Educación Nacional); Tratados sobre trabajo de nacionales en el extranjero o a la inversa, emigración, etc. (en nuestro territorio, Ministerio de Trabajo).

Sin llegar nosotros a afirmar, con MERKL (22), que ese estrechar lazos entre la Administración militar y la exterior responde a una concepción atávica del Estado, de guerra perpetua, sí hay que decir que la guerra, posible y frecuente según la realidad nos muestra, no es, en cambio, ninguna necesidad o exigencia jurídica ni del Estado ni de la Administración; que la paz eterna no solamente es deseable, sino que también es jurídicamente posible y realizable; que de la existencia de diversos Estados nacen jurídicamente las relaciones entre ellos, mientras que de esa pluralidad de Estados no deriva forzosa y jurídicamente la acción militar, y, por último, que parece excesivo eufemismo el hablar de relaciones, aunque se las califique de violentas, de la Administración militar con el extranjero, pues lo cierto es que si llega este caso, y aun antes, no hay propiamente relaciones, sino que se han roto todas las relaciones, hasta el punto de que la sola presencia teórica y potencial de la Administración militar fuera de las fronteras determina la desaparición de la Administración internacional (diplomática) en la que afecta a determinado Estado, a aquel con quien se está en lucha.

(22) *Teoría general del Derecho administrativo*, trad. española, Madrid, 1935, página 304.

En una palabra: que la Administración militar y la Administración exterior o internacional son incompatibles y no dos sectores de una misma rama de la Administración, pues su fin es totalmente diverso: las relaciones (que no pueden ser más que pacíficas) en un caso, y la lucha en el otro.

V.—CARACTERÍSTICAS DE LA ADMINISTRACIÓN.

a) Ha adquirido ya carta de naturaleza en nuestra disciplina la doctrina que divide la actividad de la Administración en tres ramas distintas, aunque no excluyentes, pues todas ellas pueden tender al logro de un mismo fin: me refiero a la actividad de policía, a la actividad de fomento y a los servicios públicos.

Mediante la primera, la Administración consigue un fin determinado valiéndose de restricciones que impone a los administrados, y así, se habla de una policía forestal o de las aguas o de la sanidad, porque mediante tales restricciones espera conseguir y alcanzar los fines que se propone: la repoblación forestal, determinada política hidráulica, la salud pública, etc. No obstante, el ejemplo típico lo constituye la guarda del orden público (conseguido también mediante una serie de restricciones impuestas al administrado), hasta el punto de que en el lenguaje vulgar y jurídico-positivo se reserva el nombre de *policías* tan sólo para los agentes encargados de esta guarda del orden público.

El reverso de la policía lo constituye la actividad de fomento, pues en ésta, lejos de coartar la actividad del administrado, la Administración tiende a promoverla, a estimularla y, en fin, a fomentarla, palabra cuya exactitud ha puesto de relieve recientemente el profesor JORDANA DE POZAS (23). En definitiva, no es más que una especie de estímulo que la Administración pone a la vista y alcance del administrado si éste se determina a realizar cierta actividad que la Administración no ha juzgado discreto exigir o conseguir coactivamente.

Por último, en el servicio público no hay ni coacción (policía) ni estímulo (fomento), sino organización de medios reales y personales,

(23) *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 48. 1949. págs. 41-54.

sujeta a un régimen jurídico especial, mediante el cual la Administración —directamente o valiéndose de un particular— satisface una necesidad pública o colectiva.

Otros autores han descubierto otras facetas de la actividad de la Administración, y así JORDANA DE POZAS (24) nos habla, además, de un sistema «jurídico» para conseguir los fines públicos, en el que los administrados son también constreñidos, como en la policía, pero en su facultad de no hacer nada, es decir, se les obliga a actuar, y VILLAR PALASI (25) alude a una gestión económica como la que implican las nacionalizaciones y que supone una dación al mercado, mas no la prestación de un servicio a los administrados.

La doctrina italiana, aunque muy divergente según los autores, distingue entre el servicio público y la función pública; RACCI (26) nos dirá que es servicio público toda prestación ejercitada según normas de derecho público; DE VALLES (27) exige para que se dé el servicio público que se preste singularmente a instancia del particular; ZANOBINI (28) y MIELE (29) reducen el concepto a aquellas prestaciones que no implican ejercicio de la soberanía y de la capacidad específica y exclusiva del Estado, sino actividad material y técnica, puesta a disposición, al servicio del particular, para ayudarle en el cumplimiento de sus fines.

