

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

n^o 8
JULIO
DICIEMBRE.

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA
SECCIÓN DE DERECHO MILITAR

CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTÍFICAS

**PUBLICACION DE LA SECCION DE DERECHO MILITAR
DEL INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA**

DIRECTOR

EDUARDO DE NÓ LOUIS

SECRETARIO

MANUEL JIMÉNEZ DE PARGA

Sección de Derecho militar:

Eduardo de Nó Louis

José M.^a Rodríguez Devesa

Antonio Guerrero Burgos

Manuel Jiménez de Parga

Emilio Rodríguez Román

Se ruega dirigir la correspondencia al INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA
Sección de Derecho militar, calle Duque de Medinaceli, 4, 4.^o, Madrid.

* * *

La Revista dará cuenta de los libros que se envíen —dos ejemplares— a su
Redacción.

Precio de suscripción (dos números al año):

ESPAÑA..... 150 pesetas
EXTRANJERO..... 200 >

Precio de un número suelto:

ESPAÑA..... 80 pesetas.
EXTRANJERO..... 110 >

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR

NUMERO

8



MADRID
JULIO-DICIEMBRE

1 9 5 9

ES PROPIEDAD

Queda hecho el depósito
y la inscripción en el Re-
gistro que marca la Ley

Reservados todos los derechos.

Deposito legal.—M. 523.—1958.

GRÁFICAS GONZÁLEZ.—Miguel Servet, 15.—Teléf. 27 07 10.—Madrid.

S U M A R I O

	<u>Páginas</u>
ESTUDIOS	
Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones. Primera parte: Disposiciones de fondo, por GRATIEN GARDON	91
Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones. Segunda parte: El Procedimiento, por JOHN GILISSEN	25
Problemas de Derecho Penal planteados por la Cooperación Militar Internacional (I), por VITTORIO VEUTRO	43
Problemas de Derecho Penal planteados por la Cooperación Militar Internacional (II), por OSOFRIO JANNUZZI	63
NOTAS	
Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y límite respectivo de las dos acciones. Exposición sobre el Derecho Penal Militar del Brasil, por MARIO TIBÚRCIO GOMES CARNEIRO.	75
El Derecho Penal Militar del Gran Ducado de Luxemburgo, por F. GOERENS	109
El Derecho Penal Militar y el Código de Justicia Militar de Chile, por SERGIO M. ROMÁN VIDAL	115
RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS	
"I Congresso de Direito penal militar em comemoração ao sesqui-centenario do Superior Tribunal Militar" (8 a 15 junho de 1958).	127
"II Congresso Internazionale di Diritto penale militare indetto da "Gazzettino Forense" di Padova in collaborazione con gli Ordini Forensi di Verona"	131
"Estudos de Direito Penal Militar", de Mario Tibúrcio Gomes Carneiro	132

	<u>Páginas</u>
“Grundriss des Wehrstrafrecht”, de Herbert Arndt	134
“La protección a la población civil en tiempo de guerra”, de José Antonio Pastor Ridruejo	136
“Les formes nouvelles de la guerre”, de Luis García Arias	137
“La guerra revolucionaria”, del General Díaz de Villegas	138
“Die Christen und die Atomwaffen”, de Helmut Gollwitzer	139
“Aspectos jurídicos del empleo de armas nucleares y de la utilización del espacio ultraterrestre”, de José María Triás de Bes y José María de Yanguas Messia	140
“Annuaire de l'A. A. A. 1958”	141
“Annuaire de l'A. A. A. 1959”	142
“La Guerra de la Independencia Española y los sitios de Zaragoza”	142
“La moderna Penología (Represión y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)”, de Eugenio Cuello Calón	144
“Widerstandrecht und Obrigkeit. Gedanken anlässlich des Falles Schlütter”, de Julius Von Gierke	147
“Covarrubias penalista”, de Julián Pereda, S. J.	148
“Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano”	151
“La protección penal del cheque. Libramiento de cheques sin provisión.—Retiro de provisión. Bloqueo del cheque, etc.—Falsificación de cheques. Derecho español y extranjero”, de Eugenio Cuello Calón	155
“El desarrollo penal del Fuero de los españoles”, de Domingo Teruel Carralero	155
“La tutela penal de la vida humana”, de Adolfo de Miguel Garcilópez	155
INFORMACION	157
LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA	
I.—LEGISLACIÓN:	
A) El Auditor ante la nueva Legislación del Registro Civil	167
B) Diligencias urgentes y primeras diligencias	174
C) Comisión Mixta de Competencias	177
II.—JURISPRUDENCIA:	
A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por José M. ^a Rodríguez Devesa	179

	Páginas
B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias.	252
C) Jurisprudencia de la Sala segunda del Tribunal Supremo, por IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y DE ELÍZAGA ...	252
D) Jurisprudencia contencioso-administrativa, por OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA	261
E) Jurisprudencia de agravios, por EUGENIO MIÑÓN FERREIRO	276

RELACIONES ENTRE ACCION PENAL Y ACCION DISCIPLINARIA Y LIMITE RESPECTIVO DE LAS DOS ACCIONES (*)

Primera parte: DISPOSICIONES DE FONDO

por Gratien GARDON

Magistrado militar de primera clase
del Cuerpo Autónomo de la Justicia
Militar francesa

Para aquellos que hace unos días pudieran todavía dudar de la importancia y amplitud de las cuestiones planteadas por el estudio de este tema principal, habrá resultado altamente significativo el escuchar los discursos inaugurales que nos fueron ofrecidos anteayer por la mañana, así como el examen de conjunto que en el orden doctrinal realizó ayer en forma auténticamente magistral el Ministro señor GOMES CARNEIRO.

"Cuestión de importancia crucial", subrayó el señor Ministro

(*) Dedicamos en este número preferente atención al Congreso Internacional que en el pasado mes de mayo celebró en Bruselas la *Société Internationale de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, del que dimos noticia en el número 7 de esta REVISTA (página 160), publicando igualmente entonces (páginas 73 y siguientes) el texto de la ponencia referente al Derecho militar español. Por el excepcional interés que para el Derecho militar revisten los temas tratados en el Congreso, brindamos ahora a nuestros lectores, en esta Sección, las cuatro ponencias generales, resultado del estudio de las diversas ponencias y aportaciones nacionales, así como en la Sección de Notas, una de dichas ponencias nacionales: la correspondiente al Brasil, único país de la América del Sur representado en el Congreso, todas ellas traducidas por el Coronel Auditor EDUARDO DE NÓ LOUIS. (N. DE LA R.)

de Justicia al inaugurar nuestros trabajos. Una afirmación tan autorizada podría dispensarme de insistir sobre este punto; pero, sin embargo, creo no resultarán inútiles algunas explicaciones sobre los motivos de nuestra elección.

No puedo dejar de evocar, en efecto, la existencia de trabajos anteriores, en los que participaron ya, hace algunos años, varios de los congresistas hoy presentes en este salón. Fué en el cuadro de los problemas entonces inmediatos, que era preciso resolver sin tardanza —bajo pena de que el tratado que instituyó la Comunidad Europea de Defensa no fuese viable en el orden técnico— donde se manifestaron el interés, pero también las dificultades, del tema propuesto para nuestro primer Congreso.

No sólo la eficacia o la acción, sino la vida más elemental de unidades pertenecientes a nacionalidades diferentes, y que habían de ser integradas, es decir, obedecer a la impulsión de jefes que podían tomarse fuera del ámbito nacional, jefes asistidos a su vez por Estados Mayores, donde se codearían todas las nacionalidades de los Estados Partes en el tratado, ¿podrían concebirse sin la existencia de un reglamento de disciplina que les fuera *común*?

Pues bien, la elaboración de este reglamento común, por las numerosas y fecundas discusiones a que dió lugar, por los estudios que motivó y por las nuevas incidencias que continuamente surgían, condujo rápidamente a los que en su redacción trabajaban a descubrir en esta zona del Derecho comparado los inmensos recursos latentes que en el campo de la investigación existían para ofrecer todo un plan de acercamientos y confrontas que permitieran conocer mejor el alcance y sentido profundo de las reglas nacionales que muchas veces, por resultarnos demasiado familiares, nos limitamos a aceptar sin tratar de saber el por qué o la razón de su existencia.

Fué, por lo tanto, al tratar de obtener, para una solución concreta indispensable en un momento dado a varios Estados, los principios y las reglas que habían de insertarse en un reglamento de disciplina común a varios Ejércitos, cuando los expertos se encontraron, hace algunos años, con este espinoso problema del ámbito de la acción penal, del de la acción disciplinaria y de las relaciones que entre ellas pudieran existir.

¿Cuántas discusiones hubieran podido ser evitadas o simplificadas si en aquella época se hubiera encontrado el terreno ya des-

pejado en el orden científico? Este es el valor del regalo, de la donación que podemos hacer hoy, como nuestro eminente Secretario general, el profesor LEAUTE, ha precisado, para el caso de que el problema pudiera volver a plantearse.

I

LA DISCIPLINA: CARACTERÍSTICA ESENCIAL DE LOS EJÉRCITOS

Que el Ejército sea una sociedad de un carácter muy particular es una noción común a todas las naciones modernas y que nos resulta absolutamente familiar.

Su existencia y su funcionamiento descansan en la práctica de un cierto número de virtudes: obediencia, abnegación, sacrificio de la voluntad e incluso de la vida. La misión que le corresponde impone a los que forman parte de él actividades especiales al margen de las resultantes de la vida ordinaria de todos los ciudadanos, y la naturaleza de estas actividades obliga a una subordinación jerárquica muy estricta y a una disciplina absoluta.

En cualquiera de nuestros países, el Ejército se nos presenta como una sociedad fuertemente jerarquizada y en la que todos los elementos, sea cual fuere su número, su importancia o la diversidad de técnicas, concurren para la realización de un mismo fin: *la ejecución de la voluntad del jefe*, que se manifiesta por órdenes a las que la jerarquía asegura su exacta transmisión y ejecución, según reglas estrictas y precisas, cuyo conjunto forma la *disciplina* en su más amplia acepción.

¿Puede concebirse la existencia de un Ejército bajo otra forma que no sea la tradicional, tal como ha sido modelada por una experiencia secular? ¿Es posible imaginar la existencia de una sociedad capacitada para actuar en las condiciones de cohesión, de rapidez y de eficacia requeridas por su misión aflojando los lazos jerárquicos, permitiendo la discusión de las órdenes dadas o transmitidas, reduciendo, en fin, la disciplina a una difusa obligación general de subordinación?

La ponencia italiana responde adecuadamente a esta pregunta: "Una organización jerárquica rigurosa en la que las posiciones de autoridad y de subordinación están enérgicamente protegidas".

das en todos los grados de la jerarquía y en todos los momentos de la vida y de la actividad de sus miembros, es una exigencia de la organización militar que *no puede ser suprimida*. Aunque se hable hoy de la "democratización" de las fuerzas armadas, es lo cierto que las formas que ordinariamente se consideran como propias de la democracia, tales como la descentralización, el autogobierno, los cargos electivos, el control de los subordinados sobre los actos de las autoridades superiores..., *son decididamente incompatibles* con el organismo militar y cada vez que se ha caído en la tentación de introducirlas han producido efectos positivamente destructores."

Admitimos, por lo tanto, como *evidente* que la rápida y estricta ejecución por el subordinado de las órdenes recibidas de la autoridad superior condiciona el perfecto equilibrio de todo el edificio. No dudaríamos incluso en afirmar que esta condición ha de ser siempre cumplida de la manera más perfecta posible, so pena de reducir al Ejército a una masa informe, inoperante e incluso inutilizable.

Y porque *mandar es prever*, la jerarquía se ve obligada a encerrar a cada uno de sus miembros en una estrecha red de derechos, obligaciones y deberes recíprocos, conjunto de reglas que se imponen a los militares de todos los grados en el servicio y fuera de él y que están destinadas a imprimirles los reflejos de la obediencia, haciendo de esta virtud costumbre esencial de su vida. Ciertamente algunas ponencias (Bélgica, por ejemplo) destacan más acusadamente la importancia fundamental de esta noción de obediencia, pero todas se refieren a un conjunto de reglas y *deberes* que tienen su asiento en leyes, códigos o reglamentos. Y así, para imponer una obediencia tan rigurosa, esta sumisión de todos los instantes, la ley que en un amplio sentido tiene en la sociedad ordinaria como última misión la de proteger la libertad del ciudadano, aporta aquí su concurso y su apoyo a la jerarquía. Su objeto ya no es proteger las libertades, sino obligar a la obediencia.

En el art. 16 del Reglamento de disciplina general del Ejército francés podemos leer: "Dimanando de la ley la autoridad de la que todo jefe está investido, la obediencia que le es debida por sus subordinados no es más que un acto de sumisión a la ley, expresión de la voluntad nacional." Y también encontramos en

el mismo Reglamento esta otra fórmula: "El superior es el agente de ejecución de la ley."

Pero la jerarquía es humana y, por lo tanto, falible; cualquiera que sea el cuidado e interés concedido a la educación militar del joven recluta hay que contar con que existirán desviaciones de conducta que habrá que encauzar, negligencias que será preciso combatir, olvidos del deber que reprimir.

En todos los Derechos confrontados los poderes públicos otorgan en su consecuencia al jefe los medios jurídicos que necesita. *En todos los Derechos* las faltas a la disciplina, en su más amplio sentido, son objeto de sanciones. He aquí un punto común.

¿Cuál es la naturaleza y la extensión de estas sanciones?

¿Quién tiene poder para infligirlas y con arreglo a qué procedimiento?

Estas son cuestiones, esenciales sin duda alguna, pero acerca de las cuales los Derechos confrontados parecen admitir —según se desprende de las ponencias presentadas— soluciones muy divergentes a veces.

II

DE LAS INFRACCIONES DE LA DISCIPLINA

Infracciones penales. Infracciones disciplinarias

Antes de aventurarme más profundamente en el contenido de mi exposición he de presentar una observación referente a nuestra terminología. Todos sabemos la importancia que revisten los términos empleados y la utilidad para el progreso de una discusión de conceder a dichos términos un idéntico contenido.

El tema se refiere expresamente *al problema de las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria y límites respectivos de las dos acciones*. Temo que este enunciado, que ha sido objeto de reservas y de crítica doctrinal por el ponente italiano, se haya prestado a confusión y haya originado cierta vacilación sobre el contenido exacto del tema.

No cabe duda que la palabra *acción* parece evocar más bien la puesta en marcha, el ejercicio de un poder, que este poder en

sí mismo. En la medida en que hace pensar especialmente en el procedimiento es, a mi juicio, demasiado restrictiva.

La ponencia alemana opone *poder disciplinario* y *procedimiento penal*. Cada uno, en su terreno, estos dos términos me parecen igualmente restrictivos con exceso.

Por qué no hablar simplemente de *Derecho penal* (se sobreentiende militar) y de *Derecho disciplinario*, puesto que la palabra Derecho abarca el conjunto de reglas que establecen, de una parte, los deberes del soldado y castigan el incumplimiento de estos deberes, que, por otra parte, establecen, a su vez, las relaciones en el cuadro de la jerarquía.

Hablando de Derecho, Derecho penal militar o Derecho disciplinario, punto de vista seguido, a mi parecer, por las ponencias de España y el Brasil, abarcamos a la vez las disposiciones sustantivas y las de procedimiento, y hecha esta observación queda bien entendido que mi intervención se limita al examen de las relaciones del Derecho penal y del Derecho disciplinario en sus disposiciones sustantivas o de fondo. Todo lo que se refiere al aspecto procesal, sea en el marco penal o en el disciplinario, corresponde a la ponencia general que ha de presentar el profesor señor GILISSEN.

Quedamos, pues, en que los militares están sometidos a un conjunto de reglas. Todo incumplimiento de estas reglas es objeto de sanción, y a su vez las sanciones están reglamentadas y obedecen a principios de justicia y de equidad. Esto, como vimos, es un *punto común* en el que coinciden todos nuestros derechos.

Pero inmediatamente se plantea una cuestión muy importante: ¿Cuál es la *naturaleza jurídica* de este incumplimiento? ¿Es disciplinario o penal o puede reunir, a la vez, las dos características? Dicho en otros términos, ¿el Derecho disciplinario debe ser considerado como una parte del Derecho penal abandonada dentro de límites bien definidos al arbitrio de la autoridad jerárquica? El Derecho penal, por el contrario, ¿constituye, tal como hacía alusión el profesor señor LEAUTE, por una jurisdiccionalización progresiva de la acción disciplinaria, un enclave, una conquista sobre el poder jerárquico cuyo progreso, desde el punto de vista del interés de los justiciables, consistiría en reducir cada vez más su carácter discrecional?

En el orden del desarrollo histórico resulta evidente que la evolución se presenta, como lo destacaba el profesor LEAUTE, en el sentido de una *jurisdiccionalización progresiva* del poder disciplinario. El poder coercitivo puesto a disposición del Jefe Militar ha cesado de ejercerse en forma discrecional y arbitraria. En los casos más graves utiliza ahora la vía judicial, es decir, se rodea de todas las garantías poco a poco conquistadas en favor de los acusados y referentes, de una parte, a la certeza del Derecho (*nullum crimen...*), y de otra, al procedimiento mismo. Pero este nuevo camino no debe ilusionar en exceso, porque la evolución no está igualmente avanzada en todas partes. En ciertos Derechos (y pienso en mi país) el principio y fin de esta vía judicial, es decir, la iniciativa para la instrucción y la ejecución del fallo se mantienen todavía como una manifestación exclusiva de las prerrogativas del Jefe.

En la vía disciplinaria propiamente dicha el poder de coerción ha sido despojado también de todo carácter absoluto por la intervención obligatoria de órganos consultivos, consejos de encuesta, consejos de disciplina, herederos del papel desempeñado en otros tiempos por los íntimos del Jefe. Así, en Francia, el *Conseil d'Enquête*, instituido en principio solamente para los oficiales (1834) se hizo extensivo a los suboficiales y soldados por disposiciones posteriores (1925).

Pero cualquiera que sea el camino por el que se manifieste el poder de coerción no por ello cambia de naturaleza. En una perspectiva histórica aparece más bien "disciplinado" a su vez que desmembrado.

Si, por el contrario, lo consideramos desde un punto de vista moderno de construcción dogmática, la infracción disciplinaria se nos aparecerá siempre con la misma naturaleza, pero entonces esta naturaleza *es penal*.

Tal oposición no debe sorprender. La infracción penal también fué en sus orígenes un asunto privado que ha perdido este carácter en el transcurso del tiempo; la justicia penal ya no corresponde ejercerla a la víctima, sino que el Estado la tomó a su cargo y se administra desde hace muchos años en nombre de la sociedad. La materia de que ahora nos ocupamos, como no han dejado de recordarlo algunos de los oradores, ha sido hasta ahora objeto de abandono y se ha descuidado su estudio. Desarrollos

doctrinales excesivamente aislados no ejercieron ninguna influencia sobre las *soluciones instintivas*, según frase del profesor LEAUTE. Esto nos permite el comprender, en cierta medida, la confusión y a veces la incoherencia que podemos comprobar al examinar nuestros sistemas positivos. Pero como indicó el Ministro GOMES CARNEIRO, nuestros trabajos señalan el principio de una renovación del Derecho penal militar, y el simple enunciado del tema elegido equivale para nuestro ilustre colega de la América latina al reconocimiento del carácter penal del Derecho disciplinario militar.

¿Qué es lo que podemos constatar al examinar los Derechos positivos?

A esta cuestión de la naturaleza jurídica de la infracción disciplinaria, los Derechos anglosajones, de una parte —Inglaterra, Canadá, U. S. A.—, y, por otra, el Brasil y España, nos traen una respuesta muy precisa. Todas las infracciones a la regla, cualquiera que sea su gravedad, *tienen la misma naturaleza*, y esta naturaleza *es penal*. Así, la ley británica prevé una pena máxima de dos años de prisión o una pena menor, a elección del Tribunal, contra toda persona sometida a la ley militar culpable de un acto, de una conducta o de una negligencia que infliere perjuicio al buen orden y a la disciplina militar (sección 69 de la *Army Act*). La misma ley británica prevé una pena de igual duración contra toda persona sujeta a la ley militar “que infringe o deja de cumplir una orden o una prescripción que conoce o que razonablemente se supone conocida” (art. 36 de la *Army Act*).

En el Derecho de los Estados Unidos de América el art. 15 del Código uniforme de Justicia Militar encomienda al Oficial Comandante, sin la intervención del Consejo de Guerra, a no ser que el inculpado reclame ser juzgado, la represión de las infracciones menores.

Si he comprendido bien las explicaciones del Ministro señor GOMES CARNEIRO, el Brasil considera igualmente que todas las infracciones a la regla tienen carácter penal. Ha tenido buen cuidado de precisarnos que en su país, al igual que en los Derechos anglosajones, el Derecho disciplinario es ignorado.

¿Quizá aparece una distinción en los Derechos del viejo Continente?

El ponente español, Teniente Coronel RODRÍGUEZ DE VIEVA, ha

puesto claramente en evidencia la naturaleza penal de las infracciones disciplinarias. Esta es también la solución francesa, ya que el Código de Justicia Militar contiene una disposición (artículo 258) por la que se confiere a la autoridad jerárquica la represión de las infracciones relativas a la disciplina, así como la represión de las injurias entre militares cuando la sanción correspondiente no sobrepase los sesenta días de privación de libertad.

Como de forma excelente destacó el ponente español, el hecho de que un superior jerárquico pueda disponer de un poder coercitivo tan extenso no debe inducir a confusión sobre la naturaleza de la falta sancionada. Existen infracciones penales *no jurisdiccionalizadas*. Para las faltas de mínima gravedad, de hecho las más frecuentes, se puede renunciar sin inconveniente al máximo de garantías ofrecido por el procedimiento judicial en provecho de una rápida intervención favorable a la intimidación y a la ejemplaridad.

Ciertos ponentes, sin embargo, parecen admitir una diferencia de naturaleza entre la infracción penal y la infracción disciplinaria.

Así, para el ponente belga, cuando la infracción *por su gravedad* pueda ser considerada como atentatoria al orden público del Estado, constituye una infracción a la ley penal. Es únicamente en los demás casos cuando nos encontraremos ante una transgresión disciplinaria.

Tal parece ser también la solución del Derecho italiano, cuya ponencia contiene sobre esta cuestión un análisis profundo: "La subordinación jerárquica —leemos— no es un simple accidente, sino propiamente un *elemento esencial de la organización*. De ello se sigue que ciertas actividades que tienden a infringir el poder jerárquico constituyen verdaderas *lesiones* del organismo militar en cuanto éste es parte integrante de la estructura compleja del Estado... Por el contrario, las infracciones que no afectan al reglamento en su calidad de unidad institucional, sino que son más bien manifestaciones episódicas debidas más que a la voluntad de infringir la autoridad o de abusar de ella a la inexperiencia, la negligencia, la imprudencia o la ignorancia, continúan en el campo de las infracciones *puramente interiores de las instituciones militares*, y por ello dependen solamente de la vía disciplinaria."

Hay que hacer observar, sin embargo, que a despecho de estas oposiciones teóricas entre España-Francia e Italia-Bélgica sobre la naturaleza de la infracción disciplinaria, el hecho de que en todos estos países la autoridad jerárquica se encuentre habilitada para pronunciar sanciones *muy diferentes por su carácter de las sanciones penales*, milita en favor de una diferenciación por su naturaleza entre infracciones penales y las infracciones disciplinarias, justificada por la práctica, si no fundamentada en los principios. Otras ponencias no han tocado esta cuestión de la naturaleza de las infracciones a la disciplina; quizás en la discusión general, puedan obtenerse algunas precisiones.

En cualquier caso, sea el que sea el fundamento jurídico de la distinción, hay que constatar que en oposición a los Derechos anglosajones, nuestros Derechos continentales, dentro de límites ciertamente muy variables, reservan a la apreciación de la autoridad jerárquica ciertas infracciones a la disciplina, y de ahí esta distinción, que es, por lo menos, una distinción de hecho, si repugna encontrarla otro fundamento, entre infracciones penales e infracciones disciplinarias.

Se opone entonces a la *infracción penal* expresamente definida como tal por la ley en virtud de la regla "*Nullum crimen sine lege*" la transgresión disciplinaria no definida ni determinada previamente, y para la determinación de la cual se concede a la autoridad jerárquica un amplio poder de apreciación. Si exceptuamos España, que se preocupa de subordinar las faltas disciplinarias al principio de legalidad, los diversos códigos, leyes o reglamentos de disciplina se limitan las más de las veces a una definición general de la transgresión disciplinaria.

Se entiende por tal "la violación de los deberes, del servicio y de la disciplina" (Italia, Código Penal Militar para tiempo de paz): "todo acto o comportamiento del militar no comprendido en el Código Penal Militar, Código Penal o cualquiera otra ley penal, pero que sea contrario a una orden del servicio o a cualquier reglamento del servicio o incompatible con la disciplina o el orden militar" (Países Bajos, Ley de disciplina); "todas las acciones o gestiones incompatibles con el mantenimiento de la disciplina militar" (Bélgica, Reglamento de disciplina); "el militar comete una infracción del servicio cuando falta culpablemente

te a sus deberes" (Alemania Federal, Código de disciplina militar). Si, además, encontramos en algunos de estos textos una enumeración más o menos detallada de hechos que constituyen faltas disciplinarias (Países Bajos y Francia, especialmente), estas enumeraciones no son limitativas y más bien clasifican las faltas que definen las infracciones.

III

DE LAS SANCIONES

¿Cómo se sancionan las infracciones a la disciplina? ¿Existe una diferencia de *naturaleza* entre las sanciones pronunciadas por el Tribunal y las infligidas por un superior jerárquico? Aquí también la cuestión es importante, porque según la respuesta que se dé, las sanciones jerárquicas obedecerán o no a los principios generales que rigen para las penas.

En los Derechos anglosajones la respuesta no es dudosa. Todas las sanciones son penas en el sentido jurídico de la palabra, incluso cuando emanan del superior jerárquico, pues éste las pronuncia como *juez* y no como tal superior jerárquico; la opción dada al culpable en estos Derechos para recurrir al Tribunal constituye en definitiva un verdadero recurso.

La ponencia presentada por los Estados Unidos se expresa así: "Exceptuando lo dispuesto para la disciplina de los Cadetes, nuestra ley no reconoce castigos militares para el Ejército, sean físicos, sean privaciones de sueldo u otros, diferentes de los impuestos por un veredicto después de juicio y de condena." "No hay nada más claramente afirmado por las autoridades que el que las penas no pueden ser infligidas según la voluntad de los Comandantes, que no pueden ser aplicadas más que en ejecución de condenas firmes de Tribunales militares." "La única disciplina de naturaleza punitiva, en ausencia de juicio y de condena, es la pérdida de los privilegios que el Comandante puede, a su arbitrio, acordar o levantar." Este es el caso de los permisos, licencias, etc.

En los Derechos continentales, por el contrario, se pueden distinguir dos tipos de sanciones con caracteres bien definidos: de

una parte, las sanciones penales, y de otra, las sanciones disciplinarias.

Estamos todos de acuerdo sobre la diferencia fundamental entre las *penas*, de la competencia exclusiva del poder judicial, y las *sanciones disciplinarias*, de la competencia del ejecutivo. En todos los Derechos confrontados las infracciones especiales militares son castigadas —aparte de las penas de Derecho común— con penas propias del Derecho penal militar, impuestas sea como principales sea como accesorias.

Bajo las denominaciones más diversas, con efectos mayores o menores, todas tienden :

— A despojar de sus prerrogativas al superior jerárquico que por una infracción grave de la disciplina, toda vez que ha sido penalmente sancionado, ha perdido la autoridad moral y el ascendiente tan necesario a aquellos que tienen como primer deber el de dar *siempre* ejemplo.

— A eliminar del Ejército a aquellos para los que se estima que la infracción o infracciones cometidas, a veces reiteradas, son de tal naturaleza que implican, por parte del Ejército cuyas misiones exigen el mantenimiento en todos sus miembros de un elevado sentido del honor y del deber, una enérgica repulsa.

Por ello, todos los Derechos confrontados conocen, bajo una forma u otra, la destitución, la degradación, la pérdida de empleo y la exclusión o la expulsión de las filas del Ejército.

Sería también interesante, incluso referidas a las penas de Derecho común impuestas por una infracción a la disciplina, saber si llevan consigo en todos los Derechos las mismas consecuencias y si estas consecuencias son también iguales que en los supuestos de condena por infracción del Derecho común, especialmente en materia de reincidencia, de remisión condicional y de ejecución. Es de lamentar que estos problemas no hayan sido abordados en las ponencias nacionales y sería muy de desear que fuesen objeto de debate durante la discusión general.

Igualmente, y con referencia a las *sanciones disciplinarias*, las ponencias nacionales nos traen pocos informes sobre algunos pun-

tos del más alto interés. Por ejemplo, ¿se anotan en un Registro, de antecedentes penales? ¿Siguen al culpable cuando vuelve a la vida civil? ¿Pueden ser objeto de remisión condicional? Por otra parte, en caso de sanción disciplinaria, accesoria o consecuencia de una sanción penal, ¿qué sucede en caso de amnistía de la sanción penal o a la expiración del período de prueba si esta última iba acompañada de los beneficios de remisión condicional?

En Francia, por ejemplo, las sanciones disciplinarias no se inscriben en el Registro de antecedentes penales: sólo constan en los documentos militares, y las privativas de libertad pueden beneficiarse de la remisión condicional. Salvo disposición expresa de la ley, están excluidas de los beneficios de las amnistías. En caso de amnistía, las sanciones disciplinarias impuestas a título accesorio o complementario son también objeto de disposiciones especiales. En general se precisa que en caso de pérdida del grado no es de derecho la rehabilitación.

En lo que se refiere a las sanciones que la autoridad jerárquica puede infligir, ¿qué es lo que nos revela el examen de las ponencias nacionales?

Este examen nos permite constatar:

1.º Una gran diversidad en la nomenclatura de las sanciones disciplinarias utilizadas, que se pueden catalogar en un cierto número de categorías: a) *Sanciones morales*, tales como la amonestación, la reprensión, la censura, el apercibimiento, que son conocidas de todos los Derechos confrontados, b) *Sanciones pecuniarias*, multa (Alemania), reducción del sueldo, reducción y supresión de la pensión de retiro (sanción particular del Derecho alemán). Ciertos Derechos no admiten las sanciones pecuniarias más que en lo penal (Derechos anglosajones, Suiza). Otros Derechos excluyen esta forma de sanción, como por ejemplo el francés, c) *Sanciones privativas o restrictivas de libertad*, dentro de límites muy variables: arrestos en la Compañía o Banderas, arresto simple, arresto riguroso, prisión. Estas sanciones son conocidas por todos nuestros Derechos, pero en los Derechos anglosajones tienen siempre el carácter de penas. En Alemania, por otra parte, toda sanción privativa de libertad cuya duración supere la veinticuatro horas, debe de ser confirmada por un juez, d) *Penas privativas de derechos* o del estatuto que afectan a la carrera o incluso ponen fin a

ella: tales son la disponibilidad, el retiro, dimisión forzosa, pérdida de empleo, suspensión de empleo, postergación, expulsión. En segundo lugar: e) en todos los países encontramos una individualización más o menos profunda. Las sanciones disciplinarias son, generalmente, diferentes según afecten a los oficiales, a los suboficiales o a los soldados. También se encuentran igualmente en función de la jerarquía del que las impone. Desde este punto de vista son muy diversas las soluciones admitidas. Así, por ejemplo, en Francia todo superior jerárquico tiene un derecho a castigar cuya extensión está en función del grado que ostente y del que posea el castigado. En Alemania, las sanciones disciplinarias sólo pueden imponerlas los oficiales; en Suiza, los suboficiales y oficiales de grado subalterno carecen del derecho de castigar. Ciertas sanciones están reservadas exclusivamente a las más altas autoridades.

Se impone también una distinción de las sanciones disciplinarias según su gravedad:

1. *Las menos graves* son aquéllas que castigan las simples violaciones de la disciplina en el orden interior del Cuerpo. Esta categoría de infracción se encuentra bajo diferentes nombres en todos los países cuya organización penal y disciplinaria hemos estudiado. Son: "las sanciones disciplinarias simples" en la Alemania Federal, "los castigos disciplinarios" en Bélgica, "las sanciones que no son de estatuto" en Italia, o las que se aplican a las "faltas disciplinarias propiamente dichas" en los Países Bajos.

Estas sanciones son aplicadas por el superior directo del autor de la infracción. Quedan a la discrección del superior, aunque se den recursos por abuso de autoridad o por ejercicio ilegal del derecho de castigar. En principio se cumplen inmediatamente, teniendo la sanción en este aspecto no sólo por objeto castigar al culpable, sino también evitar por la ejemplaridad y la intimidación que otros cometan la misma falta. El ejercicio del poder disciplinario es inherente a la condición de superior jerárquico y constituye para el superior una *obligación*.

2. Por el contrario, *cuando se trate de sanciones más graves* que han de reprimir infracciones importantes, se acudirá a otro grupo de sanciones que ya no se dejan a la discrección del superior, y cuya aplicación se confía, según los países, a un tribunal o

a un superior de alta jerarquía, tras un procedimiento jurisdiccional. Estas son las "sanciones de estatuto" en Italia, las sanciones que se aplican a las "faltas disciplinarias impropias" en los Países Bajos, las "medidas disciplinarias" en Bélgica, las "sanciones de carrera" en la Alemania Federal, así como en Francia aquéllas cuya aplicación se subordina a un procedimiento particular, tal como el Consejo de Encuesta.

Pero los reglamentos de disciplina no tienen únicamente un aspecto represivo. Si es conveniente reprimir las infracciones, ¿no lo es también excitar el celo y estimular la emulación? Y en este orden, ¿qué lugar reservan a las recompensas los reglamentos confrontados? En Francia se estima que las recompensas, como los castigos, concurren al mantenimiento de la disciplina. "Las recompensas y los castigos —puede leerse en el Reglamento de disciplina general— tienen por fin reforzar los medios que la disciplina y la educación militar dan al mando para actuar sobre sus subordinados". Las recompensas permiten al superior "testimoniar su satisfacción y estimular el celo". Son, como los castigos, muy variadas. Las más simples (citaciones, felicitaciones, testimonios de satisfacción) se dejan en gran parte a la discreción del mando. Las más importantes (avance en la escala) se encuentran sometidas a ciertas reglas para evitar medidas arbitrarias.

En la ponencia belga se dice expresamente que el reglamento de disciplina de dicho país nada prevé en esta materia. Las ponencias de Alemania, Italia, Holanda, Canadá y Gran Bretaña no tocan este punto.

CONCLUSIÓN

Del examen de conjunto que acabamos de realizar pueden obtenerse algunas conclusiones:

1. El balance de las sanciones disciplinarias pone de manifiesto una extremada diversidad, tanto en su naturaleza como en la manera de aplicarlas.

2. La extensión del poder disciplinario es muy variable, según los países. Prácticamente inexistente como tal en los Derechos anglosajones, es muy amplia en los Derechos continentales, especial-

mente en Suiza, donde medidas que afectan a la carrera son de la sola competencia de la autoridad jerárquica, sin intervención de un Consejo de Encuesta o de Disciplina.

3. Puede observarse una tendencia, en todos los países, a restringir la extensión del ámbito disciplinario limitándolo a las simples transgresiones del orden interior y a deferir a las jurisdicciones competentes el conocimiento de las infracciones disciplinarias graves.

RELACIONES ENTRE ACCION PENAL Y ACCION DISCIPLINARIA Y LIMITE RESPECTIVO DE LAS DOS ACCIONES

Segunda parte: EL PROCEDIMIENTO

por John GILISSEN

Primer sustituto del Auditor General
del Ejército belga

El presente estudio comparativo ha sido realizado con la ayuda de ocho ponencias presentadas al Congreso Internacional de Derecho Penal Militar (1), complementadas con algunos informes relativos al Derecho Militar ruso, obtenidos de una obra recientemente aparecida en los Estados Unidos (2).

Los sistemas jurídicos analizados parecen presentar tales divergencias que podría estimarse vano intentar buscar en ellos una cierta unidad. Las diferencias, por otra parte, son más considerables en el campo del procedimiento que en el del Derecho penal y disciplinario. Sin embargo, un examen atento permite descubrir ciertas aproximaciones y extraer algunos rasgos generales comunes a la mayor parte de las legislaciones estudiadas.

Al primer golpe de vista, dos grandes sistemas parecen opo-

(1) A saber: las ponencias referentes a los Derechos alemán y austriaco, norteamericano, inglés, belga, canadiense, español, holandés y suizo. Las ponencias italiana y francesa aún no se encontraban en mi poder al redactar las presentes conclusiones, y el avance de la ponencia brasileña resultaba excesivamente sumario para su utilización.

(2) HAROLD J. BERMAN y MORISLAV KERNER: *Soviet military law and administration*, Cambridge (EE. UU.), 1953.

nerse: el sistema anglosajón (Inglaterra, Estados Unidos y Canadá) y el sistema continental. Esta oposición no es exclusiva del Derecho militar; existe en la mayor parte de las otras ramas del Derecho. La diferencia parece, sobre todo, radicar en que los anglosajones no distinguen la acción penal de la acción disciplinaria, en tanto que estas dos nociones dominan más o menos intensamente los sistemas jurídicos continentales.

Pero, en realidad, estas dos acciones tienden a distinguir dos formas de proceder: la acción penal es esencialmente judicial y apunta a la represión de infracciones mediante la imposición de penas por jurisdicciones de enjuiciamiento; la acción disciplinaria no es judicial, persigue la represión de hechos menos graves que las infracciones propiamente dichas y se encuentra en las manos de la autoridad militar habilitada para pronunciar sanciones en general menos duras que las pronunciadas por la autoridad judicial.

En resumen, la acción penal se traduce por un procedimiento judicial; la acción disciplinaria por un procedimiento extrajudicial.

Pues bien, esta diferencia de procedimiento se encuentra en los Derechos anglosajones: el Derecho americano, por ejemplo, conoce un *non judicial punishment* (Código uniforme de Justicia Militar, art. 15), una represión extrajudicial confiada al oficial-comandante, diferenciada del *trial by court-martial*, es decir, del juicio por un Tribunal militar. Distinción que también encontramos en los Derechos militares inglés y canadiense (3).

Se puede, por consiguiente, sin ser excesivamente audaz, comparar útilmente por una parte los diversos procedimientos extrajudiciales o disciplinarios, y por otra parte los diversos sistemas de procedimiento penal, es decir, judicial. En los dos casos se trata de procedimientos que tienden a la represión de actos cometidos por militares y que atentan a las reglas de la vida en común. Por razones de facilidad en la exposición, daré deliberadamente a estos actos la denominación muy vaga de actos punibles (*mefait*), puesto que este término cubre las nociones demasiado precisas de

(3) Inglaterra: *Summary disposal of charges* (= to deal with a case summarily) (*Army Act.*, arts. 46-47), opuesto al juicio por una *Court Martial* (*Army Act.*, arts. 48 y siguientes).

infracción, transgresión, falta, *offense*, de contenido variable según las legislaciones (4).

Examinaremos las cuestiones siguientes:

A) 1. ¿Quién tiene a su cargo la represión de los actos punibles realizados por los militares?

2. ¿Cuál es la *competencia respectiva* de cada órgano de represión? Esto lleva a plantearse la cuestión del *límite* de las dos acciones (penal y disciplinaria) o más exactamente de los dos procedimientos (judicial y extrajudicial).

B. 1. ¿Cómo se verifica la *encuesta*, información o instrucción que conduce a la decisión?

2. ¿Cuáles son los *recursos* contra la decisión?

C. Y a título de conclusión: ¿son las dos acciones independientes o interdependientes?

A. LOS ÓRGANOS DE REPRESIÓN Y SU COMPETENCIA

En todas las legislaciones estudiadas existen tres órganos encargados a título diferente de reprimir los actos punibles cometidos por los militares: a) El *jefe militar*, para los actos punibles poco graves; b) el *tribunal militar*, para los actos punibles más graves; c) el *tribunal ordinario*, es decir el tribunal civil en el sentido de que no es militar, para ciertos actos punibles generalmente aquellos que no guardan relación directa con la vida militar

a) *El jefe militar*

Se ha podido afirmar, no sin razón, que el juez natural, para todo militar, es su jefe. Por otra parte, en la mayoría de las sociedades primitivas, el jefe del grupo social (familia, clan o tribu) ejerce un poder ilimitado de represión sobre todos los miembros del grupo. Basta recordar la extensión de la *patria potestas* romana: el jefe de familia tenía hasta un *jus vitae necisque*, un derecho de vida y muerte sobre todos los miembros de la familia.

(4) Hemos preferido *mefait* a *faute* porque este último término tiene un sentido técnico preciso, especialmente en el Derecho militar español.

En los grupos sociales más amplios, de tipo estatal, se establece una distinción entre la represión de los actos punibles graves que atentan a los intereses de la comunidad y los actos punibles menos graves que sólo lesionan los intereses de un grupo social infraestatal, como la familia, la corporación o los miembros de una misma profesión. Así nació la distinción entre Derecho penal y Derecho disciplinario y también entre acción pública y acción disciplinaria.

El Derecho disciplinario militar, distinto y diferente de todos los demás Derechos disciplinarios, nació con la formación de un Ejército diferenciado y subordinado al grupo social estatal. En ciertas épocas de la historia los poderes del jefe militar sobre sus hombres han podido ser ilimitados, verdadero derecho de vida y muerte en interés de la cohesión y de la eficiencia de la banda militar. Pero la organización de los poderes en el Estado, con el sometimiento de la autoridad militar a la autoridad civil ha restringido progresivamente los poderes de los jefes militares.

Estas restricciones se perfilan cuando a fines del siglo XVIII, tanto en los Estados Unidos como en Francia o en Prusia, el Ejército ya no se compone de mercenarios, sino que se convierte en una emanación de la nación soberana. Al mismo tiempo el Derecho público que adquiere fijeza en las constituciones escritas acentúa la separación de poderes e insiste sobre el principio de legalidad de los delitos y las penas. *Nullum crimen, nulla poena sine lege*.

Estos principios tampoco eran nuevos: basta recordar la importancia de las milicias urbanas en las guerras de los últimos siglos de la Edad Media. Suiza ha conservado nítidos recuerdos incluso en la organización actual de su Ejército.

Así, el poder de represión del jefe militar ha quedado reducido al actualmente existente en nuestros países:

—el jefe militar no puede imponer más que ciertas penas que están expresamente enunciadas en la Ley;

—no puede, especialmente, privar de libertad a sus subordinados durante un tiempo que rebase un cierto número de días cuyo máximo oscila entre catorce y noventa.

El jefe militar, que tiene el "derecho de castigar" es, en la mayoría de los países, el oficial-comandante (el *commanding-officer* de los países anglosajones, el *commanderende officier* del Derecho

neerlandés); en general el capitán (Suiza), el comandante de compañía o de unidad militar similar (Alemania, Bélgica).

En ciertos países, sin embargo, el derecho de castigar concurre en *cualquier superior*. Tal es el caso de Francia, donde incluso el cabo tiene facultad para corregir a sus inferiores (5). En España y en la URSS los suboficiales pueden imponer correcciones disciplinarias al igual que los oficiales, aunque en menor extensión (6).

Por otra parte, en la mayoría de los países la extensión del derecho a corregir varía según el grado del que lo ejerce y también muchas veces según el grado del que ha cometido el acto punible. Sistema muy complicado, a veces, pero que traduce con bastante aproximación la amplitud creciente del poder disciplinario de los jefes militares al ascender la escala de la jerarquía.

b) El tribunal militar

Si el acto punible es demasiado grave para ser castigado por el jefe militar, la represión se encomienda en general al tribunal militar, las más de las veces denominado Consejo de Guerra o *Court Martial*. Una doble excepción la constituyen Austria y Alemania, países en los que —al menos en tiempo de paz—, ya no existe jurisdicción militar. Es la jurisdicción ordinaria la que asegura la represión de los actos punibles que no pueden ser castigados disciplinariamente. En los demás países existen tribunales militares cuya composición, por mucho que varíe en los detalles, se encuentra dominada por el elemento militar.

Son, en general, tribunales colegiados de tres, cinco o siete oficiales, siendo raros los casos de juez militar único, como lo son también aquéllos en que son llamados para constituirlos militares de rango inferior al de oficial, caso que se da en Francia respecto a los suboficiales (C. J. M. art. 10). Por el contrario, es muy frecuente la intervención de juristas si no en la composición del

(5) Este sistema ha sido a menudo criticado, destacadamente por el General TANAT. *La discipline dans les armées française*, París, 1938, páginas 344 y sig. Un decreto de 1910 había limitado el derecho de castigar a los capitanes y a ciertos oficiales de grado más elevado, pero esta medida fué derogada por un decreto de 1912.

(6) BERNAN y KERNER: op. cit., pág. 46.

tribunal militar (7), al menos en los órganos que con él concurren para administrar justicia.

Así, en la mayor parte de los países de la Europa continental, las funciones correspondientes al Ministerio público, y a veces incluso las de instrucción (8) son confiadas a juristas. En Bélgica, Dinamarca, España, Países Bajos y Suiza se les conoce con el nombre de Auditores. En otras partes, como en Francia, se les denomina Comisario del Gobierno, Juez de instrucción militar o, como en Italia y en la URSS, Procurador militar de la República.

En el sistema anglosajón aparece el *judge advocate*, de funciones complejas, tanto en el seno de la Corte Marcial como al margen de ésta. Se trata de un jurista que es, ante todo, el consejero jurídico de la Corte, pero que tiene también competencia para resolver —él sólo— ciertas cuestiones de derecho. Además, estos juristas pertenecientes a una *Army legal service* desempeñan el papel de la acusación e incluso, a veces, el de defensor del inculpado.

Existen, por consiguiente, entre los dos órganos de la represión dentro del Ejército —el jefe militar y el tribunal militar— diferencias sustanciales que se encuentran, despreciando algunos detalles y excepciones, en todos los sistemas jurídicos estudiados. Estas son:

Para la represión disciplinaria:

- Sistema de juez único, que lo es el jefe militar.
- Ausencia de la intervención de juristas.
- Confusión de todas las funciones en las manos de este juez único, que es al mismo tiempo órgano de acusación, encuesta, juicio y ejecución.
- Ausencia de defensor.
- Procedimiento extrajudicial, por lo general oral y sumario

(7) Así, en los Países Bajos, el Presidente del Consejo de Guerra es un jurista designado con carácter vitalicio por el Rey a propuesta de los Ministros de la Justicia y de Guerra, y está asistido por cuatro oficiales. En Bélgica, el Consejo de Guerra se compone de cuatro oficiales y un miembro civil designado cada tres años, entre los jueces de los Tribunales de primera instancia.