Semejante es el concepto de CAETANO (30), pues el servicio público, dice, es «una organización permanente cuyo normal funcionamiento se ha de traducir en prestaciones positivas que deben facilitarse a todos los que las soliciten y cumplan las condiciones reglamentarias». Los servicios públicos, agrega el profesor portugués, no pertenecen al grupo de servicios administrativos sin los cuales no se podría concebir la existencia de ciertas personas colectivas; es decir, los servicios públicos no

(24) *Algunas consideraciones sobre los servicios municipales de carácter económico*, en «Rev. de Estudios de la Vida Local», núms. 9 (1943) y 15 (1944).

(25) *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, 1950.

(26) *Servizio pubblico e demanialità*, en «Filanghieri», 1909, pág. 81.

(27) *Servizi pubblici*, en el «Trattato», de ORLANDO, VI, 2.ª parte, págs. 90 y ss.

(28) Op. cit., pág. 15.

(29) *Pubblica funzione e servizio pubblico*, en «Arch. Giuridico», 1933.

(30) *Tratado elemental de Derecho administrativo*, trad. esp. de LÓPEZ RODÓ, Santiago de Compostela, 1947, págs. 174-75.

son servicios esenciales (funciones públicas, en la terminología de ZABONINI y MIELE).

En cambio, para la doctrina francesa, como es bien sabido, toda actividad de la Administración se resuelve en último término en servicios públicos. Así, DUGUIT (el «alocado del S. P.», como le ha llamado un profesor español) concibe la Administración como una gigantesca federación de servicios públicos, y sus huellas han sido fielmente seguidas por sus discípulos JEZE, BONNARD y la generalidad de los autores franceses posteriores.

Los autores españoles, bien sea por la influencia largo tiempo sentida que sobre nuestro Derecho ejerció el francés, bien sea debido a las traducciones de DUGUIT y JEZE, acogen también el mismo concepto amplio de servicio público que preconizaron los franceses.

Con lo indicado, huelga decir que la defensa nacional no es un servicio público para la doctrina italiana ni para CAETANO, pero sí para los autores españoles, puesto que satisface una necesidad pública, se presta de modo permanente y está sometida a un régimen jurídico especial.

Porque, en efecto, hay que distinguir, con nuestros autores, que los servicios públicos pueden prestarse *uti singuli*, individualmente y a petición de cada administrado, y también *uti universi*, en cuyo caso todos los administrados se benefician de rechazo, si bien quien inmediatamente utiliza el servicio es el Estado: y como ejemplo típico se pone precisamente el de la defensa nacional y el servicio de fortificaciones: así, GARCÍA OVIEDO (31), ALVAREZ GENDÍN (32), GASCÓN Y MARIN (33), ROYO VILLANOVA (34), etc.

No hay inconveniente alguno en adherirse a esta *communis opinio* y calificar la defensa nacional como servicio público, entendido éste a la manera amplia como lo hace la doctrina española y siempre que se haga la salvedad, precisamente, del *Servicio militar*.

b) El servicio público de la defensa nacional implica, por parte de los administrados, una prestación personal que, en contraposición a las prestaciones civiles, se denomina servicio militar; pero, a pesar de su nombre, dicho servicio militar nada tiene que ver con los servicios pú-

(31) *Derecho administrativo*, 2.^a ed., Madrid, 1948, pág. 89.

(32) *El servicio público*, Madrid, 1944, pág. 41.

(33) *Tratado de Derecho administrativo*, 10.^a ed., Madrid, 1948, I, pág. 224.

(34) *Op. cit.*, loc. cit.

blicos, pues si bien puede admitirse, como acabamos de iudicar, que el servicio de la defensa nacional es un servicio público, nadie duda, en cambio, de excluir el servicio militar de dicha calificación jurídica, pues son completamente distintos el servicio de defensa nacional prestado por la Administración, del servicio militar prestado a la Administración por los administrados.

Evidentemente, el servicio militar no es un servicio público.

La Administración militar, hemos dicho antes, además del poder, elemento inherente a toda Administración (pues, como ha dicho RUIZ DEL CASTILLO, hace falta el poder para poder servir), tiene un elemento real y un elemento personal; este último es ahora el importante para nosotros y puede ser reclutado según distintos criterios: permanente y eventual, voluntario y obligatorio: cuál sea la forma más conveniente depende de diversas circunstancias, y a la política y ciencia de la Administración corresponde decidir.

En España (art. 7.º del Fuero de los Españoles y art. 1.º de la Ley de Reclutamiento y Reemplazo de 8 de agosto de 1940), como en la generalidad de los países, el servicio militar es obligatorio y consiste en una prestación obligatoria que han de realizar los administrados que se encuentran en determinadas circunstancias físicas de sexo y edad. Ahora bien:

El servicio militar lo presta el administrado; se sirve al Rey, a la Patria, al Estado, a la Administración, y bajo régimen de obligatoriedad.