(8) En Bélgica, la instrucción se encuentra confiada a una "Comisión judicial", compuesta por un Magistrado jurista (Auditor militar) y dos oficiales.

Para la represión penal:

- Sistema colegiado.
- Intervención de juristas, en el tribunal o (y) como Ministerio público.
- Especialización de funciones: tribunal, fiscal, defensor.
- Procedimiento judicial.

c) *El tribunal ordinario*

Los tribunales ordinarios, es decir los tribunales *civiles* por oposición a los tribunales *militares* tienen, en casi todas las legislaciones estudiadas, una cierta competencia respecto a los militares. Esta competencia, reducida muchas veces, puede ser casi nula, especialmente en tiempo de guerra o en relación a las tropas estacionadas en el extranjero. Por el contrario, frecuentemente es bastante extensa en otros casos, es decir, en tiempo de paz y respecto a las tropas estacionadas en territorio nacional.

Distingamos cuatro grandes sistemas:

1. *Sistema belga-neerlandés.*—Los tribunales militares juzgan todas las infracciones cometidas por los militares, salvo un cierto número de ellas enumeradas limitativamente (por ejemplo, infracciones fiscales y aduaneras, del Código de circulación, cometidas fuera del servicio, etc.), que son de la exclusiva competencia de los tribunales ordinarios.

2. *Sistema franco-italiano.*—Los tribunales militares juzgan todas las infracciones militares y los ordinarios todas las infracciones no militares, aunque sean cometidas por militares.

3. *Sistema anglosajón.*—Los tribunales militares pueden juzgar a los militares por todas las infracciones, excepto algunas de carácter grave (por ejemplo, en el Canadá, el asesinato, el homicidio o la violación), pero el tribunal ordinario es *también* competente para juzgar a los militares por toda infracción no específicamente militar. Incluso el fallo absolutorio o condenatorio de un tribunal militar carece de autoridad de cosa juzgada ante un tribunal ordinario.

4. *Sistema austroalemán.*—No existen tribunales militares. Los

tribunales ordinarios son competentes para juzgar a los militares, incluso por infracciones de carácter militar.

Esta gran diversidad en la competencia respectiva de los tribunales ordinarios y militares no deja de influenciar el problema de los límites de la acción disciplinaria. Allí donde los tribunales militares poseen una competencia reducida únicamente a las infracciones militares, ejercen una función más específicamente disciplinaria, puesto que juzgan militares que han cometido faltas contra la disciplina demasiado graves para poder ser castigadas por simples penas disciplinarias. Los tribunales militares, por consecuencia, se nos presentan como una prolongación de la autoridad disciplinaria. Tal es también el caso de los Derechos anglosajones; y así, en el *Army Act* inglesa, toda la materia relativa a la composición y a la competencia de los tribunales militares se encuentra en el capítulo intitulado *Disciplina*.

Por el contrario, en razón a una competencia que se extiende a toda actividad delictiva del militar, comprendida la que no es específicamente militar —aunque *toda* infracción cometida por un militar atente a la disciplina—, el tribunal militar debe, en su composición y su funcionamiento, acercarse más a los de los tribunales ordinarios y muy especialmente conceder garantías suplementarias de seguridad jurídica generalizando la presencia de juristas.

d) *Límites de la acción disciplinaria*

Si tratamos ahora de concretar los límites de la acción disciplinaria y de la acción penal, será suficiente describir, con algunas precisiones, la competencia del jefe militar como juez único de la represión disciplinaria, y de esta descripción se desprenderá la competencia de los tribunales (militares o civiles).

El examen de los límites en las diversas legislaciones estudiadas pone de relieve la existencia de dos sistemas: uno basado en la distinción entre la transgresión (disciplinaria) y la infracción (penal); otro basado en los límites impuestos por la ley al derecho de castigar del jefe militar.

1. *Sistema transgresión-infracción*.—La acción disciplinaria se

limita a la represión de las transgresiones contra la disciplina, excluyendo la represión de las infracciones. Este es el sistema adoptado especialmente en Bélgica, Holanda, Alemania y también, según parece, en Italia y en la URSS.: el jefe militar puede infligir penas disciplinarias que llegan hasta un cierto número de días de privación de libertad por el hecho de cualquier transgresión disciplinaria (9).

La principal dificultad de este sistema se produce por la existencia de actos punibles de carácter mixto: actos que son, a la vez, transgresiones disciplinarias e infracciones (penales). La legislación holandesa ha reglamentado minuciosamente la represión de estos actos punibles mixtos denominados *oneigenlijke tuchtergrijpen* (transgresiones impropias); en Derecho militar belga la represión de los actos punibles de este género ha sido organizada por vía reglamentaria. En Derecho alemán la represión disciplinaria sólo se permite respecto a los actos punibles de doble carácter (a saber: las *infracciones de servicio* previstas por la ley penal), en tanto que no se llegue a una pena.

El Derecho francés y el suizo conocen igualmente la distinción entre transgresiones (faltas) disciplinarias e infracciones (penales). Las transgresiones se reprimen disciplinariamente; en cuanto a las infracciones, pueden ser reprimidas disciplinariamente, sin recurrir a las jurisdicciones penales, si la autoridad militar estima que son poco graves.

En Derecho suizo, esta facultad no se extiende más allá de los *delitos disciplinarios* enumerados en forma limitativa en el Código penal militar, delitos, por otra parte, muy numerosos (10). Corresponde al jefe militar, poseedor del poder disciplinario, el apreciar si por la gravedad objetiva y subjetiva de los hechos resulta suficiente la represión disciplinaria o si deben someterse al conocimiento de la justicia militar. Decisión a veces difícil —nos ha dicho el Brigadier ERGSTER—. Es, en realidad, una limitación sub-

(9) Ciertas autoridades militares y administrativas pueden, por el mismo caso, tomar, además, medidas disciplinarias.

(10) La enumeración en A. ULDRY: *Le Droit disciplinaire dans le Code pénal militaire, Suisse*, págs. 65 y sigs.

jetiva de la acción disciplinaria, puesto que es el jefe militar quien decidirá si la pena disciplinaria máxima que puede infligir resulta suficiente para la represión del acto punible. De esta forma el sistema suizo se aproxima al sistema anglosajón, donde según veremos, es también en función del máximo de pena disciplinaria que puede imponer por lo que el Oficial-comandante decidirá si castiga él mismo o envía el asunto al tribunal militar.

En Derecho francés, la facultad de acudir a la justicia militar está reservada a los oficiales de circunscripción (Código de Justicia Militar, art. 23), y teóricamente son los únicos que pueden decidir si una infracción (penal) ha de ser reprimida por una sanción disciplinaria o sometida a un tribunal militar. Prácticamente los jefes militares inferiores sancionan ellos mismos, disciplinariamente, "muchas faltas que podrían tener para sus autores consecuencias judiciales" (11).

En Derecho español, las dificultades inherentes a los límites de la acción disciplinaria, han llevado a una división de los hechos punibles en tres categorías: las faltas leves sometidas a la acción disciplinaria, los delitos sometidos a la acción penal, y entre estas dos categorías, las faltas graves cuya represión queda asegurada por una acción (expedientes judiciales) que pudiera llamarse mixta en el sentido de que es, en parte, judicial (por la intervención del juez y del auditor) y, en parte, disciplinaria (por pronunciarse la pena por el jefe militar) (12).

2. *Sistema de la limitación del derecho de castigar*, en el Oficial-comandante.—En los Derechos anglosajones el jefe militar puede infligir ciertos castigos y, entre ellos, ciertas privaciones de patrimonio y de libertad, pero si estima que el acto punible merece una pena más dura que las que él puede imponer lo pone en conocimiento del tribunal militar. El límite de su poder de represión es muy semejante al máximo de las penas disciplinarias que puede imponer el jefe militar en los sistemas de la transgresión infracción:

(11) SILLIERS: *Le Droit disciplinaire dans l'armée*. (1933), pág. 21.

(12) Las faltas graves del Derecho español se acercan a los "delitos disciplinarios" del Derecho suizo o los *oneigentlijke tuchtvergrijpen* del Derecho neerlandés.

Así el máximum de pena privativa de libertad que puede imponer un jefe militar es (13):

En Derecho americano	14 días.
En Derecho inglés	28 días (<i>field punishment</i>).
En Derecho canadiense	90 días.
En Derecho suizo	20 días de arresto riguroso.
En Derecho holandés	{ 21 días de arresto simple. 14 días de arresto riguroso.
En Derecho belga	{ 21 días de arresto en el cuartel. 15 días de arresto en sala de corrección. 8 días de calabozo.
En Derecho italiano	30 días.
En Derecho ruso	{ 30 días de arresto en cuartel. 20 días de arresto simple. 15 días de arresto riguroso.
En Derecho francés	60 días de prisión regimental.
En Derecho español	60 días (dos meses de arresto).

En los límites de esta competencia, el sistema anglosajón se distingue por ciertas particularidades que merecen ponerse en evidencia:

— El jefe militar puede, dentro de los antedichos límites, sancionar toda *offense*, todo acto punible sin distinguir entre transgresiones disciplinarias e infracciones (penales). Sin embargo, ciertas infracciones escapan por completo a su competencia. En Derecho americano, por ejemplo, esta competencia está limitada únicamente a los actos punibles menores (*minor offenses*), es decir a aquéllos que tienen prevista por la ley una pena que no excede de un año.

— El inculcado tiene siempre el derecho a pedir que se le someta a juicio, es decir, a ser juzgado por un tribunal militar (*trial by court-martial*).

— En lo que se refiere a las infracciones no militares, los tribunales ordinarios conservan siempre la competencia para

(13) En Derecho alemán, una sanción de arresto no puede ser impuesta hasta que el juez competente declare legítimas la naturaleza y la duración (Rapport de K. GRÜNEWALD).

su enjuiciamiento, incluso después de una decisión (de absolución o condena) adoptada por el jefe militar o por un tribunal militar.

En conclusión, y salvando los matices que acabamos de destacar, existe un elemento común en la limitación de la acción disciplinaria: la naturaleza de las sanciones que el jefe militar puede imponer. En el terreno de las penas privativas de libertad —las más graves que el jefe puede ordenar— esta limitación varía poco de un país a otro: oscila de catorce a noventa días.

B) LA ENCUESTA Y LOS RECURSOS

Pasemos ahora al procedimiento propiamente dicho. Como sería demasiado extenso examinar comparativamente cada una de las fases del procedimiento judicial y extrajudicial en las diez legislaciones estudiadas, nos limitamos a dos problemas, el de la encuesta y el de los recursos.

a) *La encuesta* debe permitir a la autoridad represiva, sea militar o judicial, conocer la realidad de los hechos que se imputan al inculpado. Tiende, por tanto, a reunir todos los elementos de prueba relacionados con el acto punible que trata de reprimir.

Empleamos deliberadamente la palabra encuesta por su sentido vago y general que puede cubrir todas las formas de investigación de la verdad, es decir, la instrucción, la información, la información privativa de Cuerpo o cualquier otro conjunto de procedimientos utilizados para llegar a este resultado.

El Derecho anglosajón nos puede servir aquí como punto de partida para nuestro estudio comparativo. Porque distingue, de manera clara, el procedimiento judicial y el procedimiento extrajudicial. En cambio, la acción disciplinaria en los Derechos continentales —como ya dijimos— es esencialmente extrajudicial, en tanto que la acción penal tiene carácter judicial.

Los rasgos comunes a la mayoría de los sistemas de procedimientos extrajudiciales, es decir, disciplinarios, son los siguientes: Procedimiento sumario y rápido; procedimiento no formalista (salvo algunas excepciones); procedimiento generalmente oral: el jefe militar recibe la queja (a menos que haya constatado él mismo

el acto punible), oye a los testigos y al inculpado y toma su decisión. El procedimiento puede ser escrito, sobre todo si por razón de la gravedad o de la complejidad de los hechos el jefe militar encarga a alguno de sus subordinados de verificar la encuesta (por ejemplo, la encuesta de Cuerpo del derecho belga, el *Summary of evidence* y el *abstract of evidence* del Derecho inglés).

Por el contrario, el procedimiento judicial (= penal) puede ser caracterizado de la siguiente manera: procedimiento relativamente lento y que tiende al examen detallado de los cargos; procedimiento formalista en el que el instructor (jefe de instrucción, comisión judicial, etc.) debe respetar las formas prescritas por la ley para las declaraciones de los testigos y la búsqueda de los elementos de prueba (registros, embargos, reconocimientos, etc.), y ello muchas veces bajo pena de nulidad; procedimiento siempre escrito.

b) *Los recursos*.—No tiene gran interés en este momento examinar los recursos concedidos contra las decisiones de los tribunales militares, tales como el de apelación ante un órgano jurisdiccional militar superior o el de casación ante el Tribunal de Casación ordinario, ante un Tribunal militar de Casación o ante la *Suprême Court*.

Por el contrario, el examen de los recursos concedidos contra las sanciones disciplinarias impuestas por el jefe militar permitirá determinar en qué medida la acción disciplinaria es independiente de toda intervención de la autoridad judicial.

1. *Sistema del recurso jerárquico militar*.—El sistema más extendido es el de que el castigado pueda recurrir a los jefes de aquel que le ha impuesto el correctivo, pero siguiendo la escala jerárquica, y así lo encontramos en Francia, Bélgica, Italia, España, Suiza y Canadá (14). Este recurso por escalones sucesivos se admite generalmente hasta llegar a la autoridad suprema (Italia), por ejemplo, el Ministro de la Guerra o de la Defensa (Bélgica, Canadá), o el Jefe del Estado (España).

Para ciertas sanciones disciplinarias existen en algunos países (Francia, Bélgica) recursos ante el Consejo de Estado.

(14) En la U. R. S. S. también, con la salvedad de que el recurso no podrá aceptarse más que en el caso de que el jefe militar haya excedido su poder de represión disciplinario.

2. *Sistema del recurso ante la autoridad judicial antes de la decisión.*—En Inglaterra y en los Estados Unidos no se admite ningún recurso contra las decisiones del jefe militar (ejemplo, *Army Act* inglesa, art. 46, 8). Pero en estos países, como en el Canadá, el inculpado puede, antes de la decisión, pedir su comparecencia ante el tribunal militar exigiendo un *Trial by court-martial*. La acción disciplinaria se encuentra de esta forma limitada, pero el inculpado goza de la garantía de que los hechos que le son imputados sean sometidos al juicio y fallo de una autoridad judicial.

3. *Sistema de recurso ante la autoridad judicial en segunda instancia.*—En los Países Bajos y en Alemania el sancionado puede interponer un recurso en primera instancia ante el superior de aquél que le impuso la sanción disciplinaria y más tarde, si no obtiene satisfacción por la decisión de este superior, puede apelar a una autoridad judicial, que en Holanda es la Alta Corte Militar, y en Alemania el Tribunal Militar de Servicio (15). En Alemania, sin embargo, en caso de sanción privativa de libertad, el recurso debe ser interpuesto directamente ante el Tribunal Militar de Servicio.

Desde un ángulo estrictamente militar, la intervención del Tribunal militar en la represión disciplinaria ha sido considerada con frecuencia como nociva, en razón, sobre todo, a la inevitable lentitud de la represión. Por el contrario, desde el punto de vista del derecho a la defensa, el recurso puramente jerárquico puede aparecer como insuficiente, sobre todo cuando los superiores tienen facultad para agravar el castigo impuesto en primera instancia, pues el temor de esta agravación de pena conducirá al castigado, muy frecuentemente, a renunciar a recurrir de una decisión que le parece injusta, contribuyendo así a la creación de un clima de descontento perjudicial para el mantenimiento de la disciplina.

(15) Esta clase de recursos ha existido en Bélgica hasta 1916.

C.) CONCLUSIÓN: INDEPENDENCIA O INTERDEPENDENCIA
DE LAS DOS ACCIONES

A título de conclusión, querría examinar si las dos acciones, penal y disciplinaria, son independientes la una de la otra o si son, por lo menos, interdependientes.

Fuera del Ejército, el problema recibe en general una solución clara y simple: las dos acciones son formalmente independientes. La acción disciplinaria ejercida por los jefes de los innumerables grupos sociales que existen en el interior de un Estado nada tiene que ver con la acción penal y viceversa. El padre de familia puede castigar a su hijo, incluso cuando ha sido absuelto por el Tribunal de menores; el jefe de una empresa puede despedir un obrero o empleado sospechosos de robo incluso cuando no ha presentado ninguna denuncia ni se ha intentado una persecución penal: la Junta de Gobierno del Colegio de Abogados o de Médicos puede imponer sanciones disciplinarias sin necesidad de una decisión judicial. La situación ya es algo diferente cuando se trata de funcionarios, agentes del Estado o de otras instituciones de Derecho público, su Derecho disciplinario presenta alguna analogía con el de los militares, pero es evidente que las garantías concedidas a la función pública no pueden ser extendidas sin peligro a los miembros de las fuerzas armadas (16).

Los principios de jerarquía y de obediencia que dominan toda la organización militar hacen precisos lazos más estrechos entre las dos acciones. De aquí nació la necesidad de tribunales propios de los Ejércitos y la necesidad de un Derecho penal militar fuertemente impregnado de Derecho disciplinario.

Sin embargo, en nuestros países de constituciones democráticas, el principio de la separación de poderes se impuso progresivamente desde fines del siglo XVIII. La independencia, incluso la preeminencia del poder judicial, se ha convertido en una de las bases de nuestro derecho público común. Postula, al menos dentro de una cierta medida, la independencia de aquéllos que ejercen la acción penal respecto a los poderes legislativo y ejecutivo.

(16) P. WEU: *Armée et fonction publique en "La défense nationale"*, París, 1958, págs. 183 y sig.

Resulta de ello que el enjuiciamiento de infracciones de una cierta gravedad corresponde únicamente a los tribunales (militares o civiles); y sólo la represión de actos punibles menos graves se deja a la autoridad disciplinaria. El límite de este poder disciplinario se fija en un determinado número de días de privación de libertad.

La independencia de las dos acciones se afirma más vigorosamente en aquellos países que conocen una rigurosa distinción entre las transgresiones disciplinarias y las infracciones a la ley penal (Italia, Bélgica, Holanda), pero incluso en ellos, y en razón a la inevitable existencia de actos punibles de doble carácter, existe en realidad para estos actos punibles interdependencia entre las dos acciones. Unas veces, como en los Países Bajos, esta interdependencia está regulada por la ley; otras es un hecho que deben tener en cuenta los encargados de poner en marcha las dos acciones. Así, la autoridad de la cosa juzgada en lo penal se impone al jefe militar que actúa en lo disciplinario, pero en los límites de la cosa juzgada, lo que no se juzgó en el estricto sentido de este término, puede ser objeto de represión disciplinaria.

En otros lugares la interdependencia de las dos acciones constituirá la regla, al menos para la represión de ciertas infracciones: aquéllas que interesan más especialmente la vida militar. Si en Francia y en Suiza, como en los países anglosajones, el jefe militar puede castigar al autor de estas infracciones, no puede hacerlo más que dentro de los límites de sus facultades. Si estima la infracción demasiado grave, debe inhibirse en favor de la jurisdicción de enjuiciamiento. La interdependencia resultará, por lo tanto, principalmente del hecho de que las dos acciones se encuentran en su momento inicial en manos de una misma persona: el jefe militar. Este, disponiendo de las dos acciones, ha de escoger una de ellas y una vez que adopta su decisión, las dos acciones se tornan independientes.

Pero cuando se trata de la represión de una infracción no militar, en los países en que la represión de estas infracciones es competencia de los tribunales ordinarios, la independencia de las dos acciones es total. Aunque de hecho, si no de derecho, esta independencia, aun en tales países, no es completamente total, puesto que

la acción disciplinaria se encontrará fuertemente limitada por los fallos dictados en el orden penal.

La materia es compleja y un análisis comparativo detallado nos pondría de manifiesto muchas otras formas de interdependencia. Nos hemos limitado a aquéllas que nos han parecido esenciales.

He aquí algunas reflexiones de Derecho comparado sobre un tema muy vasto. No tienen nada de original, pues tomadas de las ponencias presentadas a este Congreso, son obra de los eminentes relatores que hemos escuchado y, sobre todo, no tienen nada de definitivo, pues la discusión general permitirá corregir los errores o las insuficiencias de esta exposición.

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL PLANTEADOS POR LA COOPERACION MILITAR INTERNACIONAL (I)

por Vittorio VEUTRO

Mayor General, Procurador Militar
de la República en Florencia

INTRODUCCIÓN

La cooperación militar entre dos o más Estados crea un conjunto de relaciones cuyo contenido varía según el grado, la forma y el alcance político de la cooperación. Si se examinan las formas más modernas de cooperación se notará que las relaciones de carácter militar, aunque saltan a la vista de manera inmediata y en forma evidente, no son las únicas, sino que otras de carácter político, económico, financiero y también cultural se unen a ellas extendiendo la alianza a sectores cada vez más amplios de la vida de los Estados particulares.

Estas relaciones hacen surgir problemas jurídicos de diversa naturaleza. Intentaremos precisar cuáles son aquellos que tienen una incidencia directa o indirecta sobre lo penal a fin de intentar su enumeración quizás de manera incompleta, pero al menos ampliamente demostrativa. En otras palabras, vamos a intentar lo que se ha llamado un *inventario motivado* que debe tener como finalidad el ofrecernos a nosotros mismos por una parte y en el plano científico, y a los Estados por otra como directamente interesados, una visión más clara de los problemas penales que han de afrontarse cuando nace una alianza militar.

Estimo que la clasificación más eficaz de los problemas es la

que se hace sobre la base del *quidde novi* planteado por la cooperación militar, puesto que los problemas en sí tienen su origen inmediato en esta novedad:

- I. Comunidad de intereses.
- II. Contactos entre militares pertenecientes a fuerzas armadas de distintos Estados.
- III. Estacionamiento de tropas fuera del territorio nacional, y
- IV. Armonización de las actividades nacionales.

I

COMUNIDAD DE INTERESES

Como destacaba el delegado yugoeslavo PERRICH en el III Congreso Internacional de Derecho Penal (Palermo, abril, 1933), si se hace abstracción de los delitos políticos y de ciertos delitos de derecho común (por ejemplo, los atentados a la moral y buenas costumbres), todos los Estados modernos poseen, más o menos, las mismas normas de incriminación en Derecho penal, lo que se explica fácilmente si se piensa que todos los pueblos que han alcanzado un cierto grado de cultura tienen nociones muy aproximadas en lo que se refiere a lo prohibido o permitido. Desde este punto de vista se puede decir que las legislaciones mundiales han alcanzado un alto grado de uniformidad como consecuencia de una convergencia que se ha manifestado espontáneamente.

Indudablemente, el valor de esta uniformidad espontáneamente obtenida no resulta despreciable porque indica la existencia de una "comunidad de intereses" y porque se trata más especialmente de aquellos intereses que la ley penal toma en consideración por su valor absoluto (vida, propiedad, honor, etc.).

La cooperación militar, al crear nuevas relaciones extiende los límites de la comunidad de intereses entre los Estados particulares y hace necesaria la solución de todos los problemas de colaboración y, especialmente, del de la *protección penal común*.

El problema central de política criminal, como subraya la

ponencia belga, es, por una parte, el precisar cuáles son los intereses dignos de protección penal que se han convertido en comunes como consecuencia de la cooperación militar, y por otra, determinar cómo puede ser organizada una protección penal común.

Por otro lado, el mismo problema puede conducir a reconsiderar los límites y las formas tradicionales de la extradición, a fin de establecer hasta qué punto son compatibles con la cooperación militar.

a) *¿Cuáles son los intereses comunes?*—La cooperación torna comunes intereses que la ley penal toma en consideración no por su valor absoluto, sino por su valor nacional. Estamos, principalmente, en el campo clásico de los delitos políticos. Aquí también las legislaciones interiores se asemejan en su contenido formal, pero el objeto es distinto porque cada una protege un interés determinado, únicamente porque tiene su nacionalidad. Muchos autores que preconizan el que la universalidad de la represión se afirme progresivamente, cuentan con un sentimiento de altruismo que debería nacer en cada Estado y que debería empujarlo a asumir la protección de ciertos intereses incluso si éstos no le afectan directamente. Pero actualmente y en lo que concierne a la cooperación militar no es preciso esperar a que se forme este altruismo en la conciencia nacional porque el grado de interdependencia de un aliado hacia los demás tiene como consecuencia que la búsqueda de los intereses comunes sea una cuestión de egoísmo nacional. Son comunes los intereses cuya lesión, incluso si no afecta inmediatamente más que a uno solo de los Estados, repercute sobre todos los demás e influye la buena marcha de la cooperación.

El problema de determinar los intereses comunes es de naturaleza concreta y su solución depende de los elementos aportados por cada alianza determinada: el grado, la forma, los fines de la cooperación, las afinidades entre los Estados que cooperan. En abstracto puede decirse que la extensión de la *comunidad de intereses* abarca desde un *mínimum* representado por los intereses militares más inmediatos, hasta un punto que se avecina a la equivalencia entre aliado y Estado nacional cuando la cooperación militar no es más que un paso hacia la comunidad política.

El profundizar el estudio de las categorías particulares de las

faltas bajo el ángulo de su incidencia sobre la eficacia de los diferentes tipos posibles de cooperación, presenta un indudable interés. Sin embargo, sobrepasa el tema que nos hemos propuesto y que se limita a plantear los problemas sin pretender su resolución.

Pero aunque no sea más que para aclarar el alcance del problema debemos, sin embargo, examinar qué es lo que se puede considerar como constitutivo no del mínimo, sino de la media de los intereses comunes.

Indudablemente, la protección de los intereses concernientes a la defensa militar se presenta como la más inmediata y evidente a causa del muy estrecho lazo que une los esfuerzos de guerra de cada uno de los Estados aliados. Pero sería un grave error el no parar mientes en otros aspectos de la comunidad de intereses que, aunque menos evidentes, no son por ello menos reales.

Ante todo, la extensión de la protección penal no puede limitarse al tiempo de guerra si se piensa que los intereses vitales pueden ser irremediamente comprometidos en tiempo de paz. Además, la estructura política, la eficiencia económica y las posibilidades industriales de cada uno de los Estados juegan un papel tan importante en la vida y la fuerza de la coalición, que ninguno de los demás Estados puede desinteresarse. La violación de un secreto industrial, por ejemplo, no es menos dañosa para la cooperación que la violación de un secreto referente a la localización de los cuarteles o al dispositivo de defensa.

La represión de los crímenes de guerra merece una mención especial, aunque para que fuera eficaz sería, como se ha hecho notar, más necesario un acuerdo entre adversarios que entre aliados. Ello no obstante, es esencial el que los aliados aprecien de igual forma las obligaciones nacidas del Derecho de gentes para que la represión de los crímenes de guerra pueda ejercer de manera uniforme una función de freno respecto de los actos ilegítimos y que en su aplicación resulte coherente con la acción de todos los Estados cooperantes.

Finalmente conviene examinar los intereses que conciernen directamente a la cooperación. En las legislaciones internas no faltan ejemplos demostrativos de cuáles son los intereses nacionales que se tornan comunes por la cooperación militar; pero

basta confrontar estas legislaciones entre sí (y podemos, por ejemplo, hacer la prueba comparando la legislación italiana y la belga), para constatar que la determinación de elementos comunes efectuada unilateralmente por cada Estado conduce a resultados faltos de armonía, a tal extremo que a menudo sucede que por el juego de la condición de reciprocidad las equivalencias de protección penal quedan en letra muerta.

La determinación de los elementos comunes debe ser hecha en común, es decir, mediante un acuerdo entre todos los Estados cooperantes.

b) *Protección penal común.* — La determinación de los elementos comunes constituye la premisa necesaria para llegar a una protección penal común. La elaboración de una legislación penal unificada aplicada, bien por medio de una autoridad supranacional o bien uniformando las legislaciones nacionales particulares, es una aspiración que data de largos años, pero que no aparece como realizable a breve plazo ni aun bajo la presión de una cooperación militar.

Si se considera lo que es realizable, se debe, por el contrario, prever la inserción en cada una de las legislaciones nacionales de normas represivas particulares en relación con los hechos que atentan a los intereses comunes. Este es el inicio de una solución, pero los problemas a resolver son todavía arduos. Por encima de todo, a fin de que la protección penal sea común como son comunes los intereses, es necesario que se llegue a una cierta uniformidad: uniformidad en el enunciado del hecho punible y uniformidad en la acción represiva.

Para darse cuenta que tal uniformidad ha de ser muy relativa, basta considerar que cada norma, en el momento de su aplicación, no puede ser considerada aisladamente, sino que debe situarse dentro del sistema en el cual se encuentra incluida. Por ello, dos normas perfectamente idénticas en su formulación pueden producir resultados muy diferentes.

El problema es de naturaleza técnica: es suficiente con saber la finalidad que se quiere o se puede alcanzar. Quizá haya que contentarse con la sola *posibilidad* de que cada legislación imponga al culpable una carga de sufrimiento expiatorio equivalente (habida cuenta de los diferentes regímenes de penas).

Pero no basta el completar los sistemas nacionales particulares con normas represivas de las violaciones de intereses comunes; para que pueda hablarse de una represión común resulta necesario que la colaboración tenga mayor alcance. Bajo este aspecto se puede pensar en tornar permeables entre sí los sistemas penales particulares, resultado en gran medida de los conceptos tradicionales de territorialidad. Es cierto que muchas legislaciones nacionales ya prevén la represión de hechos cometidos en el extranjero, incluso por extranjeros; pero esta represión se encuentra establecida unilateralmente por los Estados particulares, sin aquel acuerdo previo necesario para lograr la armonía del sistema.

Además es preciso revisar los conceptos tradicionales sobre extradición.

c) *La extradición.*—La extradición es una institución internacional para la represión del delito. Cada Estado está dispuesto a colaborar con otro en la medida en la que estima que ambos tienen un interés común, y es por esta razón por la que en la mayoría de los convenios de auxilio judicial recíproco se excluyen de la extradición los delitos políticos en tanto que considerados como atentatorios a intereses exclusivamente nacionales.

“Aquel que es castigado en un país como culpable de un delito político —como escribía hace tiempo BLENTSCHLI (*El Derecho penal codificado*, París, 1874)—, quizá sea considerado fuera de él como un mártir de la libertad. Las autoridades que lo persiguen en nombre del Derecho quizá sean consideradas en otro Estado como enemigas del Derecho y de la justicia.” Parece cierto que, como regla general, esto es todavía exacto. Sin embargo, no parece menos cierto que una vez precisados los intereses políticos comunes de un grupo de Estados, éstos no tienen ninguna razón para negarse el uno al otro una colaboración eficaz en la represión de delitos que lesionan tales intereses.

Resulta inconcebible que un Estado pueda ofrecer asilo al culpable de un hecho que él mismo castiga. Por lo tanto, en el cuadro de una represión común de los delitos que atentan a intereses determinados, sólo habrá lugar para una alternativa: o el culpable refugiado en el territorio de un Estado aliado será juzgado por la autoridad de este Estado, o bien será entregado a

su propio Estado cuando éste lo solicite. En este supuesto, si se negase la extradición únicamente porque el hecho es de naturaleza política, la consecuencia sería la de que el culpable quedaría sustraído a sus jueces nacionales para ser juzgado en país extranjero bajo leyes extranjeras.

Hay, en suma, entre la comunidad de intereses determinada por la cooperación militar y la negativa de colaboración internacional en lo que se refiere a las infracciones políticas, una contradicción que debe ser superada revisando en el seno del grupo de los Estados interesados los límites tradicionales de la extradición.

La necesidad de una revisión se torna todavía más evidente si se piensa que normalmente las infracciones exclusivamente militares son consideradas como infracciones políticas y que, estando únicamente previstas por la ley nacional, no sólo no permiten la alternativa de *aut dedere aut punire*, sino que, además, no pueden responder a las exigencias de la doble incriminación.

El problema no es únicamente teórico y eventual. Hemos leído en los periódicos cómo ha tomado actualidad como consecuencia de una petición de extradición formulada por la República Federal alemana ante el Gobierno italiano. Se trataba, en este caso, de un ingeniero Keitel, condenado en Alemania por violación de secretos relativos a la fabricación de armas. Las armas estaban destinadas a la N. A. T. O., y la República Federal sostiene que, como Keitel había lesionado un interés común a todos los Estados adheridos a esta organización, no podía lograr asilo sobre el territorio de uno de estos Estados, incluso en el caso en que el hecho cometido fuese considerado como político.

Hagamos notar igualmente las cuestiones que han nacido en el seno de la N. A. T. O. en lo que se refiere a la extradición de desertores de un país miembro a otro que también lo es.

No resulta, ciertamente, fácil proceder a la revisión de los límites de la extradición, especialmente cuando los obstáculos son de orden constitucional (en Italia la Constitución dispone que no sólo el ciudadano —art. 26—, sino también el extranjero —artículo 10— no pueden ser objeto de extradición por hechos políticos).

Pero el problema está planteado y, si una solución se impo-

ne, debe ser buscada con conocimiento de los obstáculos y considerando que todas las leyes —la Constitución incluida— son modificables. Conviene pesar las razones de tal modificación.

II

RELACIONES ENTRE MILITARES PERTENECIENTES A FUERZAS ARMADAS DE DISTINTAS NACIONALIDADES

La cooperación militar internacional pone en contacto, incluso en tiempo de paz y tanto en servicio como fuera de él, a militares pertenecientes a fuerzas armadas de distintas nacionalidades. La conducta de los militares puede continuar regulada en gran parte por normas internas tanto disciplinarias como penales. Pero si se examina la conducta de estos militares y las sanciones correspondientes desde el punto de vista de la naturaleza particular de las relaciones entre militares pertenecientes a distintos contingentes nacionales, resulta necesario que tales relaciones sean precisadas y definidas.

El problema de las relaciones en el servicio y fuera de él entre militares de diferentes nacionalidades suscita consideraciones sutiles de carácter político y psicológico. Se trata de determinar, en esencia, si el lazo entre las tropas de los diversos ejércitos debe existir únicamente en la cima o bien en los grados intermedios de la jerarquía. Si más tarde la cooperación militar llegase al punto de constituir un ejército único, la unificación bajo un solo reglamento y un solo código evidentemente se impondría (por ejemplo, el ejército de la C. E. D.).

El problema sólo es indirectamente de naturaleza penal, puesto que en primer plano es de naturaleza militar. Pero también aquí habrá en definitiva que buscar en relación con la naturaleza de la cooperación los límites de estos intereses indudablemente comunes que son la disciplina y la cohesión de la cooperación militar en su conjunto. El problema en definitiva no es más que un caso particular del problema planteado anteriormente, pero conviene tratarlo aparte a causa de su importancia y de su incidencia en campos que rebasan el estrictamente penal.

III

TROPAS ESTACIONADAS EN TERRITORIO EXTRANJERO

La cooperación militar internacional puede tener como consecuencia, incluso en tiempo de paz y para las necesidades del servicio, el desplazamiento del territorio de uno de los Estados aliados al de los demás de unidades militares o militares aislados. La estancia o el paso de tropas por un territorio distinto del territorio de origen crea problemas de carácter penal que pueden enunciarse de la siguiente forma:

a) ¿Qué ley penal debe aplicarse al militar que delinque en territorio aliado?

b) ¿Qué órgano judicial es competente para juzgarle?

c) ¿En qué medida y en qué forma las autoridades del territorio en que se encuentra deben prestar su auxilio en materia judicial y de policía a las autoridades militares del Estado de origen, y viceversa, qué auxilio deben prestar las autoridades del Estado de origen a las autoridades del Estado de residencia?

Antes de abordar el estudio de estos problemas conviene dar una definición clara y completa con normas de calificación válidas para todos los Estados, de ciertos conceptos-base tales como Estado de origen, Estado de residencia o de tránsito, el servicio, la persona encargada de misión, elemento civil que sigue a las tropas, etc.

A) *Ley penal aplicable*.—Cuando la legislación de un Estado afronta y resuelve la cuestión de la ley aplicable a sus militares que se encuentran en territorio de un país aliado, no puede hacer otra cosa que dar una validez extraterritorial a sus normas penales o a algunas de ellas. Así, por ejemplo, el Código Penal Militar de paz italiano, en su art. 17, extiende la aplicación de la ley penal militar a las personas a ella sometidas, incluso para las infracciones cometidas en territorios extranjeros de residencia o de tránsito.

Pero una solución unilateral no puede, evidentemente, limitar los poderes del Estado de residencia, y no puede, por lo tanto, excluir la aplicación de la ley territorial por parte de las ju-

jurisdicciones territoriales. La extraterritorialidad de la ley personal crea inevitablemente un concurso de normas aplicables cuando el mismo hecho es considerado como infracción por el Estado de origen y el Estado de residencia.

A fin de evitar un concurso de normas penales sin solución expresa es necesario que un acuerdo entre los Estados interesados fije el ámbito de cada ley. La ponencia belga sintetiza las dificultades del problema del siguiente modo: "Conciliar el respeto debido a las soberanías interesadas con las exigencias de la represión desde el doble punto de vista de la integridad política y social de los Estados y de la eficiencia militar."

Si se examinan algunas de las soluciones posibles y se pesan sus ventajas e inconvenientes, se comprenderá aún mejor las dificultades de conciliar tantos intereses.

La solución que consiste en aplicar íntegramente la ley territorial parece la más sólida si se fundamenta sobre la vocación del Estado de regular todo lo que ocurre sobre su territorio. En todos los Códigos puede leerse que la ley penal obliga a todos los que se encuentran en el territorio, sean nacionales o extranjeros. Pero aplicada a los militares extranjeros, esta regla da lugar a críticas importantes. Para el militar la ley extranjera es completamente desconocida, desconocida no sólo en su parte especial, sino —cosa quizá más importante todavía,— en sus instituciones generales sobre las que se apoya todo el sistema y que indican el espíritu general de la ley. La presunción de conocimiento en virtud de la cual cada legislación penal asegura su poder pesaría de esta manera de modo excesivo sobre el militar que se encuentra en el extranjero. Situación que se agravaría si frecuentes desplazamientos por razón de servicio habían de someterlo a una sucesión continua de leyes que le son desconocidas.

Se puede objetar, ciertamente, que ésta es la situación de todas las personas que se encuentran en territorio extranjero o que se desplazan de un Estado a otro. Pero no hay que olvidar que el soldado no es una persona que viaja por su voluntad, sino que llamado por la autoridad para el cumplimiento de su servicio militar, es esta autoridad la que puede enviarlo al extranjero.

Además, y según la consideración desarrollada en un notable escrito de uno de nuestros colegas de la Asociación, Augusto BELINFANTE, jurista del Ministerio de Justicia holandés, *Los prin-*

ceptos de Derecho penal internacional y los Convenios internacionales, la aplicación de una ley penal comprende la aplicación de todo un sistema que termina por la imposición de una pena o la adopción de una medida de seguridad.

Las penas no tienen únicamente por finalidad reprimir ciertos hechos, sino también, y cada día más siguiendo la evolución del Derecho penitenciario, persiguen una finalidad de enmienda, de reeducación del condenado con vistas a su retorno a la vida social en la que está destinado a vivir después de la extinción de su pena. Esto se manifiesta quizá con más evidencia en lo que se refiere a las medidas de seguridad que pueden aplicarse a los menores, a los reincidentes, a los enfermos mentales. Siendo así, la pena impuesta al militar extranjero constituye una medida que no puede alcanzar enteramente sus finalidades porque conserva únicamente su carácter aflictivo, pero no puede eficazmente contribuir a la reeducación del delincuente.

De cualquier modo, aun con esta solución, todo un sector penal debería quedar enteramente sometido a la ley nacional: infracciones militares, hasta infracciones comunes que lesionan exclusivamente los intereses del Estado de origen, etc. La solución inversa que consiste en la aplicación íntegra de la ley personal, presenta incontestablemente la ventaja de someter al militar, incluso para las infracciones comunes, a la ley que mejor debería conocer y que de cualquier forma ha sido creada para la sociedad a la que pertenece.

Pero el problema no puede ser contemplado desde el único punto de vista del militar; hay que tener en cuenta las exigencias del Estado de residencia. Cada Estado protege penalmente los intereses que estima esenciales a la sociedad nacional considerada en un determinado momento histórico. La inobservancia de normas penales por cualquier persona sobre su territorio, cuando lesiona tales intereses produce una perturbación que sólo la pena puede aliviar.

La ley penal del militar, ¿puede reemplazar de manera completa la ley territorial en esta función protectora? Si se comparan dos legislaciones que proceden de las mismas fuentes históricas o que poseen un grado igual de evolución, tal sustitución puede ser considerada como parcialmente posible. Existen valores de carácter universal que son protegidos por todas las legis-

laciones de los países civilizados: la integridad personal, la libertad individual, la propiedad privada, el honor, etc.

Pero hay otros valores que, aunque reconocidos universalmente, son protegidos —como ya hemos tenido la ocasión de constatar— con referencia a su nacionalidad. La ley italiana protege al funcionario público italiano la administración italiana de la justicia, la moralidad pública de su territorio. Las normas penales relativas a estas materias no pueden ser objeto de exportación puesto que son incapaces de proteger los intereses correspondientes del Estado de residencia; pero pueden, sin embargo, convertirse en exportables, al menos parcialmente, como consecuencia de adecuados acuerdos. Existen, en fin, en cada legislación normas penales de carácter estrictamente territorial y que por esta razón no pueden encontrar en otra legislación una norma que con ellas se corresponda formalmente. Se puede pensar, por citar un ejemplo, en todas las disposiciones dictadas en Holanda para la protección de los diques. También en este supuesto la ley penal personal resultará incapaz para la defensa de los intereses del Estado de residencia.

Un conjunto de soluciones puede resultar igualmente por la aplicación simultánea de las dos legislaciones según la forma en la que se integren y sobrepongan. Parece que un sistema de aplicación de dos leyes debe responder especialmente a estas dos condiciones: 1) La certeza del derecho merced a la inmutabilidad de la ley aplicable en el momento de la infracción; 2) La protección de los intereses esenciales, tanto del Estado de origen como del Estado de residencia.

Existen dos soluciones que pueden dar lugar a reflexión: la adoptada por la N. A. T. O. en su Estatuto de las fuerzas armadas de 1951 (art. VII) y la adoptada en el proyecto formulado por la Conferencia para la organización de la Comunidad Europea de Defensa (C. E. D.)

La primera coloca una ley junto a la otra, según la incidencia del daño. Merced a la renuncia de jurisdicción, el cambio de ley aplicable resulta posible para una infracción ya cometida.

La segunda prevé una integración de la ley personal y de normas extraídas de la ley del Estado de residencia. Esta solución plantea el difícil problema de la inserción de normas extranjeras en un sistema nacional completo y el todavía más de-

licado en el plano jurisdiccional de la aplicación de disposiciones penales extranjeras.

Aún podríamos buscar otras soluciones y considerar sus ventajas y sus inconvenientes; pero nos parece que está dicho todo lo que era necesario para circunscribir en sus límites y sus dificultades el problema de la legislación aplicable al militar que se encuentra en territorio aliado extranjero. La solución debe ser buscada concretamente por los Estados que se encuentran periódicamente interesados en este problema. Pero un estudio más profundo, aunque verificado en abstracto, puede ser de muy gran utilidad para determinar cada vez con mayor precisión cuáles son los criterios que deben ser respetados si se quiere alcanzar una solución adecuada.

B) *Organo judicial competente.*—La cuestión de la jurisdicción competente se encuentra ligada estrechamente con la cuestión de la ley penal aplicable. Sin embargo, no existe entre las dos soluciones una correlación necesaria y absoluta.

Las soluciones que se pueden prever son las siguientes:

1.^a Constitución de un tribunal internacional donde se encuentren eventualmente representados tanto el Estado de origen como el de residencia. Tal solución debería ser considerada como normal cuando la cooperación militar lleva consigo la creación de un ejército único (por ejemplo, la C. E. D.). En este caso sería más apropiado hablar de un tribunal supranacional que de un tribunal internacional. Por el contrario, cuando la cooperación se limita a la coordinación de los ejércitos nacionales particulares, la solución del tribunal militar internacional crea delicados problemas: ¿qué infracciones deben ser sometidas a la competencia de este tribunal? ¿Todas o sólo aquellas que atentan de manera directa a los intereses de la coalición? Y en todo caso, ¿qué ley deberá aplicar el tribunal? ¿Deberá la ley aplicable ser distinta, según la nacionalidad de los inculcados, o se puede recurrir a crear *ex novo* una ley única o a determinarla por un sistema elegido convencionalmente y adaptado a cada caso?

La cuestión de la ley aplicable en lo que se refiere al procedimiento es también particularmente espinosa porque, en tanto que es posible concebir en abstracto que la ley sustantiva sea elegida según los criterios antes indicados y que sea diferente para cada inculcado, no resulta posible pensar que el procedimien-

to no sea el mismo para todos, tanto en lo que se refiere a su desarrollo como en lo que atañe a las garantías que asegura.

Atribuir la competencia a un órgano internacional de justicia presenta numerosas ventajas: visión de conjunto de las infracciones excluyendo la separación de procedimientos, valuación de los hechos bajo el punto de vista más elevado de los intereses de la cooperación, poderes del órgano judicial iguales sobre todos los territorios de los Estados cooperantes. Pero habría que ver si estas ventajas pueden justificar las complicaciones que lleva consigo la constitución de un tribunal internacional.

De todos modos hay que tener en cuenta que si es únicamente una parte de las infracciones cometidas por los pertenecientes a las fuerzas armadas la que es sometida a la competencia del tribunal internacional, el problema de la represión no queda por completo resuelto. En este caso el órgano internacional no se sustituye en todas las funciones de los órganos nacionales, sino que se añade a ellos.

2.^a Atribución de competencia a los tribunales del Estado de origen. Esta es la solución que habría lógicamente de aceptarse si se estima que debe mantenerse como ley básica aplicable únicamente la ley penal del Estado de origen, completándola con disposiciones destinadas a proteger los intereses del Estado de residencia.

Cuando hemos hablado de la ley aplicable pusimos de manifiesto las ventajas de esta solución; pero en el plano jurisdiccional es necesario resaltar ciertos inconvenientes. Aunque se admita que la ley del país logra verdaderamente proteger de manera adecuada todos los intereses del Estado de residencia, su aplicación, sin embargo, puede decepcionar profundamente al Estado de residencia o a sus habitantes. La causa más general de decepción nace de que el juicio no se celebre en el lugar donde la infracción fué cometida. Si el inculpado es juzgado lejos de este lugar, y más aún fuera del Estado en que la infracción fué cometida, la parte perjudicada, en primer lugar, y en segundo la opinión pública, tienen la impresión de que ha sido *sustraído a la justicia*, incluso cuando la realidad sea que fué juzgado regularmente. Hay que tener igualmente en cuenta que este alejamiento del lugar del hecho lleva como consecuencia que los elementos de prueba lleguen al tribunal sensiblemente debilitados.

(Asistimos con bastante frecuencia a esta decepción, especialmente en materia de accidentes de automóvil, cuya responsabilidad recae sobre militares de la N. A. T. O. que se encuentran en acto del servicio en el momento de los hechos.) Además, la aplicación de normas cuyo contenido proviene de las disposiciones de la ley extranjera puede dar lugar a interpretaciones enteramente distintas que no se corresponden con el espíritu de la ley. Y es necesario, por fin, que el tribunal pueda informarse sobre la jurisprudencia local aunque no se encuentre ligado por ésta.

La obligación de celebrar el juicio en el lugar de la infracción y la presencia de observadores del Estado de residencia cuando los intereses lesionales pertenecen a este Estado, constituyen medidas tendentes a suprimir los inconvenientes antes citados (véase el proyecto de Convenio de la C. E. D.).

Un último inconveniente grave nace de la necesidad de dividir la continenencia del sumario cuando existen varios autores de una misma infracción y pertenecen a nacionalidades diversas. No hay medio de superar tal inconveniente si se adopta esta solución.

3.^a Reparto de competencia entre el tribunal del Estado de origen y el del Estado de residencia. No creemos posible que se conceda la competencia única al tribunal del Estado de residencia. La ponencia belga que se ocupa de esta posibilidad excluye de tal competencia las infracciones militares y las infracciones que lesionan los intereses exclusivos del Estado de origen, lo que equivale a efectuar un reparto de competencia entre el tribunal de origen y el tribunal de residencia. Este reparto puede llevarse a cabo siguiendo diversas fórmulas. La ponencia belga cita tres, extraídas respectivamente de los acuerdos Bonn-París 1952-54, del estatuto de las fuerzas de la N. A. T. O., y de la declaración franco-belga de febrero de 1916. A este reparto de competencia corresponde lógicamente la diversidad de ley aplicable y a los inconvenientes de la aplicación de una ley básica extranjera han de añadirse los que resultan de la aplicación de unas leyes de procedimiento también extranjeras por parte de órganos extranjeros: los problemas de lenguas, de garantías procesales, de defensa de los acusados, tienen también que ser resueltos. Y si la solución técnica de estos problemas puede parecer difícil pero posible, quedará siempre un aspecto psicológi-

co que hay que tener en cuenta y que ya enunciamos al tratar de la ley básica.

La ponencia belga considera la renuncia de jurisdicción prevista en los acuerdos París-Bonn y en el estatuto de la O . T. A. N. como una atenuación del sistema del reparto de competencia. Esta atenuación presenta la ventaja de evitar el que llegue a separarse la continencia de los procedimientos en caso de conexión, pero indudablemente es contraria al principio de la certeza del Derecho, especialmente cuando la renuncia no se produce previamente y para ciertas categorías de infracciones.

En conclusión, el problema del órgano judicial competente, como los demás de que hasta ahora nos hemos ocupado, debe ser objeto de acuerdos detallados entre los Estados cooperantes. Toda solución unilateral provoca un choque desarmónico entre dos sistemas y provoca el riesgo de que ciertas infracciones queden impunes o de que por los mismos hechos y contra la misma persona se inicien dos procedimientos.

Como hemos podido constatar, el órgano judicial competente y la legislación básica aplicable se condicionan recíprocamente. Pero no hemos excluido el que un tribunal pueda aplicar una ley extranjera, sea directamente, sea después de su transformación en ley nacional por medio del reenvío. Por otra parte, un tribunal internacional ha de elegir una ley básica aplicable, puesto que la elaboración de una ley nueva ni es siempre posible ni realizable prácticamente.

IV

ARMONIZACIÓN DE ACTIVIDADES NACIONALES

Cualquiera que sea la solución concretamente escogida entre las diferentes examinadas hasta ahora, no debe dar lugar a que se formen compartimientos estancos dentro de los cuales los diferentes órganos actúan sin tomar en consideración la actividad de los otros órganos. Hemos destacado ya la exigencia de tornar permeables los diferentes sistemas. Esto no será difícil técnica ni psicológicamente si se considera que todas las soluciones deben ser adoptadas por un libre acuerdo entre los Estados

cooperantes, con la finalidad de asegurar la más acertada represión de las infracciones, tanto en interés de la cooperación militar como de cada uno de los Estados cooperantes en particular.

Ciertas cuestiones y facetas de la soberanía nacional aparecen inmediatamente como prejuicios que resultan incompatibles con la finalidad común. La ponencia belga hace un eficaz examen de las distintas hipótesis posibles consideradas en los Convenios en lo que se refiere al auxilio recíproco de los órganos judiciales y de policía, y ejecución de las sentencias dictadas por los tribunales de origen, de residencia o internacionales. Tales distinciones resultan indudablemente necesarias en el terreno técnico, puesto que cada una presenta sus aspectos propios. Pero en definitiva siempre se trata de permitir a los diferentes órganos a los que viene atribuída una competencia para reprimir las infracciones, el que desarrollen eficazmente su actividad sin encontrar obstáculos nacidos de las fronteras y ello, naturalmente, dentro de los límites de la competencia que se les reconoce. Que el tribunal de origen pueda ejercer sus poderes de instrucción y de limitación de la libertad respecto a las personas que le están sometidas independientemente del territorio en el que se encuentren, es una consecuencia que se deriva lógicamente del reconocimiento convencional de su actividad. Lo mismo puede decirse por lo que respecta a los tribunales internacionales, siempre en los límites de la actividad reconocida en favor de la cooperación con relación a los tribunales de residencia.

Pero es preciso considerar que un tribunal para ejercer su función no puede limitar sus poderes coercitivos a las personas sometidas a su jurisdicción, sino que las exigencias del proceso imponen la presencia de otras personas: testigos, personas cerca de las cuales se encontraba el acusado, cuerpo del delito, peritos, abogados. Y aquí el problema se hace más delicado porque resulta difícil admitir que un determinado tribunal pueda ejercer poderes de coerción respecto de personas que no están sometidas a su jurisdicción y, por otra parte, no se puede negar que los elementos a que se aludió anteriormente son piezas esenciales e indispensables en la marcha del proceso que, de otra forma, quedaría paralizado. La cooperación recíproca de los diferentes órganos de los Estados de origen y residencia, actuando

con la finalidad de alcanzar una meta común, constituye la solución del problema. Pero el cómo esta cooperación debe ser organizada es un problema ya de carácter concreto que debe ser examinado en relación con las estructuras jurídicas de los diferentes Estados cooperantes.

El informe belga distingue tres efectos de la sentencia penal: la autoridad de la cosa juzgada, el efecto ejecutivo y los efectos accesorios. El reconocimiento de las sentencias extranjeras es una institución conocida en casi todas las legislaciones aunque no coincidan siempre en sus límites. Por ello en este sector, igualmente, un acuerdo entre los Estados cooperantes debe clarificar la situación y el problema debe ser estudiado paralelamente al de la extensión de la extradición para conseguir una armonización completa. En la medida en que se reconoce un efecto ejecutivo a las decisiones pronunciadas por los tribunales que ejercen sus funciones en el ámbito de la competencia militar, se sustrae esta materia a los Convenios referentes a la extradición. Los problemas penitenciarios conexos merecen una atención particular, pues parece oportuno que todo condenado, cualquiera que sea el sitio en que hubiere sido detenido, sufra la pena en los establecimientos de su país de origen.

V

CONCLUSIONES

Me he ceñido al programa indicado en la introducción tratando de poner un cierto orden en los problemas penales planteados por la cooperación militar y realzando su importancia y su complejidad. El terreno es muy vasto y nos ofrece materia para profundizar en ulteriores trabajos.

He intentado presentar los problemas de una manera abstracta y por ello he tratado de los problemas que en mayor o menor medida se plantean en todas las formas de cooperación militar: bilateral o multilateral, de tipo permanente u ocasional. Pero, sobre todo, he tenido siempre presente, a fin de permanecer en un plano de realidad histórica, la forma de cooperación militar multilateral realizada en la N. A. T. O., aunque teniendo en cuen-

ta que las soluciones adoptadas por la N. A. T. O. en el asunto que nos ocupa no se encuentran cristalizadas, sino que son susceptibles de ulteriores desarrollos, y más de una vez me he referido a una forma más estrecha de cooperación militar que fué largamente estudiada, pero que no ha sido realizada: la C. E. D.

El tema de la presente ponencia se refiere a los problemas y no a las soluciones, sea porque éstas exigen un estudio a fondo incompatible con la visión panorámica que nos hemos propuesto, sea porque, como varias veces he tenido la ocasión de repetir, las soluciones tendrán que ser necesariamente adoptadas sobre un plano concreto, aunque para llegar a ellas se utilicen estudios de tipo general o abstracto.

Pero un *inventario* no podía ser *motivado* sin apuntar algún criterio de solución que se desprende de las exigencias puestas de relieve. Y celebro terminar recordando que una de estas exigencias, la que a mi juicio es base de toda solución viable, es la de hacer permeables entre sí los diversos sistemas penales nacionales. Ya he aclarado lo que entendía por permeabilidad de los sistemas: superación de las dificultades creadas por una situación de compartimientos estancos, tal y como se realiza en cada uno de los sistemas contruidos unilateralmente sobre la base de intereses estrictamente nacionales y prácticamente ignorantes o indiferentes a todos los demás. La presencia de intereses vitales que aparecen como comunes con toda evidencia es lo que ha hecho posible superar estas dificultades. Pero su importancia rebasa con mucho la cooperación militar, que es su causa inmediata. Hace tiempo que esclarecidos juristas de todas las nacionalidades intentan persuadir a sus Gobiernos de que la represión de la delincuencia es un interés común que exige una acción común tanto en el campo de la acción preventiva como en el de la represiva. En ciertos sectores se ha podido registrar un notable progreso que constituye un signo de esperanza para el porvenir. Mas para dar el paso decisivo es preciso que nazca una conciencia de la colaboración internacional y que se sacrifiquen viejos prejuicios nacionales. Y si esta conciencia puede formarse en el medio que la proporciona una vasta cooperación militar, no tardará en dar sus frutos en todos los sectores de la represión penal.

PROBLEMAS DE DERECHO PENAL PLANTEADOS POR LA COOPERACION MILITAR INTERNACIONAL (II)

por Onofrio JANNUZZI

Senador y Abogado (Italia)

Uno de los temas que el Congreso se propone examinar es el que corresponde al enunciado de esta ponencia. El tema, limitado a la exposición más que a la solución de los problemas, queda circunscrito por ello a aquellos aspectos particulares del Derecho penal militar que se derivan de la existencia de la cooperación militar internacional.

¿Qué es lo que se entiende por *cooperación militar internacional*? La *acción conjunta* de las fuerzas armadas de dos o más Estados dirigida a los fines de asegurar su defensa y su seguridad. Por efecto de la cooperación militar, la defensa de los Estados *rebasa el ámbito nacional* para situarse en el plano de la *solidaridad internacional*.

Este concepto, desde la terminación de la segunda guerra mundial nos aparece en continua y progresiva evolución: desde las limitadas experiencias de cooperación de la guerra de 1915-1918 y las tímidas concepciones del inicio de la segunda guerra mundial a la entrada en la guerra de los Estados Unidos de América, cuando Churchill y Roosevelt realizaron por primera vez un gran ensayo de cooperación militar, poniendo las fuerzas angloamericanas bajo el mando único del *Combined Chiefs of Staff*.

Después del fin de la segunda guerra mundial, las principa-

les organizaciones e iniciativas relativas a la cooperación militar internacional realizadas o proyectadas, han sido:

1. La O. N. U. (Organización de las Naciones Unidas). Se puede decir que los estatutos de la O. N. U., planteando repetidamente el problema de la defensa militar en los términos de defensa *individual y colectiva*, constituyen el primer germen de la moderna cooperación militar.

2. La N. A. T. O. (Organización del Tratado del Atlántico Norte).

3. El *Mutual Defense Assistance Program*, para la aplicación del Pacto del Atlántico.

4. El A. N. Z. U. S. (Organización de carácter político-militar entre Australia, Nueva Zelanda y los Estados Unidos, con el fin de asegurar la defensa colectiva en la zona del Pacífico).

5. La C. E. D. (Comunidad Europea de Defensa) entre Francia, Italia, Alemania Occidental, Holanda y Luxemburgo, no llevada a la práctica por falta de la ratificación por parte de Francia.

6. La U. E. O. (Unión Europea Occidental) entre los Estados adheridos al tratado de Bruselas de 17 de marzo de 1948, más Italia y Alemania Occidental.

7. Los pactos bilaterales entre la U. R. S. S. y los países denominados Democracias Populares, y los pactos que ligan a estos países entre sí.

La particularidad de los nuevos criterios de cooperación militar se encuentran en el hecho de que ésta nace y se desarrolla en *tiempo de paz*. Cada una de las creaciones de cooperación antes mencionadas tiene *una forma especial de actuación*.

Excede de nuestro tema examinar sus varios aspectos bajo los puntos de vista técnico y político. Sobre el aspecto que nos interesa —*el de los problemas del Derecho penal militar*—, las varias formas de cooperación pueden agruparse partiendo de dos principales supuestos: a) Cooperación llevada a la práctica mediante la creación de un *ejército único* nacido de la *fusión* de las fuerzas armadas de los Estados particulares con mandos e instituciones de carácter supranacional tipo C. E. D., y b) Cooperación realizada manteniendo la existencia de los *ejércitos nacionales* bajo mandos e instituciones comunes de carácter centralizado tipo N. A. T. O.

Examinemos separadamente estas dos hipótesis para ver qué

problemas surgen de ellas que puedan interesar directamente al Derecho penal militar.

Primer supuesto.—Es aquel que, como se ha dicho, responde al proyecto de la Comunidad Europea de Defensa y prevé *fuerzas armadas unificadas (o integradas)*. Cada Estado pone a disposición de la Comunidad determinados contingentes para su *fusión en una fuerza armada común* sostenida por un presupuesto común y regida por instituciones comunes. *Las fuerzas nacionales desaparecen en este sistema y en su lugar surge una fuerza común.*

La organización que se deriva y que en el caso de la C. E. D. era representada por una Asamblea, un Consejo de Ministros, un Comisariado, un Tribunal de Justicia y por las *fuerzas de defensa*, tiene carácter *supranacional* Schumanu, hablando de la *Comunidad* afirmaba, en efecto, que “era necesaria una institución supranacional a favor de la cual los países participantes habrían de consentir un parcial abandono de la soberanía”.

En esta hipótesis de fuerzas armadas unificadas de carácter supranacional resulta evidente que la legislación penal militar debe ser necesariamente única y extenderse tanto a las normas de organización judicial como a las de procedimiento.

De hecho, el Tratado de la C. E. D. resolvía el problema en este sentido estableciendo que “la represión de las infracciones de carácter penal que puedan cometerse por miembros de las fuerzas armadas europeas de defensa estará asegurada por una *legislación común* establecida teniendo presentes las normas constitucionales de cada uno de los Estados miembros. Dicha legislación *se extenderá a las normas de organización judicial y de procedimiento*”. (Arts. 18 y 19 del Protocolo jurisdiccional.)

Es evidente que en la mente de los autores del Tratado de la C. E. D. había aparecido claramente la contradicción teórica y práctica entre el carácter de *supranacionalidad de la organización y de sus normas reguladoras* y el mantenimiento en vigor de las leyes sustantivas y procesales y de los órganos de *carácter nacional*. Ciertamente que el Tratado de la C. E. D. contenía también disposiciones transitorias vigentes hasta la entrada en vigor de la legislación común; pero, aunque transitoriamente, establecían que el poder jurisdiccional de la Comunidad fuese ejercido por organismos jurisdiccionales en *función europea*, es decir,

por *tribunales europeos* compuestos por miembros de la nacionalidad de los juzgadores o por tribunales nacionales *funcionando por delegación de la Comunidad* (arts. 22 y 24 del Protocolo militar); en estas normas se reafirmaba en sustancia el concepto de la ley y de la jurisdicción única.

La legislación común y la jurisdicción única de que venimos hablando han de tener presente las normas constitucionales de cada uno de los Estados-miembros. Es claro que *tener presente no significa la uniformidad obligatoriamente*, aunque no fuese por otra razón que porque subsisten diferencias y contrastes entre las Constituciones de los diversos países.

Las Constituciones están hechas para el estado normal de la sociedad. El caso que examinamos se encuentra no en un terreno anticonstitucional, sino extraconstitucional.

La *ley penal común* aplicable a las fuerzas armadas unificadas debe, sin embargo —como lo establecía expresamente el Tratado de la C. E. D.—, contener *aquellos principios de carácter general que pertenecen al patrimonio jurídico de todos los pueblos adelantados*, tales como los de *nullum crimen sine lege*, irretroactividad de la ley penal, proporción entre la sanción punitiva y la gravedad del hecho, imputabilidad condicionada a la capacidad de entender y de querer y a la edad, la vis física, la legítima defensa y el estado de necesidad, la orden superior, la distinción de las penas según su género, etc., etc.

Partiendo del supuesto que se está examinando de *ejército único* con una ley única, otros problemas de Derecho penal militar internacional relativos a las relaciones de este ejército con otros ejércitos nacionales o internacionales con él cooperantes, caen en el tema que seguidamente examinaremos, puesto que el ejército único actúa como *una sola unidad* ni más ni menos que como cualquier ejército particular nacional o internacional.

Segundo supuesto.—Es el que, como dijimos, prevé un tipo de cooperación en el cual las fuerzas armadas particulares de los varios Estados cooperantes conservan su individualidad y su nacionalidad, pero son colocados bajo *un mando único centralizado*. A este tipo pertenece la Organización del Tratado del Atlántico Norte.

En este supuesto las fuerzas armadas *no se sustraen* a la soberanía del Estado a que pertenecen ni, en consecuencia, a sus

leyes penales militares ni a su jurisdicción. No obstante, problemas especiales pueden surgir de la cooperación militar de este segundo tipo en relación con: a) El *estacionamiento* de las fuerzas armadas de un Estado en territorio de otro Estado cooperante. (El caso de estacionamiento en un tercer Estado o de la ocupación de un territorio enemigo caen fuera de este examen.) b) Relaciones entre las fuerzas armadas particulares de cada Estado independientemente del lugar en que se encuentren. c) Relaciones entre las fuerzas armadas particulares y el mando único centralizado. d) Necesidad de protección de la infraestructura relativa a la defensa común en el territorio de cualquiera de los Estados en que se encuentre.

Antes de examinar cada uno de estos problemas debe decirse que su solución habrá de encontrarse de acuerdo con algunos principios ético-políticos fundamentales que podemos resumir así: a) Entre Estado y Estado cooperantes debe observarse buena fe recíproca, en el sentido de que cada uno de ellos ha de presuponer que la legislación y los órganos judiciales de los demás sabrán y querrán asumir sus deberes en el orden de la justicia penal común y militar con una mentalidad *distinta de la finalidad protectora de sus nacionales*. b) Todos los Estados deben considerar que el bien perseguido con la cooperación es la *seguridad común* y que, por lo tanto, incluso en el campo penal y militar es a esta superior finalidad a la que es necesario tener en cuenta para resolver los problemas, no utilizando particulares y a veces sórdidos y egoístas puntos de vista de los intereses propios. c) Consiguientemente, todo sacrificio de la soberanía que el acuerdo internacional imponga inevitablemente a cualquiera de los Estados debe ser aceptado como una contrapartida a un beneficio común en el cual se encuentra comprendida la tutela de cada uno en particular.

Sentado lo precedente y en relación a los diferentes órdenes de problemas anunciados con anterioridad, debe observarse:

A) *Problemas que nacen del estacionamiento de fuerzas de un Estado cooperante en el territorio de otro Estado.*

La norma general acogida en las legislaciones de todos los Estados es que cualquiera que cometa un delito en el *territorio* de un Estado es castigado según la ley nacional del lugar de la comisión, sea que en él se encuentre el autor en el momento del

hecho (territorialidad subjetiva), sea que, aunque encontrándose el autor en el extranjero, se perfeccione la comisión del delito en el territorio (territorialidad objetiva). En esta norma, tanto el Derecho penal común como el militar han introducido frecuentes excepciones. En la materia que nos ocupa, la cuestión nace de la necesidad de amoldar las exigencias de la soberanía del Estado de origen sobre sus fuerzas armadas estacionadas en otro Estado, y la soberanía del Estado en el cual se encuentran estacionadas o en tránsito.

El Convenio entre los Estados participantes en el Tratado del Atlántico Norte ha sentado algunos principios que en verdad pueden suscribirse, aunque teniendo en cuenta, no obstante, que con ellos *no queda agotada toda la materia*. Estos principios son:

1. La autoridad del Estado de origen no tiene ningún derecho para ejercitar jurisdicción alguna sobre los nacionales del Estado de residencia ni sobre las personas que en él habitan.

2. Las autoridades militares del Estado de origen tienen el derecho de ejercitar en el territorio del Estado de residencia los poderes de jurisdicción penal que les son conferidos por la legislación del Estado de origen sobre todas las personas sujetas a las leyes militares de tal Estado.

3. La autoridad militar del Estado de residencia tiene el derecho de ejercitar su jurisdicción sobre los militares, sobre los elementos civiles y sobre las personas a cargo por las infracciones cometidas en el territorio del Estado de residencia y castigadas por la legislación de dicho Estado.

4. Las autoridades militares del Estado de origen tienen el derecho de ejercer una jurisdicción exclusiva sobre las personas sujetas a su ley militar por delitos cometidos en el Estado de residencia que atenten contra la seguridad y no estén castigados por la legislación de dicho Estado de residencia.

5. Viceversa, las autoridades del Estado de residencia tienen derecho a ejercitar una jurisdicción exclusiva sobre los miembros de cualquier fuerza armada, elementos civiles o personas a cargo, por los delitos castigados por la legislación del Estado de residencia, especialmente por los delitos que atenten a su seguridad no castigados en la legislación del Estado de origen.

6. Se consideran delitos contra la seguridad del Estado la

violación de los secretos de Estado o de los relativos a la defensa militar, la traición, el sabotaje y el espionaje.

7. En caso de jurisdicción concurrente se siguen las siguientes normas: la autoridad militar del Estado de origen tiene el derecho de ejercitar *con prioridad* su jurisdicción sobre los miembros de una fuerza armada o sus elementos civiles en lo relativo a: delitos contra la seguridad o la propiedad del Estado de origen o la persona o propiedad de un miembro, de un elemento civil o de una persona a cargo de dicho Estado de origen; delitos resultantes de actos o negligencias cometidos en el servicio. En todos los demás casos de jurisdicción concurrente, la autoridad del Estado de residencia ejercita con prioridad la jurisdicción.

8. El Estado que tiene derecho para ejercer con prioridad la competencia puede renunciar a ella notificando la renuncia a la autoridad del otro Estado. Los Estados que no tienen derecho a la prioridad en el ejercicio de la competencia pueden interesar de los Estados que la poseen la renuncia a la misma, y éstos examinarán tal petición "con benevolencia".

Dijimos que estas normas dejaban sin resolver algunos problemas. Veamos los principales:

Primero. ¿Qué se entiende por *personas sujetas a las leyes militares de un Estado*? Los ordenamientos jurídicos de los diversos Estados se muestran discordes en esta cuestión. A modo de ejemplo, la nueva Constitución italiana (si bien con criterio discutible), en su art. 103 ha limitado la jurisdicción de los tribunales militares en tiempo de paz a los "delitos militares" cometidos por los "pertenecientes a las fuerzas armadas". Consiguientemente y en virtud de esta norma, las personas sujetas a la jurisdicción militar a las que en tiempo de paz se aplica la ley penal militar italiana por delitos cometidos en territorio extranjero, son únicamente los pertenecientes a las fuerzas armadas y sólo por delitos militares. Puesto que en otros Estados se da a la expresión "personas sujetas a la jurisdicción militar" un contenido diferente, se desprende que esta materia habrá de ser regulada convencionalmente entre los Estados cooperantes a los fines de la aplicación en el extranjero de la ley penal militar.

Segundo. ¿Cuál es la definición de "delito militar"? Delito militar viene siendo considerado generalmente cualquier infracción de la ley penal militar *independientemente de su naturaleza*.

za. Algunas legislaciones distinguen, sin embargo, unos delitos *exclusivamente militares* atribuyendo tal concepto a aquellos delitos que en sus elementos materiales constitutivos no se encuentran en todo o en parte previstos como tales delitos por la ley penal común. En su consecuencia, como el carácter militar de un delito se ha de buscar en la ley que lo prevé y estas leyes pueden variar de un Estado a otro, la cuestión ha de ser resuelta por convenio. Y la solución pudiera ser la de objetivizar el concepto de delito militar refiriéndolo a la *naturaleza de los hechos* y, por ello, del interés lesionado.

Tercero. La legislación del Estado de origen y del Estado de residencia, ¿deberán ser aplicadas en su integridad o con determinadas excepciones? Cualquier legislación constituye un todo orgánico en el que una excepción puede vulnerar el sistema. Sin embargo, algunas derogaciones aparecen como indispensables y habrán de ser acordadas convencionalmente. Las principales son:

a) Nadie puede ser castigado por un hecho no constitutivo de delito según la ley del Estado al que pertenezca, aunque deba ser juzgado por una ley diferente.

b) Nadie —cualquiera que sea la ley aplicable— puede ser castigado con la pena de muerte (que se sustituirá con una pena perpetua de privación de libertad) si no existe en la legislación del Estado al que pertenece.

c) La gracia, la amnistía y el indulto están siempre regulados con cierta discrecionalidad por las leyes del Estado de pertenencia del reo, no pudiéndose en el caso de militares en el extranjero, esto es, de ciudadanos que no han perdido su nacionalidad de origen, privarles razonablemente de los mismos beneficios de carácter excepcional de que pueden gozar —por la clemencia del Jefe del Estado o del legislador— los demás connacionales.

d) Convencionalmente deberá regularse la materia de la reincidencia en el sentido de que habrá de establecerse cuando las condenas no hayan sido impuestas con arreglo a la misma ley, qué ha de entenderse por delitos de la misma índole, ya que puede ser distinto el significado de esta expresión según las diferentes legislaciones.

e) Una atención particular merecerá también la regulación de la materia de conexión de los procedimientos, según que por

un mismo delito o por delitos conexos se proceda conjuntamente contra militares pertenecientes a fuerzas armadas de los diferentes Estados por delitos comunes o por delitos militares; o contra militares pertenecientes a las fuerzas armadas en tránsito o residencia y contra ciudadanos del Estado de residencia o viceversa.

Debe destacarse que resultaría justo que el convenio, en líneas generales, hiciese prevalecer la ley del Estado de residencia respecto a la del Estado de origen, ya que no se puede desconocer que entre varias leyes en teoría igualmente aplicables debe darse preferencia normalmente a la ley territorial, por ser la que responde a un principio de orden general. Ello no obstante, esta regla podrá sufrir excepciones en el caso en que la conexión no se derive de la participación de varias personas en un mismo delito, sino de delitos conexos teniendo uno de ellos mayor gravedad y, por lo tanto, actuando con *vis atractiva* respecto a los demás. Otras derogaciones al principio de la aplicación integral de una determinada legislación podrían ser examinadas profundizando en la cuestión.

B) Pasamos ahora a los problemas nacidos de las relaciones de la propia y verdadera *actividad de cooperación* entre las fuerzas armadas de los Estados miembros de una alianza, independientemente de cualquier consideración territorial. En esta materia lo que ha de discutirse especialmente son los delitos *contra la disciplina militar*: desobediencia, revuelta, motín, sedición militar, insubordinación, abuso de autoridad y todos los demás delitos que pueden lesionar gravemente la eficacia militar de una fuerza armada. ¿Debemos considerar como delito los hechos constitutivos de las infracciones antedichas cuando sean realizadas por un militar perteneciente a la fuerza armada de un Estado cooperante en perjuicio de fuerzas armadas o de militares (superiores o inferiores) pertenecientes a otro Estado aliado? La respuesta no podrá dejar de ser *positiva*; de otro modo se desnaturaría la esencia de la cooperación.

Aunque de hecho la solución se aparte de la concepción tradicional de la disciplina militar entendida como relación interna de cada una de las fuerzas armadas particulares, resulta innegable que una innovación en este concepto está plenamente justificada por la consideración de que si la disciplina es el arma

poderosa sin la cual toda fuerza armada podría difícilmente actuar con rapidez y eficacia para alcanzar sus propios objetivos, es igualmente necesario que influya en las relaciones entre las fuerzas armadas que actúan en cooperación para conseguir objetivos comunes, puesto que de otra manera faltaría el principal medio para consolidar la actividad conjunta y los mandos de estas fuerzas estarían privados de un instrumento indispensable para su buen funcionamiento.

C) Cuanto se ha dicho abre el camino al problema de las *relaciones entre las fuerzas armadas particulares cooperantes y el mando o mandos únicos y centralizados*. En este sector, acuerdos particulares en los Tratados de cooperación militar se imponen.

Estos acuerdos deberían intentar responder a los siguientes principios: a) Entre las fuerzas armadas y los mandos centralizados y los componentes de unas y otros, el vínculo de disciplina debe ser penalmente protegido según las reglas antes indicadas. b) La misma protección penal debe ser otorgada a las relaciones de disciplina interna del personal adjunto a los mandos, aunque provenga de fuerzas armadas diferentes y cualquiera que sea su grado. c) A dicho personal, por los delitos militares y no militares, deberán serle aplicadas las mismas normas que son aplicables a los militares y a los civiles del Estado al que pertenecen, según los criterios antes indicados.

D) Y, por fin, una palabra en relación con la *infraestructura militar*. Es este uno de los aspectos de la cooperación militar que puede interesar al Derecho penal militar. Por disposición del mando centralizado, las instalaciones y plantas de interés para la defensa común se encuentran repartidas en el territorio de los distintos Estados de la alianza, según criterios tácticos y estratégicos. Es interés de la organización central y de cada uno de los Estados que éstos establecimientos se encuentren debidamente protegidos; como es también interés de todos que cada uno de los Estados tutele adecuadamente su propio patrimonio de instalaciones defensivas destinadas a la defensa común.

En este delicado sector aparece de indudable utilidad una regulación *única* de carácter penal para todos los Estados aliados. Que ha de efectuarse mediante las apropiadas normas *convencionales*, a fin de castigar con el rigor necesario las infracciones lesivas a tan relevante interés común.

En el curso de esta exposición hemos hablado anteriormente con frecuencia de la necesidad de *acuerdos* entre los Estados co-operantes. Se ha observado con acierto que en esta compleja materia hay que conciliar el respeto de la soberanía con las exigencias de la represión, y que las soluciones variarán según que se ponga el acento sobre las consideraciones de soberanía, sobre los objetivos sociales de la represión o sobre preocupaciones propiamente militares.

Esta ponencia desea expresar una idea final: en la valoración y en la armonización de todas las exigencias es preciso no dejarse suggestionar para obtener soluciones concretas por la preocupación dominante de la intangibilidad de la soberanía territorial.

En la cooperación militar entre los Estados en todos los sectores —y por lo tanto también en el sector jurídico penal— *deben prevalecer los fines de la defensa*, ya que los Estados y la propia soberanía únicamente sobrevivirán en cuanto sean convenientemente defendidos. “La defensa nacional —ha dicho Mr. Schumann— es el fin esencial del Estado. Ella le permite asegurar su existencia como colectividad soberana, prevenirse para rechazar cualquier amenaza contra su independencia. Esta tarea, este deber, son para el Estado su razón de ser.”

Notas

RELACIONES ENTRE ACCION PENAL Y ACCION DISCIPLINARIA Y LIMITE RESPECTIVO DE LAS DOS ACCIONES

Exposición sobre el DERECHO PENAL MILITAR DEL BRASIL

por Mario Tibúrcio GOMES CARNEIRO
Ministro, Juez Honorario del Tribunal
Militar Superior

La Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, recientemente fundada y, sin embargo, célebre ya por su actividad cultural, tiene el honor de ser la primera que ha logrado reunir en este Congreso Internacional de Bruselas, sin objetivos oficiales ni políticos, a los representantes de la Justicia militar y juristas de varios países de dos continentes —Europa y América—, con el fin de estudiar importantes problemas jurídicos, abriendo así nuevos horizontes al Derecho penal militar.

Ciertamente, el Gobierno de los Estados Unidos invitó oficialmente durante la pasada guerra a los representantes de la Justicia militar de los países de América a una conferencia que tuvo lugar en Chicago, en 1945, y en el curso de la cual fué expuesto el funcionamiento de la Justicia militar americana, entonces en actividad en el teatro de operaciones en las más apartadas regiones del globo, reunión de la que salieron interesantes trabajos jurídicos publicados en lengua española bajo el título: *Conferencia de Derecho militar*.

Es igualmente cierto que en otras épocas, antes y después de 1945, hubo en Alemania, en Italia, en Suiza y en Brasil, conferencias y congresos internos que se reunieron para el estudio de cuestiones de Derecho penal militar; pero estos congresos y estas conferencias estaban organizados por los poderes públicos y resultó siempre difícil obtener informaciones sobre sus resultados, si exceptuamos la reunión realizada el pasado año en el Brasil, cuya documentación aportó a este Congreso.

Es, por lo tanto, el Congreso Internacional de Bruselas, proyectado y realizado por una sociedad privada, sin misión oficial ni mandato político, el primero en la historia de estas reuniones en el que se congregan especialistas de una rama jurídica abandonada, procedentes de diversos países de los dos Continentes, a fin de examinar en común sus legislaciones respectivas en relación con dos puntos determinados que por su simple enunciado indican una nueva orientación en el ámbito del Derecho penal militar.

El Congreso Internacional de Bruselas señala para mí el inicio de un movimiento de renovación del Derecho penal militar por la revelación que se hace implícitamente en su programa, de la clasificación del Derecho disciplinario militar incorporado al Derecho penal militar, concepto que tendrá, naturalmente, consecuencias en su codificación y cuya importancia se manifiesta por el tema que ha sido considerado como principal para este Congreso, en el que se trata de buscar cuáles son las relaciones entre acción penal y acción disciplinaria así como sus límites respectivos, todo ello bien entendido dentro de la esfera del Derecho penal militar.

No menos interesante es el segundo tema, cuya finalidad es enunciar los problemas penales que la cooperación militar internacional engendra necesariamente, indicador del nacimiento de una nueva rama del Derecho militar. Cualquiera de los dos temas nos descubre, indudablemente, nuevos horizontes.

En el enunciado del tema principal creo poder interpretar el pensamiento de los organizadores del Congreso como una manifestación de su opinión respecto al carácter penal del Derecho disciplinario militar, lo que implica rechazar todo sistema de codificación que separe el Derecho disciplinario de las atribuciones específicas del Parlamento y, además, implica también la necesidad de una respuesta que corresponda al verdadero concepto jurídico del Derecho disciplinario.

Sea de ello lo que fuere, el enunciado equivale a un reconocimiento de paternidad del Derecho disciplinario, huérfano, que en la frase de HAURIOU "busca sus padres sin poder encontrarlos". Por otra parte, como toma de posición doctrinal, representa una preciosa contribución a la solución de la controversia sobre su naturaleza jurídica.

En el enunciado del segundo tema los autores han recomendado prudentemente el examen de los problemas de naturaleza penal que se derivan de las grandes formaciones militares internacionales, a fin de equipar la legislación a ellas destinada con un sistema adecuado de normas; pues hoy día estas formaciones internacionales son las únicas grandes unidades militares utilizables en la guerra moderna, lo que hace necesario la creación de un nuevo capítulo del Derecho penal militar: la rama penal militar.

internacional que las contingencias de la estrategia contemporánea han impuesto.

Considerando la prioridad que le concede el programa del Congreso, me limito, en la presente exposición, al tema de las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria y sus límites respectivos en el ámbito del Derecho militar. A mi juicio, el acercamiento de las dos ramas jurídicas en los términos del enunciado equivale a un reconocimiento del carácter penal del Derecho disciplinario militar que alcanza así a la doctrina en el alto nivel de las investigaciones internacionales.

De esta manera, el acceso del Derecho disciplinario militar al Congreso Internacional de Bruselas pone fin a la controversia sobre el concepto jurídico de este Derecho que, por lo demás, había sido ya definido: por su clasificación como materia estatutaria, en el texto de la Constitución de ciertos Estados; por la especificación de las reglas sobre los prisioneros de guerra, en las normas del Convenio de Ginebra de 1949, conteniendo disposiciones obligatorias para la legislación de los países signatarios; por las recomendaciones memorables que con vista a su definición y elaboración fueron hechas por el Congreso Internacional de Derecho comparado, reunido en La Haya en 1950, y por las condiciones establecidas en el Tratado, instituyendo la Comunidad Europea de Defensa, en 1952, en lo que se refiere a la organización y administración de las fuerzas europeas de defensa.

El resultado que cabe esperar de los trabajos de este Congreso sobre el tema debe ser, sin duda alguna, la unificación del sistema de codificación del Derecho disciplinario militar, codificación que hasta el presente está sujeta a la más extraña orientación, como podrá verse por las legislaciones de los países aquí representados. Se mueve, en efecto, desde el procedimiento normal de elaboración de las leyes por el Parlamento hasta el simple decreto administrativo y como forma intermedia la delegación de poderes del Parlamento al Ejecutivo para legislar sobre la materia.

Los elementos de la legislación que documentan los informes presentados a este Congreso, pertenecen a una de estas tres categorías: la ley por el Parlamento en Holanda, en Suiza y en otros países aquí no representados; el decreto del Poder Ejecutivo basado en una autorización legislativa del Parlamento en la que éste establece las líneas fundamentales de la delegación de poderes concedida, como sucede en Francia, cuyo Código de Justicia Militar de 1857 sirve de modelo a casi todos los Estados de Constitución democrática; o simple acto administrativo, bajo forma de decreto, aprobando los Reglamentos disciplinarios, como ocurre no solamente en los Estados de régimen totalitario, sino también en otros de régimen democrático.

El gran servicio que el Congreso Internacional de Bruselas rin-

de, a mi juicio, al Derecho penal militar consiste, precisamente, en la proposición contenida en el tema considerado como principal, puesto que equivale a una declaración de principios en favor de la cualificación del Derecho disciplinario en la rama penal, lo que sin duda alguna deberá conducir al sistema de abolición de su codificación fuera del Parlamento.

La acción penal militar y la acción disciplinaria militar son los instrumentos jurídicos específicos de la Ley penal y de la Ley disciplinaria militar puestos a disposición del mando militar del que depende la iniciativa de la acción penal y la acción disciplinaria.

Siendo las dos acciones los instrumentos de la Ley penal y de la Ley disciplinaria, las relaciones de la una con la otra deben ser las mismas que las que existen entre las dos leyes; y así, las condiciones para el ejercicio de una se aplican o deben aplicarse a las condiciones para el ejercicio de la otra; de tal manera que los principios generales de la Ley penal militar en la acción penal militar se aplican o deben aplicarse a la acción disciplinaria militar, habida cuenta de las restricciones impuestas por las finalidades diferentes de la Ley penal y de la Ley disciplinaria, en los mismos términos que los principios generales de Derecho penal común son aplicable al Derecho penal militar.

En la exposición y los comentarios siguientes procederemos a un examen de la legislación brasileña referente al tema: el Código penal militar y los Reglamentos disciplinarios (del Ejército, de la Marina, de la Aeronáutica y de las Policías militares); y como se verá, en el trabajo de interpretación al que se someten los textos se llega a la conclusión de que en el Derecho militar brasileño se aplican al Derecho disciplinario los principios generales del Derecho penal militar.

No obstante la anomalía de su elaboración en la que se ha procedido fuera de toda doctrina y de toda jurisprudencia, el Derecho disciplinario militar brasileño, mejorando los ejemplos que nos ofrece la legislación comparada, permite aplicar a la acción disciplinaria las reglas de la acción penal militar. El conjunto de principios sobre la legalidad de la norma penal, sobre la medida de la pena y de la responsabilidad, que forman la parte general del Derecho penal militar moderno, por asimilación del Derecho penal común, aparece raramente en los diferentes textos que la legislación comparada nos ofrece tanto en el ámbito del Derecho disciplinario militar como en las exposiciones que tratan de esta rama jurídica. Y, sin embargo, estos principios son el corolario jurídico de su naturaleza penal.

Si dejamos a un lado recientes disertaciones hechas sobre esta materia en universidades suizas y alemanas, sólo en los Códigos militares de Suecia, Noruega y Suiza se encuentran recogidas a la vez, la materia penal y la materia disciplinaria ofreciéndo-

nos de este modo ejemplos poco frecuentes de enumeración de estos principios.

El Código penal militar de Noruega, de 22 de mayo de 1902, establece en su parágrafo primero que la parte primera del Código penal común, se aplica a los actos punibles que en él son definidos a condición de que no exista ninguna disposición en contrario, lo que a su vez arrastra la extensión de la parte general del Derecho común a la materia disciplinaria expuesta en la parte final de dicho Código penal militar.

En la legislación sueca, mientras el Código penal militar de 23 de octubre de 1914 especificaba en su art. 185 cuáles eran las infracciones que debían ser castigadas con medidas disciplinarias, la *Ley de aplicación de los Códigos militares* de la misma fecha determinaba, en su Sección 4.ª, los poderes disciplinarios otorgados a la Autoridad militar.

Pero es al Código suizo al que corresponde el honor de la primacía en esta materia gracias al sustancial estudio científico sobre el que fué establecido.

Los países escandinavos arriba mencionados han suprimido los tribunales militares en tiempo de paz y han abandonado más tarde el sistema de codificación única dictando una legislación disciplinaria en textos legislativos autónomos: en Noruega la *Ley sobre la competencia disciplinaria y de Policía militar*, de 6 de mayo de 1921; en Suecia la *Ley sobre las penas disciplinarias para las fuerzas armadas*, de 30 de junio de 1948. Si consideramos que en Noruega la disposición del Código militar sobre aplicación de los principios generales de Derecho penal común continúa en vigor y que en Suecia por encontrarse la jurisdicción militar suprimida en tiempo de paz es aplicable la legislación común, podemos concluir que en lo que concierne al Derecho disciplinario militar las normas anteriores no han sido modificadas por el hecho de que como la reforma de conjunto de las leyes militares ha sido realizada en los dos países bajo la influencia de ideas socialistas, tal reforma ha podido mantener la armonía indispensable entre las diversas ramas del Derecho penal, material y formal.

ERNST HAFTER, en su admirable *Anteproyecto de Código Penal Militar Suizo*, hizo notar que falta en la legislación suiza, como en la legislación extranjera sobre Derecho disciplinario, un capítulo que comprenda la parte general y que se corresponda con la parte general del Código penal, lo que da lugar a incertidumbres en cuanto a la aplicación de las reglas generales de Derecho penal, y forzosamente se ha de reconocer en materia de doctrina y de jurisprudencia la existencia de problemas y desigualdades nacidos de esta ausencia de reglas sobre la prescripción en el derecho disciplinario militar. Sin embargo, en un pasaje de la exposición de motivos del anteproyecto antes mencionados, HAFTER cita a HEINRICH DIETZ y reconoce que según la doctrina alemana, la aplica-

ción de ciertos principios penales en materia disciplinaria tiene lugar por sí misma imponiéndose por "ese buen sentido jurídico que es natural al hombre", empleando la expresión de *DIETZ* citada por el autor. Conviene, sin embargo, resaltar que en el original en alemán de la obra de *HARTER* las palabras de *DIETZ* llevan este complemento: "*ohne dass gesetzliche Vorschriften erforderliche wären*" (sin que prescripciones legales sean necesarias).

Más adelante, en su "Exposición de motivos", *HARTER* expone claramente su opinión sobre la necesidad de reglas generales: "Disposiciones penales generales son en su consecuencia necesarias en derecho disciplinario. Dado que el presente Anteproyecto reúne en una ley única el Derecho penal y el Derecho disciplinario, conviene, sin duda alguna, establecer cuáles son las disposiciones del libro primero de la parte general que se aplican en materia disciplinaria". La misma cuestión se ha planteado —recuerda *HARTER*— a propósito del Anteproyecto de Código penal común suizo, y fué resuelto por el art. 290, que estipula lo siguiente: "Las disposiciones de la parte general del libro primero son aplicables a las contravenciones con excepción de las disposiciones contenidas en los artículos siguientes". *HARTER* termina el capítulo de su *Exposición* aconsejando: "El Derecho militar puede seguir este ejemplo estableciendo las disposiciones generales del libro primero aplicables, en principio, en materia disciplinaria, salvando todas las modificaciones impuestas a este principio por la naturaleza de las faltas disciplinarias".

Apoyándose sobre estas bases, *HARTER* ha propuesto la aceptación de las normas que formaban los artículos 140 a 143 del Anteproyecto, de las que la Asamblea Federal ha recogido las que figuran en el Código, artículos 181 a 183 (*Vorentwurf*, pág. 137).

El *Mensaje del Consejo Federal* consideró, sin embargo, inútil fijar otras reglas, aparte de las de prescripción, juzgando no obstante necesario que ésta fuese expresamente mencionada; consideró igualmente inútiles las disposiciones sobre la responsabilidad, la tentativa, la complicidad, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc., porque la característica de simplicidad que tienen en general las faltas de disciplina y el hecho de que el proceso disciplinario sea menos formalista que el proceso penal propiamente dicho hacían muy raros los casos en los que hubiera que resolver problemas complicados de Derecho penal general.

De cualquier modo y a mi parecer, el texto definitivo del Código penal militar suizo, en su art. 182, no deja ninguna duda sobre la extensión de la parte general del Código a la materia disciplinaria, puesto que establece que: "A las personas a las cuales es aplicable el Código penal militar, les son igualmente aplicables, en la misma medida, las disposiciones relativas a las faltas de disciplina. "En su texto alemán, el Código citado se expresa en los siguientes términos: *Wenn und soweit eine Person dem Militär-*

strafecht untersteht, ist sie auch der Disziplinarstrafordnung unterworfen."

Debemos aún referirnos a las consideraciones de ALBERT ULDRY, que en su monografía sobre el Derecho disciplinario en el Código penal suizo, nos aporta otra contribución doctrinal de su país. Observando la naturaleza represiva de este derecho que por su esencial alcanza al conjunto del Derecho penal en general y al Derecho penal militar en particular, sometiéndose, por consecuencia, a las reglas generales que presiden estas dos ramas jurídicas. ULDRY ha sintetizado su punto de vista en una sola frase: "Por otra parte, las reglas generales de Derecho penal militar serán válidas para el Derecho disciplinario militar". El autor desarrolla este tema haciendo alusión al contenido del artículo 193 del Código penal militar, en el cual encuentra un principio que prevé explícitamente la aplicación, por analogía, de estas reglas generales en los casos particulares de la multa, la confiscación y la restitución al Estado. Sin embargo, todas las demás reglas se aplican igualmente al Derecho disciplinario en la medida en que no resultan excluidas por su naturaleza especial, y esto no sólo respecto a las reglas que tratan de las condiciones de la represión, de las condiciones personales y materiales, de las condiciones de tiempo y lugar, sino también respecto a las que se refieren a la responsabilidad, a la culpabilidad, etc.