Y esto pone de manifiesto que el servicio militar es lo opuesto al servicio público; en primer lugar, porque el servicio público lo presta siempre la Administración, personalmente o por medio de alguien que lo hace en su nombre (concesionario); en segundo lugar, porque el servicio público se presta al administrado, se presta al público; y, por último, porque este público intuye, con razón, que mal puede hablarse de un servicio hecho a él cuando es él quien obligatoriamente ha de hacerlo a la Administración. Nuestro MELLADO decía que el servicio militar era una limitación al derecho a la vida. El verdadero servicio público no conoce los usuarios obligatorios y se presta al primero que llega, o, como dijo gráficamente JORDANA DE POZAS, se presta en régimen «de cola».

Debe distinguirse, por tanto: el servicio de defensa nacional, servicio público prestado regular y continuamente por la Administración a

ios administrados *uti universi*, y el servicio militar que éstos, coactivamente, prestan a aquélla.

c) Otro punto de interés es el relativo al contraste que existe entre el servicio militar y el llamado por los ingleses *civil service* o servicio prestado por los funcionarios civiles de la Administración.

Este contraste habrá que verlo, en primer lugar, frente al voluntariado de Ejército; en segundo lugar, frente al servicio militar obligatorio.

La defensa nacional requiere, por esencia, como señala MERKL, una máquina humana, elemento personal que tiene una composición jurídicamente homogénea en el servicio militar voluntario, en cuyo caso, tanto quien dedica su vida a la defensa nacional y hace de ello una profesión, como quien colabora voluntariamente a esta defensa sin consagrarse de por vida a ella, son, y así lo proclama la doctrina, funcionarios. El voluntario, dice GARCÍA OVIEDO (35), tiene con la Administración una relación de servicio y es un agente público con iguales consideraciones jurídicas y administrativas que éste, relación que denomina RUIZ DEL CASTILLO (36) de carácter contractualista (37).

Pero la diferencia entre la Administración militar y la civil salta a la vista en el supuesto del servicio militar obligatorio, pues en éste la Administración militar no sólo está servida por funcionarios (los militares, unos 65.000 según el *rapport* antes citado de JORDANA DE POZAS), sino también por otros sujetos no administradores, sino administrados, quienes colaboran con el servicio de defensa nacional, pero coactivamente, coacción que sólo en régimen de excepción (la llamada prestación personal y la de transportes) conoce la Administración civil. Estos colaboradores sólo se diferencian de los funcionarios por la nota, bien que muy decisiva, de la obligatoriedad de su prestación personal.

d) También en cuanto al modo de su actuación se diferencia la

(35) *Derecho administrativo*, 1948, pág. 778.

(36) *Op. cit.*, loc. cit.

(37) Según la ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército de 8 de agosto de 1940 (art. 10), los voluntarios convienen con la Administración un contrato que no pueden rescindir hasta pasar y transcurrir el tiempo pactado; no se olvide, sin embargo, que en nuestro sistema no hay verdaderos voluntarios, por la sencilla razón de que la prestación del servicio militar es una prestación obligatoria; el voluntario lo único que decide libremente es el comienzo adelantado de la prestación y quizá el lugar en que se realiza ésta.

Administración militar de la civil, si no esencialmente, al menos cuantitativamente. Entendemos nosotros, con LÓPEZ RODÓ (38), que la potestad discrecional no implica, como decía MERKL, la ejecución de una norma superior, o al menos, no sólo esto ni de una manera principal, sino un criterio de valoración, de oportunidad, en suma, de discreción, que nadie como la Administración, perito del interés público, puede tener.

Sometida la Administración a la ley, quedan o quedarán (siempre) zonas más o menos extensas adonde no llega el legislador o llega con dificultad, zonas en las cuales la Administración actúa discrecionalmente.

Pues bien, esta discrecionalidad, que de hecho es consubstancial a la idea misma de Administración, está mucho más acentuada en la militar que en la civil: parece como si ésta hubiera sido más dócil y se haya ido acercando cada vez más a la jurisdicción. En cambio, la Administración militar es la auténtica plaza fuerte del antiguo Régimen, es el «reducto irreductible» donde la discrecionalidad continúa teniendo un gran campo de aplicación. De ello se hace eco nuestro Reglamento de lo Contencioso-administrativo de 22 de junio de 1894, es decir, en su artículo 4.º, que «corresponde señaladamente a la potestad discrecional las cuestiones que... afecten a la organización del Ejército...»

Las leyes militares se limitan a trazar las líneas generales de la organización militar, del reclutamiento y poco más, pero la actuación diaria de los órganos militares hace precisa una gran libertad de movimientos y una constante supeditación a las necesidades del servicio.

Incluso cuando la Administración militar se autolimita al dictar su reglamento, lo hace también necesariamente con una gran libertad de movimientos, y casi más bien parece que reglamenta la actividad de los administrados (sus colaboradores forzosos) que la suya propia: un ejemplo típico podría ser la materia de reclutamiento, a la que la Ley dedica 17 artículos, por 437, y muy extensos, de que consta el correspondiente reglamento.