Por el contrario, no se toman en consideración las reglas referentes a la medida y aplicación de la pena por el hecho de que no pueden adaptarse a las que regulan de manera formal o implícita la aplicación de las penas disciplinarias. El punto de vista de ULDRY concuerda con el del Código suizo en lo que se refiere a la validez de las reglas generales del Derecho militar para el Derecho disciplinario: "Pero, en la medida en que no se encuentran excluidas por la naturaleza especial del Derecho disciplinario, todas las demás reglas generales se aplican igualmente a este Derecho, así como las relativas a las condiciones de la represión, condiciones personales y materiales, condiciones de tiempo y de lugar, reglas sobre la responsabilidad y la culpabilidad, etc."

En defensa de esta opinión he recogido en la literatura jurídica europea los pareceres de otros autores, tanto antiguos como modernos. Entre los autores más antiguos y de mayor autoridad en Alemania no puede omitirse el nombre del profesor LABAND, que en su célebre *Tratado de Derecho público alemán*, tomó posición en la discusión de este tema, mostrándose favorable a la aplicación de los principios generales del Derecho penal al Derecho disciplinario ordinario; ni tampoco puede omitirse entre los autores modernos que hacen autoridad a OTTO SENFTLEBEN, quien en su *Deutsches Wehrrecht* expresaba su opinión en estos términos: "Allí donde la naturaleza de las relaciones militares o una disposición expresa no se interponen, los principios fundamentales de

las leyes penales deben encontrar su aplicación correspondiente en el Derecho disciplinario, pues de otro modo sería imposible llegar a una reglamentación regular y uniforme del poder de castigar”.

En su consecuencia, las disposiciones de la parte general del Código penal común sobre irresponsabilidad y estado de necesidad, el error y la legítima defensa, se admiten igualmente y con la excepción de las restricciones de que antes se habló en la práctica del Derecho disciplinario.

HEINRICH DIETZ en su estudio sobre el *Reglamento disciplinario alemán*, mostraba las diversas hipótesis en las que podían aplicarse los preceptos fundamentales del Derecho penal.

En Francia los profesores ALFRED LÉGAL y JEAN BRÉPHE DE LA GRESSAYE, que han dado una noción general del Derecho disciplinario, la completaron recordando que el Derecho disciplinario no era otro que el Derecho penal de las instituciones en el interior de la sociedad nacional y que comprendía forzosamente todos los principios generales de Derecho penal con excepción de aquéllos que por motivos particulares resultan excluidos, como es el caso de la norma “nulla poena sine lege” (*Les Droits disciplinaires des institutions privées*, p. 153). He aquí cómo se expresan estos autores en tan notable libro: “Esta idea directriz (la aplicación de los principios generales de Derecho penal), singularmente fecunda, nos permitirá, determinando en qué medida es posible transportar al Derecho disciplinario las reglas del Derecho penal relativas a la infracción, a la responsabilidad, a la aplicación de las penas, a la libertad de defensa, a las consecuencias civiles de la infracción, etc., precisar toda una serie de reglas que la teoría contractual se encuentra impotente para poner de relieve y por este camino junto a la demostración de que el poder disciplinario es un poder sometido al derecho, lograremos construir una síntesis lógica, coherente, y completa de esta rama del Derecho que es el Derecho disciplinario, demasiado tiempo descuidada” (Ob. cit. página 153).

El Intendente militar SILLIÈRES, en su tesis tantas veces alabada, ha señalado que la transgresión conserva, sin duda alguna, en su elemento subjetivo todas las características del hecho ilícito penal y que por consiguiente las reglas establecidas para las contravenciones penales deben ser válidas para las contravenciones militares, concluyendo: “La buena administración de la justicia disciplinaria ganará adoptando, siempre que sea posible, los grandes principios que dominan la materia del Derecho penal ordinario”.

En Italia FRANCESCO JANNITI PIROMALLO, en un artículo, *Disciplina nella pubblica amministrazione* (*Nuovo Digesto Italiano*, vol. V), declara que la práctica y la doctrina extienden al Derecho disciplinario muchos de los principios del Derecho penal y cita

este pasaje de ZANOBINI: "Las normas generales del Derecho penal son aplicables a la responsabilidad y a las penas administrativas en tanto en cuanto pueden reconocerse como principios jurídicos generales y no constituyen principios especiales justificados solamente por las razones políticas y jurídicas propias del Derecho criminal". Aunque la opinión de PIROMALLO y de ZANOBINI sobre el Derecho disciplinario ordinario se repite varias veces en la literatura jurídica italiana, no conozco ningún párrafo o pasaje que trate del Derecho disciplinario militar. Sin embargo, en los Reglamentos disciplinarios militares figuran algunos de los principios generales de Derecho penal sobre la responsabilidad y la pena.

El hecho se explica: la doctrina italiana no coloca en situación paralela la infracción disciplinaria militar y la contravención de Derecho penal común, y en su consecuencia no considera que los principios generales de Derecho común sean obligatoriamente aplicables en la rama militar, sin que ello impida al Derecho positivo actuar en sentido opuesto cuando incluye en los Reglamentos disciplinarios reglas de Derecho penal común sobre la responsabilidad y la pena adoptadas en la legislación penal militar.

Esta concepción tradicional, apoyada por la autoridad de PIETRO VICO, el ilustre fundador del Derecho militar italiano moderno, goza en este país de un valor de dogma y ha sobrevivido a todas las investigaciones doctrinales que iniciadas en ocasión de la adaptación de los Códigos militares a la Ley penal común decretada en 1889, se han proseguido por el movimiento de reforma integral provocado por la primera y la segunda guerra mundial para terminar en 1940 por los Códigos militares fascistas, cuyas ideas en la materia inspiran todavía las corrientes jurídicas dominantes en el país.

Los trabajos jurídicos elaborados para estas abortadas reformas constituyen a mi juicio la exposición doctrinal más completa sobre el Derecho penal militar, desde el punto de vista material y formal, y a ellos deben recurrir todos los que busquen una fuente de información segura en la materia. Fué precisamente al comenzar estos trabajos cuando se afirmó y extendió la opinión de VICO preconizando una doctrina contraria a la asimilación de la Ley penal militar y la Ley penal común, en el momento en que se buscaba la identificación de la *transgresión disciplinaria* con la *contravención* de Derecho penal común. CIARDI, CIANCARINI, MANASSERO, SUCATO, MILLAZZO y otros siguen los pasos de PIETRO VICO y se niegan a reconocer un carácter particular a la transgresión disciplinaria militar, y de este modo aceptan y justifican el método de elaboración de la norma disciplinaria militar por medio de simples actos administrativos. Tal actitud forma un curioso contraste con la de los escritores italianos, que tanto en la rama administrativa como en la del penal común se pronuncian en gran mayoría en favor de la naturaleza penal de la ma-

teria disciplinaria, sujeta, por consecuencia, a los preceptos generales de Derecho penal, siempre que éstos no sean incompatibles con la buena administración pública.

Las citas que acabamos de hacer demuestran que salvo el caso del Derecho militar italiano, la doctrina en general admite la aplicación de los principios generales de Derecho penal en el Derecho disciplinario militar, tanto en lo que afecta a la rama disciplinaria ordinaria en el ámbito del Derecho administrativo como en la rama disciplinaria militar en el ámbito del Derecho penal militar. Todo ello bien entendido con independencia de las restricciones que la vida militar impone como un imperativo categórico.

Es un principio impuesto por el buen sentido y la naturaleza misma de las cosas el que en la milicia, incluso cuando la Ley no lo dice expresamente, no se han castigado nunca las faltas de disciplina sin discriminación.

Sobre este punto y en materia de legislación comparada, hemos de señalar el nuevo *Codex Juris Canonici* que constituye la Ley disciplinaria de la Iglesia Católica, obra inmortal del Papa Pío XII cuando era aún Cardenal y que puede considerarse como un modelo de ciencia jurídica que gustaría ver imitado. Promulgado en 1917 el Código Canónico es, según el unánime parecer de los juristas, un ejemplo técnicamente perfecto de la aplicación de los principios generales de Derecho penal a la materia disciplinaria que forma su contenido en el Libro V y bajo el título de *De delictis et poenis*. Examinando las tres partes de las que se compone el libro citado, el Abate A. PELLÉ reconoce que la primera, que trata de los delitos, es absolutamente nueva. Combinando así las nociones fundamentales sobre las responsabilidades moral y la responsabilidad jurídica, el Abate PELLÉ declara que el Código canónico "presenta, bajo fórmulas precisas y admirablemente comprensivas, una verdadera filosofía del Derecho penal de la que la legislación civil podría obtener gran provecho" (*Le Droit pénal de l'Eglise*, 1939, p. XVII).

En el Brasil esta teoría ha pasado completamente desapercibida en el ambiente jurídico, aunque figurase en parte como precepto legal en el Proyecto de CAXIAS, en 1862, pasando después al Reglamento disciplinario del Ejército de 1875 y de éste a las disposiciones oficiales que desde entonces estuvieron y están aún en vigor, incorporando de esta manera a su texto un número apreciable de principios generales de Derecho penal. En posición contraria encontramos los casos aislados de MAGALHAES CASTRO, CARLOS DE CARVALHO y CLOVIS BEVILAQUA que en sus trabajos sobre la cuestión han reconocido el carácter penal del Derecho disciplinario militar, así como su dependencia implícita de los principios generales de Derecho penal militar, doctrina que, por mi parte comparto y divulgo, aunque sin éxito.

En medio del silencio de la doctrina, la presencia en la de-

fectuosa legislación militar actualmente en vigor de estas normas inspiradas por el proyecto de CAXIAS, no ha suscitado aún decisión judicial alguna. El hecho de incluir algunos principios generales de Derecho penal militar en nuestros Reglamentos disciplinarios militares actuales, obra de la dictadura en lo que se refiere al Ejército y a la Aeronáutica, revela, a pesar de su defectuosa nomenclatura, el reconocimiento de la naturaleza penal de la norma disciplinaria por parte de los juristas que los redactaron o revisaron, puesto que es inadmisibles que hubieran ignorado el sentido de las disposiciones que adoptaban. Como la exposición de motivos de los proyectos de los que nacieron los reglamentos antes citados no ha sido publicada, resulta bastante difícil su interpretación, tanto más cuanto que con frecuencia sus autores, colaboradores o revisores, sin explicar las razones jurídicas que les llevaron a aceptar principios generales de Derecho penal militar, niegan igualmente sin argumentos válidos el carácter penal del Derecho disciplinario militar codificado en dichos Reglamentos.

En resumen, en la rama militar el Derecho disciplinario no ha sido objeto en nuestro país de ningún estudio particular sobre el enunciado del tema, sobre el que tampoco se ha pronunciado nuestra jurisprudencia, y fué precisamente esta omisión de la justicia militar en una determinada circunstancia en la que la materia estaba constituida por la relación jurídica que hoy tratamos, lo que me llevó a estudiar la cuestión de manera más profunda.

En materia penal y, por consiguiente, en materia disciplinaria, es doctrina corriente figuren en las partes generales de diferentes Códigos ciertas reglas generales, como aquéllas que tratan de la juridicidad, de la culpabilidad, de las circunstancias atenuantes y de la extinción de la punibilidad, que por su carácter de generalidad son aplicables a todas las infracciones penales definidas en las partes especiales de estos Códigos. Estas reglas constituyen los principios fundamentales.

Es evidente que reglas de esta naturaleza son aplicables a todas las especies de infracciones penales, crímenes o contravenciones, y así, cuando no son mencionadas en los textos de las leyes penales, por omisión del legislador, deben ser igualmente aplicadas cualquiera que sea la disposición penal contenida en ley de diferente naturaleza. Siguiendo la autorizada opinión de ZANARDELLI, la locución "Ley penal" no está restringida al Código penal ni incluso a una ley especial que tenga por finalidad exclusiva y principal la represión de crímenes, *"ma la disposizione di legge altresì che prevede un reato o commina una pena, ed è perciò legge penale, sebbene faccia parte in qualsiasi corpo di legge, avverte qualsiasi altri precípua ufficio che non sia il magistero punitivo"*. (ZANARDELLI, "Relazione del Ministro Guardasigili", Roma, 1889.)

No sólo es la doctrina la que sostiene este punto de vista, sino

también y en cierta manera se encuentra apoyado en la norma general de interpretación establecida en el art. IV de la Ley de Introducción al Código civil que determina que "en los casos no previstos por la Ley, el juez decidirá la cuestión basándose en la analogía, las costumbres y los principios generales de Derecho". Ante la amplitud de este precepto y si se excluyen las hipótesis de creación del crimen o de la pena, esta regla es válida para todos los casos en que puede ser acordada una exención excepcional de culpabilidad o en los casos de extinción de punibilidad.

En su consecuencia, a la transgresión disciplinaria en el Derecho penal militar, de igual naturaleza jurídica que la contravención del Derecho penal común, deberán ser aplicadas las *reglas generales* del Código penal militar en todos los casos que la Ley disciplinaria militar no disponga otra cosa, como se estableció por el art. 1.º de la Ley de contravenciones (Decreto-ley número 3.688 de 3 de octubre de 1941) respecto de la contravención penal en el Derecho común. Desgraciadamente es un hecho en nuestro país el que la norma disciplinaria militar fué fijada sin poner en ello el cuidado necesario y sin articularla con la norma penal militar, quedando fuera de la noción del carácter penal del Derecho disciplinario. De aquí las graves dificultades que asaltan al intérprete insuficientemente prevenido y en especial en los casos de aplicación del Código penal militar a los Reglamentos disciplinarios en vigor, dos de estos últimos habiendo sido publicados antes del Código y el tercero después, pero separándose entre sí sobre puntos esenciales e incluso separándose del Código en la nomenclatura de las normas básicas incorporadas a los textos de estos reglamentos.

En los 117 artículos del Libro I del Código penal militar, en los títulos que hacen referencia a la aplicación de la Ley penal militar, al crimen y a la responsabilidad penal, a las penas, a la acción penal y a la extinción de la punibilidad, se encuentran normas de naturaleza constitucional y penal que heredadas de la Constitución y del Derecho penal común, sirven de principios fundamentales al Derecho penal militar, y por su carácter normativo deben aplicarse a toda la legislación militar especial, como lo especifica el Código penal militar en su art. 16: "Las reglas generales de este Código se aplican a los hechos incriminados por la Ley militar especial salvo disposición en contrario".

Creo que se considera sin discusión como incorporada a la norma militar, tal como está formulada, la materia de los artículos 315, 316, 317 y 319, disposiciones generales del Código citado definiendo en el primero qué se entiende por "navío"; en el segundo asimilando a "comandante" toda autoridad ejerciendo función de dirección; en el tercero considerando "superior" al militar que en virtud de su función ejerce autoridad sobre otro de igual empleo, y en el último considerado, "funcionarios de la Adminis-

tración militar", a los jueces y representantes del Ministerio público de la Justicia militar, a los efectos de aplicación del Código. Igual ocurre con el art. 4.º, que trata del carácter personal de la Ley militar. También creo imposible negar que algunos de los preceptos admitidos en los Reglamentos militares son idénticos a sus equivalentes del Código citado, no obstante la errónea nomenclatura de varios de ellos.

Estoy seguro, sin embargo, que si no se está muy versado en la materia se invocará la disposición del art. 17, donde se dice: "Este Código no comprende las transgresiones de los Reglamentos disciplinarios", para concluir de ella que puesto que así se establece en la parte general de este texto, sus autores han querido indicar claramente que las constantes de estas *reglas generales* no debían extenderse a las infracciones disciplinarias. Esta interpretación se explica cuando se sigue la corriente jurídica que desconoce la naturaleza penal del Derecho disciplinario militar, el cual debe ser objeto de una ley especial por razón de su naturaleza estatutaria. Tal interpretación debe ser rectificadora y es lo que me propongo hacer en las páginas siguientes. El art. 17 ya citado reproduce el texto del apartado b) del art. 4.º del Código penal de la Marina, de 1891, que estipula: "No están comprendidas en el presente Código: a), las contravenciones de policía cometidas a bordo de buques de la Marina o embarcaciones sujetas al mismo régimen, en las fortalezas, acuartelamientos o establecimientos navales. b), Las infracciones a los Reglamentos disciplinarios."

Reemplazando, en 1891, la legislación penal militar portuguesa que estaba entonces en vigor y en la que la materia penal no se distinguía de la materia disciplinaria, y completando por otra parte la reforma de la legislación disciplinaria ya comenzada por la adopción del Código disciplinario en 1890, el Código penal de la Marina ha sido interpretado en este pasaje como una muy clara confirmación de la autonomía del Derecho disciplinario codificado en 1890 y del que la nueva ley conservaba intacto el contenido, puesto que las infracciones disciplinarias seguían encontrándose en el texto que las definía y las castigaba. En el mismo sentido que la disposición del Código de la Marina de 1891 ha de comprenderse el art. 17 del Código penal militar actualmente en vigor, prácticamente inoperante en cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho penal militar en la rama disciplinaria, materia reglamentada por el art. 16 en la parte en que la Ley no toma ninguna disposición en contrario, como hicimos observar anteriormente.

Siendo un complemento de la norma penal militar, la norma disciplinaria militar es tributaria de la primera y en su consecuencia está subordinada a sus principios fundamentales de una forma aún más completa que la que enlaza la contravención penal y la norma penal en Derecho común, de suerte que la omisión en el

Código penal militar y en la legislación disciplinaria militar de disposiciones coordinadoras de la aplicación de los principios generales de la Ley penal militar no impide el que la doctrina y la jurisprudencia continúen buscando activamente una interpretación que satisfaga los intereses de la justicia y de la disciplina militar.

La operación a la que procede el *mando militar* para buscar y calificar el hecho definido como *transgresión disciplinaria* y para graduar y aplicar la *pena disciplinaria* correspondiente, gozando de plena responsabilidad para ejercer el privilegio de iniciativa de la *acción penal y disciplinaria militar*, en nada difiere de la que verifica el juez, singular o colegiado, para buscar y calificar el hecho definido como *crimen militar*, y graduar y aplicar la *pena criminal* correspondiente. Con el fin de facilitar esta operación, tanto al juez como al mando, la doctrina aconseja al legislador hacer en las reglas penales aplicables por estas autoridades "todas las modificaciones impuestas por la particular naturaleza del objeto y del fin de tutela de la organización militar", como se aconsejaba en Italia en 1923 para la elaboración del Código penal militar y cómo deberá procederse para la elaboración de leyes sobre la disciplina militar.

Dadas las relaciones orgánicas que unen entre sí las dos ramas del Derecho penal militar, las reglas generales del Código penal militar deben —con toda evidencia— ser utilizadas por el mando en el ejercicio de la jurisdicción disciplinaria, ya que estas reglas constituyen el método lógico y jurídico cuya aplicación ha sido determinada por el art. 16, aunque los arreglos necesarios no hayan sido efectuados íntegramente en los textos oficiales sobre materia disciplinaria. Han de tenerse en cuenta igualmente todas las restricciones impuestas por la naturaleza y la finalidad del Derecho disciplinario militar, restricciones que serán más acentuadas en lo concierne a los efectos de la pena disciplinaria que en lo relativo al proceso para su aplicación.

De esta asimilación exagerada del Derecho común por el Código penal militar que ha incorporado a su parte general la casi totalidad de las reglas penales de Derecho común a las que se han añadido, no siempre en forma adecuada, algunos principios específicos de Derecho militar, nació la composición del Libro I en el cual tienen estas reglas su lugar apropiado, pero donde se encuentran mezcladas con fórmulas y conceptos a veces impropios como puede constatarse confrontando los textos sobre la materia del Código penal y los Reglamentos disciplinarios militares.

Como principios generales, en el texto del Libro antes mencionado se encuentran: a) Los principios constitucionales sobre la legalidad de los crímenes y de las penas y la retroactividad de la Ley penal, aparte de las reglas generales para la interpretación de este tipo de ley y los preceptos sobre las condiciones que caracteri-

zan la infracción penal militar en lo que se refiere a la persona, la materia, el lugar y el tiempo. b) Las disposiciones sobre el crimen militar como infracción penal específica, diferente de la infracción disciplinaria, así como las reglas sobre la responsabilidad penal. c) Las prescripciones para la aplicación de la pena criminal; y d) Las directivas reglamentando la acción penal y la extinción de la punibilidad; todo lo cual constituye técnicamente la *parte general* del Código y se aplica a toda ley penal militar especial de acuerdo con el art. 16.

Como es sabido, falta en los Reglamentos disciplinarios militares la *parte general*, en la cual estos principios o sus equivalentes deberían ser mencionados con las restricciones aceptadas; porque lo que se designa en estos Reglamentos bajo el título de "Disposiciones especiales" o "Generalidades" no tiene nada que ver con la institución jurídica en cuestión, sino que son simplemente preceptos de moral y de educación militar. Conviene señalar que en el Reglamento disciplinario de la Marina varias normas específicas de la parte general figuran al final del texto bajo el título de "Disposiciones generales", lo que demuestra, desde el punto técnico, que se ha descuidado esta materia en la elaboración del Reglamento.

Si se toma como objeto de esta comparación el Reglamento disciplinario del Ejército imitado casi literalmente por el de la Aeronáutica y conteniendo en lo que se refiere a los principios generales del Derecho penal militar, preceptos que en su esencia son los mismos que los de la Marina aunque su enunciado sea, a veces, diferente, se verá que los principios en cuestión se exponen según el siguiente esquema: especificación de las personas sujetas al régimen disciplinario, en el art. 10; definición e incriminación de las transgresiones disciplinarias, en los arts. 12 y 13; clasificación de las transgresiones, en el art. 14; indicación de las penas disciplinarias, su naturaleza, amplitud, duración, graduación y cumplimiento, en los arts. 17 a 36; enumeración de las causas y de las circunstancias que influyen en el enjuiciamiento como causas justificativas y como circunstancias atenuantes y agravantes, en el art. 16; competencia para la aplicación de las penas disciplinarias y sus límites, en los arts. 37 a 42, y reglas para la aplicación de las penas disciplinarias, en los arts. 43 a 56.

Comparadas con el texto que las estableció en el Código penal militar las reglas generales de Derecho penal militar que aparecen en los Reglamentos militares presentan divergencias cuyo examen interesa en esta ponencia, sea porque guardan silencio sobre ciertos puntos en relación con las instituciones fundamentales en materia penal, definidas por el Código militar, sea porque se refieren a estas instituciones empleando fórmulas cuyo contenido difiere del establecido por el Código. Me limitaré, en este trabajo, a considerar las reglas que han sido omitidas por nuestro Código juz-

gando inútil el discutir aquí las medidas adoptadas por los Reglamentos antes citados, puesto que legal y técnicamente estas medidas equivaldrán a las restricciones que la política criminal militar consideró necesario imponer a las reglas generales del Derecho penal.

Si en el momento de elaborar la Ley disciplinaria militar se hubiera seguido el método aconsejado por la doctrina —especificando en la Ley penal militar las restricciones bajo las cuales sus principios generales serían adoptados por la Ley disciplinaria, o bien indicando en la Ley disciplinaria militar los principios generales de la Ley penal militar que a ella se extendían—, no hubiera habido ninguna necesidad de realizar un penoso trabajo de interpretación con la finalidad de explicar y comentar los Reglamentos disciplinarios militares. Si se confrontan estos principios con las disposiciones del Código penal militar en sus arts. 16 y 17 y con las lagunas del Reglamento ya citado, se percibirá la desorientación de las codificaciones tal y como vengo afirmándolo desde hace años.

Cuando se ha visto la diferencia de destino de la Ley penal militar y la Ley disciplinaria militar, no se puede negar que algunas de las disposiciones generales de la Ley penal son inaplicables a la Ley disciplinaria, como sucede en el Derecho común entre el Código penal y la Ley de Contravenciones penales, comparación que no cabe evitar cuando se trata del Derecho penal militar. Es evidente que si se exceptúan las hipótesis sobre la situación del demente frente al castigo disciplinario, sobre las penas criminales sin equivalencia en la Ley disciplinaria y sobre las medidas de seguridad, se viene obligado a reconocer que incluidos o no en los textos que en el Brasil regulan la materia disciplinaria, los principios generales del Código penal militar deben forzosamente influir sobre la aplicación de las normas de los Reglamentos disciplinarios en los que la materia relativa a estos principios ha sido volcada sin ningún criterio jurídico.

Dada la forma en que fueron elaborados, falta a los Reglamentos disciplinarios la *parte general* que en los Códigos penales y en las Leyes de contravenciones penales consolida los principios jurídicos que, en las dos ramas, deben orientar la aplicación de la *parte especial* donde se definen las infracciones penales y las contravenciones, porque habiendo adoptado el sistema de codificar el Derecho disciplinario como materia de *Derecho de policía*, no hubo preocupación por los perjuicios que engendraría la falta de encaje entre la Ley penal militar y la Ley disciplinaria militar.

Sin embargo, varios de estos principios jurídicos figuran desde hace años en la legislación brasileña sobre disciplina militar, pero no son designados con una nomenclatura apropiada y no ocupan un lugar determinado. A mi juicio, todos los principios generales de Derecho penal militar son aplicables al Derecho disciplinario

militar, a excepción de aquellos que sean enumerados por la Ley como incompatibles con el régimen disciplinario, y dado el silencio de la Ley y de la jurisprudencia sobre esta cuestión he limitado estos principios a los casos arriba mencionados. Estoy seguro que el examen de la parte general del Código penal militar llevará esta misma convicción al ánimo de todos aquellos que tengan una acertada idea del concepto filosófico y jurídico de la materia comprendida en las reglas generales del Derecho penal militar y del objeto del Derecho disciplinario militar, que es su complemento.

¿Existiría alguien que con toda sinceridad y en conciencia se atreviese a afirmar, después de haber leído el Código y meditado sobre su contenido, que si se exceptúan los principios generales de los Reglamentos disciplinarios militares, los otros principios, por hallarse catalogados en la parte general del Código, no les son aplicables? Así, los conceptos de responsabilidad, de dolo, de culpa, de caso fortuito, de perjuicio, de peligro y de error; la infracción consumada y la tentativa; la coautoría y la complicidad; el concurso de infracciones, la reincidencia; las circunstancias modificativas de la pena y las justificativas de la infracción; las causas de extinción de la acción penal, ¿es que no tendrían ningún valor en Derecho disciplinario militar?

Es evidente que el legislador, en razón de la finalidad de la Ley disciplinaria militar debe excluir de ella ciertos principios generales, como lo hacen algunas legislaciones que en la rama disciplinaria no admiten, por ejemplo, la prescripción. Sin embargo, en el Brasil, dados los términos del art. 16 del Código penal militar y el silencio de los Reglamentos disciplinarios militares, cuya legalidad se admite a efectos de argumentación, no se podría aceptar ni la prescripción ni otras restricciones que se encuentran en el Derecho comparado.

Cuando redacté el sumario del presente estudio, no tuve por finalidad hacer una especie de parte general del Derecho disciplinario militar donde se encontrasen reunidos los principios generales de Derecho penal militar que fuesen aplicables, sino que pretendía exponer el sistema de Derecho penal militar brasileño, que de acuerdo con el texto del art. 16 considero como obligatoriamente aplicable al Derecho disciplinario, con contadas excepciones, para demostrar las relaciones entre las dos ramas jurídicas.

Como ejemplo de casos en los que los principios generales del Código penal militar deben ser aplicados sin restricción aunque no figuren en la legislación sobre la disciplina militar, mencionaré los previstos en los arts. 4, 12, 29-III, 34, 35 y 103, por no citar más que aquellos que ofrecen mayor interés teórico y práctico. El primero define el carácter personal de la Ley penal militar que sigue al militar como su sombra en cualquier parte que esté, tanto en su país como en el extranjero, declarando: "La Ley penal militar se aplica a todo crimen realizado en territorio nacional

o en el extranjero, incluso si en este último caso el culpable ha sido ya juzgado por la justicia extranjera”.

El segundo tiene por finalidad legitimar, en interés de la disciplina y de la justicia, la figura del *militar de hecho*, por incorporación irregular, de forma que haga posible la condena criminal del agente declarando: “La irregularidad del acto de la incorporación no excluye la aplicación de la Ley penal militar si esta irregularidad ha sido alegada o conocida después de cometido el crimen”.

El tercero—el art. 29— declara en el pasaje mencionado, que no existe crimen “cuando el agente realiza el hecho en cumplimiento escrito de su deber legal o en el ejercicio regular de un derecho”, causa de exclusión de la criminalidad que no se encuentra comprendida entre las causas justificativas adoptadas por los Reglamentos disciplinarios.

El art. 34 considera sin valor como elementos constitutivos del crimen militar las relaciones jerárquicas cuando se dan las siguientes circunstancias: “La condición de superior o de inferior, cuando no era conocida por el agente”; “La condición de superior o de inferior, de Oficial de facción, de servicio, de centinela o plantón, cuando la acción ha sido realizada para defenderse contra una agresión”.

El art. 35 prevé que será declarado irresponsable aquel que “a causa de enfermedad mental o de desarrollo mental incompleto o retrasado, se encontraba en el momento de la acción o de la omisión completamente incapaz para comprender el carácter criminal del hecho o actuar de acuerdo con esta comprensión”; en consecuencia, el Código ordena en el art. 97 el internamiento del enfermo en un manicomio judicial.

En fin, el art. 103 enumera las causas de extinción de la punibilidad: la muerte del agente, la amnistía, la gracia o el indulto, la retroactividad de la Ley penal que ya no considera el hecho como criminal; la rehabilitación, la prescripción y la reparación del daño en el delito de peculado culpable, casos todos de los que no se ocupan los Reglamentos disciplinarios.

Sólo la rehabilitación ha sido prevista por los Reglamentos disciplinarios del Ejército y de la Aeronáutica en los arts. 63 y 84, respectivamente, aunque tampoco figura en el de la Marina. En resumen, no se encuentran en estos Reglamentos disposiciones análogas correspondientes o que produzcan el mismo efecto jurídico que las anteriormente transcritas.

Sin embargo, y dada la interpretación del art. 16 del Código penal militar, tales lagunas no constituyen razón válida para que si los supuestos previstos se presentan, el mando o quien ejerce la jurisdicción disciplinaria militar no aplique la regla general de la Ley penal militar. Este es el objetivo perseguido en las consideraciones siguientes:

El carácter personal de la Ley penal y militar y de la Ley disciplinaria militar inherente al papel político, jurídico y funcional de la fuerza armada cuyo interés general constituye la finalidad de ambas leyes, debe ser reconocido por las dos, aunque en una sola de ellas este carácter se encuentre afirmado por una disposición expresa. Resultaría un absurdo monstruoso el admitir que a un hecho ocurrido a bordo de un buque o de un avión militar en misión en el extranjero se aplicase la Ley penal y no la Ley disciplinaria que, aunque diferente por su radio de acción, trata igualmente de mantener el orden y la disciplina allí donde el militar pueda encontrarse. Poco importa el silencio de la legislación disciplinaria: la indisolubilidad de las relaciones entre la Ley penal y la Ley disciplinaria obliga a obtener esta conclusión.

La revalidación de la incorporación irregular de la que se aprovecharía el autor del fraude escapando a la persecución judicial en la hipótesis de crimen militar por la alegación oportuna de la nulidad de su enrolamiento es el saludable correctivo al art. 12 al que en otra parte hicimos referencia más detallada. Sería inconcebible el admitir en la interpretación de la Ley que tan prudente medida de política criminal sea adoptada cuando se trata de un crimen militar y excluida si se trata de una transgresión disciplinaria. Los otros principios generales que se encuentran en el artículo 34 del Código penal militar no se limitan ni pueden limitarse a la esfera de la Ley penal: por su contenido y su alcance deben extenderse al ámbito disciplinario donde la jerarquía militar confiere derechos e impone deberes específicos porque tal es implícitamente el sentido de su texto. Si en cierta manera uno de los párrafos del art. 34 ha sido adoptado por la legislación sobre la disciplina militar por el hecho de excusar al agente que prueba la ignorancia de la ley o de la orden recibida, la Ley penal militar, en las dos hipótesis previstas por el artículo citado, considera como inexistente el lazo jerárquico que constituye el elemento esencial para ciertos crímenes militares: no solamente cuando la calidad de superior o inferior es ignorada por el actor, sino también cuando la acción se realiza en legítima defensa, la calidad de superior extendiéndose también a las funciones de mando o vigilancia especificadas.

Basta el sentido común para darse cuenta que estos preceptos no se limitan a la jurisdicción penal militar, puesto que tienen su entera aplicación en la jurisdicción disciplinaria.

Nos quedan todavía: las disposiciones sobre la *causa justificativa* del núm. II del art. 29; las enumeradas en el art. 103 sobre *causas de extinción de la punibilidad*, que por su importancia excepcional merecen más amplias observaciones, al igual que las causas que excluyen la imputabilidad. Entre las causas de justificación especificadas en los arts. 16, 11 y 13 de los Reglamentos disciplinarios del Ejército, de la Marina y de la Aeronáutica, respec-

tivamente, el legislador no ha incluido: el estricto cumplimiento del deber legal o el ejercicio legítimo de un derecho, causas que perfectamente fundamentadas desde el punto de vista político, jurídico y moral han sido previstas por el Código penal militar. Esta laguna se presta evidentemente a la crítica, puesto que no hay explicación para que la Ley exima de responsabilidad al autor de un crimen militar y no le exima en una transgresión disciplinaria cuando en ambos casos de gravedad diferente la acción o la omisión punibles se encuentran justificadas por la misma causa. Es cierto que en dos de estos Reglamentos —el del Ejército y el de la Aeronáutica en sus arts. 16 párrafos 4 y 14 respectivamente— se establece lo siguiente: “No habrá lugar a castigo cuando una causa justificativa sea estimada al enjuiciar la transgresión”.

Pero esta regla, que debe ser aplicada por las autoridades militares que, por lo general no poseen una cultura jurídica profunda, será comprendida como abarcando únicamente las causas justificativas previstas por los Reglamentos disciplinarios, y en el caso de la Marina ni siquiera se podrá hacer tal alegación, puesto que en él no figura el precepto obligatorio del reconocimiento de la circunstancia justificativa. Sin embargo, en muy numerosas ocasiones, tanto en la jurisdicción disciplinaria como en la jurisdicción penal militar, el militar encontrará en la aplicación de este precepto una garantía para el perfecto cumplimiento de sus *deberes de juez, de testigo o de perito*, por la veracidad de la prueba apreciada en sus sentencias, expuesta en sus declaraciones y discentida en sus informes, documentos en los cuales los militares tendrán muchas veces que hacer declaraciones o examinar actos referentes a crímenes o transgresiones disciplinarias imputables a sus superiores, iguales o subordinados.

En las situaciones típicamente militares creadas por las relaciones jurídicas particulares de la vida militar *la justificación del estricto cumplimiento del deber legal* anula la influencia del poder personal del superior cuando los órganos del mando y de la justicia funcionan normalmente. Pero es, sin embargo, en las atribuciones conferidas por la Ley a militares en el cumplimiento de funciones de policía judicial militar donde se encuentra más claro y más gravemente el arbitrario o el peligro de arbitrario por el hecho del mando, en lo que se refiere al testimonio del subordinado sobre la conducta del superior. Con el fin de examinar este aspecto del problema he dedicado algunas consideraciones a la *inmunidad judicial* que reúne las garantías concedidas a los que ayudan a la justicia en las circunstancias mencionadas.

Entre los juristas que han tratado esta cuestión de forma más clara y extensa, hay que nombrar a JEAN SAUVEL en su reciente estudio *Les immunités judiciaires*, publicado en 1950 en la “Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal comparé”, más tarde publicado en libro. JEAN SAUVEL clasifica en dos grupos dichas in-

munidades: una, constituida por el art. 14 de la Ley francesa sobre la libertad de prensa, que es la *inmunidad de defensa*; y el otro, que se encuentra fuera de los textos legales, y consiste en la aplicación de un principio general de Derecho, que puede ser calificado como *inmunidad de los magistrados y sus auxiliares*. Dándoles fundamento y aplicación, el autor declara: "Tienen por finalidad asegurar la libertad de expresión ante los tribunales de aquellas personas que, por cualquier título, ejercen una función judicial y únicamente en el cuadro de dicha función". Como toda inmunidad, impiden generalmente el ejercicio de la acción pública y de la acción civil contra sus beneficiarios. Si a veces las inmunidades presentan el inconveniente de disminuir el respeto debido a la vida privada de los individuos, por el contrario tienen la ventaja insigne de permitir que la verdad se manifieste ante la justicia cualquiera que sea la forma bajo la cual aparezca. Recuerda igualmente el autor que como lo prueba la historia, no ha existido "justicia imparcial y objetiva" en las épocas y países donde faltaron tales garantías, y resume el concepto de las dos formas de inmunidad arriba citadas diciendo: "La inmunidad de la defensa es una derogación al Derecho común. Su campo de aplicación se determina realmente. Se limita a los hechos objeto de la defensa, es decir a los hechos relativos a la causa objeto del proceso".

"La *inmunidad de los magistrados y de sus auxiliares* es la aplicación del principio general de Derecho que exige la irresponsabilidad de las personas que realizan un deber encomendado por la Ley, por los actos de su función. Es una *inmunidad de función*. (Ob cit. págs. 557 y siguientes.)

Después de haber examinado la *inmunidad de defensa* bajo diferentes aspectos, estudia el autor la *inmunidad judicial* cuya fundamentación no se encuentra en la Ley por ser inherente a la función misma. Y explica: "Es inherente a la función del magistrado y de todas las personas a quienes incumbe el ayudar al descubrimiento de la verdad. Estas personas son principalmente los testigos y los peritos". "Su situación, dice SAUVÉL, es análoga a la de todos los funcionarios que en el cumplimiento de su cargo están, a veces, obligados a revelar y a revelar a terceros, por ejemplo, a sus superiores jerárquicos, hechos que puestos en conocimiento de éstos resultan difamatorios. (Ob. cit. pág. 574.)

Para SAUVÉL los beneficiarios de esta inmunidad son, de manera general, todas las personas investidas de una función judicial: la *inmunidad judicial* es el corolario del ejercicio de un derecho. Los actos cometidos en el ejercicio de un derecho no pueden ser calificados de criminales ni implicar responsabilidad penal o civil para sus autores, puesto que adquieren el carácter de hecho justificativo que SAUVÉL enlaza con los artículos 327 y siguientes del Código penal relativos al caso de injurias y ofensas en justicia en el mismo sentido adoptado por el art. 191, núm 1 del Código penal

militar, copiado sobre el Código común. La consecuencia lógica, jurídica y moral de la obligación de testimoniar ante la justicia que la Ley impone al testigo, es en un estado de Derecho, la garantía de la inmunidad por las declaraciones que haga con la finalidad de ayudar a la justicia.

Teniendo en cuenta este fin es por lo que la doctrina y la jurisprudencia han creado en favor del testigo una inmunidad que según frase de SAUVEL "le da la seguridad que no tiene nada que temer diciendo la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, hablando sin rencor y sin temor, cualquiera que sea el perjuicio que de esta forma pueda causar a otro". Análoga a la inmunidad que protege al juez, según la jurisprudencia de los países de alta y antigua cultura política y jurídica, es la que defiende a los testigos, no solamente frente a los procesos por difamación, injuria o ultraje, sino también contra toda acción penal, civil o disciplinaria salvo naturalmente el caso de falso testimonio. SAUVEL termina en términos categóricos su convincente exposición: "Todos los testigos están protegidos, sean simples particulares, funcionarios, oficiales de la policía judicial o peritos, incluso parlamentarios y ante todos los organismos que tengan carácter jurisdiccional". Se sobreentiende que para que sus autores beneficien de las garantías de la Ley las declaraciones de los auxiliares de la justicia hechas ante el juez, bajo su vigilancia, como ante el magistrado que preside la audiencia y que tiene la responsabilidad de la elaboración de los respectivos documentos judiciales, deben referirse directa o indirectamente a los hechos del proceso o a las personas por él afectadas. En otro caso, estas declaraciones serían inútiles y se encontrarían desprovistas de toda relación con el caso enjuiciado, por lo que se registrarían en el acta con las anotaciones establecidas por la Ley de procedimiento para que pudieran recibir el correctivo apropiado. Si ello no fuera así, el honor y la disciplina estarían a la merced de aquellos que por sí mismos o para servir la cobardía y la indignidad de terceros utilizaran rastreramente la vista judicial para difamar, injuriar o calumniar. En manos de jueces capacitados la Ley nunca dejará de proteger a los testigos idóneos,

Lo que resultaría absurdo sería considerar como criminales y punibles las declaraciones de un testigo que al narrar los hechos objeto del proceso o aludiendo a las personas en él mezcladas, califica la conducta de algunas de ellas, cualquiera que sea su posición jerárquica, puesto que esta calificación se refiere a un hecho que ha sido realmente realizado. Sería inadmisibles que la Ley y la jurisprudencia declarasen exento de pena al militar que ante la justicia describe todas las fases de un crimen cometido por un superior y que al mismo tiempo estimasen punible al que en las mismas condiciones emplease para definir estos crímenes las expresiones verbales que en los diccionarios las definen y califican.

De las causas de extinción de la punibilidad enumeradas en el artículo 103 del Código penal militar, sólo la *rehabilitación* es mencionada en los Reglamentos disciplinarios del Ejército y de la Aeronáutica en los arts. 63 y 84, respectivamente, con la misma finalidad de política criminal de extinguir la interdicción consecutiva a la pena de expulsión por incapacidad moral, que prohíbe el acceso a la reserva, así como la admisión para cualquier cargo, función o empleo en los dos Ministerios, el de la Guerra y el de la Aeronáutica. Por el contrario, el Reglamento disciplinario de la Marina, de 1955, guarda silencio sobre la materia, pues en el párrafo único del art. 29 remite a leyes y reglamentos especiales la situación del militar expulsado de su corporación en relación con su posible admisión en la reserva o en el servicio público civil. Resulta que estas leyes y reglamentos especiales todavía no se han ocupado de la cuestión, de manera que para regular su vida en el mundo civil los militares castigados con expulsión o exclusión de la Marina han de recurrir a la justicia militar a fin de obtener el beneficio concedido por el Código penal militar contra la perpetuidad de las penas accesorias que les impiden volver a tomar su actividad normal en la sociedad.

De este modo, las lagunas de la legislación militar en este caso particular crean la anomalía siguiente: si se trata de una *condena criminal* en la que exista una pena accesoria prohibiendo el ejercicio de una profesión o de una función pública, está admitida la rehabilitación por vía judicial, ya que la Ley subsidiaria es la legislación común; pero si se trata de exclusión o expulsión como penas disciplinarias, la solución del problema es diferente en la legislación especial, puesto que mientras en el Ejército y la Aeronáutica los Reglamentos disciplinarios en los arts. 34, 36 y 38, 39, 84, 85 y 86, respectivamente, establecen normas para la rehabilitación en cuanto al ingreso en la reserva del militar expulsado de una u otra de estas corporaciones, la Marina remite la cuestión a las leyes reguladoras de la organización de los servicios públicos en las que todavía no se encuentra solución.

La muerte del agente; la revocación de la norma, que ya no considera el hecho punible; la reparación del daño en el caso en que la víctima o el Estado son indemnizados y el perjuicio es causado por un acto involuntario como está previsto en el número sexto del artículo 103 ya citado, son las causas de extinción de la punibilidad en materia penal militar. Excluidas de los Reglamentos disciplinarios, han de estar presentes, sin embargo, en el pensamiento del mando o del juez para que pueda dejar sin castigo la transgresión cometida: por la muerte del agente la pena pierde su objeto: por la revocación de la disposición que calificaba el hecho de transgresión, la razón de castigar desaparece; si la falta es ligera y el perjuicio es reparado, no ha lugar a castigar en el ámbito disciplinario. Sin embargo, por lo que respecta a las otras cau-

sas de extinción hay que prever una cierta resistencia por parte de aquellos que no estén muy duchos en la materia, porque las razones sobre las que se fundan son jurídicas y esencialmente técnicas y, por consecuencia, inaccesibles para aquellos que no las estudien con el cuidado y la preparación necesarias, contrariamente a lo que sucede para las causas antes mencionadas, que son de naturaleza objetiva.

La *amnistía*, la *gracia* y el *perdón* o *indulto*, así como la *prescripción* son causas de extinción de la punibilidad que en opinión de algunos autores y siguiendo el ejemplo de algunas legislaciones militares, son incompatibles con el objeto del Derecho disciplinario. Como a mi parecer precisamente las instituciones mencionadas deben ser aplicadas en el Derecho disciplinario militar a título de principios generales de Derecho penal militar, he juzgado necesario hacer algunas breves consideraciones a este respecto.

Basándose en la propia Constitución que en el art. 5.º núm. XIV atribuye al Congreso Nacional el poder de "conceder la amnistía" y en el art. 87 concede al Presidente de la República el derecho de "conceder el perdón y conmutar las penas", tras audiencia de los órganos instituidos por la Ley, estas medidas de clemencia han sido admitidas en la legislación penal común y militar, y con la misma finalidad deben ser aplicadas en el Derecho disciplinario militar a pesar del silencio de los Reglamentos disciplinarios. Las fuentes de las tres formas de extinción de la punibilidad con la atribución de la amnistía y de la gracia y la conmutación de la pena, han sido consideradas como una prudente colaboración política del poder legislativo y del Presidente de la República con la actividad específica del poder judicial que termina por una sentencia condenatoria; constatándose que el Congreso Nacional goza de entera libertad en la aplicación de su derecho de amnistiar, dándole así el sentido y la amplitud que las circunstancias le inspiren para el bien de la paz pública y del orden social, conforme a lo que demuestra en todos los terrenos la evolución del concepto de la amnistía y del poder político del Parlamento, mientras que para las otras formas de clemencia la Constitución establece restricciones, puesto que dependen de la opinión de Organos establecidos para examinar esta muy delicada atribución del Presidente de la República.

En tanto que excepcionalmente y para conmemorar fechas nacionales o acontecimientos históricos *el Mando*, en el ámbito disciplinario, perdona las *penas disciplinarias* elegidas como es de rigor entre las menos graves, el Presidente de la República perdona y conmuta frecuentemente *penas criminales* elevadas, impuestas por los más graves delitos.

En su monografía *L'amnistie. Son influence sur le droit disciplinaire*, GEORGES LEVASSEUR observa que la introducción de la amnistía en el campo disciplinario es una idea relativamente nue-

va, pues los problemas que este hecho suscitaba pasaron largo tiempo desapercibidos, pero a pesar de la restricción que hace respecto a la propiedad de adoptar tal medida en el Derecho disciplinario, declara en la conclusión de su estudio que la amnistía de las sanciones disciplinarias tal y como funciona en el Derecho francés, se parece a una rehabilitación legal aplicada a una determinada categoría de individuos. En estas condiciones el autor aconseja evitar la controversia que tales medidas arrastran, pues en Derecho disciplinario el perdón corresponde únicamente a aquel que tiene el derecho de castigar disciplinariamente.

El grupo más numeroso y escogido de autores franceses que han tratado este tema justifican la amplitud del concepto de amnistía adoptado por las leyes modernas en la libertad institucional que caracteriza el poder político del Parlamento permitiéndole la adaptación de esta antigua institución a las nuevas condiciones de vida del mundo contemporáneo, y en las obras sobre derecho constitucional, administrativo y criminal se encuentra mención de leyes de amnistía de todas clases, incluso para casos de disciplina de cuerpos privados. A título de ejemplo, el más antiguo e interesante de este género de amnistía aplicada a una transgresión disciplinaria recordaremos la amnistía decretada en Brasil, en 1922, con la finalidad de eximir de proceso criminal a los alumnos de la Escuela militar que habían participado en el movimiento del 5 de julio de dicho año. Esta norma legislativa es suficientemente instructiva, puesto que la expresión técnica —amnistía— no figuraba en el texto y, sin embargo, esta omisión no impedía el que, como sostuve en aquella época, la Ley fuese interpretada y aplicada como tendente a eximir a estos alumnos de toda sanción penal o disciplinaria. Esta es la tesis que en calidad de abogado de varios beneficiarios de la amnistía decretada por la Ley número 4.632 de 1922, defendí en aquellos momentos en la oposición que hice a la sentencia del Juez Federal.

El caso se presentaba en el texto de la siguiente forma: "El Poder ejecutivo podrá hacer matricular en la Escuela Militar de Realengo los alumnos que hubieran sido desligados o excluidos de dicha Escuela en 1922 *por motivos disciplinarios*. Todas las concesiones hechas a los actuales alumnos podrán serles aplicadas y del mismo modo *quedarán anuladas para todos los efectos* las resoluciones de *desligamiento o exclusión*". En este artículo existen, con toda evidencia, dos proposiciones que se completan: una, autorizando al Poder ejecutivo a matricular de nuevo los antiguos alumnos desligados en 1922, y otra, anulando a todos los efectos las resoluciones por las que habían sido desligados o excluidos. Es, por tanto, innegable que en esta segunda proposición se decretó la amnistía de los alumnos de la Escuela Militar y con esta finalidad fueron combinadas en el Congreso Nacional la aprobación de esta medida con la de otras disposiciones de origen gubernamen-

ral. El poder de conceder la amnistía figurando entre las atribuciones específicas del Poder ejecutivo, tal como fueron fijadas por el art. 34 de la Constitución, ha de concluirse que la proposición transcrita no fué sometida al Congreso ni fué objeto de combinaciones parlamentarias más que con la finalidad de amnistiar a los alumnos de la Escuela Militar que habían sido excluidos de ella en razón de los acontecimientos militares disciplinarios de julio de 1952.

No puede concederse valor alguno a la objeción de que el término "amnistía" no fué empleado en la Ley y que, por tanto, no puede presumirse que el pensamiento del legislador fuese el acordar esta medida de clemencia; pues, en efecto, no sólo la corta, aunque viva discusión de la enmienda que dió lugar al nacimiento del artículo citado demostró claramente que el espíritu de esta medida legislativa era alcanzar la finalidad altamente política de amnistiar a los alumnos militares, siendo con idéntica finalidad votada la enmienda combinada entre los diversos grupos políticos, sino además no es necesario que la palabra amnistía se inserte en el texto de la Ley para que se reconozcan sus efectos jurídicos.

CARLOS MAXIMILIANO, estudiando la cuestión, dice muy acertadamente: "En general, el decreto concediendo la clemencia emplea la palabra técnica *amnistía*. Sin embargo, no es esencial el que lo haga. En Francia el Tribunal de Casación estableció, en 26 de agosto de 1953, que el perdón general podía derivarse de los términos del decreto en su conjunto, aun faltando la palabra específica". (*Comentarios a Constituição*, p. 410.)

En su tesis sobre la amnistía, LOUIS CABAT afirma que "para que una disposición produzca los efectos de la amnistía no es necesario que en ella se inserte la palabra misma ni que declare expresamente conceder la amnistía a los autores de tales o cuales infracciones: basta con que la disposición presente en su conjunto los caracteres constitutivos de la amnistía". (*De l'amnistie*, 1904, página 47). Y previniendo en las conclusiones de su tesis la posibilidad de una ley oscura, aconseja prudentemente: "Los tribunales aplicarán la interpretación favorable a los reos, como constituyendo el verdadero sentido de la amnistía, siempre que nazcan dudas por la oscuridad del texto". (Ob. cit. pág. 201.)

En la opinión de BLACK: "Amnistry obliterates the offenses, declares that the government will not consider the thing done punishable, and hence operates in favour of all persons envolved in it whe ther intended and specified or not". (*Handbook of American Constitutional Law* 3 d. ed. p. 322.)

De este modo, perfectamente determinado y comprendido el pensamiento del legislador, yo sostuve que se debía juzgar extinguida la acción penal respecto a los alumnos de la Escuela Militar a tenor del art. 71 núm. 2.º del Código penal, puesto que estos

alumnos habían sido amnistiados por el Congreso de acuerdo con el artículo que antes transcribimos (GOMES CARNEIRO, *Os sucessos militares de julho de 1922*, Río, 1933, pp. 31 y 32). La tesis, que fué refutada por el Ministerio público, no llegó a alcanzar resolución por fallo, porque la prescripción extinguió la acción penal iniciada contra estos alumnos, y con la victoria de la Revolución en 1930, un Decreto-ley del Gobierno de hecho, amnistió a los alumnos militares sin que el Tribunal Supremo hubiese decidido sobre la tesis jurídica.

Más recientemente, dos nuevos textos legislativos han ilustrado en el Brasil la aplicación de la amnistía en materia disciplinaria: la Ley 2.839 de 2 de agosto de 1956, que amnistió las penas disciplinarias de los funcionarios civiles, y el Decreto legislativo número 22 de 23 de mayo del mismo año, que concedió la amnistía a los militares y civiles participantes en la insurrección militar dirigida contra el Gobierno. La Ley núm. 2.839 versaba sobre la anulación de las penas aplicadas a los funcionarios civiles y la cancelación de faltas no justificadas, y tendía a resolver la materia exclusivamente disciplinaria de la Administración civil sometién-dola a la reglamentación del Decreto de 17 de septiembre del mismo año 1956, como lo demuestra su texto, y aunque en ella no se emplee el término técnico, la Ley núm. 2.839 fué, en realidad, una Ley de amnistía, del mismo género que otras leyes de naturaleza fiscal.

El Decreto legislativo núm. 22 de 1956 apuntaba, por el contrario, a objetivos políticos infinitamente más graves, como puede verse por el texto de su art. 1.º: "Una amnistía amplia y sin restricciones es concedida a todos los civiles y militares que directa o indirectamente han tomado parte en los movimientos revolucionarios surgidos en el país a partir del 10 de noviembre de 1955 hasta el 1 de marzo de 1956, incluso cuando se trató de una desobediencia a las órdenes de sus superiores; todos los procesos *criminales y disciplinarios* relativos a dichos casos deberán ser absolutamente silenciados en el porvenir". Por esta disposición el Congreso Nacional amnistió: a) al General Henrique Teixeira Lott y los que estuvieron a sus órdenes en los "movimientos revolucionarios" del 10 y 21 de noviembre de 1955; b) a los aviadores que participaron en el episodio de Jacaré-Acanga; c) a los militares que en los movimientos de noviembre se negaron a obedecer las órdenes del General Lott, el cual continuaba ejerciendo el cargo de Ministro, del que había dimitido; y d) a los aviadores que se negaron a combatir contra los rebeldes de Jacaré-Acanga. En la época en que se elaboraba la Ley de amnistía ya la justicia militar había absuelto al primer grupo de Oficiales del Ejército que no había ejecutado ni hecho ejecutar por las unidades de su mando las órdenes del General Lott por considerarlas ilegales. La extensión de la amnistía al terreno disciplinario militar que preconicé como

principio general de Derecho penal aplicable al ámbito disciplinario ha sido determinada por leyes temporales del género de las citadas sin agotar la serie, lo que demuestra que el asunto ya no permite controversia. Ya no es la doctrina o la jurisprudencia adaptando a la realidad una institución que no se encontraba en la Ley; es la Ley la que ha creado un concepto nuevo para esta institución, es la propia Constitución la que concede al Congreso, entre sus poderes, la facultad de "conceder gracia y conmutar las penas"; atribución privativa del Presidente de la República en los términos del núm. 19 del art. 87 de la Constitución especificada entre las causas de extinción de la punibilidad en la legislación penal común y militar; pero que como se ha visto no figura en los Reglamentos disciplinarios.

La omisión en los Reglamentos disciplinarios militares de la atribución conferida al Presidente de la República por la Constitución de perdonar y conmutar las penas disciplinarias militares, precisamente aquellas que resultan de un proceso en la jurisdicción disciplinaria militar donde el Presidente de la República debe intervenir en calidad de Comandante Supremo de las Fuerzas armadas, no puede privarle de ejercer en relación con las penas disciplinarias la misma facultad que ejercita para perdonar y conmutar las penas criminales, puesto que las disposiciones que se encuentran en los Reglamentos disciplinarios servirán entonces como simples reglas de proceso ordinario en materia disciplinaria. La ausencia de referencias al poder que corresponde al Presidente de la República por un precepto constitucional, es una de las pruebas de la negligencia con la que ha sido elaborada la legislación disciplinaria militar.

El Reglamento disciplinario del Ejército (1942) permite, por ejemplo, en el art. 57, que el Presidente de la República y las Autoridades mencionadas en el art. 37 anulen, levanten, alteren o agraven los castigos disciplinarios que hubiesen sido impuestos, especificando que únicamente en el caso de eminentes servicios a la Nación prestados por el culpable, pueden, el Presidente o el Ministro de la Guerra, levantar o anular las penas por ellos aplicadas o determinadas, y esto en el plazo máximo de un año, restricción que no parece corresponder al texto constitucional en lo que concierne al poder de indultar en materia disciplinaria, pues en las Fuerzas armadas no existe ningún órgano administrativo que pueda conceder este poder. Los otros Reglamentos —el de la Aeronáutica, en 1943, y el de la Marina, 1955— tratan de la cuestión casi en los mismos términos en los arts. 53 y 37, respectivamente, pero aunque comparan las atribuciones del Presidente de la República a las de los respectivos Ministros, no fijan plazo para el ejercicio de la facultad de *levantar* las penas disciplinarias.

La conclusión que se puede obtener es la de que extendido a las penas disciplinarias el poder de remitir y conmutar las pe-

nas criminales que la Constitución atribuyó al Presidente de la República, carece de sentido jurídico, moral y militar, el plazo de un año fijado en el Reglamento disciplinario del Ejército para que pueda levantar toda pena impuesta por él mismo o por cualquiera otra autoridad militar. En este caso como en los demás no podría hacerse prevalecer, por el hecho de su inconstitucionalidad, la absurda disposición de la Ley de Organización del Ministerio del Ejército designando al Ministro del Ejército Comandante en Jefe del Ejército en tiempo de paz por delegación permanente del Presidente de la República.

La prescripción de la acción y de la pena disciplinaria, última causa de la extinción de la punibilidad que nos queda por examinar, es un tema que desprovisto de fórmula adecuada en la legislación sobre la disciplina militar, no ha merecido aún en el Brasil la atención de la doctrina ni de la jurisprudencia, pero que, sin embargo, constituye una materia de interés jurídico.

Radicalmente opuesto, como lo soy, a la prescripción penal, no podría jamás, por consecuencia, adoptarla en la legislación disciplinaria. Para mí ninguna de las razones sobre las que se fundan las teorías creadas para justificar la prescripción penal resiste a la crítica; es una institución insostenible, jurídica y moralmente, que ha quedado en los códigos como una *tradición* y que los legisladores conservan rodeando su aplicación de todo un severo mecanismo de restricciones, lo que constituye un verdadero contrasentido. Partidario de esta medida que incluyó en su "Anteproyecto de Código" que es en Suiza ley en vigor, ERNST HARTER consideraba igualmente inconcebible que si la ley adopta este medio de extinción de punibilidad, la misma Ley busque por otra parte medidas que tiendan a evitarla. Se puede admitir que sea jurídicamente justo declarar la prescripción penal si previamente se ha constatado en justicia la imposibilidad de comenzar el proceso por falta de pruebas, y esto con la finalidad de obtener la tranquilidad social asegurada solamente por la liquidación definitiva de la controversia por medio de una decisión judicial declarando extinguida la punibilidad. Pero, cuando el acusado está condenado, ninguna razón puede justificar la prescripción de la pena, puesto que en todos los sistemas legislativos existen medios de defender los intereses de la justicia para el caso en que hubieran desaparecido las razones de ser del castigo. Si se acepta el argumento de que el culpable ya está bastante castigado por la inquietud y las tribulaciones que ha sufrido después de su condena, estaríamos en el caso de repetir con el profesor LOGOZ: "El Estado podría hacer grandes economías renunciando a perseguir y dejando simplemente que la prescripción corriera." (*Commentaire du Code Pénal Suisse*, fasc. IV, pág. 300).

En el ejercicio de mis funciones como Magistrado, he tenido que aplicar la prescripción, porque tenía que obedecer a una ley

que no tenía autoridad para modificar por mi sentencia, ni poseía inmunidad que me permitiera violarla bajo el pretexto de interpretar su sentido; pero como jurista, llamo la atención cada vez que la ocasión se presenta sobre el error que constituye el adoptar íntegramente en la Legislación penal militar los principios de la Ley penal común sin prever las situaciones reales de la vida militar, tanto en tiempo de paz como de guerra. La extinción de la punibilidad, tanto de la acción penal como de la condena, es una medida que no soporta el análisis científico porque en uno y otro caso depende exclusivamente de un cierto plazo fijado arbitrariamente por el legislador, y es una *tradicción* jurídica que los Códigos penales conservan, como lo ha hecho notar FERRI, bajo la influencia de las medidas del mismo género que existen en el Derecho civil donde, en cambio, ciertamente el interés del Estado se une al interés individual, por lo que es lógico que la Ley considere extinguido el derecho de actuar o de reclamar en justicia cuando ha transcurrido un cierto lapso de tiempo sin que las partes en disputa hayan liquidado su litigio.

En la rama penal militar y, por consiguiente, en la rama disciplinaria militar el interés predominante de la sociedad que se funde con el del Estado exige forzosamente una solución diferente, pues en materia militar la represión penal y la disciplinaria tienden a garantizar el orden, la disciplina y la seguridad nacional, condiciones esenciales para la existencia del País. Por ello la extinción del derecho de castigar no puede justificarse por el simple transcurso de aquel lapso de tiempo que el legislador cree o supone razonable para no poder iniciar el proceso o ejecutar la pena. Más aún que la represión penal propiamente dicha, que reclama para su ejecución un proceso penal regular, la represión disciplinaria, dadas las condiciones especiales del medio militar y la naturaleza particular de su objeto, necesita para ser eficaz su aplicación inmediata, con el fin de lograr su efecto psicológico de precepto conminatorio permanente que debe arrastrar el mínimum posible de formalidades. La prescripción de la acción y de la pena disciplinaria se encuentran en desacuerdo con tales objetivos.

En el Brasil, la prescripción en el ámbito disciplinario fué preconizada por primera vez por CLOVIS BEVILAQUA que la adoptó en el art. 79 de su "*Proyecto de Código disciplinario para la Marina brasileña*", cuyo enunciado fué adoptado por el Almirante MARQUES LEAS en el art. 78 de su proyecto (*Arquivo de Direito Militar*, III, núm. 3, págs. 259 y 298). Bajo la influencia de las ideas de CLOVIS BEVILAQUA el *Reglamento interno de los servicios generales del Ejército* de 1913 ha incluido entre sus preceptos revolucionarios el principio de la prescripción en materia disciplinaria que se encontraba en el proyecto citado, pero este Reglamento no duró lo bastante para permitir que fuese aplicada la nueva

disposición. A mi juicio, dado que la prescripción se introdujo en el Código penal militar por los arts. 105 a 115 siguiendo el sistema del Código común, debe ser igualmente aplicable en materia disciplinaria en virtud de lo establecido por el art. 16 ya citado, y habida cuenta de las adaptaciones impuestas por las particularidades de la rama disciplinaria que habrán de servir de criterio al Mando para aplicarla cada vez que ello se encuentre justificado, en espera de que la ley zanje definitivamente la cuestión. En la legislación disciplinaria militar se entrevé la existencia de la prescripción de la acción disciplinaria en los Reglamentos de la Marina y de la Aeronáutica. Por otra parte, se encuentran en otras disposiciones de los Reglamentos disciplinarios preceptos específicos de *decaimiento del derecho* a los que el Mando dará una aplicación adecuada cuando, con la mayor comprensión de la misión moral de la Ley disciplinaria, se interese en aplicar el *principio de oportunidad*.

La legislación comparada y los autores europeos ofrecen ejemplos de la adopción de esta institución y razones válidas en su favor. Hasta la primera Guerra Mundial, dos legislaciones militares admitían la prescripción en materia disciplinaria y éstas eran la legislación alemana y la austríaca. Por otra parte, y ante el silencio de la legislación suiza, LEO WEBER, que juzgaba inadmisibles que se considerasen imprescriptibles las infracciones disciplinarias únicamente por el hecho de no existir disposición legal referente a ellas, buscó la solución de la dificultad interpretando los textos de la parte general del Código militar de su país. Sin embargo, para los juristas suizos, las conclusiones obtenidas por LEO WEBER no tenían otro valor que el de un expediente y no podían servir para la elaboración de un derecho nuevo como lo señala ERNST HAFTER cuando trata de la cuestión en su célebre *Exposición de motivos del Anteproyecto del Código Penal militar*, trabajo en el que apoyándose en el Derecho alemán y Derecho austríaco, creó la doctrina que con ligeras modificaciones fué adoptada en materia de prescripción de la acción disciplinaria y de la pena disciplinaria en el Código Penal militar suizo de 1927, aún en vigor.

El Código suizo establece lo siguiente en su art. 183: "1. El derecho de castigar disciplinariamente prescribe a los seis meses; si el hecho da lugar a la apertura de un procedimiento judicial, la prescripción queda en suspenso hasta la terminación del procedimiento.—2. Las penas impuestas por una falta disciplinaria prescriben a los seis meses.—3. La prescripción no se encuentra sujeta a interrupciones.

Aún más reciente, la legislación militar de la República Federal alemana, manteniendo respecto a esta institución la doctrina seguida por el Imperio y por el régimen de la Constitución de Weimar, establece en el parágrafo 41 de la *Ordenanza disciplina-*

ria de la fuerza armada (WEBER, *Disziplinar ordnung*) del 15 de marzo de 1957: "Las penas disciplinarias no pueden ser ejecutadas pasado el plazo de seis meses. Este plazo se inicia el día en que ha sido dictada decisión firme, pero cesa si la ejecución ha comenzado antes de su expiración." En cuanto a Austria, no conozco su legislación militar para poder ilustrar el tema, pues el régimen político en vigor en dicho país le prohíbe la organización de una fuerza armada.

Entre los que defienden la prescripción en la rama disciplinaria es preciso citar en Francia al Intendente Militar SILLIBRES, quien criticando el que la legislación de su país no incluyera esta institución, se pregunta si un castigo aplicado largo tiempo después de la comisión de la falta, alcanzaría su verdadera finalidad, que consiste en el mantenimiento de la disciplina, o si, por el contrario, no sería considerado como una injusticia. Para llenar esta laguna, SILLIBRES propone la transferencia al derecho disciplinario de los principios generales del Derecho penal común y la admisión de la prescripción que podría fijarse en un año, como ocurre para las contravenciones penales. En cuanto a las sanciones especiales privativas de los militares profesionales, admite SILLIBRES que la falta cometida torna su autor inapto para su función, puesto que le despoja de su prestigio, perjudicando la eficacia de su mando, pero admite que para las sanciones que afectan a la situación material del culpable y que se prevén en los diferentes Estatutos jurídicos, no debe haber prescripción o por lo menos tendrían que ser sus plazos ampliamente aumentados.

Personalmente, yo no recomiendo la prescripción ni en Derecho penal militar ni en Derecho disciplinario militar; pero puesto que se encuentra admitida en la Ley penal militar en virtud de la disposición del art. 16, considero que deberá aplicarse en materia disciplinaria.

Junto a los juristas suizos que apoyan el punto de vista de su derecho escrito, MANLIO DO CASSIO, de la justicia militar italiana, manifestó su opinión en cuanto a la aplicación de los principios generales del Derecho penal y del Derecho disciplinario en los siguientes términos: "*La genericità dei pretti sostantive e rituali contenuti nel diritto disciplinare offre larghe possibilità di equivocare in materia, purtuttavia bisogna convenire che i precetti, le cui violazioni possono condurre alla privazioni della libertà personale devono essere amministrati secondo i principi generali di diritto. (Diritto Militare e Disciplinare, 1951-52, pág. 51.)*

Ejercitándose fuera de los Tribunales judiciales sujetos a las normas rituales y a las reglas generales del Derecho, la jurisdicción disciplinaria militar constituía para este jurista militar italiano un delicado problema cuya importancia se acrecía por la pena de privación de libertad.

Conviene, por último, hacer notar que las causas excluyentes

de la imputabilidad previstas en el Código Penal militar deben influir igualmente sobre la apreciación del grado de responsabilidad del agente en las transgresiones disciplinarias, hayan sido o no especificadas dichas causas en los Reglamentos disciplinarios. Aunque la capacidad física y mental del recluta y del militar profesional sufra un reconocimiento en el momento del examen sanitario que precede y justifica su incorporación a filas, nada nos garantiza que no aparezca en el curso de su tiempo de servicio alguna de las causas psicopatológicas o psicológicas que de acuerdo con la Ley penal militar producen la impunidad del agente por abolir su responsabilidad, y ello tanto en el supuesto del delito como en el de la transgresión disciplinaria. La especie del daño causado por el agente en la transgresión disciplinaria no permite aplicarle las medidas de seguridad previstas para los casos de crimen militar. Por ejemplo, si una transgresión ha sido cometida por un recluta y se aprecia en él la existencia de una enfermedad que lo excluye del servicio militar, esta exclusión, establecida con las formalidades fijadas por la Ley para el reconocimiento médico, se hará de acuerdo con el Reglamento del servicio militar, y el enfermo volverá a la vida civil. No hay duda de que nadie podrá sostener que porque los Reglamentos disciplinarios no se pronuncien sobre la materia, la exclusión del autor no constituye en este supuesto una aplicación del principio general de Derecho penal de la no imputabilidad del enfermo mental.

El *Mensaje del Consejo Federal a la Asamblea Federal suiza* consideró superfluo el extender, por extensión pura y simple, los principios generales de Derecho penal militar a la materia disciplinaria, con excepción de los que habían sido especificados. La razón alegada es que dado el carácter de simplicidad que, en general, tienen las faltas disciplinarias y el hecho de que el proceso disciplinario es menos formalista que el proceso penal propiamente dicho, serían muy raros los casos en que se plantearían cuestiones de Derecho penal de difícil resolución. Así, los preceptos sobre la responsabilidad, la tentativa, la participación, la legítima defensa, el estado de necesidad, etc., no tenían necesidad de figurar en la Ley disciplinaria. Debo declarar que las consideraciones de este *Mensaje* no me han convencido. El hecho de que en la mayoría de los casos no existan graves problemas que resolver en la jurisdicción disciplinaria, no debe impedir al legislador el admitir su posibilidad porque en toda acción u omisión constitutiva de una transgresión disciplinaria al igual que en toda acción u omisión constitutiva de un crimen militar, nos encontramos siempre frente al problema de la culpabilidad que arrastra todas las soluciones jurídicas especificadas en nuestro país en la parte general del Código Penal militar.

CONCLUSIONES

I

La acción penal militar y la acción disciplinaria militar, *atributos del mando militar*, que tiene el privilegio de su iniciativa, son los instrumentos de la Ley penal militar y de la Ley disciplinaria militar en sus Jurisdicciones respectivas, y así, las relaciones entre estas dos acciones deben ser las mismas que existen entre las dos leyes; y por consecuencia, las condiciones del ejercicio de la acción penal deben extenderse al ejercicio de la acción disciplinaria, es decir, los principios generales de la Ley penal militar relativos a la acción penal militar, por su carácter de relaciones jurídicas fundamentales, son aplicables a la acción disciplinaria militar, con las restricciones impuestas por el fin especial del Derecho disciplinario, en las mismas condiciones que los principios generales del Derecho penal común son extensivos al Derecho penal militar.

II

Derecho estatutario, en virtud de su carácter punitivo de las violaciones de relaciones de Derecho público de la importancia de las establecidas por la incorporación al Ejército, el Derecho disciplinario militar tiene su fundamento natural en la ley elaborada en el Parlamento. No es admisible que se ignore la naturaleza penal de las infracciones disciplinarias, asimiladas a las contravenciones penales de Derecho común, y que se ignore la naturaleza jurídica de las penas disciplinarias, que en sus formas más severas llevan consigo la privación de libertad equivalente a una real pena criminal y la expulsión de la corporación correspondiente a la pena accesoria de incapacidad para ejercicio de la función pública adoptada en el Código penal militar, con sus graves consecuencias jurídicas.

EL DERECHO PENAL MILITAR DEL GRAN DUCADO DE LUXEMBURGO

por F. GOERENS

Abogado General

I

RESUMEN HISTÓRICO

Si desde fines del pasado siglo el Gran Ducado de Luxemburgo se encuentra en cabeza en cuanto al progreso de su legislación social, no puede hacerse tal afirmación cuando nos referimos al Derecho penal militar.

El Ducado de Luxemburgo, tras perder su independencia a mediados del siglo xv, formó parte de los Estados de los Duques de Borgoña y más tarde, sucesiva y repetidamente, estuvo sometido al dominio de Austria, España y Francia. El tratado de Viena de 1815 lo elevó al rango de Gran Ducado y reconoció sobre él la soberanía de la casa de Orange-Nassau.

Pero, de hecho, el Luxemburgo no obtuvo una administración especial y propia, sino que fué administrado como una provincia de los Países Bajos. Por esta razón el Código penal militar del Ejército de Tierra de los Países Bajos, de 15 de marzo de 1815, y los Códigos de procedimiento militar neerlandeses, de 20 de julio de 1814, eran aplicados en el Gran Ducado.

El Tratado de Londres, de 11 de mayo de 1867, proclamó la independencia del Gran Ducado de Luxemburgo y le impuso una neutralidad no armada. El Gran Ducado sólo conservó como ejército una compañía de voluntarios, vivero para el reclutamiento de la gendarmería y de la policía.

Fué únicamente en el transcurso de la segunda guerra mundial cuando el Gobierno en el exilio del Gran Ducado decidió instaurar el servicio militar obligatorio. Este acuerdo fué homologado por la Cámara de los Diputados una vez liberado el territorio (arr. gr. d. 14-6-1944 y 30-11-1944 y ley de 23-7-1952).

Durante todo el período de neutralidad del Gran Ducado, las

disposiciones de los Códigos militares fueron raramente aplicadas. No obstante, durante este período, una ley de 1 de noviembre de 1892, revisando el Código penal militar, adoptó, de forma casi literal, el Código penal militar belga de 27 de mayo de 1870. Igualmente la ley de 16 de febrero de 1881, sobre organización de la fuerza armada, redujo la competencia de las jurisdicciones militares.

Fué sólo tras la implantación del servicio militar obligatorio cuando se hizo sentir la necesidad de una modernización de nuestro Derecho penal militar. Se encuentran en estudio —pero aún no han sido sometidos a la Cámara de los Diputados— anteproyectos de ley referentes al Código penal militar, al Código de procedimiento militar y a la disciplina.

Algunas reformas parciales han modificado la composición del Consejo de Guerra y del Alto Tribunal Militar (arr. g. d. 29 de junio de 1944) y han abolido la necesidad de la ratificación de los fallos del Consejo de Guerra por el Alto Tribunal Militar (ley del 30 de noviembre de 1954).

II

CÓDIGO PENAL MILITAR

1. Se encuentran sometidas al *Código penal militar* todas las personas pertenecientes a las fuerzas armadas. Estas son:

- 1) Los oficiales y suboficiales.
- 2) Los soldados, voluntarios o de reemplazo, tras la lectura de las leyes penales militares.
- 3) Los oficiales comisionados durante el tiempo de su comisión.
- 4) Los oficiales y suboficiales de reserva cuando se encuentran prestando servicio activo.
- 5) Algunas personas civiles agregadas al ejército por hechos referentes a sus relaciones con el ejército.
- 6) Los miembros de la gendarmería y de la policía, ya que estos cuerpos forman parte de las fuerzas armadas.

2. Las *infracciones militares* previstas por el Código penal militar son: la traición, el espionaje, la insubordinación y la revuelta, las violencias y ultrajes, la desertión, la apropiación indebida y la sustracción o venta de efectos militares.

3. Las *penas militares* son:

- En materia criminal: la muerte por fusilamiento.
- En materia criminal y correccional: la degradación militar, la destitución, la privación de grado.

Las penas privativas de libertad, previstas en el Código penal militar son penas de Derecho común y se extinguen en los establecimientos penitenciarios ordinarios.

Las jurisdicciones militares pueden aplicar circunstancias atenuantes, así como conceder a los condenados los beneficios de la remisión condicional.

III

ORGANIZACIÓN JUDICIAL MILITAR

Existen, para la totalidad del Gran Ducado, un Consejo de Guerra y un Alto Tribunal Militar. En caso necesario pueden ser creados Consejos de Guerra en campaña.

El Consejo de Guerra se compone de un oficial superior, como presidente, de un juez civil y de un oficial. Un secretario (greffier) del Tribunal de distrito, tiene a su cargo la función de Secretario del Consejo de Guerra. Los jueces y sus suplentes son nombrados por los Ministros de la Fuerza Armada y de Justicia (arr. gr. d. del 29-6-1944).

Las funciones del ministerio público ante el Consejo de Guerra son ejercidas por el Auditor militar. El Auditor es nombrado entre los magistrados del orden judicial y ha de ser oficial de reserva.

Los fallos del Consejo de Guerra son susceptibles de apelación ante el Alto Tribunal Militar. Desde el decreto (arrêté Grand-ducal) de 29-6-1944 el Alto Tribunal Militar se compone de tres miembros. El Presidente y uno de ellos son designados de entre los miembros del Tribunal Superior de Justicia del Gran Ducado. El otro miembro es un oficial superior.

Las funciones del ministerio público ante este Tribunal se ejercen por el Procurador General del Estado ante el Tribunal Superior de Justicia, el cual puede delegar para la vista en uno de sus sustitutos. El secretario del Tribunal Superior de Justicia realiza las funciones de Secretario del Alto Tribunal Militar.

IV

COMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES MILITARES

La competencia del Consejo de Guerra está regulada por los artículos 12 y 13 de la Ley de 16 de febrero de 1881 sobre organización de la fuerza armada.

Los militares comparecen ante los Tribunales ordinarios por las infracciones de Derecho común, y son juzgados por los Tribuna-

les militares por las infracciones contenidas en las leyes y reglamentos militares.

Caso de concurso de infracciones militares y crímenes o delitos de Derecho común, la competencia corresponde a las jurisdicciones civiles. En caso de concurso de infracciones militares y contravenciones de policía, la jurisdicción militar es la única competente.

El Alto Tribunal Militar es competente para conocer en primera instancia de los procedimientos dirigidos contra los oficiales superiores o contra los militares auxiliares de la Justicia Militar. Puede, además, juzgar a los militares de cualquier grado que pidan ser por él juzgados. En fin, conoce de las infracciones cometidas por militares, de la competencia del Consejo de Guerra, si son conexas con infracciones de la competencia del Alto Tribunal Militar. Por otra parte, el Alto Tribunal Militar constituye una jurisdicción de apelación respecto a los fallos del Consejo de Guerra.

V

EL PROCEDIMIENTO ANTE LAS JURISDICCIONES MILITARES

1. Ejercicio de la acción penal:

La iniciativa en los procedimientos corresponde al Comandante del Cuerpo (ejército, gendarmería o policía), al que pertenece el inculcado.

Todo superior que tenga noticia de la existencia de una infracción al Código penal militar cometida por uno de sus subordinados, debe informar de ella al Jefe del Cuerpo. Este, una vez examinada, decide si debe pasar el asunto al Consejo de Guerra o si una sanción disciplinaria resulta suficiente. En este último caso determina la sanción. En el primero, envía el asunto a la Comisión de Oficiales Instructores, que se compone del Auditor militar y de dos oficiales.

2 Instrucción preparatoria.

La Comisión de Oficiales Instructores es la encargada de la instrucción del procedimiento, y en su consecuencia la que realiza el interrogatorio del inculcado, oye las declaraciones de los testigos, procede a los careos y practica, en fin, todas las misiones de un juez instructor. La instrucción preparatoria es un procedimiento secreto, y el inculcado no está asistido de abogado. Si se encontrase arrestado, la instrucción deberá terminarse en el plazo más breve posible. Terminada la instrucción, el inculcado es advertido de que será vuelto a citar para el día siguiente ante la Comisión, a fin de que pueda hacer presente lo que estime conveniente a

su defensa. Tras esta última comparecencia la Comisión remite su informe al Jefe del Cuerpo, proponiendo: sea la citación de inculpado ante el Consejo de Guerra, sea la sanción disciplinaria de la infracción si ésta es de poca gravedad, o incluso si no hubiera sido comprobada, el archivo de lo actuado sin otras consecuencias. Si el Jefe del Cuerpo da la autorización para perseguir al delincuente, éste es citado ante el Consejo de Guerra por el Auditor militar.

3. Instrucción ante el Consejo de Guerra.

El Consejo de Guerra, a menos que razones de orden público no lo aconsejen, actúa y se constituye en audiencia pública. El procesado ha de encontrarse obligatoriamente asistido por un abogado. La instrucción sigue los mismos trámites que la ordinaria en materia correccional y el procesado posee el derecho de hablar el último.

Una vez pronunciada sentencia, una copia de ésta es entregada al condenado, a quien se informa de su derecho de apelar.

4. Instrucción ante el Alto Tribunal Militar.

Como indicábamos, la apelación se sustancia ante el Alto Tribunal Militar. La instrucción y el fallo son similares a los de la apelación en materia correccional.

Los asuntos de los que conoce el Alto Tribunal Militar en primera instancia se tramitan por un procedimiento análogo al que rige para los que son competencia del Consejo de Guerra. Las funciones del ministerio público se ejercen ante el Alto Tribunal Militar por el Procurador General del Estado del Tribunal Superior de Justicia.

VI

REFORMAS PREVISTAS

Los anteproyectos de leyes relativos a la refundición y modificación del Código Penal Militar y del Código de Procedimiento Militar prevén, entre otras reformas, una instrucción preparatoria dirigida no como ahora por una Comisión de oficiales, sino por el Auditor militar, en el que recaerían, por consiguiente, las funciones de Juez de instrucción y de Acusador; y, sobre todo, la introducción, en el procedimiento militar, de todas las garantías otorgadas por el procedimiento penal ordinario para la mayor libertad de la defensa, garantías que sólo podrían ser limitadas en caso de fuerza mayor.

EL DERECHO PENAL MILITAR Y EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE CHILE

por *Sergio M. ROMAN VIDAL*

Mayor del Cuerpo Jurídico Militar de Chile

SUMARIO: 1. El Derecho penal militar, Derecho penal especial.—2. Contenido del Derecho penal militar.—3. Derecho penal militar normal y excepcional.—4. Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar.—5. El Código de Justicia Militar chileno.

1. EL DERECHO PENAL MILITAR, DERECHO PENAL ESPECIAL

La importancia trascendente que tiene en la estimativa del delito militar y luego en la interpretación de los preceptos punitivos de la parte especial la concepción del Derecho penal militar, hace ineludible siquiera bosquejar cómo se concibe este Derecho, antes de exponer los principios generales que lo rigen y, más adelante, el catálogo de las conductas por él desaprobadas.

Creemos que la contemplación de los problemas del Derecho, si se quiere tener de ellos una visión no deformada, si se quiere ponderarlos en su verdadera dimensión —y ésta no es una opinión original—, reclama un punto de vista concreto, cuestionable si se quiere, pero determinado, y éste no puede ser otro que el que brinda un ordenamiento jurídico positivo preordenado; en nuestro caso, el Derecho positivo chileno.

En primer término, con arreglo a este ordenamiento jurídico, incontrovertible, entendemos, el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, en su esencia idéntico al Derecho penal común; en otros términos, sin sustantividad propia. Un Derecho penal especial, en el que la especialidad reside en las particularidades que reclaman la organización de los Ejércitos y su destino de guerra (1).

(1) Es ésta nuestra particular opinión; a salvo, pues, la doctrina científica y jurisprudencial chilena, que desgraciadamente no podemos citar por escribir estas líneas, que no son más que un ensayo, en España, no disponiendo sino del Código de Justicia Militar chileno.

Aún vigente, aún no zanjada la controversia de opinión en orden a sí el Derecho penal militar tiene o no sustantividad propia, puede parecer una ligereza la afirmación de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial; pero, bien en claro, tal aserción se hace teniendo en vista el Derecho positivo chileno.

Si se entiende por Derecho penal militar el conjunto de normas jurídicas que establecen los delitos militares y las consecuencias que traen consigo, penas u otras, la sustantividad de este Derecho no podría sustentarse sino en la distinta naturaleza que hallaría su reflejo en los principios generales informativos de aquél.

Y con el Derecho positivo chileno ello no ocurre. Los principios generales para uno y otro tipo de infracciones son iguales; iguales la teoría general del Derecho penal común y del Derecho penal militar: en su esencia idénticas una conducta delictiva común y una conducta delictiva militar.

La consecuencia es importante, por el valor supletorio de aplicación que adquiere el Derecho penal común legislado y la doctrina penal como norma interpretativa frente al Derecho penal militar; por cierto, siempre en vista las particularidades que impone el aditamento militar.

2. CONTENIDO DEL DERECHO PENAL MILITAR

Sentada la premisa anterior, de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, una nueva concreción se hace indispensable para una más acabada comprensión de las figuras delictivas en particular, y es la del contenido que el Derecho penal militar tiene en el ordenamiento positivo chileno.

El Derecho penal militar, en general, tiene una función peculiar, que le es propia, mantener a los miembros de las Instituciones Armadas dentro de las ordenanzas, velando por el cumplimiento de los deberes que se imponen al militar y que se estiman indispensables a la eficacia de los Ejércitos; en una palabra, por el mantenimiento de la disciplina.

Pero, es también de ocurrencia ordinaria, en razón de la garantía de estabilidad institucional y de seguridad nacional que en los Ejércitos se reconoce, que se asigne al Derecho penal militar, además, otra función, la de resguardar, la de proteger, el potencial militar de la nación.

Y así, al lado de los delitos propiamente militares, aquellos que dicen relación con el cumplimiento de los deberes que al militar se imponen, surgen los delitos militares impropios, o comunes-militares, en los que se incrimina un atentado contra el potencial militar y que, por su índole, pueden ser naturalmente cometidos por militares o civiles.

Aunque ello sea discutible de *lege ferenda*, lo dicho es lo que

ocurre en el ordenamiento positivo chileno; el contenido del Derecho penal militar viene determinado primero, por una serie de conductas que constituyen infracción de deberes militares y con cuya incriminación se protege la organización de los Ejércitos y, luego, por el atentado contra bienes jurídicos en que se pone en peligro su existencia misma y la seguridad y existencia del Estado.

Así aparece del solo enunciado, en el ordenamiento del catálogo de figuras delictivas en particular, al que nos referiremos al aludir al Código.

Pero se incurre, lo mismo que en otras legislaciones, al incorporar al contenido del Código penal militar estos delitos militares impropios, en el defecto técnico de describir nuevamente conductas ya descritas en el Código penal común, dándose el caso de que en uno y otro se desaprueban distintamente, atribuyéndoles distinto disvalor delictivo, y originase, entonces, el problema del concurso aparente de leyes penales.

3. DERECHO PENAL MILITAR NORMAL Y EXCEPCIONAL

Expuesto, muy en general, como se concibe y cuál es el contenido del Derecho penal militar en el ordenamiento jurídico positivo chileno, la teoría de las fuentes del mismo clama por su exposición, pues en la consideración de la esencia y el contenido se viene tocando el problema de las fuentes. La hemos postergado, en un afán de ir concretando en contenido del Código en lo relativo al Derecho penal militar, antes de hacer referencia al mismo y aludir en seguida a los preceptos concretos que dicten relación con la teoría del delito militar.

El principio de legalidad, garantía de seguridad jurídica, tiene plena vigencia en el orden penal militar. El Derecho penal militar, hemos dicho, es un Derecho penal especial.

La Constitución Política consagra el principio como garantía individual en su art. 11 (2), lo recoge el Código penal común en sus artículos 1.º y 18 (3) y le reconoce vigencia en materia penal militar al art. 205 del Código de Justicia Militar (4), al hacer envío a aquel cuerpo legal en defecto de regla especial propia contraria.

(2) Constitución Política, art. 11: "Nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente y en virtud de una ley promulgada antes del hecho sobre que recae el juicio".

(3) Código penal, art. 1.º, inciso 1.º: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley". Art. 18, inciso 1.º: "Ningún delito se castigará con otra pena, que la que le señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración".

(4) Código de Justicia Militar, art. 205: "Tendrán aplicación, en materia militar, las disposiciones del Libro I del Código penal, en cuanto no se opongan a las reglas contenidas en este Código".

El Derecho penal militar no tiene, pues, más fuente que la ley, y el principio no tiene excepción, entendemos.

El Derecho tiene su fundamento axiológico en la justicia como valor formal, pero, para que ésta se realice por su aplicación, ha de estar informado además por la utilidad, so pena de abocar en una injusticia: ha de asentarse, ha de responder a las necesidades que nacen de la realidad histórico-social. Por su índole, éstas son, naturalmente, relativas; sin embargo, tienen, a pesar de ello, un cierto carácter de permanencia que es lo que permite la regla escrita, garantía de la certeza, que reclama la seguridad jurídica del Derecho.

Es este mínimo de relatividad de las exigencias históricas lo que hace posible en el orden punitivo la descripción legal con caracteres de cierta permanencia de las distintas categorías penales y su desaprobación legislativa.

Pero, esta constante relativa de las exigencias históricas en que el Derecho se asienta se rompe bruscamente en períodos de anormalidad en la vida nacional y las categorías penales descritas lo mismo que su desaprobación pierden vigencia, dejan de responder a un principio de necesidad, válido ahora. Se hace indispensable un reajuste del ordenamiento a las nuevas exigencias. Y surgen las leyes temporales para dar satisfacción a las necesidades del período de anormalidad; una legislación de excepción.

Cuando la anormalidad en la vida nacional dice relación con la paz interior y exterior que los Ejércitos están llamados a guardar por su esencia, el Derecho penal militar, llamado a mantener a los miembros de aquéllos en el cumplimiento de los deberes que al militar se imponen y a resguardar al potencial militar, requiere también del reajuste que las exigencias históricas reclaman. Se hace necesaria la dictación de una legislación penal militar de excepción que reajustando el ordenamiento válido para tiempos de normalidad provea convenientemente a la mantención de la disciplina y seguridad de los Ejércitos.

Pero, en tales circunstancias, los Ejércitos están llamados a operar en condiciones muy variadas, cada una de las cuales determina necesidades diferentes, sin fácil comunicación por regla general con la sede del Gobierno en que se halla el órgano legislativo y compelidos a proveer con la menor dilación al reajuste indispensable del ordenamiento jurídico.

No hay otra solución que la delegación de la potestad legislativa en el mando superior, como se admite en Derecho político la delegación excepcional de la potestad legislativa en el órgano ejecutivo del Gobierno. Y es lo que hacen los ordenamientos positivos previendo tal situación de excepción, facultar al mando superior de los Ejércitos para dictar la legislación de excepción que la situación anormal de guerra reclama con el fin de proveer convenientemente a la efectiva mantención de la disciplina

y seguridad del Ejército, según la misión asignada al Derecho penal militar. Esta legislación de excepción se contiene en los bandos militares: verdaderas leyes temporales, dictadas en virtud de una potestad legislativa delegada.

El Derecho penal militar sigue teniendo su única fuente en la ley: el bando militar que establece la legislación de excepción es una ley material.

Esto es lo que ocurre en el ordenamiento jurídico positivo chileno. Hay un Derecho penal militar normal, contenido en el Código de Justicia Militar, en que se describen las categorías penales y su desaprobación legal, teniendo en vista las necesidades de una realidad histórico-social relativamente constante, y un Derecho penal militar excepcional, contenido de los bandos militares, dictados por el mando superior de los Ejércitos en virtud de una potestad legislativa delegada, por la propia naturaleza de las cosas, en que se contendrán las categorías penales y la desaprobación que las exigencias históricas de la situación anormal de guerra reclaman como reajuste del ordenamiento positivo vigente para tiempos de normalidad. A este Derecho penal militar excepcional, refiérese al art. 77 del Código de Justicia Militar (5).

4. DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

Establecido que la única fuente del Derecho penal militar es la ley, en un sentido material, sea la ley formal o el bando militar; la concreción del problema de las fuentes a ese Derecho y del propio contenido del Código reservado a ese mismo Derecho penal por la desaprobación legislativa que entraña, impone, por lo que hace al ordenamiento positivo chileno una distinción entre el Derecho penal militar y el Derecho disciplinario militar.

Es opinión común, la de que entre el injusto penal militar y el injusto disciplinario militar no hay diferencia cualitativa, sino simplemente cuantitativa, o lo que es lo mismo, que no difieren en su esencia. En otras palabras, que entre delito militar y falta disciplinaria media la misma diferencia que entre delitos y faltas en el Derecho penal común. Las faltas disciplinarias serían faltas penales militares.

De esta postulación fluye una consecuencia inmediata y es la de que un delito militar no podría traer nunca como consecuencia

(5) Código de Justicia Militar, art. 77: "El General en Jefe del Ejército o el General Comandante de una División o Cuerpo de Ejército que opere por separado, tendrá autoridad para promulgar los bandos que creyere conveniente dictar para la seguridad y disciplina de las tropas, y estos bandos, como las penas que impusieren, obligarán a cuantas personas sigan al Ejército, sin excepción de clase, estado, condición o sexo".

responsabilidad disciplinaria, anexa a la penal, desde que aquélla no difiere de éste, siendo también penal de menor jerarquía, pues a ello se opondría un principio elemental de justicia, el *non bis in idem*.