Esta discrecionalidad se explica porque lo militar constituye uno de los campos de Derecho donde más relevancia alcanza lo técnico; en parte, porque el propio fin perseguido por esta Administración, la defensa del Estado, necesita a veces apelar a la fuerza física y material, y mejor

(38) Artículo citado.

es que esta fuerza esté regulada sólo en sus líneas esenciales y que éstas se observen y no que estuviesen reguladas minuciosamente y necesariamente hubiera de prescindirse de tales minucias, y por último, por consideraciones derivadas de otras características de la Administración militar, especialmente la que exponemos a continuación.

e) Característica importante lo es también el que los Ejércitos son «Institutos Armados». De ello deriva una consecuencia notable: que la jerarquía lo es en toda la extensión de la palabra. Claro que la jerarquía es principio orgánico que conviene a toda la Administración, pero en la militar se vive con mucho mayor rigor. La desobediencia o insubordinación de un jefe de Negociado hacia el jefe de su Sección quizá suponga una pequeña perturbación en el servicio, pero la insubordinación de un funcionario militar hacia su superior puede revestir gravedad insospechada: el inferior que desobedece tiene armas y le están sujetos hombres que también las tienen. Por ello los procedimientos sancionadores son rápidos, a veces sumarisimos, con los trámites indispensables para observar los principios de validez universal, como el de audiencia del interesado. Las infracciones en la relación de servicios civiles rara vez desembocan en el Código penal; pero quien vulnera la relación de servicio militar pasa muy pronto de expedientado a procesado. También parece sintomático que los mismos procedimientos sancionadores militares de tipo gubernativo y no judicial estén regulados en el propio Código de Justicia militar.

f) Consecuencia también de lo que se viene exponiendo es que los militares no gozan de la inamovilidad en la misma proporción y sentido que los funcionarios civiles. En efecto, los funcionarios civiles inamovibles lo son no sólo en cuanto tienen un derecho al cargo de que no pueden ser privados sin justa causa, sino también en cuanto tienen un derecho subjetivo a prestar el servicio en determinado lugar, es decir, gozan de inamovilidad absoluta, si bien hoy está transitoriamente en suspenso por la Ley de 2 de marzo de 1939.

En cambio, los funcionarios militares, aunque gozan de la inamovilidad en cuanto al cargo —empleo—, no la tienen rigurosamente en cuanto al lugar de su ejercicio. Según dice el artículo 30 de la Ley constitutiva del Ejército de 1878, «el empleo militar es una propiedad... (pero)... el destino, comisión y cargo es de la libre voluntad del Rey, a propuesta de su Ministro responsable».

g) Por último, de la naturaleza medial de la Administración militar deriva otra de sus diferencias respecto de la civil: puesto que ésta (salvo la Administración financiera) persigue los fines del Estado, es lógico que su actividad *stricto sensu* no conozca interrupción alguna: la Administración postal, la cultural, la de beneficencia, etc., prestan sus servicios *sin descanso*: cualquier interrupción supondría que el fin correspondiente quedara sin alcanzar.

Por el contrario, para que la Administración militar cumpla con el cometido que le impone el Estado, basta, diríamos, que esté en actitud expectante. La actuación propia de la Administración militar es conservar la paz y restablecerla cuando falte: *Si vis pacem, para bellum*. Ahora bien: mientras la guerra o el desorden grave no se producen, la Administración militar no actúa propiamente, sino que está como preparándose, adiestrándose: es una perpetua centinela que no conoce relevo, pero que sólo llegará a hacer fuego en los casos en que sea imprescindible. La Administración civil despliega de continuo toda la actividad de que es capaz; la Administración militar es de ordinario un simple catalizador, bastándole, para conseguir el fin que se propone, con hacer notar su presencia, sin necesidad de una actuación ininterrumpida. Es simple arco tenso, muelle comprimido en manos del Estado y que éste hará saltar en el momento oportuno (inevitable). Sólo en el caso de guerra cobra todo su formidable sentido la Administración militar.

* * *

Con todo lo dicho han quedado dibujados los límites que separan la Administración civil de la militar, y hemos podido formarnos una idea del verdadero concepto y características de ésta.

Para terminar, sólo hacer la consideración de que, precisamente porque la Administración militar no persigue un fin del Estado, sino que es un medio de éste, y porque de ordinario está acumulando energías y reservas, sin el desgaste continuo inherente a la Administración civil, es la llamada, cuando ésta se resquebraja, a salvar todo cuanto parecía perdido, porque, por imperio de su propia ley fundamental, el Ejército, como ha dicho MARTÍN DOMÍNGUEZ, no ha venido a derogar la ley, sino a darle su cumplimiento.

JURISPRUDENCIA