Luego, para que el sistema punitivo funcione con justicia, sería menester que rigieren los mismos principios sustantivos y adjetivos en el Derecho penal militar y en el Derecho disciplinario militar, pues si en aquél fueren más rígidos que en éste, daríase el absurdo de que, de hecho, resultaría, por las exigencias de la seguridad jurídica, reclamadas para aquél, más difícilmente sancionado un hecho grave que uno de gravedad mínima.

Por lo que hace al ordenamiento positivo chileno, en que nada de esto ocurre, entendemos (6) que entre Derecho penal militar y Derecho disciplinario militar, entre delito militar, expresión comprensiva de la falta penal militar, y falta disciplinaria, hay diferencia esencial, la misma que entendemos hay entre injusto penal e injusto de servicio: administrativo, como nosotros llamamos; diferencia tan radical como la existente entre el injusto penal y el injusto civil, que permite su coexistencia.

El Derecho disciplinario militar supone, por propia denominación, el concepto de disciplina.

Entiéndese por ésta, ordinariamente, el conjunto de deberes que impone al militar su permanencia en el Ejército; deberes, unos, propiamente militares, en cuanto competen sólo a aquéllos, indispensables a la organización misma del Ejército, y otros secundariamente militares, presupuestos del establecimiento de los primeros, y de una trascendencia regimentaria válida no sólo en lo militar.

El Derecho disciplinario militar viene a ser el conjunto de normas jurídicas que establecen estos deberes regimentarios y las consecuencias que trae consigo su infracción. Su contenido, en suma, consiste en el establecimiento y mantención de la disciplina, del régimen militar.

Más hemos visto también que es misión peculiar, propia del Derecho penal militar, mantener a los miembros de las Instituciones Armadas dentro de las ordenanzas, en el cumplimiento de los deberes que les son propios, en una palabra, hemos dicho, mantener la disciplina.

Si uno y otro Derecho tienen por misión el mantenimiento de la disciplina, del orden regimentario, parece natural concluir, constituyendo todos los deberes militares la disciplina, que entre delito militar y falta disciplinaria no hay sino una diferencia cuantitativa. Pero, es que la diferencia entre uno y otra no viene determinada por la infracción misma del deber sino por la natura-

(6) La opinión es siempre nuestra particular opinión.

leza, diferente, de la desaprobación de que la infracción es objeto, en un caso penal, en el otro disciplinaria, simplemente.

Un bien jurídico, un interés jurídico, puede ser objeto de protección más o menos eficaz por el ordenamiento positivo, según la trascendencia que a él se asigne, y objeto de más de un tipo de protección, según la entidad del atentado contra el mismo. En todo caso, por la magnitud de la desaprobación, el máximo de protección jurídica de un interés o un bien le representa la protección penal.

La violación de todo deber militar entraña un atentado contra la disciplina, pero no siempre la pone en peligro o la daña igualmente, ello depende de la entidad del deber incumplido y de las circunstancias en que es infringido.

El legislador reconoce valor trascendente a la disciplina para dispensarle protección penal, para hacer de determinadas formas de infracción de los deberes que la constituyen, categorías penales, pero no de todas ni de todos los deberes y, entonces, junto con dispensar a la disciplina una protección regimentaria, administrativa le dispensa, además, en determinados supuestos un tipo distinto de protección jurídica, la protección penal. Se hace de la infracción a la disciplina un injusto de servicio administrativo, y en algunos supuestos, además, un injusto penal. De la misma manera que una misma infracción puede constituir un injusto civil y un injusto penal, acarreando responsabilidad civil y penal, anudando a la infracción una sanción civil y una penal.

Entre delito militar y falta o infracción disciplinaria hay, repetimos, una diferencia cualitativa, marcada por la distinta protección jurídica del interés o del bien jurídico en uno y otro caso. La sanción penal es diferente sustancialmente de la sanción disciplinaria, constituyen formas de desaprobación legal de una conducta, diferentes.

Si ello es verdaderamente así, como nosotros entendemos, una serie de consecuencias, que el ordenamiento positivo chileno ha de consagrar, deben darse.

En primer término, el Derecho disciplinario no tiene por qué figurar en el contenido de un Código penal militar, como es en lo sustantivo el Código de Justicia Militar. Así ocurre en la legislación chilena, el Derecho disciplinario militar está radiado del Código de Justicia Militar.

Pero, y conviene aclararlo por la identificación que viene haciéndose de la falta disciplinaria con la falta penal militar, ello no significa que el Código no contenga faltas penales militares; las hay (7).

(7) Así, por ejemplo, el art. 406 preceptúa que todo miembro de Carabineros (policía preventiva, con organización militar) que se embriagare estando en acto de servicio, será castigado con la pena de arresto en cual-

Luego si nada tiene que ver el Derecho disciplinario con el Derecho penal militar, la falta disciplinaria, mejor la infracción disciplinaria, con el delito militar, representando entidades distintas, no tienen por qué regir, en rigor lógico, aunque de hecho ello pueda ocurrir, los mismos principios generales para una y otro.

Y así ocurre en innúmeros aspectos en el ordenamiento positivo chileno.

Reconociéndose al Derecho disciplinario el carácter de un Derecho reglamentario de servicio, se entrega a la potestad reglamentaria del Presidente de la República su establecimiento (8). El Derecho disciplinario tiene su fuente en el reglamento; no rige para él el principio de legalidad.

Contiéndose fundamentalmente, en el Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, aprobado por Decreto Supremo número 1.445, de 14 de diciembre de 1951, de general aplicación para Ejército, Fuerza Aérea y Armada (9).

Hemos dicho que el principio de legalidad no rige para el Derecho disciplinario que tiene su fuente en el reglamento. Tal vez pudiera cuestionarse que el reglamento no sea una ley en sentido material, aunque de menos rango, en cuanto es como aquella norma general obligatoria, pero aún así, el principio de legalidad, como se entiende actualmente, no rige en aquél, en cuanto Derecho sancionatorio.

El Reglamento de Disciplina no contiene un catálogo cerrado de deberes militares ni tampoco describe un catálogo cerrado de faltas disciplinarias, sino que hace una simple enunciación de aquéllos y éstas y tal enunciación es aún vaga (10).

Consecuencia, en seguida, del carácter de Derecho regimentario que se le reconoce es que no rige tampoco en el Derecho disciplinario el principio de legalidad procesal. No hay propiamente una jurisdicción disciplinaria, la acción disciplinaria es atribución del mando (11).

quiera de sus grados" (uno a sesenta días); pena ésta equivalente a la de prisión común, según el art. 218, que de acuerdo a lo prescrito en el art. 21 del Código penal común, es pena de falta.

(8) Dice el art. 431 del Código de Justicia Militar: "El Presidente de la República dictará en cada Institución los reglamentos correspondientes sobre los deberes militares, las faltas de disciplina, las reglas del servicio y demás necesarios para el régimen militar".

(9) Hay también un Reglamento de Disciplina para el Servicio de Carabineros, similar al de las Fuerzas Armadas.

(10) Dice el Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas, art. 77: "Son faltas contra la disciplina, entre otras, las siguientes": y al final de la enumeración enunciativa que sigue dice: "39. Toda otra infracción contra los Reglamentos u órdenes de servicio que altere el régimen imperante en las Fuerzas Armadas".

(11) Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, art. 34: "Las faltas se castigarán de acuerdo con las atribuciones disciplinarias de que está investido cada superior y con arreglo a su propio juicio".

No rigen tampoco en el Derecho disciplinario las causales de exclusión de la responsabilidad vigentes para el delito militar y que constituyen el aspecto negativo de cada uno de los caracteres que lo integran. por lo que incuestionablemente delito militar y falta disciplinaria son entes distintos aun formalmente. No contiene el Reglamento precepto ninguno que haga aplicables tales causales.

Tampoco tienen vigencia en el Derecho disciplinario las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal que integran la culpabilidad. Fundamentalmente como tales rige sólo la conducta anterior, buena y mala (12).

Por último, necesaria consecuencia del carácter regimentario del Derecho disciplinario, que nosotros entendemos tiene, comprensivo de todos los deberes militares, incluso de aquellos cuya infracción el ordenamiento estima penalmente trascendente, y de la distinta naturaleza que atribuimos al injusto disciplinario y al injusto penal, ha de ser la coexistencia de la responsabilidad disciplinaria y la penal cuando ésta se da. Y así lo consagra el ordenamiento positivo chileno, tanto en el Código de Justicia Militar, como en el Reglamento de Disciplina (13).

Y esta contemplación del problema reputando injustos distintos la falta disciplinaria, o mejor, insistimos, infracción disciplinaria y delito militar, injustos que traen consigo, obvio es, responsabilidades diferentes y susceptibles por ende de coexistencia, tiene la ventaja de que proporciona al mando la posibilidad de una sanción rápida y ejemplarizadora que, de ordinario, la mantención de la disciplina requiere y permite con igual rapidez la eliminación de las filas del personal indeseable.

Mas lo que nos proponíamos en este número era simplemente concretar el concepto del Derecho penal militar a los fines de precisar el problema de las fuentes y delimitar en una segunda restric-

(12) Artículo 36 del Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas.

(13) Código de Justicia Militar, art. 433: "Toda falta contra los deberes militares o la disciplina, aunque haya sido castigada en conformidad a los reglamentos a que se refiere el art. 431 (los de disciplina), podrá ser sometido al ejercicio de una acción penal cuando las circunstancias que le sean anexas indiquen que puede llegar a constituir un delito".

Reglamento de Disciplina para las Fuerzas Armadas, art. 32: "La circunstancia de que los Tribunales Militares deban conocer de un hecho, o estén conociendo de él, no impide el ejercicio de las atribuciones disciplinarias respecto de los inculcados por parte de sus superiores jerárquicos". Art. 37. "Una misma falta deberá ser castigada por un solo superior y con una sola pena, salvo que también sea constitutiva de delito". Art. 45: "El hecho de que una falta contra los deberes militares o contra la disciplina haya sido castigada conforme a este Reglamento, no impide que ella pueda ser sometida al ejercicio de una acción penal".

ción, hecha ya la del Derecho penal militar excepcional, el contenido del Código de Justicia Militar, del que queda también, pues, excluida el Derecho disciplinario militar.

5. EL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR CHILENO

Volviendo a nuestro propósito, diremos que el Código de Justicia Militar chileno, en su parte sustantiva, contiene el Derecho penal militar normal, concebido como un Derecho penal especial, cuyo contenido viene determinado, primero, por una serie de conductas que constituyen infracción de deberes militares, y luego, por el atentado contra determinados bienes jurídicos que ponen en peligro el potencial militar de la nación.

He aquí resumido lo que, ligeramente razonado, hemos expuesto en los números anteriores.

No obstante creemos que esta breve noticia sobre el Derecho penal militar chileno reclama para ser completa una visión siquiera esquemática del Código de Justicia Militar mismo.

El Código vigente rige desde el primero de marzo de 1926. Hasta esa fecha rigió en el orden penal militar la Ordenanza General del Ejército de 25 de abril de 1839, modificada y complementada por leyes posteriores.

Este Código, de profunda raigambre hispánica, que entronca con las Ordenanzas de Carlos III, y cuyo texto definitivo se ha fijado por Decreto Supremo S. 2 número 2226, de 19 de diciembre de 1944, es un cuerpo legal de común aplicación para el Ejército, la Fuerza Aérea, la Armada y Carabineros.

No es este Código, solamente, un Código penal militar. Además de la ley sustantiva contiénesese en él, la organización de la jurisdicción militar y la ley adjetiva.

Compónese de 405 artículos y un artículo final derogatorio y transitorio y se divide en cuatro libros, de los cuales nos interesan los dos últimos, el I que se denomina "De los Tribunales militares", el II intitulado "Del Procedimiento", el III rubricado "De la penalidad" y el IV intitulado "Otras disposiciones".

Los Libros III y IV contienen el Derecho penal militar.

El Libro III divídese, a su vez en once títulos, algunos de ellos subdivididos en párrafos, los V, VI, VII. Denomináense, el I "Reglas generales"; el II, "De la traición, del espionaje y demás delitos contra la soberanía y seguridad exterior del Estado"; el III, "Delitos contra el Derecho Internacional"; el IV, "Delitos contra la seguridad interior del Estado"; el V, dividido en dos párrafos, "Delitos contra el orden y seguridad del Ejército", titulándose los párrafos, el primero "Sedición y motín" y el segundo "Ultraje a centinelas, a la bandera y al Ejército". El título VI, dividido en seis párrafos, denominase "Delitos contra los deberes y el honor

militares", rubricándose los párrafos, el primero "Delitos en el servicio"; el segundo, "Delitos del centinela"; el tercero, "Abandono de servicio"; el cuarto, "Abandono de destino o residencia"; el quinto, "Deserción", y el sexto, "Usurpación de atribuciones, abuso de autoridad, denegación de auxilio y uso indebido de uniforme". El título VII, dividido en dos párrafos, titúlase "Delitos de insubordinación", llevando por nombres, el párrafo primero, "De la desobediencia", y el segundo, "Ultraje a superiores". Los restantes títulos del Libro denominanse, el VIII, "Delitos contra los intereses del Ejército"; el IX, "Delitos contra la propiedad"; el X, "Delitos de falsedad", y el XI, "De algunos delitos en tiempo de guerra".

Por su parte, el Libro IV, divídese en tres títulos rubricados, el I, "De los delitos especiales relativos a la Marina de Guerra"; el II, "De los delitos especiales relativos a los Carabineros de Chile", y el III, "Disposiciones complementarias".

Con este rapidísimo bosquejo de lo que es en su estructura la parte sustantiva, propiamente el Código penal militar, en el Código de Justicia Militar chileno, adquiere ya una mayor concreción el contenido que asignábamos con arreglo al ordenamiento positivo chileno al Derecho penal militar, y queda trazada así a grandes rasgos la fisonomía del Derecho penal militar chileno.

Recensiones y Noticias de libros

I Congresso de Direito penal militar em comemoração ao sesqui-centenario do Superior Tribunal Militar (8 a 15 junho de 1958). Anais. Rio de Janeiro, Imprensa do Exercito, 1958 (tres volúmenes de 165, 332 y 448 págs., respectivamente).

Ya en el Congreso Jurídico Brasileiro que tuvo lugar en el mes de agosto de 1908 se abordaron temas de Derecho militar: la inclusión del Derecho militar en los planes de estudios (que entonces no condujo a resultados prácticos, aunque luego se logró ver la aspiración convertida en realidad) y fijación del concepto científico del delito militar, interviniendo brillantemente los profesores Esmeraldino Bandeira y Luiz Drumond, el doctor Pedro Jataí y el que sin disputa es el más renombrado cultivador del Derecho penal militar en el Brasil, el infatigable estudioso y ardiente polemista Ministro Gomes Carneiro, en aquellas fechas auditor auxiliar, gran amigo de España y a quien la REVISTA se honra en contar en el número de sus corresponsales. Congresos generales posteriores incluyeron también en sus programas cuestiones de Derecho castrense. Pero el que suscita este comentario es el primero de los Congresos Nacionales brasileños de Derecho penal militar, iniciando una serie que, aunque originada por el deliberado propósito de conmemorar el ciento cincuenta aniversario de la creación del Tribunal Superior Militar establecido en 1 de abril de 1808, esperamos que no se interrumpa en beneficio de una disciplina tan injustamente preterida como lo viene siendo el Derecho penal militar, de cuyo renacimiento, por no decir nacimiento, dan tan vigoroso testimonio no sólo el Congreso brasileño, sino los dos congresos nacionales celebrados ya en Italia, y el I Congreso Internacional de Bruselas en mayo de 1959.

Una comisión de Ministros, miembros del Tribunal Superior Militar del Brasil, propuso, y así lo acordó el Alto Tribunal, que, con el motivo expresado, se convocara un Congreso de Derecho penal militar, así como que se tomaran otras iniciativas entre las que figura la creación de una Orden del Mérito Jurídico Militar. Se presupuestaron cinco millones de cruzeiros (muestra evidente del interés concedido por la Nación a este propósito) y fué nombrada una Comisión organizadora bajo la presidencia del Ministro Almirante de la Escuadra Octavio Figueiredo de Medeiros, presidente también del T. S. M., la cual adoptó el acuerdo, entre otros, de invitar a la Orden de Abogados del Brasil, a la Asociación

de Magistrados brasileños, a la Asociación del Ministerio público, a la Facultad Nacional de Derecho, a las restantes Facultades que tienen establecidos estudios de doctorado y a los alumnos de los cursos del Doctorado, estos últimos en calidad de asistentes. Ciento setenta y seis congresistas, y más de noventa y seis trabajos presentados son el índice del interés provocado por el Congreso. El trabajo se distribuyó en once Comisiones y en varias sesiones plenarias. Las Comisiones se ocuparon de preparar el trabajo de los plenos sobre los siguientes temas: generalidades sobre el Código penal militar; crímenes militares en tiempo de paz; crímenes militares en tiempo de guerra; organización judicial militar; proceso penal militar; reglamentos disciplinarios militares; derecho penal militar internacional; Administración militar en lo que concierne al Derecho penal militar; la Policía militar y el Derecho penal militar; crímenes políticos de la competencia de la Justicia militar, y Derecho constitucional y Derecho penal militar. Las tesis que se discutieron en los plenarios fueron sólo las que iban provistas de conclusiones, nombrándose para cada una de ellas un relator que sometió su parecer antes a la Comisión correspondiente. En el plenario se concedió al relator y al autor de la tesis el tiempo de diez minutos para defender sus puntos de vista; a los oradores inscritos para cada debate, cinco minutos.

La Mesa directora del Congreso, elegida por los congresistas en una sesión preparatoria, quedó constituida como sigue: Presidente: Ministro Almirante de Escuadra, Octavio Figueiredo de Medeiros; Vicepresidentes: Ministro Nelson Hungria; Ministro General de Ejército Tristao De Alencar Araripe; Ministro Teniente Brigadier, Armando Figueira Trompowsky de Almeida; Doctor Clio Fiori Druck; Doctor Domingos Henriques De Gusmao Junior; Doctor Antonio de Oliveira Costa. Secretario General: Profesor Doctor Benjamín Moraes Filho. Secretarios: Mayor Doctor Herminio Gomes Da Silva, y Profesores Doctor Paulo Roberto Pinheiro Torres, y Doctor Ruy Rebelo Pinho.

El volumen primero de los *Anais* recoge, junto con diversas fotografías de los actos celebrados, los nombres de la Comisión encargada de la redacción de los mismos Anales (Alencar Arapide, Murgel de Rezende, Barretto, Acylino de Lima Torres, Pinheiro Torres y De Lima Furtado), los de los miembros que actualmente componen el Tribunal Superior Militar, el Reglamento de la Orden del Mérito Jurídico Militar, nombres y actas de la Comisión organizadora, reglamento de régimen interno del Congreso. Programa, sugerencias de temas para las tesis, relación de los congresistas, por Estados brasileños y por comisiones de trabajo, el magnífico discurso de apertura del Congreso pronunciado por el Doctor Adalberto Barreto en nombre de la Comisión organizadora, así como otros discursos con ocasión del Congreso y las conferencias dadas, con arreglo al programa previsto, por el General de Ejército, Tristao de Alencar Arapide (págs. 121 y sigs) y el Embajador Pontes de Miranda (págs. 143 y siguientes), sobre: "El Derecho de supervivencia nacional visto por un militar" y "Las fuerzas armadas en el Derecho de gentes y en Derecho constitucional".

El volumen segundo contiene cuarenta y dos tesis sobre las siguientes materias: *La justicia militar como parte integrante del Poder judicial* (Doctor Casado Roch), *La prisión preventiva* (Barbosa), *Pena de muerte* (Correa De Oliveira, Baptista Mattos, De Bleasby Fernandes), *Responsabilidad penal en el derecho penal militar y común* (De Arruda Marques), *Fuga de presos* (Ancillon Ayres de Alencar), *Concepto de "assemelhado"* (Gomes Carneiro), *Embriaguez* (Paletta Filho), *Rehabilitación* (Brenha Ribeiro Filho), *Defectos de la prescripción en derecho penal brasileño vigente* (Fiori), *Traición y espionaje* (De Arruda Marques), *Desobediencia a órdenes superiores* (Dardeu de Albuquerque), *Riña* (Da Costa Moraes), *Estupefacientes* (Gomes De Gusmao), *Delito militar y transgresión disciplinaria* (Schuch), *Colonización penal* (Campello), *Régimen penitenciario* (Dardeau de Albuquerque, Bergamini Miotto, Barbosa Sampaio), *Concepto del derecho disciplinario militar y su codificación* (Gomes Carneiro), *Reglamentos disciplinarios* (Raja Gabaglia, De Carvalho Brito), *Consejos de justicia de los cuerpos, formaciones y establecimientos del ejército* (Moraes, Goldemberg), *Competencia de los jueces auditores* (Ancillon Ayres de Alencar), *Procesal* (Cisneiros Do Amaral, Da Costa Moraes, Dariano, De Gusmao Junior, Pires De Campos Barros, Sussekind De Moraes Rêgo, Dardeau de Albuquerque, Pereira Da Costa, Brenha Ribeiro Filho), *Los Policías militares y su fuero* (José Cândido Da Silva), *Justicia militar en el Estado de Espírito Santo* (Eugenio de Asís), *Situación jurídico militar del policía militar* (Fiori Druck), *La Policía militar como reserva militar* (Rauen), *Imposibilidad de constitución del Conselho Especial de Justicia Militar estadual* (Alves Da Costa), *Situación de los funcionarios administrativos de la Auditoría de Justicia militar de la Policía Militar y del Cuerpo de Bomberos del distrito Federal* (Gordilho De Oliveira).

El volumen tercero publica cincuenta y tres tesis, indicaciones hechas en el plenario, el Decálogo del promotor de Justicia (aprobado por unanimidad) cuyo autor es el Doctor César Salgado, y las palabras finales. Los temas de las tesis que aquí se reúnen son los siguientes: *Estatuto de nacionalidad* (Saltiel), *Servicio militar femenino* (De Souza Mello), *Ley del Servicio militar* (Da Silva Araújo), *Misión constitucional, organización, jerarquía y disciplina de las fuerzas armadas* (Fontoura Sobral Pinto), *Exención del servicio militar por motivo de creencia religiosa, política o filosófica* (Lesa Litrento), *Estudio comparativo del Código penal común y del Código penal militar* (Wall B. De Carvalho), *Contribución al estudio de los prisioneros de guerra del Brasil* (Pementel), *Concepto del crimen militar* (De Cunto), *Defectos en la realización de la justicia penal* (Teixeira), *Facilitación del contrabando* (Cardoso De Almeida), *Delito de embriaguez* (Da Rocha Martins), *Injurias impresas en el derecho penal militar* (Vieira Da Cunha), *Organización de la Justicia militar* (Bezerra Filho, Cidade), *Procedimientos penales militares* (Rabello Pessoa Da Costa, Ribeiro, Fiori Druck, Oliveira Costa, Pires de Castro y Evaldo Ponte), *Crímenes militares cometidos por miembros de la Policía mili-*

tar, disciplina y código disciplinario (Canabarro Reichardt), *Justicia militar Estadual* (Junger Viera), *División del Tribunal Superior Militar en Salas* (Cisneros Do Amaral), *Atribuciones del mando y Policía judicial militar* (De Lima Pessoa), *La Reserva de la justicia militar* (Moraes, Gomes Carneiro), *Crimen político y jurisdicción militar* (Gomes Carneiro), *Derecho penal militar y su autonomía* (Ferreira Bastos, De Souza Mello, Schuch), *Aplicación del Derecho penal militar caso de concesión de estacionamiento o tránsito de fuerzas armadas en el país o en el extranjero* (Barreto Campello), *Crimen militar en tiempo de paz* (D'Aquino Fonseca), *Cumplimiento de un deber legal y ejercicio regular del derecho* (Magalhaes), *La suspensión condicional de la pena y su ausencia del derecho penal militar* (Evaldo Ponte y Pires De Castro, Barbosa Sampaio, Ayres de Alencar), *Concepto de presencia del enemigo* (Fontoura Sobral Pinto), *Réuelta* (Da Silva), *Crimen de cobardía* (De Arruda Marques), *Comercio clandestino y facilitación de estupefacientes como crimen militar en tiempo de paz y en tiempo de guerra* (Guimaraes Pinheiro, Cardoso De Almeida), *Insumisión y deserción, procedimiento* (Guelros Leite), *Prevención de los crímenes militares* (Lyra), *Procedimiento militar* (Dariano, Mountinho Ribeiro Da Costa, Sussekind De Moraes Rego), *Orígenes de la legislación penal militar brasileña* (De Paula Cidade), *Desertores de marina* (Tiburcio Ferreira), *Composición del Tribunal Superior Militar en la Constitución de 1946* (Gomes Carneiro), *Organización de la disciplina judicial militar* (Gomes Carneiro), *Conveniencia de disposiciones más precisas sobre el delito de saqueo* (Cardoso De Gusmao), *Ilícito penal militar y responsabilidad civil* (Cardoso de Gusmao), *Presidencia de los Consejos de Justicia* (Saldanha Souza), *Conmemoraciones en el centenario del proyecto del Código penal militar de José Antonio De Magalhaes Castro, que se cumple en enero de 1960* (Gomes Carneiro).

Sería tarea imposible dar cuenta detallada de un material tan vasto. Siendo todos los temas de gran interés e importancia, me parece, sin embargo, que no ha de tomarse a mal que destaque una de las discusiones más vivas del Congreso en torno a una de las muchas cuestiones que transforman al Derecho penal militar en palestra de los más enconados problemas jurídico penales, no tanto sustantivos como adjetivos. Me refiero a la extensión de la competencia de los tribunales militares a los delitos políticos. La tesis presentada a este propósito por el ilustre Ministro Gomes Carneiro demuestra que hay una preocupación creciente en muchas Naciones, entre ellas, el Brasil, por el posible debilitamiento que puede introducirse en la potencia militar de un país so capa de adoctrinamientos políticos, y el justificado temor que provocan determinadas maniobras ocultas tras telones ideológicos. La conclusión a que llegó el Sr. Gomes Carneiro reza así: "Toda tentativa de perturbación de la paz pública en la que se identifique la existencia de una inspiración extranjera, cualquiera que sea el medio empleado, constituye una modalidad del crimen contra la seguridad exterior del país, puesto que representa en realidad un atentado contra su personalidad internacional y su

independencia. Este crimen, cualquiera que sea la condición del agente es de la competencia de la Justicia Militar por definición establecida en el precepto constitucional". El relator hizo suya la conclusión propuesta, que fué aprobada, tras una discusión en el curso de la cual los temores aludidos contra la seguridad del Estado recibieron un nombre: Rusia. A mi entender Gomes Carneiro concretó muy acertadamente los intereses jurídicos en cuya protección debe concentrarse la ley penal, prescindiendo, claro está, de los reparos que pueden oponerse a la terminología misma, tan difundida, de delitos contra la seguridad exterior del Estado. A mi juicio, y en el campo jurídico penal, la tutela debe concentrarse no tanto en la ideología misma a combatir con otros medios más adecuados que la pena, como en el terreno tan certeramente señalado por nuestros colegas brasileños.

El *I Congreso de Derecho penal militar brasileño* es un colosal esfuerzo que no caerá en el vacío. El Derecho penal militar no es un derecho de un grupo, de un Estado dentro del Estado, sino que forma parte de la totalidad del ordenamiento jurídico y afecta a todos los ciudadanos por igual en cuanto protege el instrumento visible de la potencia física del Estado, la que debe servir para salvar las crisis de descomposición por las que toda comunidad alguna vez atraviesa, el que debe defender el derecho de esa comunidad a tener su puesto al sol, a no ser sojuzgada y explotada por otros países mediante la fuerza. El Derecho penal militar no es un "derecho de los militares", y por ello es justo que se le dispense una mayor atención por los juristas. También España se ha unido al movimiento de renovado estudio de los problemas que plantea el Derecho penal militar y el derecho de la guerra, contribuyendo, en la medida de sus posibilidades, al creciente progreso del predominio del Derecho: *inter armas non silent leges*.—José MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA.

II Congresso Internazionale di Diritto penale militare indetto da "Gazzettino Forense" di Padova in collaborazione con gli Ordini Forensi di Verona. (Varias publicaciones.)

En la sección informativa de la REVISTA se da cuenta del desarrollo y votos formulados en el Congreso de Verona (9-11 de mayo de 1959), de cuya denominación de "Internacional" —que lo fué por la asistencia de representaciones de otros países— prescindiremos, para no introducir la confusión con los que celebra la *Sociedad internacional de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*. Creemos, sin embargo, que ha de tener interés para nuestros lectores el conocer la relación de los trabajos publicados con motivo del Congreso, que, en un total de diecinueve,

han llegado a nuestras manos por conducto del General Auditor López Fando y del Letrado Fernández Serrano. Las ponencias son las siguientes:

— Dr. Luigi Bianchi D'Espinosa. Consejero de Casación: *Codice penale militare integrale. Parte generale*. 32 págs.

— Dr. Saverio Malizia. Viceprocurador militar de la República: *Codice penale militare. Criteri informativi della parte speciale di pace*. 56 págs. Además: *I problemi della Giustizia Militare*. 32 páginas.

— Dr. Pier Nicola Pantano: *Codice penale integrale. La parte speciale della legge penale militare di guerra*. 16 págs.

Las comunicaciones enviadas son:

— Dr. Stefano Attardi. Magistrado militar: *El perdono condizionale per i militari*. 16 págs.

— Avv. Bruno Cavalleri: *L'istigazione a reato in un codice penale militare integrale*. 10 págs.

— Avv. Gregorio Luigi Cavalla: *Note di un penalista*. Sobre el tema: *Codice penale militare integrale*. 11 págs.

— Dr. Renato Maggiore: *Codice penale militare integrale*. 8 páginas.

— Ten. Generale Q. M. r. z., Humberto Meranqhini: *Bartumi di integrazione dei Codice penali militari*. 11 págs.

— Dr. Arrigo Mirabella. Procurador General militar retirado: *Codice penale militare complementare o integrale?* 27 págs.

— Dr. Antonino Raneri: *Codice penale militare integrale*. 8 páginas.

— Dr. Orazio Romano: *Misure di sicurezza*. 11 págs.

— Dr. Roberto Sessolo: *Sui cosiddetti "reati militarizzati"*. 7 páginas.

Las actas de las Sesiones y lista de congresistas (figuran 166 inscritos además de numerosas adhesiones), se recogen en cinco fascículos.

Lamentamos que el espacio disponible no permita una cuenta más detallada de, al menos, parte de estos trabajos, en los que se ha abordado un tema de tanta trascendencia para el problema de la Codificación del Derecho Penal militar.—J. M.* R. D.

GOMES CARNEIRO (Mario Tibúrcio): *Estudos de Direito Penal Militar*. Río de Janeiro, 1959. 181 págs.

El Ministro y Juez en reserva del Superior Tribunal Militar del Brasil, Gomes Carneiro, alta autoridad en materia de Derecho penal militar por su preparación, experiencia e independencia de criterio, y segura-

mente el más tenaz y apasionado cultivador de la especialidad, reúne en este volumen su aportación a los trabajos del *I Congreso de Derecho Penal Militar* celebrado en Río de Janeiro en junio de 1958.

Tres *indicaciones*, seis *tesis* y tres *pareceres* constituyen el contenido doctrinal del volumen, sazonados —dada la diversa suerte que corrieron en las deliberaciones de las Comisiones o en las votaciones de las sesiones plenarias— con vehementes comentarios personales del autor y todo el ardor combativo a que nos tiene acostumbrados el eminente maestro.

Las *indicaciones* o propuestas constituyen sugerencias hechas al Congreso sobre la conveniencia de interesar la elaboración de un *Estatuto de la Magistratura de la Nación* sobre un *Anteproyecto de Ley de disciplina judicial militar* y, en fin, sobre la oportunidad de la realización de actos conmemorativos del primer centenario del "Proyecto de Código Criminal Militar" del Auditor de guerra José Antonio de Magalhaes Castro.

Las *tesis* presentadas versaron sobre *La Composición del Superior Tribunal Militar en la Constitución de 1946*, tema que ya había sido objeto de una publicación del mismo autor, de la que dimos noticia en el número 6 (pág. 128) de esta REVISTA, *Disciplina judicial militar*, para la que se ofrecía incluso un proyecto de texto articulado, que constituiría un capítulo a incluir en el Código de Justicia Militar; *Formación de la reserva de la Justicia Militar*, tema en el que el Ministro Gomes Carneiro goza de la experiencia de haber sido director del *Curso de Emergencia para la formación de la Reserva de la justicia militar*, en 1945, y que trató igualmente en publicación de la que también dimos cuenta en esta REVISTA (núm. 2, págs. 141); *El concepto de "assemelhado" establecido en precepto constitucional y sus corolarios lógicos y jurídicos*, que corresponde a aquellos individuos que no perteneciendo a la clase militar de los combatientes, ejercen funciones de carácter civil o militar especificadas en leyes o reglamentos a bordo de navíos de guerra o en establecimientos de naturaleza militar y sujetos por ello a los preceptos de subordinación y disciplina; *El Derecho disciplinario militar. Su concepto y su codificación*, tesis en la que se sostiene la naturaleza penal del Derecho disciplinario, postura en la que abundó más tarde su autor en la ponencia presentada al Congreso Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebrado en Bruselas en mayo del presente año, y cuya traducción puede encontrarse en el presente número de esta REVISTA (pág. 75), y *El crimen político y la jurisdicción militar*.

Por fin, los *pareceres* constituyen informes en relación a *tesis* de otros autores de las que le correspondió ser relator. Versan estos *pareceres* sobre: *Concepto de "presencia del enemigo"*; *Estudio de los reglamentos disciplinarios para las Fuerzas Armadas*, y *Delito militar y transgresión disciplinaria*.

Aunque por la razón de ser todos estos trabajos presentados a un Congreso de carácter nacional, los temas debatidos se encuadran en el marco del Derecho constitucional y positivo del Brasil, los puntos de vista en ellos sustentados tienen una vigencia general y constituyen

una toma de posición ante problemas comunes a todos los derechos militares de las diferentes naciones, lo que hace que de la obra, concienzudamente fundada y abiertamente polémica, trascienda un interés científico de alto nivel aprovechable para todos.—EDUARDO DE NÓ LOUIS.

ARNDT (Herbert): *Grundriss des Wehrstrafrecht.* (Compendio de Derecho Penal Militar). Munich y Berlín, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1958, XII + 239 págs.

Apenas aparecida la ley penal militar de 30 de marzo de 1957 ha surgido en Alemania el gran comentario de Dreher, Lackner y Schwalm (1), el de Rittau (2) y, en el mismo año 1958, la obra doctrinal y sistemática de Arndt, a la que ahora nos vamos a referir, revelándose así la preparación y preocupación de los juristas por las normas jurídicas que han de regir el naciente Ejército alemán.

Divide Arndt la materia en: Introducción, Parte general y Parte especial, terminando con un índice de concordancia con el anterior Código penal militar y un índice de materias. La Introducción comprende: Concepto del Derecho penal militar (págs. 15 y sigs.), Historia (págs. 19 y siguientes), Relaciones del Derecho penal común y el Derecho disciplinario (pág. 21) y Definiciones. La Parte general se divide en cuatro capítulos, a saber: Ambito personal, espacial y temporal de validez (págs. 41 y siguientes), La acción punible (págs. 47 y sigs.), Formas de aparición (páginas 106 y sigs.) y Penas (págs. 119 y sigs.). La parte especial se divide en otros cuatro capítulos (págs. 134 y sigs.) siguiendo el orden legal.

Para el autor (pág. 17) *Derecho militar* es el Derecho interno relativo al orden de la comunidad castrense. Dentro de él pueden distinguirse el Derecho constitucional militar, Derecho administrativo militar, Derecho privado militar, Derecho penal militar en sentido amplio o Derecho de defensa militar, al que pertenecen el Derecho penal militar en sentido estricto —el cual presupone la pertenencia del autor al ejército federal, y por ello puede llamarse Derecho penal del soldado— y todos los preceptos referentes a la protección de la defensa del país (aunque estén en el Código penal o leyes no militares) y, finalmente, el Derecho de la guerra, porque la conducción de la guerra bajo normas jurídicas influye en el Derecho interno, y estas normas cuando son de tipo general forman parte integrante del Derecho alemán con arreglo

(1) DREHER, LACKNER y SCHWALM: *Wehrstrafgesetz Kommentar*, 1958, recensión en núm. 7, págs. 139 y sigs. de la Revista, donde, por cierto, a causa de un error indisculpable, se atribuye el comentario al § 2 de la ley a LACKNER, siendo así que es debido a DREHER, por lo que rogamos al lector que haga la oportuna rectificación.

(2) Véase: REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 7, págs. 141 y siguientes.

al artículo 25 de la Ley fundamental (Constitución). La *ciencia del Derecho militar* es parte, por un lado, de la ciencia militar y, por otro, de la ciencia del Derecho. El *Derecho penal militar* (pág. 18) es "una parte del Derecho penal, es decir, aquella parte del ordenamiento jurídico que a causa de un proceder contra los intereses de las Fuerzas armadas impone, como consecuencias del injusto, penas criminales y medidas de seguridad". El Derecho penal militar *sirve* al mantenimiento de la disciplina y con ello al aseguramiento de la potencia de combate del Ejército federal. Este pensamiento se ha de tener en cuenta siempre en la interpretación y aplicación del Derecho penal militar. El mantenimiento de la disciplina en las tropas se acostumbra a asegurar en todos los Estados con medios duros y, por ello, "no puede considerarse inhumano, ni como terror". Pero hay *límites* que tienen que observarse incluso en épocas de necesidad: "Los principios generales de la justicia son inalienables e inviolables". Por ejemplo, la orden de fusilar a todo desertor sin proceso previo no puede nunca tener eficacia jurídica porque está en contradicción con la moral y el Derecho de todos los países civilizados (página 19). El Derecho penal militar es Derecho penal especial para los soldados y quienes estén equiparados a ellos. La consecuencia es que en todo lo que no sea específico rige el Derecho común. No hay, por ejemplo, las anteriores restricciones a la aplicación de la legítima defensa contra un superior, basadas en la opinión de que los preceptos de la parte general del Código penal estaban subordinados a las exigencias reales o supuestas de la disciplina. El sistema actual es también, según el autor, el de muchos otros Estados, entre ellos Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Italia y Suiza (págs. 31). El *Derecho penal disciplinario* es Derecho penal en sentido amplio y se distingue del Derecho penal militar en la ausencia de tipos legales firmemente circunscritos (pág. 32). Al tratar de las definiciones (págs. 36 y sigs.) hace notar que los delitos contenidos en el § 48 (3) es dudoso si son o no hechos punibles militares, pero que no podrían aplicarse las penas del Código penal común de no mediar tal párrafo, porque "los soldados no son funcionarios".

Los conceptos jurídicopenales comunes de la *parte general*, verbigracia, tipicidad, antijuricidad, etc., se han de interpretar y aplicar, a juicio de Arndt, lo mismo que en el Derecho ordinario, si bien teniendo presente que en determinadas circunstancias puede haber una variación por causa de las especialidades del círculo de deberes militares (pág. 37). En el concepto del delito militar se atiende, por lo tanto, a las concepciones dominantes en la ciencia jurídica penal actual, según la que el delito (= acción punible) es la acción antijurídica y culpable que procede contra una ley penal, conteniendo la culpabilidad el tipo "subjetivo" por contraposición al suceder externo que es el tipo "objetivo", y reconociéndose —como resultado de investigaciones recientes— la presencia tanto de elementos subjetivos del injusto como de elementos subjetivos

(3) Véase: REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 7, págs. 85 y siguientes.

de justificación (pág. 48). Examinar con detalle la exposición de la teoría del delito militar en la que el autor revela un conocimiento adecuado de la situación actual de la ciencia del Derecho, tomando posición en los puntos controvertidos (relación de causalidad, comisión por omisión, relación entre la tipicidad y la antijuridicidad, etc.), llevaría más espacio del que se puede consagrar aquí en esta breve referencia. Pero no queremos omitir la mención del particular empeño con que Arndt inserta en el lugar pertinente las normas correlativas del Derecho internacional: verbigracia, entre las causas de justificación cuando la conducta es conforme con el Derecho de la guerra (pág. 59).

El libro de Arndt, dentro de los límites que se ha trazado, constituye una exposición magistral por su concisión, claridad y profundos conocimientos que delata, siendo muy recomendable su lectura a cuantos se interesan por el problema de la elaboración científica del Derecho militar, aunque, como es natural, haya que hacer reservas respecto a aquellas posiciones que respondiendo al Derecho alemán no tienen la misma base jurídico-positiva en nuestro ordenamiento jurídico.—J. M.^a R. D.

PASTOR REDRUEJO (José Antonio): *La protección a la población civil en tiempo de guerra.* Universidad de Zaragoza, 1959. 318 páginas.

Este volumen es el primero de una serie de cuatro que sobre el derecho humanitario bélico anuncia la Cátedra "General Palafox" en unión del Seminario de Estudios Internacionales "Jordán de Assó", ambos de la Universidad de Zaragoza, con el que da una vez más muestra del interés que dedica al fenómeno de la guerra y a las normas jurídicas con él relacionadas, bajo el entusiasta impulso y la docta dirección del Catedrático de Derecho internacional de la Facultad de Derecho de dicha Universidad, profesor García Arias, que personalmente contribuirá, según se indica, con uno de los volúmenes de la serie, aún en preparación: el dedicado a *La prohibición de medios bélicos inhumanos*.

El concepto y naturaleza del *Derecho humanitario bélico* quedaron definidos por el propio autor del volumen que ahora nos ocupa, en las páginas de este REVISTA, y ello nos releva de insistir sobre este punto, pero sí ha de destacarse que es un Derecho en plena evolución y desarrollo, al que dedican su atención y estudio científicos y especialistas, filántropos y religiosos de todas las confesiones.

Tiene en este aspecto la colección que se inicia, la importancia de ser la más considerable aportación española del momento actual sobre la materia y la de aparecer como continuadora de una tradición secular de nuestras Universidades. Tema de extremada actualidad y de honda raigambre, en el que se funden la caridad y el derecho para lograr la protección de unos derechos humanos fundamentales.

Dentro de este marco, el volumen que hoy se nos ofrece es merecedor

de todo elogio. Sería en todo caso presuntuoso por nuestra parte tratar de oponer cualquier reparo, ya que se trata de la tesis doctoral del autor, que fué presentada y defendida en 7 de abril de este mismo año, y que mereció la calificación de sobresaliente *cum laude*. Por tanto, nos limitaremos a hacer nuestras las palabras que en el prólogo escribe el profesor García Arias: "En el estudio realizado, José Antonio Pastor Ridruejo se ha mostrado brillantemente digno de la altura y del interés del tema."

La monografía se estructura en una introducción y cinco partes, seguidas de una conclusión y de una lista bibliográfica.

En la introducción se justifica el tema y se expone el plan de la obra. Los epígrafes de las cinco partes son las siguientes: I. Exposición histórica del trato sufrido en las guerras por la población civil. II. La protección a la población civil en la doctrina clásica. III. La protección a la población civil en los Convenios de Derecho de guerra anteriores a 1949. IV. El IV Convenio de Ginebra de 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra. V. El Proyecto de Reglas para limitar los riesgos que corre la población en tiempo de guerra. La conclusión encierra un fondo realista, pero optimista. La bibliografía está muy acertadamente seleccionada y puesta al día.

El más vivo interés de la obra se centra, como es natural, en el capítulo o parte V, ya que el proyecto de reglas que en él se examina—elaboración del Comité Internacional de la Cruz Roja y sometido a la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja reunida en Nueva Delhi en 1957— se encuentra en la actualidad en poder de los Gobiernos, paso decisivo para una nueva redacción que pudiera servir de base a un borrador o anteproyecto de convenio internacional a someter a una Conferencia diplomática, o para una desviación hacia una vía muerta. En este capítulo realiza Pastor Ridruejo un análisis detenido de las Reglas, con un acusado sentido jurídico. Ello le conduce a proponer un nuevo texto, empresa arriesgada a no dudar, pero no fruto de la impremeditación o la audacia, ya que sus puntos de vista están sólidamente razonados. Y estas razones, se compartan o no, serán siempre dignas de tenerse en cuenta y son hoy de indudable oportunidad, dado el estado actual de la cuestión, en que precisamente se interesa de los Gobiernos sugerencias y apoyos que permitan transformar el Proyecto en norma de derecho positivo.—E. DE N. L.

GARCÍA ARIAS (Luis): *Les formes nouvelles de la guerre. Etudes des phénomènes de la guerre psychologique.* 2. A. E. G. P. Montpellier. 1959. 27 págs.

El folleto del que damos noticia, número segundo de una serie dedicada al estudio de los fenómenos de la guerra psicológica, recoge el texto de una conferencia que el Catedrático español y director de la Cátedra

"General Palafox", de la Universidad de Zaragoza, profesor García Arias, pronunció el 28 de abril del presente año 1959 en la Escuela Militar de Administración de Montpellier.

La clara oposición entre guerra y paz, el antagonismo de ambos conceptos, que era tradicionalmente admitido, ha sufrido indudablemente una evolución. Conceptos relativos capaces de difuminarse e interpenetrarse, se ha llegado a considerar la posibilidad de un estado intermedio. Esto es lo que hoy se conoce por guerra fría. Pero este concepto negativo y peligroso ha tenido también que ser abandonado por el riesgo de que se desencadenara una guerra caliente, una verdadera guerra devastadora que sería, ante el choque de las dos superpotencias enemigas, una guerra de exterminio. Mas como la situación de hostilidad permanece y las diferencias radicales y sustanciales de las dos superpotencias no han desaparecido, se buscan otras fórmulas que no entrañen el peligro de choque armado, pero que puedan aportar la victoria. Entre estas nuevas formas aparece la guerra psicológica.

Es la guerra psicológica la forma más reciente de guerra global y persigue el sometimiento del enemigo a la voluntad del vencedor, utilizando medios no militares, sino políticos y económicos. La desmoralización, la desunión, el aislamiento y la subversión son métodos eficaces en esta guerra. No cabe duda que una de las partes hoy en pugna goza de dos ventajas considerables: el monopolio de la propaganda cuando está en el poder, y la acción a través de un partido nacional cuando está en la oposición o no controla el poder.

En esta guerra psicológica las democracias occidentales se encuentran en inferioridad, pues por sus propios principios no pueden utilizar tales métodos, y esta inferioridad ha sido considerada y puesta de relieve por numerosos autores. Walter Lippmann estimaba que el consentimiento del pueblo habría de otorgar la posibilidad de adoptar medidas radicales que restablezcan gobiernos con autoridad suficiente para ejercer sus funciones. Y esto, como también señalaba, será más fácil de conseguir en los pueblos de tradiciones arraigadas, en los que un largo pasado histórico forjó principios de dirección.—E. DE N. L.

DÍAZ DE VILLEGAS (General): *La guerra revolucionaria*. Ediciones "Europa". Madrid, 1959. 369 págs.

Sobre un tema de tan apasionante interés y de actualidad tan viva como son las nuevas formas de guerra derivadas de la presencia de dos bloques radicalmente antagónicos y tan poderosamente armados que se encuentran en la imposibilidad de dirimir su diferencia por los medios clásicos de guerra, ya que desembocarían en un cataclismo universal, la pluma autorizada del General Díaz de Villegas nos ofrece un enjundoso volumen en el que no faltan gráficos y grabados y en el que se vuelcan muchos datos interesantes obtenidos de primera mano y en ocasiones

inéditos por haber sido recogidos directa y personalmente por el autor, que hasta ahora no los había dado a la publicidad.

Tras una breve introducción, en la que se expone que la finalidad del libro es poner de manifiesto los métodos del adversario, iniciar a todos en lo que es la guerra revolucionaria, en su tratamiento y en la posibilidad de sofocarla, sigue un primer capítulo dedicado a la guerra clásica, y a distinguir lo variable en la guerra, que son las armas, y lo inmutable y constante, que son los principios válidos ayer, como hoy y mañana. En el capítulo II encontramos ya la guerra revolucionaria correspondiente a un nuevo concepto del mundo, el comunista. El capítulo III estudia la filosofía y fisiología de la revolución. La revolución es demasiado compleja para que pueda surgir por sí misma. Jamás es espontánea. Tiene una técnica y se prepara, se organiza y se desencadena. Por ello mismo puede abortarse o vencerse. Así se plantea el dilema revolución o contrarrevolución.

El capítulo IV se dedica a la guerra revolucionaria en la historia, desde la revolución rusa a la más reciente en Irán, China, Indochina, África y América. El caso concreto de la guerra de España merece, naturalmente, un capítulo especial, el V.

Dos capítulos, el VI y el VII, se ocupan de las dos facetas de la guerra revolucionaria. En el primero se estudia el ataque; en el segundo, la defensa. Y el arma nueva o al menos el arma que adquiere en la guerra revolucionaria un papel importantísimo, el arma psicológica, es objeto del capítulo VIII, que se completa en el IX con el examen de los Servicios psicológicos en el Ejército.

Una "Conclusión" y una lista bibliográfica cierran este interesante volumen, que se abre con un prólogo del Contralmirante Carrero Blanco.—
E. DE N. L.

GOLLWITZER (Helmut): *Die Christen und die Atomwaffen* (Los cristianos y las armas atómicas). Munich, Chr. Kaiser Verlag, 1957. 50 páginas.

La cuestión de la guerra justa, lo mismo en la literatura medieval que en la moderna, está estrechamente ligada a la de los medios lícitos. Una guerra conducida con medios ilícitos no puede ser justa (pág. 18). Ahora bien, según Gollwitzer, hay cinco argumentos que demuestran que las armas atómicas constituyen medios no permitidos moralmente. En primer término, por su propia índole, no permiten distinguir entre combatientes y no combatientes; las armas convencionales, desde el hacha de piedra hasta las bombas de aviación, pueden, ciertamente, utilizarse contra no combatientes, pero esto no deriva de su índole, sino del uso antijurídico de ellas (pág. 22). Segundo: para la ética cristiana de la guerra era ampliamente constitutivo el que el fin de la guerra tenía que ser la paz del derecho con el adversario, empleando la fuerza para obli-

garle a desistir de sus propósitos injustos; las nuevas armas transforman, por el contrario, el fin de la guerra haciéndolo consistir en la destrucción del adversario siempre (pág. 24). Tercero: afectan a las generaciones venideras y a la vegetación, reproche al que no escapan las llamadas bombas "limpias" (pág. 25). Cuarto: es imposible una guerra defensiva, única en la que, a su juicio, puede participar un cristiano sin faltar a su conciencia; y ello porque la defensa se viene entendiendo hasta ahora como defensa de las personas que se encuentran detrás del frente. Ya, dice, la guerra aérea ha convertido todo el territorio de la patria en frente. Pero, en el futuro, no sólo aumentará esto en proporciones inconmensurables, sino que las tropas de tierra no defenderán ya la patria, sino su propia existencia. La llamada "estructura pentómica" trata, precisamente, de hacer frente a la posibilidad de empleo de estas armas nuevas, sobre la base de la inexistencia de un frente con divisiones que se cierran sobre sí mismas (pág. 26). Finalmente, añade, una guerra futura entre adversarios dotados de un potencial atómico equivalente (pág. 27), conducirá, no sólo a la destrucción del adversario, sino a la autodestrucción: no sólo planteará el problema del matar, sino el de suicidarse. En la pág. 43, por nota, recoge las palabras de S. S. Pío XII en 19 de octubre de 1953 a los médicos militares, y en 30 de septiembre de 1954 al Congreso médico mundial, condenando el empleo de las armas atómicas.—J. M.^a R. D.

TRÍAS DE BES (José María) y YANGUAS MESSIA (José María de):
Aspectos jurídicos del empleo de armas nucleares y de la utilización del espacio ultraterrestre. Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1959, 43 págs.

La Real Academia de Ciencias Morales y Políticas celebró el martes 24 de noviembre del presente año 1959 su Junta inaugural del Curso 1959-60 con la lectura de los trabajos que se incluyen en esta publicación, correspondiendo al estudio de los problemas relacionados con el empleo de las armas nucleares al catedrático Trías de Bes, y el de la utilización del espacio ultraterrestre al también catedrático Yanguas Messia.

Dada la relevante personalidad científica de los oradores, su toma de posición ante estos actualísimos problemas tiene un indudable interés. Para el profesor Trías de Bes la postura del académico coincide con el común sentir de las gentes sobre la materia: desde el punto de vista jurídico, el empleo de las armas nucleares constituye una infracción de las normas fundamentales de la Moral y del Derecho de gentes; desde el punto de vista político, la posesión del arma equivale a poder; absoluto si se tiene en monopolio, y en equilibrio inestable si desaparece éste. Su opinión es terminante en favor de la proscripción total y absoluta de las armas nucleares, pero no como medida previa a negociaciones diplomáticas, sino como resultado de éstas, después de acordar la prohibición de

fabricarlas y usarlas y de imponer una efectiva vigilancia e inspección internacional. Sin embargo, reconoce que en el terreno positivo se ha adelantado bien poco en este camino.

En cuanto al profesor Yanguas Messia, que hace seguir su trabajo de una pequeña lista bibliográfica, también sienta algunas afirmaciones interesantes. El espacio cósmico —nos dice— no está ni puede estar sujeto a la soberanía parcelada de los Estados subyacentes. Por otra parte, también nos responde a la pregunta de si la luna y los planetas en general son o no susceptibles de que sobre ellos ejerza un Estado soberanía territorial; o, en otros términos, si son *res nullius* a disposición del primer ocupante, o cosa común abierta a todos, optando, sin vacilación, por lo segundo. La luna y los planetas, a su parecer, no pueden ser objeto de apropiación ni de soberanía. Así, por otra parte, lo declaró también la Comisión de la O. N. U., instituida a tales fines, en su informe de 14 de julio del presente año 1959.—E DE N. L.

Annuaire de l'A. A. A., 1958, núm. 28. Mouton & Co. La Haya, 302 páginas.

El *Anuario de la Asociación de Auditores y Antiguos Auditores* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya recoge en sus páginas no sólo algunos trabajos de miembros de la Asociación, sino el texto de las Conferencias pronunciadas con ocasión del IX Congreso que celebraron en Grecia.

Sólo una parte de dichos trabajos y conferencias ofrece, para nosotros, un interés directo, ya que en otros se contemplan y estudian cuestiones de política internacional y derecho internacional público o privado.

Los temas que caen dentro del campo relacionado con nuestra especialidad son los siguientes:

— *Le procès de Nuremberg et le droit international*, por A. Chailofour, juez del Tribunal Civil de Dunkerque (págs. 26-37).

— *The Tokio war crimes trials*, por Broadus McAfee, Coronel de U. S. A. (págs. 39-49).

— *Un nouvel aspect du problème de la double nationalité: la Loi espagnole du 15 juillet 1954*, por Gabriel García Cantero, juez de 1.ª Instancia (págs. 50-58).

— *Le Comité International de la Croix-Rouge et la protection des populations civiles en temps de guerre*, por H. Coursier, miembro de los Servicios Jurídicos del C. I. C. R. (págs. 132-144).

— *La Croix-Rouge et les Nations Unies*, por Walter Schatzel, profesor de la Universidad de Bonn (págs. 166-176).

— *Les nouvelles tendances du droit humanitaire de la guerre.* por Ivan Mrázek (págs. 184-191).

— *Problems of collective security.* por Hans Kelsen, profesor de la Universidad de California (págs. 200-211).

Como por sus títulos se advierte, los artículos se encuentran en lengua francesa o inglesa, por ser ambos idiomas los oficiales de la Asociación.—E. DE N. L.

Annuaire de P. A. A. A., 1959, núm. 29, Mouton & Co. La Haya, 247 páginas.

En el *Anuario de la Asociación de Auditores y Antiguos Auditores* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya, correspondiente a 1959, se contienen escasos artículos que se relacionen con el Derecho Militar, aun en su más amplia acepción.

Ello no obstante, damos noticia de la aparición de este nuevo volumen, cuidadosamente editado y seleccionado en sus trabajos por un Comité de redacción, presidido por el profesor Constantopoulos, y del que forman parte dos españoles: el profesor García Arias y Marcelino Oreja, actuando como secretario de redacción para la lengua francesa Mlle Simone Drefus, y para la inglesa C. d'Oliver Farran.

En él podemos encontrar, entre otros, los siguientes trabajos:

— *Des crimes contre les biens culturels.* por S. E. Nahlik (páginas 14-27).

— *Le statut international des détroits de la Mer Baltique.* por W. Morawiecki (págs. 159-171).

— *Passage rights through maritime canals.* por C. d'Oliver Farran, de la Universidad de Khartum (págs. 172-182).

— *Astronautical Law.* por De Rode-Verschoor, de la Universidad de Utrech (págs. 190-195).—E. DE N. L.

La Guerra de la Independencia Española y los Sitios de Zaragoza. Publicación de la Cátedra "General Palafox" de Cultura Militar. "Historia de la Guerra", vol. I, Zaragoza, 1958, 636 págs.

La Cátedra "General Palafox", de la Universidad de Zaragoza, comenzó en el pasado año de 1958 su segundo ciclo de conferencias, dedicado a la historia de la guerra. El hecho de conmemorarse en dicho año el CL aniversario de los sitios de la Inmortal Ciudad, obligaba a recordar los episodios locales y nacionales, de la Guerra de la Independencia. Se pronunciaron así, por Generales del Ejército y Catedráticos de Universidad,

diversas conferencias que han quedado recogidas en este volumen, el sexto de los publicados por la Cátedra Palafox.

Se incluye, en primer lugar, la conferencia dada por el Teniente General Don Santiago Amado Lóriga sobre el tema "Palafox, General de un Ejército, Caudillo de un pueblo", en la que, tras una breve historia de su vida, nos ofrece sugestivamente la figura humana del defensor de Zaragoza, que supo ser, a un tiempo, Capitán General del Reino de Aragón y Caudillo de la ciudad.

Don José María Jover Zamora, Catedrático de la Universidad de Valencia, diserta sobre "La Guerra de la Independencia Española en el marco de las guerras europeas de Liberación", y superando la idea castiza y simplista de nuestra Guerra de la Independencia, pone de relieve lo que tuvo de ocasión histórica, junto con la guerra patria rusa y la de liberación prusiana, para que cristalizase el "nuevo espíritu" y el "nuevo Estado" con punto de partida de la Historia contemporánea.

El General Fuentes Cervera habla de "La organización de nuestro Ejército en la Guerra de la Independencia" y describe con cuidada documentación los elementos que al comienzo de la contienda componían el Ejército —fuerzas de la guardia real, infantería, caballería, artillería, ingenieros y milicias—, a la par que nos habla de los modos de reclutamiento —voluntariado, levas y quintas—, y de las reformas militares que se hubieron de introducir en el curso y final de la disputa.

Don Carlos Corona Baratech, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, se ocupa del "Carácter de las relaciones hispano-francesas en el reinado de Carlos IV", ofreciéndonos una certera visión de la política internacional de la época.

El General Alonso Alonso trata de "La táctica en los tiempos de Napoleón", y analiza especialmente las causas de su fracaso en la Península, entre las que no fué de menor importancia la ignorancia del Primer Cónsul sobre el ideal religioso y nacional de los españoles.

Don Luciano de la Calzada Rodríguez, Catedrático de la Universidad de Murcia, conferencia sobre "La ideología política en la Guerra de la Independencia", insistiendo en la raíz hispánica como sostenedora del equilibrio y serenidad frente a la invasión, al tiempo que resalta el carácter contrario de sus resultados políticos.

Habló el General Méndez de Parada acerca de "El armamento en la Guerra de la Independencia", pasando minuciosa revista a las armas de uno y otro bando.

Prosigue el texto con la conferencia de Don Fernando Solano Costa, Catedrático de la Universidad de Zaragoza, sobre "La resistencia popular en la Guerra de la Independencia: los guerrilleros", que nos presenta al guerrillero como continuador del "concursator" ibérico citado por los historiadores romanos, al tiempo que habla de los rasgos humanos de tan española figura.

El General Pérez-Chao y Fernández, en su conferencia sobre "La artillería en la Guerra de la Independencia. Primero y Segundo Sitios de Zaragoza", nos ilustra sobre episodios de la heroica Ciudad.

A continuación se refiere el Profesor Serrano Montalvo, de la Universidad de Zaragoza, al tema de "El pueblo en la Guerra de la independencia: la resistencia en las ciudades", hablándonos de las distintas formas de influencia popular en aquellos históricos acontecimientos.

Cierra el capítulo de conferencias la del General Marín de Bernardo Lasheras sobre "Los ingenieros militares en los Sitios de Zaragoza", en la que tras un breve resumen de la situación del momento, nos cuenta lo que la acción de los ingenieros significó en uno y otro Sitio.

Y acaba el interesante volumen con sendas crónicas de la celebración del VI curso de conferencias de la Cátedra Palafox, y de la del primer cursillo de la misma, desarrollado también en la Universidad cesaraugustana.—ANTONIO PASTOR RIDRUEJO.

CUBILLO CALÓN (Eugenio): *La moderna Penología (Represión y tratamiento de los delincuentes. Penas y medidas. Su ejecución)*. Barcelona, Bosch, vol. I, 1958, 700 págs.

En este primer volumen, después de tratar del concepto de la Penología concebida en un sentido amplio, comprensivo de las medidas de seguridad, se ocupa el ilustre maestro, utilizando una copiosa información, de la naturaleza y fines de la pena y medidas de seguridad y corrección, de la pena capital, penas corporales y penas privativas de libertad. "La pena es la privación o restricción de bienes jurídicos impuesta conforme a ley, por los órganos jurisdiccionales competentes, al culpable de una infracción penal" (pág. 16). Su esencia consiste en ser justa retribución del mal del delito, proporcionada a la culpabilidad del reo (página 17). Además, persigue la prevención, general y especial, del delito (pág. 19). La idea de la intimidación colectiva debe ser mantenida (página 24). Hay que tener en cuenta, frente a las tesis reformadoras que ven en la pena un medio de corregir al delincuente, la existencia de sujetos que o no están necesitados de un tratamiento reeducativo o son refractarios al mismo, por lo que "la actuación reformadora sería superflua o ineficaz para ellos" (pág. 22). Las ideas clásicas sobre la *proporcionalidad* aún conservan en gran parte su valor, pues es cierto que conminar e imponer igual pena a delitos de gravedad distinta incitaría a cometer los más graves, y señalar la misma pena para todos los hechos delictivos sólo sería eficaz para los pequeños delitos (pág. 29). A la idea de la individualización de la pena en el sentido de adecuación de ésta a la personalidad del agente y no a la gravedad del hecho realizado, hay que oponer una segunda reserva, a saber, la de que únicamente puede aplicarse "a la pena como tratamiento encaminado a su reeducación (del delincuente) o como medio de protección social contra individuos inadaptables" (pág. 34). Una de las manifestaciones de la individualización de la pena es la llamada *sentencia indeterminada* (págs. 51 y sigs.), esto es, el juez, en el momento de dictar sentencia, impone una pena o medida

sin fijar su duración de modo determinado (pág. 52); la indeterminación puede ser, como es sabido, absoluta o relativa (pág. 59), siendo esta última la que cuenta con más partidarios. Cuello Calón acepta la sentencia indeterminada, pero con una salvedad: cuando la pena se aplique "con predominante sentido retributivo a delincuentes no necesitados de tratamiento por ser sujetos no corrompidos ni desmoralizados, sino individuos encajados en las normas morales y sociales de la vida comunitaria": aquí la pena ha de ser fija y determinada de antemano (pág. 82). En cuanto a las *medidas de seguridad*, se atiene a esta denominación, aunque advierte que gana terreno la idea de que es inadecuada y que sería preferible hablar de medidas de defensa social o de medidas de protección, de educación y de tratamiento (pág. 83, nota 1); es partidario de la tesis dualista, o de la diferenciación, considerando que pena y medida tienen naturaleza diversa: la pena atiende a la culpabilidad; la medida, a la peligrosidad del sujeto (pág. 102). Aunque se acercan más cada día, "no pueden llegar a confundirse, pues la aspiración a la realización de la justicia, que es esencia de la pena, impedirá su completa fusión" (pág. 106). La *pena de muerte*, su historia, formas de ejecución, legislación española y extranjera, es estudiada con todo detenimiento (págs. 113-246). "Es legítima cuando es merecida" (pág. 207), aunque debe reservarse para los más atroces delitos. La repugnancia que despierta proviene en gran parte de la aversión que causan los medios de ejecución que actualmente se emplean. La disminución de la delincuencia, especialmente de los graves crímenes violentos en algunos países, explica y justifica su abolición, "mas para otros donde los delitos alcanzan cifras inquietadoras y la gran criminalidad reviste cada día tonos más sombríos, no ha sonado aún esta esta hora feliz" (pág. 209). La *pena corporal* no puede admitirse (página 252). Las *penas privativas de libertad*, eje de los actuales sistemas penales, son tratadas con la importancia que merecen, comenzando por subrayar el respeto a la dignidad humana (pág. 258 y sigs.) y a los derechos del recluso (pág. 262 y sigs.) que deben informarlas, y los elementos fundamentales de todo régimen penitenciario (pág. 265 y sigs.), dedicando capítulos separados al problema de sus clases (pág. 278 y sigs.), evolución histórica de los sistemas (pág. 300 y sigs.), arquitectura penitenciaria (pág. 330 y sigs.), historia de la pena de prisión en España (pág. 355 y sigs.) con una indicación de la literatura penitenciaria española (página 374 y sigs.), instrucción (pág. 381 y sigs.), trabajo penitenciario (página 408 y sigs.), régimen disciplinario (pág. 453 y sigs.), asistencia médica (pág. 464 y sigs.), relaciones del recluso con el mundo exterior (entre las que incluye la llamada "visita conyugal") (págs. 491 y sigs.), formación del personal de prisiones (pág. 514 y sigs.), libertad condicional (página 534 y sigs.), patronatos (pág. 568 y sigs.), el debate sobre las penas cortas de prisión, las cuales estima que son todavía imprescindibles (página 592), conflictos de la vida penitenciaria, como las evasiones, motines, suicidios y huelgas del hambre (pág. 597 y sigs.), la cuestión de si la pena de prisión constituye un factor criminógeno y debe abolirse (página 613 y sigs.), concluyendo con la condena condicional (pág. 626 y si-

guientes) y el sistema de prueba o *probation* (pág. 644 y sigs.) como sistema de tratamiento en libertad.

El autor ha prescindido deliberadamente de toda mención relativa al Derecho penal militar. No obstante, si se parte de la base, que cada día me parece más indiscutible, de que éste tiene la misma naturaleza que el Derecho común y que su evolución sigue fielmente a la legislación ordinaria, aun cuando algo rezagada, la cuidada exposición que hace Cuello Calón del estado actual de nuestros conocimientos en materias tan esenciales para la vida y el porvenir mismo del Derecho punitivo arroja una fuerte luz sobre una serie de problemas fundamentales en el Derecho castrense. Los tratadistas, y todavía más los prácticos, están poseídos por la imagen de un Derecho penal militar brutal, que desconoce la dignidad humana. Tal idea ha surgido principalmente, sin duda, a consecuencia de dos factores. Uno de ellos es la realidad, que no debe desconocerse, del conocido aforismo *inter armas silent leges*, fruto de repetidas conculcaciones no ya de las leyes de la guerra, sino de las leyes más elementales de la humanidad, que nos ofrece la historia de los conflictos armados. Otro, el que los juristas consagrados al Derecho común toman contacto sólo con el Derecho militar en aquellas circunstancias de emergencia en que éste despliega su mayor severidad, y por ello tienden a reputarlo como un Derecho de excepción a cuyo lado parecen livianas las penas ordinarias. Pero ni puede mantenerse aquel aforismo ni el Derecho penal militar es un Derecho de excepción. Ni el único fundamento de la pena militar es la utilidad y la más feroz de las intimidaciones. Lo mismo que en el Derecho común, hay que distinguir aquí entre sujetos capaces de reeducación o readaptación al cumplimiento de sus deberes militares, y aquellos que no necesitan tal tratamiento reformador o que son incorregibles. El mismo hombre es el que allí delinque y el que delinque aquí. También el hombre de armas demanda ser tratado con justicia. También en el Derecho penal militar la pena ha de ser, ante todo, retribución justa, proporcionada al hecho realizado. Posiblemente la razón de las especialidades de las penas militares está en que de ordinario la pena no ha de cumplir misión reformadora alguna. Aunque la introducción con carácter general de la *redención* de penas por el trabajo en el ámbito del Derecho militar brinda nuevos puntos de vista cuyo desarrollo contradice las viejas ideas intimidativas (ejemplificación por el terror). No es oportuno en una noticia de un libro dar mayor amplitud a estas breves indicaciones. Espero poder algún día desarrollarlas con más espacio. Quede consignado, sin embargo, el enlace.

El profesor Cuello Calón, penalista eximio, desde la cumbre alcanzada en sus muchos años de una dedicación plena y total al estudio de los problemas penales, se manifiesta fiel a los principios tradicionales de la ciencia penal, "hoy dejados de lado con precipitado abandono por grandes masas de penalistas", como dice en el Prólogo. Lo hace después de compulsar cuidadosamente los datos últimos que ofrece la criminología, la literatura más moderna y un rico caudal de experiencias en el tratamiento de los delincuentes. El saber actual nos aleja tanto de la ingenua con-

fianza en la "redención" del que delinque como de los excesos del terror que ensombrecieron épocas que bien quisiéramos dar por pasadas. En esta ponderación y en su sobrio y peculiar estilo está el principal mérito de esta obra, cuyo segundo volumen no ha de tardar en aparecer, en la que se acumulan la erudición y el buen criterio, constituyendo un inapreciable instrumento de trabajo para quienquiera que se adentre en el campo de las penas y medidas de seguridad.—J. M.^a R. D.

VON GIERKE (Julius): *Widerstandrecht und Obrigkeit. Gedanken anlässlich des Falles "Schlütter"* (Derecho de resistencia y autoridad. Reflexiones con motivo del caso "Schlütter"). Stuttgart, Ferdinand Enke Verlag, 1956, 24 págs.

Al formarse nuevo Gobierno en la Baja Sajonia se nombró ministro de Cultos (equivalente a nuestro Ministerio de Educación Nacional) a Schlütter, editor. Antes, el Rector y el Senado de la Universidad de Gotinga habían opuesto a su designación la incompatibilidad del cargo con las actividades que venía desempeñando, indicando que el honor y dignidad del Estado exigían se proveyera en otra persona. Cuando se hizo caso omiso de esta advertencia, dimitieron todos los cargos de la Universidad. Los estudiantes y la ciudad de Gotinga hicieron causa común con los profesores. La lucha terminó con una victoria: el Ministerio de Cultos fué confiado a otro titular. Sobre este caso concreto se pregunta Julius von Gierke, profesor de Gotinga, cómo calificar jurídicamente la actitud de la Universidad y, supuesto que se trate de un derecho de resistencia, si es posible ésta frente al Estado moderno omnipotente. La cuestión le lleva a examinar las diferentes especies del derecho de resistencia (puremento ético, revolucionario), considerando que en sentido estricto es (página 6) "el derecho consistente en oponerse a la autoridad con independencia de los recursos ordinarios y sin perjuicio del mantenimiento del orden jurídico existente". La expresión "movimiento de resistencia" es equívoca, porque puede aplicarse a cualquier clase de resistencia (página 10). La historia demuestra que el derecho de resistencia tiene un largo abolengo en Alemania, donde encuentra mención expresa, por ejemplo, en el Juramento de Estrasburgo (841) y en la Capitulación de Carlos el Calvo. Sin embargo, con el Estado absoluto deja de reconocerse el derecho de resistencia a los individuos y a las corporaciones. La diferencia con la evolución que las doctrinas de los monarcómacos (1) y jus-

(1) J. von GIERKE afirma que influyó eficazmente el libro de CALVINO titulado: *Institutiones religionis Christianae* (1559) y que a él se refieren tanto los monarcómacos católicos como los protestantes (pág. 12). Los escritores españoles del siglo xvi escriben, no obstante, movidos por el peligro que para la fe católica supone el principio *cuius regio illius religio* (Cfr. HINOJOSA: *Influencia que tuvieron en el Derecho público de su patria y singularmente en el Derecho penal los filósofos y teólogos*

naturalistas experimentaron en Inglaterra, Francia (1) y Norteamérica se explica porque la burguesía alemana se acostumbró desde fines del siglo xvi, interesada sólo por el arte y por la ciencia, a dejar todo en manos del Soberano (pág. 14). El Estado de Derecho en Alemania fué también opuesto a reconocer un derecho de esta clase: la ley no puede nunca oprimir, sino que protege; la Constitución de Weimar no lo especifica entre los derechos fundamentales. En la actualidad, en cambio, tiene una base jurídica en la Ley fundamental, y la resistencia puede ejercitarse, tanto activa como pasivamente. Ante todo, mediante la denegación de obediencia, por medio de protestas, por la dimisión temporal o definitiva de los cargos, negando las prestaciones debidas e, incluso, por la denegación del cumplimiento de los deberes generales del ciudadano. Como quiera que hay un Estado de Derecho, no hay que apelar, salvo en casos extraordinarios, a la violencia. Como quiera que es un Estado social, las medidas de resistencia deben tomarse de manera que no perjudiquen a la colectividad. La índole de la resistencia depende del tipo de la infracción que las autoridades cometan (pág. 20). Su naturaleza jurídica: un Derecho público *sui generis* fuertemente ligado a un deber. Su fundamento: ante todo, el Derecho natural (pág. 23).—J. M.ª R. D.

PEREDA, S. J. (Julián): *Covarrubias penalista*. Barcelona, Bosch, 1959. (Publicaciones de la Universidad de Deusto. Vol. X. Serie primera). 335 págs.

Diego de Covarrubias y Leyva (1512-1557) ocupa, al decir de Schaffstein, el primer lugar entre los juristas españoles por lo que se refiere a su importancia para la historia de la dogmática penal. No fué, sin embargo, un penalista, aunque Nicolás Antonio dé noticia de un tratado suyo, *De poenis*, que se ha perdido. Ante todo es teólogo y canonista. Sus ideas penales se encuentran esparcidas a lo largo de su *Opera omnia*. El P. Pereda ha llevado a cabo la impropia tarea, nunca intentada, de entresacar y traducir con suma fidelidad y elegante estilo cuanto de relativo al Derecho penal había disperso en los escritos de Covarrubias. No sólo esto. Ha compulsado las citas, rectificando las muchas equivocadas que se encuentran en la edición de Ginebra de 1762, por él manejada, compul-

españoles, Madrid, 1890, pág. 132), y en el que pasa por más extremado de ellos, el P. MARIANA: *De rege et regis institutione* (1598), traducido en la Biblioteca de Autores españoles, Madrid, vol. 31, 1874, sólo encuentro referencias expresas a San Agustín y a Aristóteles (lib. I, capítulos V-X). Sobre los monarcómacos protestantes, véase: TRUYOL SERRA: *Ley de Dios y ciudad de los hombres en los reformadores protestantes*, en "Homenaje a Pérez Serrano", I (1959) págs. 331-351, espec. 342 y sigs.

(1) Del modo más terminante se consagra el derecho de resistencia en el art. 11 de la Constitución de 24 de junio de 1793 y, sobre todo, en el art. 33: *La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme*.

sándola con la de Lyon de 1584. Ha traducido las principales referencias al Decreto, Decretales, Digesto, Código, Novelas y Glosas. Ha ordenado la materia aproximándola no ya por el idioma, sí que también por la ilación, al pensamiento del hombre moderno. Y no satisfecho con este trabajo, bastante para levantar su nombre hasta el de Covarrubias en el corazón de los estudiosos españoles, se ha hecho acreedor a una inmensa gratitud abriendo cada uno de los apartados con una síntesis magistral de las teorías sostenidas por Covarrubias encuadradas en el marco de los que en su época escribieron sobre semejantes temas, con lo que cobran las ideas del famoso escritor un exacto relieve que, lo mismo que el contraste continuamente mantenido con el Derecho vigente, brinda a su vez nuevos objetos de meditación.

Los asuntos tocados por Covarrubias se distribuyen en Parte general y Parte especial. En aquélla se reparten en diferentes capítulos la voluntariedad, causalidad, causas de justificación (legítima defensa y hurto necesario), causas de exculpabilidad (miedo, ignorancia y error), causas de inimputabilidad (locura, embriaguez, infancia y sonambulismo), *iter criminis*, participación (mandato, ratificación y consejo), concurso de delitos, personalidad de las penas, talión y obligatoriedad de la ley penal. De los delitos en particular, aparte de la amplia referencia al homicidio hecha en los primeros capítulos, se dedican otros a la blasfemia, perjurio, uxoricidio, aborto y mutilación, injuria verbal, delitos contra la propiedad (hurto, empleo indebido de lo prestado, hurto de cosas mínimas, cosa encontrada) y falsificación de moneda. Dos apéndices sobre el derecho de asilo y cartas requisitorias terminan el nutrido volumen.

Una cuenta detallada es imposible por la extensión, la variedad de cuestiones, la riqueza de la argumentación. Las noticias antes dadas en esta REVISTA (1) sobre las primicias que el P. Pereda ha anticipado a la publicación de su libro son pálido reflejo de lo que contiene. Pero no puedo sustraerme a decir alguna cosa en cuanto a la actualidad de un autor, como Covarrubias, que pertenece al siglo xvi. Es notorio que nuestros teólogos y canonistas, cuando escriben sobre el Derecho penal, están embargados por preocupaciones morales, por la valoración ética de las conductas castigadas por la ley, tomada ésta, ciertamente, en sentido más amplio que el actual. También que estas preocupaciones les llevan a distinguir, subdistinguir y matizar su opinión en una serie de casos. La consagración del principio de legalidad pareció aportar una solución a todos estos problemas, y el siglo xix volvió las espaldas al prolijo esfuerzo intelectual de las centurias anteriores. Se rompió, aparentemente, la continuidad en la evolución histórica. Los Códigos, expresión histórica del *ius*, pasan a constituir la base de toda elucubración. La fe en el Derecho positivo, en que el Derecho es sólo el Derecho positivo, y que lo que hay fuera de él ya no es Derecho, sino filosofía o criminología, ha sufrido, sin embargo, en los últimos decenios un rudo embate. Se ha advertido que la ley es una garantía puramente mecánica, que el Estado de

(1) REDM, números 4 (págs. 125 y sig.) y 6 (págs. 154 y sig.).

Derecho es una fórmula que en sí no dice nada. La ley puede ser vehículo que lleve al hombre sometido a ella el horror y la destrucción física y moral; puede ser inicua. La ley puede ser ajena a la realidad (¡esos preceptos penales que nunca encuentran motivo para su aplicación!). Cuando nos percatamos de esto por la fuerza de tristes experiencias recientes, se nos hace preciso reconducir las garantías legales a sus justos límites. Un ordenamiento penal no es, pongo por caso, liberal (1) por la mera aceptación de estas garantías formales. Siempre y por debajo de toda fórmula discurre el manantial de donde toma el Derecho su justicia: la valoración moral de las conductas humanas. La conducta y su valoración son los dos pilares sobre los que el Derecho se construye. El Derecho es, básicamente, la opción por un criterio de conducta. Aquí es donde volvemos a encontrarnos, cerrando distancias en el tiempo, con Covarrubias. Para él y para los moralistas de su época el tránsito de la Moral al Derecho es fluyente. Por eso surgen al compás de los problemas teológicos los problemas jurídicos. Por eso sus opiniones siguen siendo útiles. Porque la naturaleza esencial del hombre es la misma, como confirma la moderna antropología. El que determinadas tesis y tipos de argumentación no sean hoy aceptables por haberse enriquecido nuestra conciencia histórica, no resta importancia al hecho fundamental de que la actitud primaria del jurista es una valoración de conductas. Lo que implica un conocimiento fáctico de las conductas que se trata de valorar. La aproximación a la realidad no cabe, empero, con esquemas apriorísticos. La realidad es multiforme. Los casos son muy diferentes. Henos aquí ante la justificación de los agudos análisis postescolásticos. Los Códigos petrifican una etapa del saber humano sobre el comportamiento criminal. Mas, por ello mismo, están próximos a la etapa del Derecho común de tal manera que el sentido de muchos preceptos y peculiaridades no se alcanza sin la lectura de los escritores anteriores. No hubo una verdadera ruptura histórica. Las conductas que se recogieron y castigaron en los Códigos penales españoles del siglo XIX son, en más de una ocasión, fruto de la penetración en la realidad de los potentes cerebros de nuestros clásicos. El libro del P. Pereda, al poner ante nuestros ojos a quien alcanzó la mayor reputación fuera de España, viene a demostrar este aserto. No sólo la radicación del delito en la voluntariedad, vigente hoy, sino muchos otros preceptos del Derecho punitivo actual arrancan de otros siglos. Zona oscura que ilumina el sabio jesuita con esta obra; una verdadera incitación toda ella.—J. M.^a R. D.

(1) Por esto entiendo es inexacta la afirmación de SAINZ CANTERO: *La influencia de las ideas políticas en las ideas penales*, Granada, 1959, página 7, quien sostiene que el principio de legalidad es "suficiente para teñir de liberales los ordenamientos periódicos".

*Homenaje a D. Nicolás Pérez Serrano. Tomo I, XI + 614 págs.
Tomo II, 742 págs. Instituto Editorial Reus. Madrid, 1959.*

Precedidas de un sentido ofrecimiento del Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Central, se reúnen en estos dos volúmenes cuarenta y cuatro monografías dedicadas al Excmo. Sr. D. Nicolás Pérez Serrano, con ocasión de celebrar sus bodas de plata con la Cátedra, "como ofrenda que cuarenta y cinco hombres de ciencia, sus compañeros, quieren poner en manos del insigne maestro, fervorosamente, con mensaje de afecto".

Es evidente que la extensión y número de los trabajos monográficos en cuestión, como la misma variedad de sus temas, que abarcan casi todo el catálogo de las distintas ramas jurídicas, hacen poco menos que imposible el dar cumplida referencia, ni aun sucinta, de todos y cada uno de ellos, por lo que habremos de limitarnos a la simple cita que pueda servir de orientación a quien se interese por un tema determinado, resaltando quizás aquellos que, por razón de su contenido, puedan significar un interés más general de acuerdo con la especialización de la REVISTA, y sin que ello implique, claro está, juicio alguno valorativo distinto del dicho.

Para poner de manifiesto la apuntada variedad temática baste decir que el conjunto de los dos volúmenes viene dividido en nueve apartados, cuyas rúbricas van desde "Derecho romano e Historia del Derecho" (I) hasta "Derecho laboral" (IX), comprendiendo Filosofía del Derecho, Derecho privado, internacional, político, constitucional, administrativo, penal, procesal, Hacienda y Economía: "encasillado" que, por otra parte, no ha de tomarse en sentido rígido, bien porque ciertos trabajos exceden por su contenido y carácter al marco en que se les sitúa, bien, en otros casos, porque sean susceptibles de colocación simultánea en más de uno de aquellos apartados.

El tomo I se inicia con un trabajo, general y metodológico, en el que Ursicino Alvarez Suárez (1) desarrolla un fino análisis de ciertos defectos y excesos de la investigación en el campo de las ciencias del espíritu y particularmente en las históricas, con referencias concretas al Derecho romano. En esta primera sección se contienen, junto a monografías de investigación romanista (2) y de especialistas de la Historia del Derecho (3), trabajos más genéricos, como el de Juan Iglesias (*El espiri-*

(1) *Conjetura y verdad histórica.*

(2) JUAN ANTONIO ARIAS BONET: *Dominio y utilidad pública en Derecho romano*; JOSÉ ARIAS RAMOS: "Advocati" y "collegia advocatorum" en la actividad legislativa justiniana; JOSÉ PÉREZ LEÑERO: *Influencias de la filosofía griega en el Derecho romano.*

(3) ALFONSO GUILARTE ZAPATERO: *El Municipio de Mallorca según su primera Carta*; R. PRIETO BANCES: *Caridad y justicia en las Leyes del Estilo.*

tu del Derecho romano), escrito para ser meditado, y el de José María Castán Vázquez (*La enseñanza del Derecho según Luis Vives*), en el que en torno a la egregia figura del humanista español se discute y opina sobre el actual sistema y régimen de enseñanza de las ciencias jurídicas en nuestra Universidad, tema este que tuvo no ha mucho actualidad polémica, y que es igualmente estudiado en toda su dimensión y consecuencias por Jesús González Pérez (1) desde su punto de vista de catedrático.

En la sección que se destina a la Filosofía jurídica y política (2) se incluye un trabajo sociológico-jurídico (3) en el que Francisco R. Valcarce, Magistrado, desmenuza y examina las causas del escepticismo, emotivo e irracional, pero existente, que la sociedad invariablemente muestra frente a los órganos jurisdiccionales, concluyendo que esa "desconfianza" acusa, sin embargo, un signo de vitalidad social preferible a la pasividad ignorante, y cuya evolución ha de considerarse como problema de educación ciudadana.

La problemática de la unificación jurídica internacional es expuesta con su habitual estilo por José Castán Tobeñas, desplegando el maestro la panorámica actual de los obstáculos que a ella se oponen, sus límites y metas, así como las realizaciones conseguidas y organizaciones en que ha plasmado la tarea unificadora; su esencial referencia, que no es exclusiva, al Derecho privado justifica el encaje de este trabajo en la sección dedicada a aquél, en la que se incluyen, además, dos temas de Derecho civil (4) y uno de mercantil (5).

Fraga Iribarne (*Poder político y relaciones internacionales*), tras señalar cómo en los últimos lustros se revaloriza la teoría del poder, que impera tanto en política interna como internacional —con la particularidad de que en la esfera supranacional no existe un poder supremo, por lo que los conflictos han de ser necesariamente más graves—, estudia los factores integrantes del poder internacional, haciendo hin-

(1) *La enseñanza del Derecho administrativo* (Tomo II).

(2) FRANCISCO ELÍAS DE TEJADA: *El tiempo en la filosofía jurídica de Kant*; LUIS LEGAZ LACAMBRA: *Alteración, enajenación, extrañamiento*; JOSÉ MARÍA R. PANIAGUA: *La teoría acerca de la propiedad privada en las doctrinas iusnaturalistas de la neoescolástica*; ANTONIO TRUYOL SERRA: *Ley de Dios y ciudad de los hombres en los reformadores protestantes*; EUSTAQUIO GALÁN Y GUTIÉRREZ: *El porvenir del Estado en Europa*, trabajo éste, profuso de sugerencias, de absorbente lectura y de palpitante actualidad, en el que nos ofrece un cuadro acabado de la Europa de hoy, "reclén salida de la crisis, aún no superada, del Estado totalitario, y en plena ofensiva histórica por parte de la civilización ortodoxo-bizantina en su fase de comunismo ruso".

(3) *Posición psicológica de la Sociedad frente a la Justicia del Estado*.

(4) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Tendencias modificadoras de la categoría del contrato bilateral*; AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPÍN: *La educación de los hijos en las causas de separación y de nulidad matrimonial*.

(5) JOAQUÍN GARRIGUES: *El derecho de información del accionista en la Ley de Sociedades Anónimas*.

capié en los materiales (geopolíticos y demográficos, económicos y militares), pero sin eludir los aspectos morales (legitimidad), y examina los complejos procesos del poder, llevando a cabo un análisis realista de cómo se estructura y organiza la sociedad internacional en torno a esa realidad, concluyendo que la nota dominante es la enorme desproporción entre sus miembros, en la hora presente; constatados los intentos frustrados que la Sociedad de Naciones y la O. N. U. representan en cuanto a la interrogante de si cabe esperar una mejora en la organización del poder, propone el autor que, sin desesperar de una solución realista que eventualmente pueda resolver el problema, cada pueblo hará bien, entre tanto, en buscar el modo de asegurar su propio poder y, por tanto, su adecuada defensa. Este tema del poder político en el orden internacional y su impacto sobre la doctrina de la soberanía es también el objeto del estudio de Aguilar Navarro (*Soberanía y vida internacional*), que lo desarrolla a la luz de la moderna literatura internacionalista. Sendas monografías de Miaja de la Muela (1) y Yanguas Messia (2) completan esta sección dedicada al Derecho internacional.

El tomo II se abre con la sección más amplia en cuanto al número de trabajos aportados, que corresponden a Derecho político y constitucional y a Derecho administrativo. Entre los primeros, Diego Sevilla Andrés estudia *El Senado de 1845*; Jaime Guasp, *El Derecho político como Derecho del Gobierno*; Pablo Lucas Verdú, *la Naturaleza, contenido y consecuencias de la rigidez constitucional*; Pascual Marín Pérez escribe sobre *Sindicalismo católico y nacionalsindicalismo*; *El "Manifiesto de los Persas" y los orígenes del liberalismo español* es el título del trabajo de F. Murillo Ferrol, y el de Carlos Ruiz del Castillo, *Usos, leyes y revolución*. Un tema sociológico, de honda raíz político-económica, es objeto de singular exposición, bajo la rúbrica *La clase media desde un ángulo político*, que firma Carlos Sanz-Cid, que nos desvela el origen de la clase media, su función histórico-política, su encumbramiento, ocaso y crisis, señalando las posibles perspectivas que el inmediato futuro pueda depararle. Luis Sánchez Agesta, con el título *Concepto jurídico del acto político*, plantea la diferenciación entre acto político y acto administrativo, cuestión no sólo ya de interés científico, sino práctico, por ser básica en la delimitación de la jurisdicción contencioso-administrativa, promulgada la nueva ley de 27 de diciembre de 1956, reguladora de dicha jurisdicción. Precisamente dos de las monografías dedicadas al Derecho administrativo, de los maestros Gascón y Marín (3) y Royo Villanova (4), se centran en el estudio de la nueva ley, sus innovaciones y directrices. Réstanos por mencionar el trabajo de E. García de Enterría (*La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contem-*

(1) *Un aspecto de la protección internacional a los derechos humanos: la lucha contra las relaciones jurídicas "claudicantes"*.

(2) *La protección diplomática en casos de doble nacionalidad*.

(3) *La nueva Ley de lo contencioso-administrativo*.

(4) *Principales innovaciones de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 22 de diciembre de 1956*.

poránea), que en unión del ya citado (vid. nota 4, antes) de Jesús González Pérez, completan esta sección V.

La aportación penalista al libro-homenaje está constituida por cuatro títulos, cuya simple cita es lo suficientemente expresiva de la temática elegida como para hacernos desistir de referencia más detallada: Antonio Ferrer Sama estudia *El delito de acusación o denuncia falsa*; Antonio Quintano Ripollés titula su trabajo *Hacia una posible concepción unitaria jurídico-penal de la culpabilidad*; Manuel Serrano Rodríguez trata *El problema de la fecundación artificial*; y, finalmente, Juan del Rosal escribe *Sobre las antinomias penales*.

En el camino emprendido por el nuevo Derecho Internacional hacia un proceso de humanización, es decir, hacia la concesión de una personalidad jurídica del Derecho internacional a los individuos, ha supuesto un gran paso la Convención, firmada en Roma por los Estados miembros del Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950, "para la salvaguarda de los Derechos del Hombre y de sus libertades fundamentales", que ha sido calificada como "parte dogmática" de la futura Constitución política de los Estados Unidos de Europa en cuanto a los derechos y derechos-garantía reconocidos como fundamentales. El catedrático de Granada Manuel Díez de Velasco, en un extenso estudio (1), se ocupa de los antecedentes y desarrollo de la novísima tendencia, para entrar de lleno en el examen de los mecanismos de protección instituidos —Comisión Europea de los Derechos del Hombre, Comité de Ministros y Tribunal Europeo— por vía jurisdiccional, y de los medios procesales otorgados al individuo, analizando el derecho de petición o recurso que se establece en el art. 25 de la Convención, para concluir que aunque no cabe afirmar rotundamente que integre un verdadero recurso individual, contiene algunos elementos o caracteres que abonan esta solución.

Tres monografías son las recopiladas aquí bajo la rúbrica "Economía y Hacienda pública" (2); cerrándose este segundo volumen con el tema de Gaspar Bayón Chacón *La seguridad jurídica en el Derecho del Trabajo*.

Y, en fin, dada noticia, en la forma de simple índice que antecede, del contenido de este libro-homenaje, testimonio de admiración ofrecido al profesor Pérez Serrano, no nos queda sino añadir el nuestro propio en representación, bien modesta, de la REVISTA, haciendo uso de la ocasión que estas líneas nos ofrecen.—J. H. OROZCO.

(1) *Mecanismos de garantía y medios procesales de protección creados por la convención Europea de los Derechos del Hombre*. En esta misma sección, relativa al Derecho procesal, MANUEL GORDILLO escribe *Los errores de hecho en casación* (civil).

(2) JUAN IGNACIO JIMÉNEZ NIETO: *Un análisis de los efectos macroeconómicos de la imposición indirecta*; JOSÉ ANTONIO RUBIO SACRISTÁN: *Historia económica y Teoría económica*; J. ZUBIZARRETA GUTIÉRREZ: *Reflexiones de Adam Smith*.

CUELLO CALÓN (Eugenio): *La protección penal del cheque. Libramiento de cheques sin provisión.—Retiro de provisión. Bloqueo del cheque, etc.—Falsificación de cheques. Derecho español y extranjero*, Barcelona, Bosch, 3.ª ed. 1959, 104 págs.

El autor sostiene aquí la opinión, ya mantenida en ediciones anteriores, de que la ley de 16 de marzo de 1939, donde se castigaba el pago en las Cajas públicas con cheques sin provisión bastante de fondos (artículo 2.º) sigue en vigor, pero que se refiere sólo al caso de pagos a la Hacienda. En las restantes hipótesis el delito será de estafa siempre que concurren los requisitos necesarios para darle vida. La pena será la establecida en el art. 528 en relación con la cantidad defraudada.—J. M.ª R. D.

TURUEL CARRALERO (Domingo): *El desarrollo penal del Fuero de los españoles*, en "Revista de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación", núm. XVII, Segundo semestre 1958, páginas 26-47.

Turuel Carralero, Magistrado cuya infatigable labor de publicista es bien conocida, aborda en este estudio un tema que encuentra mención ocasional en los Tratados de Derecho penal cuando se refieren a las garantías y a determinados delitos en particular. En este trabajo, tras afirmar que el Fuero de los Españoles es una norma constitucional declarativa de derechos dentro de un sistema de Constitución abierta (pág. 29) y que los delitos contra los llamados derechos individuales han de contarse entre los políticos (pág. 35), se analizan los preceptos del Código penal que guardan relación con el Fuero, ordenándolos según que sean concernientes a la protección del culto católico (pág. 39 y sig.), a derechos reconocidos por primera vez en el Fuero de los Españoles (pág. 40 y siguientes) y aquellos declarados ya en las Constituciones de 1869 y 1876, y repetidos ahora en esta ley fundamental (pág. 42 y sigs.).—J. M.ª R. D.

DE MIGUEL GARCILÓPEZ (Adolfo): *La tutela penal de la vida humana*, Madrid, separata de la revista "Policía", sin fecha, 21 páginas.

En esta conferencia dada el 10 de abril de 1959 en un curso sobre "Cuestiones orgánicas y procesales relacionadas con la Administración de Justicia", organizado por el Instituto Nacional de Estudios Jurídicos. De Miguel trata el tema de la inflación de las penas, el que no corresponda su valor nominal al valor real, qué hace sea preciso hoy "rectificar

una posición claudicante, que no por ser sentimental deja, incluso, de ser antiespiritualista: no se valora debidamente la vida humana, sacrificada o amenazada por el crimen" (pág. 4). En confirmación de su tesis aporta varios ejemplos (pág. 15 y sigs.): parricida condenado a treinta años, que a los ocho es puesto en libertad; autor de un asesinato consumado y varios frustrados, al que se le imponen también treinta años, reducidos por sucesivos indultos, redención de penas por el trabajo y libertad condicional, a once años y medio; dos homicidas condenados a diecisiete años, que han permanecido en la cárcel aproximadamente siete, etc. Entre las soluciones que propone figura la de elevar la pena del homicidio doloso a reclusión mayor, "con particular previsión agravatoria del homicidio plural" (pág. 14), el que se modifique la práctica judicial en el uso del arbitrio (pág. 17), que se introduzca la agravante, que reputa "indispensable" (pág. 19) del "empleo de armas" y que se resucite el desaparecido delito de "disparo de arma de fuego". Muy interesante es la observación que hace (pág. 12) de que la benevolencia excesiva de la jurisdicción ordinaria es la causante de que "la sociedad, estimándose indefensa ante el crimen, se siente inclinada a buscar refugio en leyes y jurisdicciones de excepción, menos genuinas quizás, pero más ágiles, adustas y temidas". Es, a mi entender, indudable la razón que asiste al autor en el planteamiento del problema. No creo, en cambio, que se puedan compartir todas las soluciones que apunta, en particular el criterio agravacionista, que sólo serviría al final para acentuar esa disparidad entre las penas consignadas en la ley y las que realmente se hacen efectivas. La cuestión es, a mi juicio, más compleja, e implica una revisión, tanto de las tarifas punitivas como de prácticas penitenciarias, imposible de apuntar siquiera aquí.—J. M.^a R. D.

Información

Alemania

Tras laboriosas negociaciones que han durado más de tres años, ha sido firmado en Bonn el 3 de agosto de 1959 un acuerdo complementario del Convenio de 1951 entre los Estados-miembros del Pacto del Atlántico-Norte, sobre Estatuto de las fuerzas militares estacionadas en la República Federal alemana.

En este acuerdo se contienen normas sobre jurisdicción en relación con dichas fuerzas, así como otras sobre indemnización por daños causados por las fuerzas militares estacionadas, resolución de litigios nacidos de contratos firmados entre tales fuerzas y comerciantes alemanes, y otras de alto interés.

Corea del Sur

Hay un nuevo Código penal de fecha 3 de octubre de 1953. Traducción inglesa por Paul Richyun Ryu, profesor en la Universidad de Seul: *The New Korean Criminal Code of October 3, 1953. An Analysis of Ideologies Embedded in it*, en "Journal of Crim. Law", vol. 48, núm. 3, oct. 1957, páginas 275 y siguientes.

Dinamarca

El IX Curso internacional de criminología (Copenhague, 7-17 octubre 1959) ha estado dedicado al trata-

miento especial de los delincuentes habituales con anomalías que no afectan ni al psiquismo ni al intelecto. Lengua oficial: inglés. Número de participantes limitado a cincuenta.

Estados Unidos

La *Judge Advocates Association* ha celebrado su reunión anual el 25 de agosto de 1959 en Miami Beach, Florida. En ella, aparte de los actos sociales habituales, se procedió a la elección de la Directiva de la Asociación para el año siguiente.

Francia

En Estrasburgo, en el Instituto de Ciencias criminales y penitenciarias que dirige el Profesor Léauté tuvo lugar del 12 al 24 de enero de 1959 una sesión internacional de estudios consagrada al problema de la responsabilidad penal. El Instituto publicará un volumen. Hay una nota informativa muy detallada en los *Annales de la Facultad de Lieja*, 1959 páginas 59-90.

* * *

Igualmente en Estrasburgo se celebró en el mes de octubre de 1959 la reunión del Comité de dirección de la *Société Internationale de Droit Penal Militaire et Droit de la Guerre*, adoptándose acuerdos sobre temas

para el Congreso de la Sociedad (Floren-
cencia, 1961) y publicación de un
boletín semestral, y de los trabajos
del Congreso de Bruselas. La próxi-
ma reunión del Comité se celebrará
en Madrid en abril de 1960, y la si-
guiente en La Haya en octubre de
dicho año.

* * *

El I Congreso Internacional de Pro-
filaxis criminal ha tenido lugar en
París, 27-30 septiembre 1959. Tema
central: "Las incidencias del progre-
so técnico sobre la criminalidad". Las
cuestiones tratadas en el curso del
Congreso fueron: I. "Modificaciones
producidas por el progreso técnico en
la estructura de las capas sociales."
II. "Modo de producción en el esta-
dio actual de industrialización y au-
tomatismo, problemas sociales, psico-
lógicos y psiquiátricos que resultan
y su incidencia sobre la criminali-
dad."

* * *

En París, 9-28 marzo 1959, se ha
desarrollado en los locales de la In-
terpol un Ciclo internacional de es-
tudios sobre el tráfico ilícito de es-
tupefacientes. Asistieron 63 auditores
procedentes de 33 países o territorios:
25 de Europa, 10 de África, 5 de Amé-
rica y 23 de Asia.

* * *

La Aumonerie générale des Prisons
ha celebrado en París, 16-18 abril
1959, su VIII Congreso nacional so-
bre el tema "Pena y reeducación".

* * *

Se ha autorizado la ratificación del
Convenio de extradición entre Fran-

cia y la República Federal de Alema-
nia celebrado el 29 de noviembre de
de 1951, mediante *Ordonnance* núme-
ro 58-1237 de 17 diciembre 1958 (*J. O.*
del 18).

* * *

Las VI Jornadas Franco-belgo-lu-
xemburguesas de Ciencia penal han
tenido lugar en París, 7 y 8 noviem-
bre 1958. Tema: "Problemas que plan-
tea la represión de las infracciones
involuntarias." Se hicieron fuertes ob-
jecciones al tratamiento conjunto de
las cuestiones penales y civiles en el
mismo proceso. Los tribunales mili-
tares franceses, manifestó el Coronel
Gardon, no conocen este inconvenien-
te por no entender de la responsabi-
lidad civil. Según las *observaciones*
que desde el punto de vista militar
se hacen en la extensa nota informa-
tiva de la *Revue de Science Crimi-
nelle et de Droit pénal comparé*, 1959,
páginas 467 y siguientes, por J. Si-
monin, en lo militar la reparación del
daño se encontraba —hasta la ley de
31 de diciembre de 1957— asegurada
por un Servicio de reparaciones civi-
les, funcionando en el escalón Región
militar en los estados mayores, ofici-
nas o servicios de lo contencioso y
de reparaciones civiles. La oficina pro-
ponía a los reclamantes una indem-
nización que, si excedía de cierta su-
ma, se remitía al *Bureau des repa-
rations civiles* del Ministerio. Si la
indemnización se aceptaba, el asunto
quedaba zanjado. En otro caso, que-
daba expedita la vía contenciosa. Des-
pués de la ley no es obligatorio acu-
dir a él. Opina que no será inútil por-
que, si bien antes era menos gene-
roso que los tribunales civiles, ahora
se ha alineado con la jurisprudencia
contenciosa. Las observaciones meri-

tadas contienen muy interesantes apreciaciones sobre los casos de delitos culposos militares, con especial mención, por ejemplo, del centinela que se duerme, etc.

* * *

Un "grupo de trabajo" del *Grupo consultivo europeo de las Naciones Unidas en materia de prevención del crimen y tratamiento de los delincuentes* se ha reunido en Estrasburgo para estudiar el problema de las penas cortas privativas de libertad, llegando a una serie de conclusiones que publica, por ejemplo, la *Revue Penale Suisse*, 1959, págs. 436-442. De ellas destacamos: No es prácticamente posible suprimir las penas cortas; conviene reducir su número poniendo a disposición de los tribunales otras medidas sustitutivas; no se deben prever penas sino de siete días a tres meses y de nueve meses o más; las penas entre tres y nueve meses se podrían imponer con remisión condicional, siendo la razón que la pena corta debe producir sus efectos en un tiempo inferior a tres meses, y una pena larga no puede cumplir las condiciones de un tratamiento penitenciario adecuado si no es por lo menos de seis meses, a los que hay que añadir la prisión preventiva, tiempo de observación y una eventual liberación anticipada.

* * *

La *Fundación internacional penal y penitenciaria*, creada en 1951 para administrar los fondos de la desaparecida *Comisión internacional penal y penitenciaria* cuando ésta fué absorbida por las Naciones Unidas, decidió orientar sus trabajos sobre mate-

rias que no estuvieran en el programa de trabajo de la Sección de Defensa Social de la ONU, designio aprobado por las Naciones Unidas que le han concedido su patronazgo, habiendo prestado el Consejo de Europa locales y personal. Con este apoyo, en Estrasburgo, del 7 al 12 de septiembre de 1959, se ha desarrollado un ciclo de estudios al que han concurrido unos sesenta especialistas de veinte naciones. Temas: observación de los delincuentes, tratamiento penitenciario y readaptación del detenido a la vida libre. Las comunicaciones preparatorias y las ponencias generales componen un volumen de 497 páginas.

* * *

El *Comité europeo de problemas criminales* ha tenido su segunda reunión plenaria en Estrasburgo, 5-9 octubre 1959, bajo la presidencia de Sir Lionel Fox (Inglaterra) y con asistencia de catorce naciones (Austria, Bélgica, Dinamarca, Francia, Grecia, Holanda, Inglaterra, Italia, Luxemburgo, Noruega, República Federal alemana, Suecia, Suiza y Turquía). Abordó las cuestiones siguientes: 1.º Estado de las conversaciones entre el Consejo de Europa y la Sección de Defensa social de la ONU sobre la transferencia de las actividades que llenaba antes la CIPP; 2.º Sugestiones sobre trabajos futuros; 3.º La Asamblea consultiva del Consejo de Europa ha adoptado una recomendación, núm. 195, que de una parte invita a los Estados miembros a estudiar las resoluciones tomadas por las N. U. en el dominio de la prevención del crimen y tratamiento del delincuente y, de otra, a introducir en el Derecho positivo de cada

Estado un cierto número de principios relativos al Derecho y procedimiento penal. En este último punto la CEPC llegó a la conclusión de que las reglas mínimas adoptadas en Ginebra en 1955 no suscitan dificultades en nuestro continente, manifestando cierta extrañeza ("certain etonement") en cuanto a los principios propuestos por la Asamblea consultiva; 4.º Examen del tema inscrito en su programa actual: derechos políticos, civiles y sociales del detenido. Por tal se entendió el condenado. El Subcomité quedó encargado de proseguir el estudio en lo que concierne a los que se encuentran en prisión preventiva. Otra cuestión en el orden del día: Represión de las contravenciones a la policía de tráfico cometidas en el extranjero.

H o l a n d a

Del 5 al 12 de septiembre de 1960 se celebrará en La Haya el IV Congreso Internacional de Criminología. Están previstas cuatro conferencias: "Medicina mental y práctica criminal" (Zilboorg); "Derecho penal y delincuentes mentalmente anormales" (Mannheim); "Los datos criminológicos sobre los delincuentes mentalmente anormales" (De Greef), y "La integración en la política criminal de los datos criminológicos sobre los delincuentes mentalmente anormales" (van Bemmelen). Además, tres secciones sobre: "Métodos de examen y de tratamiento" (métodos médico-psicológicos, métodos sociológicos, medicina legal y policía científica, penología); "Temas especiales" (epilepsia, delitos sexuales, robos en los grandes almacenes, la edad y la anormalidad mental); "Investigación cien-

tífica": (1. ¿Cuál es el estado actual de las investigaciones relacionadas con la personalidad del delincuente mentalmente anormal? (2. Cuál es el estado actual de las investigaciones relacionadas con la posibilidad de considerar el cuidado de los anormales sin privarlos de su sentimiento de responsabilidad? Secretaria: Burgemeester de Monchyplein, 14, La Haya.

I n g l a t e r r a

El II Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente tendrá lugar del 8 al 20 de agosto de 1960 en Church House y Carlton House, Londres, por invitación oficial del Reino Unido. El programa del Congreso, elaborado después de considerar las recomendaciones del Comité Asesor Especial de Expertos, así como las propuestas del Secretario general, por la Comisión de Asuntos Sociales, comprende los siguientes temas: 1) "Nuevos tipos de delincuencia de menores: su origen, prevención y tratamiento." 2) "Servicios especiales de policía para la prevención de la delincuencia de menores." 3) "Prevención de los tipos de delincuencia que son consecuencia de los cambios sociales y del desarrollo económico en los países poco desarrollados." 4) "Penas privativas de libertad de corta duración." 5) "Tratamiento anterior a la excarcelación y asistencia postinstitucional: ayuda a las personas que están a cargo de los reclusos." 6) "Integración del trabajo en las prisiones con la economía nacional, inclusive en lo que respecta a la remuneración de los reclusos." Las personas interesadas en asistir deberán pedir una

tarjeta de inscripción al Jefe de la Sección de Defensa Social, Sede de las Naciones Unidas, Nueva York, antes del 29 de febrero de 1960. La inscripción es gratuita. Idiomas oficiales: español, francés e inglés, con traducción simultánea prevista para los tres idiomas.

Italia

Nuestro corresponsal en Italia, doctor Gildo Rodi, nos remite la siguiente información:

Durante los días 9, 10 y 11 de mayo de 1959 se celebró en Verona el *II Congreso de Derecho Penal Militar*, en el que participaron, junto a las autoridades del Estado, un nutrido grupo de personalidades de la Política y de la Magistratura civil y militar, así como profesores y estudiosos de esta rama del Derecho, entre los que se encontraban el Presidente de la Corte Suprema de Casación, Ernesto Eula; el Procurador general militar de la República, Santacroce; el Director de la conocida revista *Archivio Penale*, Profesor Pannain, y los Doctores Bianchi, Pioletti y Mengotti.

El tema discutido en el Congreso —“El Código Penal Militar Integral”— tiene una gran trascendencia para el ordenamiento jurídico penal italiano. Fué objeto de varias ponencias a cargo del Profesor Remo Pannain, del Consejero de Casación Luigi Bianchi d'Espinosa y de los Magistrados Militares doctores Pantano, del Tribunal Militar de Roma, y Malizia, del Tribunal Militar de Padua.

Durante la ceremonia de la inauguración dirigió su autorizada palabra a los Congresistas el Ministro de Justicia, Guido Sonella, quien puso de manifiesto la urgente necesidad

de llenar las lagunas legislativas de las que adolece el sistema positivo penal militar en Italia, asegurando a la Jurisdicción Castrense una completa e idónea tutela de los intereses jurídicos a ella confiados, para lo que es ante todo preciso insertar en el vigente Código Penal militar una noción del delito militar que comprenda cualquier lesión de los intereses militares o tipificar en la parte especial de los Códigos mismos todos aquellos delitos que presenten características tales que los hagan susceptibles de ser descritos en las leyes marciales.

El Profesor Pannain centró su atención sobre la trascendencia de los bienes e intereses que deben ser confiados a la protección del Ordenamiento Penal militar, bienes que por su naturaleza son dignos de una especial tutela, y por ello de una particular disciplina jurídica independiente de la ley penal común, no sólo en lo relativo a la parte especial —en la que procede recoger todas las figuras delictivas típicamente militares—, sino también en lo concerniente a las materias cuya regulación son propias de la parte general, tales como circunstancias agravantes y atenuantes, causas de ininputabilidad, excusas absolutorias, etc. De esta forma —sostuvo el Profesor Pannain— podrá adoptarse para la definición del delito militar un criterio técnico al estimar como tales todos aquellos previstos por las leyes penales militares.

El doctor Bianchi abordó directamente el tema planteado en el Congreso, haciendo un estudio comparativo de normas constitucionales y de preceptos de Derecho positivo. En términos generales el ponente se pronunció a favor de una mayor amplitud de la competencia de los Tri-

bunales militares y de la necesidad de perfilar con claridad dentro del articulado del Código Penal Militar Integral los principios generales y los tipos delictivos que por su naturaleza y características deban ser objeto del conocimiento de la Jurisdicción Castrense.

El Doctor Malizia, Viceprocurador Militar, expuso su opinión sobre la sistemática y contenido de la parte especial de un futuro Código Penal Integral.

También dedicó su atención a este problema el Doctor Pantano, Procurador Militar de la República, el cual afirmó que el concepto de la integridad de las leyes penales militares presupone un proceso de identificación de materias que tiene su origen en dos hechos sustanciales: de una parte, la existencia de las fuerzas armadas como institución del Estado, y de otra la necesidad de asegurar, a través de normas de carácter especial, la tutela penal de intereses que en un determinado momento histórico se demuestran dignos de una protección autónoma. El Doctor Pantano subrayó también la importancia del sistema jurídico penal de tiempo de guerra, al cual está confiada la represión de gravísimos delitos en cuya calificación juega un papel decisivo el resultado, por la trascendencia de los intereses confiados a las fuerzas armadas durante la contienda. Por ello se pronunció partidario de dar un mayor alcance a las normas del Derecho Penal militar de guerra tanto desde un aspecto objetivo (hechos susceptibles de ser calificados como delitos militares) como desde un aspecto subjetivo, considerando como destinatarios de las mismas no sólo a los militares, sino tam-

bién a individuos que no ostentaran tal condición.

Un argumento técnico aportó el Profesor Messina, conocido penalista, el cual afirmó que dada la institucionalidad y autonomía de las Fuerzas Armadas se impone la integralidad de las leyes penales militares que deben recogerse en dos Códigos: uno de Derecho sustantivo, aplicable tanto en paz como en guerra, y el otro de Derecho Procesal, también vigente en ambas situaciones.

El Presidente de la *Société Internationale de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre*, Profesor Ciar-di, expuso su criterio favorable al sistema integral en su sentido más absoluto. Ello facilitaría —dijo— la interpretación y aplicación de las leyes no sólo por parte de los Magistrados militares, sino también por parte de los Jueces militares, los cuales siendo oficiales de las armas y no técnicos del Derecho, encuentran dificultades al tener que invocar y aplicar preceptos legislativos contenidos en diversos Cuerpos legales.

Posiciones eclécticas mantuvieron el Viceprocurador Militar de la República, Doctor Stellacci, quien únicamente en lo relativo a la parte especial —en la que a su juicio deben recogerse todos los delitos que lesionen o pongan en peligro los intereses militares del Estado— se muestra partidario de una sustantividad e independencia respecto al Derecho común.

Un Código Integral mixto le pareció también la solución adecuada al Letrado del Foro de Verona Luigi Cavalla.

Otros congresistas, tales como Ugo Pioletti, Abogado general de la Corte de Casación, y Ugo Foscolo, Procurador Militar, hicieron uso de la palabra para abundar en la idea, paci-

ficamente admitida, de que los inherentes específicos del Ordenamiento Militar deben ser únicamente tutelados por las leyes penales militares, las cuales deben agruparse obedeciendo a principios técnico-jurídicos y a razones prácticas.

Las conclusiones del Congreso fueron las siguientes:

Varios congresistas (Pannain, Bianchi d'Espinosa, Cavallo, Malizia y Pantano) presentaron esta proposición: "Después de haber comprobado el éxito del *Convegno*, la altura de las discusiones sobre el importante tema y aplaudido la noble iniciativa del *Gazzettino Forense* y su Director: Visto que todos están de acuerdo sobre la urgencia de la reforma del artículo 37 del Código Penal militar de paz (1) y la necesidad de acometer cuanto antes la completa revisión de la ley penal militar para adecuarla a las exigencias más sentidas y urgentes, FORMULA VOTOS al Gobierno y al Parlamento: 1.º, a fin de que se provea con la mayor urgencia a la reforma del artículo 37 del Código Penal militar de paz en el sentido varias veces indicado que ahora ha penetrado en la conciencia común; 2.º, a fin de que se emprenda lo antes posible la revisión de la ley penal militar considerando la realidad de los intereses de fundamental importancia inherentes al "instituto militar" que se estimen merecedores de una conveniente y autónoma tutela especial:

lizada: a), garantizando ante todo la adecuación de la jurisdicción militar a la común en lo que se refiere a los grados de jurisdicción, disposiciones relativas a la libertad personal, y en cuanto sea indispensable para evitar diferencias sustanciales entre las dos jurisdicciones, con solas aquellas limitaciones determinadas por particulares situaciones constitucionalmente previstas; b), preocupándose de salvar, garantizar y reafirmar la unidad del ordenamiento jurídico penal, evitando que se dé lugar a la formación de dos derechos netamente separados uno de otro e incluso, a veces, contrapuestos y asegurando, por el contrario, la homogeneidad de principios y orientaciones; c), ateniéndose, por lo que se refiere a la parte general, a una noción meramente sustancial de integralidad, mediante la disciplina autónoma de solos aquellos institutos que son característicos del Derecho penal militar o que difieran en todo o en parte de los de la parte general del Derecho penal común, con expreso reenvío receptivo de las normas no derogadas del Derecho penal común; d), inspirándose para la parte especial del criterio de la denominada integralidad, con formulación precisa y lo más completa posible de los hechos punibles propios, subjetivamente, del ilícito penal militar."

Esta moción fué aprobada por unanimidad, absorbiendo otras dos (Annaruma, Turano, Bianco Mengotti y Dondina) presentadas por otros participantes. Los congresistas extranjeros (Tibbs y Levic, Estados Unidos; Bratsos, Grecia; Bouzat y Lebegue, Francia) promovieron otra moción para que, previos los oportunos contactos "con la Asociación Internacional de Derecho penal, cuyo principal

(1) El artículo 37 aludido es el que define el delito militar como "cualquier violación de la ley penal militar", significando que delito "exclusivamente militar" es el constituido por un hecho que "en sus elementos materiales constitutivos no está en todo o en parte previsto como delito por la ley penal común".

fin es la unificación de las diversas legislaciones penales", pueda verificarse un Congreso "que examine la solución de los problemas de derecho penal militar suscitados por la unión de ejércitos de diferentes naciones en Europa, con el fin de llegar a la preparación de un proyecto de unificación de normas disciplinarias y penales militares a someter a la aprobación de los órganos legislativos competentes de los Estados interesados". Esta moción fué aprobada también, no sin viva discusión, con sólo dos votos en contra.

Los congresistas hicieron patente su agradecimiento al *Gaccettino Forense*, que patrocinó y alentó las tareas.

El Congreso se clausuró con un discurso del Doctor Nicola Galasso, Procurador general militar honorario.

Japón

Se celebró en Tokio, 23 noviembre a 7 diciembre 1957, el *II Ciclo de estudios de las Naciones Unidas sobre prevención del crimen y tratamiento de los delincuentes para Asia y el Extremo Oriente*. Temas: 1) "Prevención de la delincuencia juvenil". 2) "Introducción del régimen de la probation en el tratamiento de menores delincuentes." 3) "Trata de seres humanos y explotación de la prostitución de otra persona." 4) "Integración del trabajo penitenciario en la economía nacional." 5) "Métodos para aplicar el conjunto de las reglas mínimas para el tratamiento de los condenados." Texto íntegro de las resoluciones acordadas en *Rev. de Science Crim.*, 1959, págs. 478-482.

Portugal

Se anuncia para el verano de 1960 en Lisboa, y en los días que se señalarán con la debida anticipación, el *III Congreso Penal y Penitenciario Hispano-luso-americano y Filipino*. Temas: 1.º "Tratado tipo de extradición para el mundo iberoamericano y filipino." 2.º "Valor que debe atribuirse a la personalidad del delincuente (anterior, coetánea y posterior al delito)." 3.º "Métodos modernos de tratamiento penitenciario. Experiencias y críticas. Examen especial de la "probation" y la libertad condicional." 4.º "Problemática de la delincuencia patrimonial en la actualidad. Consideración especial de la reincidencia en la criminalidad contra el patrimonio." 5.º "Prognosis criminológica." 6.º "Delitos públicos y delitos privados." Con motivo del Congreso se celebrarán además una serie de reuniones científicas de entidades afines y relacionadas con el Instituto Penal y Penitenciario Hispano-luso-americano y Filipino, estando proyectada una sesión especial del Instituto Jurídico del Indio, otra de la Asociación Internacional de Patronatos para presos y liberados y otra del Centro Internacional de Estudios sobre Moneda falsa para la reforma de la Convención Internacional de Ginebra de 20 de abril de 1929, enlazándola con el Tratado Interamericano de 9 de diciembre de 1878 relativos a la materia. Las comunicaciones se reciben hasta el 30 de noviembre de 1959. Hasta el 31 de marzo de 1960 se hará la presentación, impresión y reparto de las ponencias generales.

Rusia

El 14 de febrero de 1959, el Presidium del Soviet Supremo ha publicado un decreto relativo a las modalidades de aplicación de los "Fundamentos de la legislación penal y de la instrucción criminal", así como leyes relativas a los delitos políticos y militares votadas en 25 de diciembre de 1958. Según el decreto se aplicarán, sin esperar la realización de las oportunas concordancias en los Códigos penales y procesales penales de las Repúblicas federadas, todas las disposiciones favorables a los inculcados con efecto a partir de 25 de diciembre de 1958. Las consecuencias más importantes son las siguientes: 1.ª La duración de las penas privativas de libertad no puede ser superior a quince años para los adultos, y a diez años para los que tuvieron menos de dieciocho años al cometer el delito, pudiendo, no obstante, llegar en casos particularmente graves a veinticinco años. 2.ª Las penas de deportación y prohibición de residencia no pueden exceder de cinco años para los adultos. 3.ª La mayoría de edad penal comienza a los dieciséis años, en algunos casos a los catorce (antes, catorce y doce años).

Suiza

La *Sociedad suiza de Juristas* ha celebrado sus reuniones anuales en Schaffhouse, del 5 al 7 de septiembre de 1959. Los problemas estudiados eran, por una parte, "el ejercicio del derecho de voto" (ponencia de lengua alemana, por el Doctor Hans Glattfelder, Oberrichter en Zürich; ponente de lengua francesa, el Abo-

gado de Ginebra y Profesor de la Universidad de Berna Robert Patry), y por otra, "el ejercicio de los derechos del accionista" (ponente de lengua alemana, el Abogado de Zürich Martín Usteri, y ponente de lengua francesa, el Abogado Jean Castella, *privat docent* de la Universidad de Friburgo).

Esta Asociación constituye una verdadera Academia jurídica suiza, persiguiendo únicamente finalidades de tipo científico, con exclusión de toda actividad profesional. Publica la *Revue de Droit Suisse* (*Zeitschrift für schweizerisches Recht*), cuyo redactor es el Profesor de Friburgo Max Gutzwiller. Cada año aparecen en la *Revista* dos importantes estudios, uno en francés y otro en alemán, sobre los temas diferentes, que son después discutidos en la reunión anual.

* * *

El *Instituto de Derecho Internacional* celebró en Neuchâtel, a partir del 3 de septiembre de 1959, su reunión anual número 49 a partir de la fundación del Instituto. Más de 80 juristas eminentes, pertenecientes a 23 países concurrieron a dichas reuniones dedicadas a diversas materias de Derecho internacional público y privado. Temas: "La competencia obligatoria de las instancias judiciales y arbitrales internacionales"; "La conciliación internacional"; "La reconsideración del Derecho de la guerra"; "El arbitraje en Derecho internacional privado", y "El reenvío en derecho internacional privado".

* * *

Por acuerdo de 25 de agosto de 1959, el Consejo Federal ha modifica-

do la Ordenanza relativa a la uniformidad del Ejército. Las modificaciones introducidas no revisten gran importancia y son más bien retoques de detalles.

* * *

La Ley federal sobre Circulación y Tráfico por carretera, adoptada por las Cámaras el 19 de diciembre de 1958 y que ha de reemplazar la Ley de 1932 sobre circulación de vehículos de motor y bicicletas, no será objeto de referendun y, por lo tanto, el Consejo Federal podrá fijar su entrada en vigor.

Ello no obstante, las nuevas disposiciones adoptadas implican modificaciones profundas en los textos aplicables, tanto federales como cantonales. Algunos Cantones, incluso, habrán de enfrentarse con una modificación de las normas de competencia referentes a la represión de las infracciones. Por ello el Consejo Federal, en sesión de 25 de agosto de 1959, decidió que las disposiciones de la nueva Ley entrarían en vigor paulatinamente a tenor de las posibilidades y a medida que disposiciones de ejecución federales vayan siendo dictadas. Parece ser que entre las primeras reglas aplicables se encontrarán las relativas a la represión de las infracciones (artículos 90 y siguientes de la Ley). Otras disposiciones, tales como las referentes a impuestos y tasas, duración de permisos, etc., han entrado en vigor en 1.º de octubre de 1959.

La aplicación de la nueva Ley ocupa por igual a los Organos administrativos y a las Sociedades jurídicas. La *Sociedad Suiza de Derecho Penal*, en su sesión de Frauenfeld, los días 26 y 27 de septiembre de 1959,

insertó este tema como único en su orden del día. Por otra parte, en los Cursos Administrativos organizados por la Universidad Comercial de St. Gall, se dedicaron dos sesiones a la materia, una dedicada a la Suiza Romanda y otra a la Suiza de lengua alemana.

* * *

La *Sociedad Criminalista suiza* ha tenido en el año 1959 sus habituales reuniones en primavera (10 mayo; Montreux) y otoño (26 y 27 septiembre, Frauenfeld). Ha examinado en ellas, respectivamente, los temas "Revisión del Código penal sobre el tratamiento de los menores", y la nueva "Ley de circulación de 29 de diciembre de 1958". La próxima reunión en la primavera de 1960 tratará de la colaboración de la policía y el Juez de instrucción, y otras materias.

Yugoslavia

En la Facultad de Derecho de la Universidad de Zagreb ha tenido lugar un Curso de dos semestres, cuatrocientas setenta y dos horas lectivas en total, de perfeccionamiento de Magistrados y Fiscales. Las materias han sido: 1.º Estudios superiores de Derecho penal yugoslavo y comparado. 2.º Estudios superiores de procedimiento penal yugoslavo y comparado. 3.º Criminología. 4.º Penología. 5.º Análisis de casos penales concretos. 6.º Policía científica. 7.º Medicina legal. 8.º Psiquiatría médico legal. Asistentes: 21 en el año académico 1958-1959.

Legislación y Jurisprudencia

I. LEGISLACION

A) EL AUDITOR ANTE LA NUEVA LEGISLACION DEL REGISTRO CIVIL

Como todo el mundo sabe, nuestro Registro Civil ha venido rigiéndose durante cerca de noventa años por la Ley de 17 de junio de 1870 y su Reglamento de 13 de diciembre del mismo año. Esta Ley, a pesar de su marcada originalidad, manifestada en un adelanto técnico tan considerable que sólo parcialmente lo han logrado conseguir los códigos más modernos al decir de FEDERICO DE CASTRO (1), había tenido que ser completada por multitud de disposiciones de todo orden que hacían verdaderamente difícil su manejo y confusa la situación (2), y aun cuando no dejaba de haber meritorias compilaciones que procuraban presentar este fárrago legislativo con la posible unidad (3), su reforma, a pesar de las mencionadas excelencias, se hacía indispensable.

Esto se ha llevado a cabo por la Ley de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, en vigor tan sólo desde 1 de enero de este año de 1959.

Entre las muchas novedades que estas disposiciones nos han traído, además de la importantísima de ordenar una materia tan necesitada de ello, ha sido una de las de más relieve la de la "inscripción póstuma", esto es, la practicada después de la inhumación o cuando el cadáver hubiese desaparecido. (La denominación de inscripción póstuma es de nuestra exclusiva invención y la utilizamos sin pretensiones de exactitud para disponer de un nombre expresivo y breve en las frecuentes alusiones que necesariamente hemos de hacer a ella.)

Estas inscripciones póstumas son para nosotros —el Cuerpo Jurídico

(1) FEDERICO DE CASTRO: *Derecho civil de España*. Parte general, II, página 560.

(2) CASTÁN: *Derecho civil común y foral*. Parte general, 1950, pág. 544.

(3) ARELLANO: *Legislación del Registro civil. Compilación de todas las disposiciones dictadas sobre el Registro desde la Publicación de la Ley*. Madrid, 1939.

Militar— especialmente interesantes porque suponen una destacada intervención de nuestra Jurisdicción en ellas y, sobre todo, por el preponderante papel que al Auditor le corresponde en su efectución.

I

La finalidad del Registro Civil es la de proporcionarnos seguridad sobre la vida de las personas. Por eso sus asientos han de basarse en hechos ciertos, completamente acreditados.

Por lo que se refiere a la inscripción de fallecimiento, esta certeza de los hechos, base de ella, se obtiene en los casos ordinarios de manera muy natural: el individuo muere en su casa entre sus deudos y amigos y un médico que le asiste y certifica su defunción. Su extinción podría constatarse, si necesario fuera, por numerosísimos e irrefutables testimonios.

En este supuesto pues, que es el normal, como todo está claro, la inscripción se extiende, una vez comunicado el fallecimiento, antes de la inhumación. Y sólo después de extendida se otorga licencia de enterramiento.

Pero no siempre la muerte acaece en circunstancias normales. A veces tiene lugar con ocasión de accidentes, catástrofes colectivas o guerras, en países extraños o en circunstancias desconocidas. Entonces no se puede proceder como en la normalidad. Los cadáveres habrán sido enterrados en su momento y sólo transcurrido cierto tiempo, en ocasiones tal vez años, se sentirá la necesidad de inscribir aquéllas.

Estas inscripciones tardías o póstumas, como las hemos llamado, son las que vamos a estudiar.

Se refieren a ellas los arts. 278 y 279 del Reglamento del Registro. Dicen así:

"Art. 278. Cuando el cadáver hubiera desaparecido o se hubiera inhumado, no basta para la inscripción la fama o posibilidad de muerte, sino que se requiere certeza indudable.

"En su caso, a la orden de la Autoridad judicial que instruye las diligencias seguidas por la muerte, debe haber precedido informe favorable del Ministerio fiscal, y si se trata de Autoridad judicial militar, el del Auditor; si la Autoridad judicial es extranjera se instruirá, para poder inscribir, el oportuno expediente.

"Para precisar las circunstancias en el expediente o diligencias se tendrán en cuenta las pruebas previstas para el de reconstitución."

"Art. 279. El fallecimiento en las condiciones a que se refiere el artículo anterior, ocurrido en campaña o en cautividad, se inscribirá en virtud de expediente instruido y resuelto conforme a esta legislación, sin ulterior recurso en vía gubernativa, por la Autoridad judicial militar de la Región, Zona o Departamento correspondiente y, en su defecto, por los de la Primera o la Central, y siempre previo informe favorable del Auditor."

Ambos vienen a ser un desarrollo de lo que dispone el art. 86 de la Ley que dice:

"Será necesaria sentencia firme, expediente gubernativo u orden de la Autoridad judicial que instruya las diligencias seguidas por muerte violenta, que afirmen, sin duda alguna, el fallecimiento, para inscribir éste cuando el cadáver hubiere desaparecido o se hubiere inhumado antes de la inscripción", en el que se contiene la innovación de haber regulado con carácter general la inscripción póstuma como se hizo notar por el Ministro al presentar ante las Cortes el Proyecto, luego convertido en la Ley que comentamos, al decir que "*la práctica del asiento de defunción exige la afirmación oficial inequívoca de la muerte siquiera el Proyecto admita la posibilidad de la inscripción aunque el cadáver hubiera desaparecido o se hubiese inhumado*" (4).

También se hace eco de esta novedad la Exposición de Motivos de la Ley considerándola "como la más importante de la Sección 3.ª" (5).

Vemos pues, de lo expuesto, que se considera como innovación por la nueva Ley la inscripción del fallecimiento después de la inhumación o cuando el cadáver hubiese desaparecido. Y vemos también que en estos casos puede corresponder a la Autoridad Judicial Militar disponer que se lleve a efecto la inscripción, y que le corresponderá siempre a ella cuando el fallecimiento, no bien constatado en principio, hubiera ocurrido en campaña o cautividad.

A pesar de esta pretensión de novedad, nos permitimos afirmar que el problema ya estaba previsto, si bien no con la uniformidad y visión general de hoy, antes de la vigente Ley, como se desprende de las siguientes consideraciones:

a) Ante la necesidad de inscribir las defunciones de desaparecidos o muertos en accidentes no hubo más remedio que dictar toda una serie de disposiciones, de rango inferior si se quiere, que dieran solución al problema.

Entre ellas tenemos la Real orden de 1 de marzo de 1871 que establece "que cuando el encargado del Registro Civil tuviera conocimiento de que se ha dado sepultura a un cadáver cumplirá con lo dispuesto en el párrafo 3.º del art. 75 de la Ley del Registro Civil (6) sin perjuicio de verificar la inscripción", lo que no puede negarse que es un caso de inscripción posterior a la inhumación. En igual sentido los Decretos de 17 de julio de 1874 y los del mismo año de 16 de octubre y 11 de diciembre.

(4) Discurso del Ministro de Justicia, en *Registro Civil*. "Publicaciones del Ministerio de Justicia", 1958.

(5) *Exposición de Motivos*, párrafo IX. En la obra citada en la nota anterior.

(6) El párrafo 3.º del art. 75 de la L. R. C. de 1870 ordenaba imponer una sanción disciplinaria de multa al encargado del cementerio que enterrase a un cadáver antes de haber inscrito su defunción.

b) La inscripción póstuma de militares muertos o desaparecidos en campaña o cautividad estaba ya regulada en la propia Ley de 1870, y especialmente en su art. 90, que disponía "que si el fallecimiento ocurriese en campaña en territorio español cuando a la sazón no impere la autoridad del Gobierno legítimo, o en territorio extranjero, el jefe del Cuerpo a que perteneciera el difunto dispondrá el enterramiento y lo pondrá en noticia del Ministro de la Guerra remitiéndole copia duplicada de la filiación para que éste haga verificar la inscripción". En igual sentido, además del citado Decreto de 11 de diciembre de 1874, el Real decreto de 19 de febrero de 1923 y la Real orden de 28 de abril de 1927, ambos referentes a los desaparecidos en la guerra de Africa, y los dictados a partir de 1936 con motivo de nuestra guerra de Liberación (7).

Nos hemos ocupado con algún detenimiento, de rectificar la consideración de novedad absoluta en las disposiciones de la nueva Ley relativas a la inscripción póstuma. Y lo hemos hecho así precisamente para poner de relieve —por paradójico que parezca— su acierto al regular la cuestión.

Hemos visto, efectivamente, que si bien resuelto este problema en la legislación derogada, carecía de una formulación general y estaba inspirado en el casuismo, y a ello podemos añadir que los procedimientos y expedientes para conseguir estas inscripciones adolecían de falta de precisión.

Ahora se remedian estos inconvenientes en los artículos antes transcritos.

Estos artículos, tal vez por su encaje en el sistema unitario que forma la nueva legislación del Registro Civil, no son, sin embargo, al examinarlos aisladamente como arrancados de su total engranaje, tan claros que no sea conveniente tratar de comprender su significado. Esto es lo que a continuación intentamos desentrañar en los siguientes puntos esalonados en que descomponemos su examen.

II

1. JUSTIFICACIÓN DE LA MUERTE.—Este es el requisito indispensable para que pueda practicarse una inscripción póstuma. No basta la mera fama o posibilidad, a diferencia de lo que ocurre con la declaración del fallecimiento del ausente, que puede hacerse —y se hace— a base de simples presunciones. Aun cuando ambos se refieren al fallecimiento, su alcance y significado son diferentes: la inscripción necesita certeza absoluta para extenderse, la declaración de fallecimiento es, por definición, algo conjetural, aunque verosímil. El hecho de versar las inscripciones póstumas sobre muertes ocurridas en circunstancias en principio inciertas podría inducirnos a considerarla parecida a la declaración de fallecimiento del

(7) Una referencia sobre todas estas disposiciones anteriores a 1936 puede verse en la obra antes citada de ARELLANO, especialmente a partir de su art. 222.

ausente. Sin embargo, las necesidades son muy distintas. Corroborando esto, la Exposición de Motivos de la Ley de Registro Civil, en su punto 9.º, dice, al ocuparse de la inscripción póstuma, que con su regulación "no se pretende desvirtuar los preceptos del Código sobre la declaración de fallecimiento, puesto que en los supuestos contemplados en la nueva Ley se sabe, sin duda alguna, que la persona ha fallecido" (8).

2.º MODOS DE CONSEGUIR ESTA "CERTEZA INDUDABLE" QUE EL TEXTO LEGAL EXIGE.—Son tres: a) Diligencias instruídas por Autoridad Judicial con ocasión de la muerte. b) Expediente instruído por la Autoridad Judicial Militar. c) Expediente de adverbación de las diligencias judiciales instruídas con ocasión de la muerte por Autoridad Judicial extranjera. De este último no volveremos a ocuparnos porque no será generalmente de la competencia de la Jurisdicción Militar.

a) *Diligencias judiciales*.—Hemos de reconocer que esta denominación no es muy técnica. Sin embargo, parece bastante claro que con ello quiere significarse toda clase de actuaciones judiciales que se practican con ocasión de muerte violenta, catástrofes, etc. Tales actuaciones serán unas veces diligencias propiamente dichas y otras verdaderos procesos criminales (sumarios, causas). Esto dependerá de las circunstancias.

La competencia de la Jurisdicción Militar se regirá por las reglas generales, pues hay que tener en cuenta que estas diligencias judiciales no surgirán por y para el concreto objeto de la inscripción del fallecimiento, sino que esto será una consecuencia. (Los fines principales de la investigación irán encaminados, por lo general, al esclarecimiento de las personas responsables, responsabilidad criminal y civil, etc.)

Con ello queda dicho que en estos casos la Autoridad judicial actuante no se atenderá a las reglas de la legislación del Registro Civil, sino a las del enjuiciamiento criminal en general, y, en nuestro caso, a las del Tratado III del Código de Justicia Militar.

b) *Expediente instruído por la Autoridad judicial militar*.—La certeza del fallecimiento se acreditará mediante expediente, en los casos de cadáveres desaparecidos o ya inhumados, cuando la muerte haya ocurrido en campaña o cautividad.

En estos casos la competencia de nuestra Jurisdicción es exclusiva. Dentro de ellos, la competencia territorial se decidirá por las reglas del Código de Justicia Militar, y si esto no fuera posible, corresponderá a la Autoridad Judicial de la Primera Región Militar.

La cuestión de la legislación aplicable en este expediente podría originar alguna duda: dice, en efecto, el art. 278 (que regula los casos de fallecimiento que no sean en campaña o cautividad) que "para precisar las circunstancias se tendrán en cuenta las pruebas previstas para el de reconstitución", y el 279, al referirse a los casos de muerte en campaña o cautividad habla, en forma un tanto equívoca, de "expediente instruído y

(8) Obra citada en la nota (4).

resuelto conforme a esta legislación", sin que se precise ni se deduzca claramente, si la legislación a que se refiere es la citada en el artículo anterior (trámites del expediente de reconstitución) o si es la militar, a la que seguidamente va a hacer referencia en su texto restante, en cuyo caso podría ocurrir: o bien que nos encontrásemos sin legislación específica vigente que aplicar a dichos expedientes, o que no estimando derogadas por la nueva Ley de Registro Civil los Decretos y Ordenes aludidos antes sobre inscripción de personal militar fallecido, aplicásemos sus reglas.

Sin duda alguna es preferible seguir la primera solución, teniendo en cuenta que, si bien la expresión legal no es demasiado clara, el referirse a "legislación" la única que cita es la del Registro, pues al hablar después de nuestra Jurisdicción no habla otra vez de legislación, ni hay una legislación del Registro Civil específicamente militar.

Esta es, además, la única solución posible, porque de lo contrario habría que estimar subsistentes las múltiples disposiciones antes citadas contrariando el espíritu unificador de la Ley.

3.º PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN CADA CASO.—a) En caso de diligencias judiciales practicadas por Autoridad Judicial Militar, hemos adelantado que se observarán, cuando el hecho originario sea de nuestra competencia, las reglas del Tratado III del Código de Justicia Militar.

b) En el caso del expediente cuya instrucción corresponde exclusivamente a la Jurisdicción Militar (justificación de la muerte en campaña o cautividad) habrán de aplicarse, según la conclusión a que antes hemos llegado, las reglas del expediente de reconstitución al que se refieren los artículos 321 al 326 del Reglamento del Registro, si bien hay que tener en cuenta que muchos de tales preceptos sólo podrán servirnos en remota analogía.

En términos generales creemos que dicha tramitación podrá ser a grandes rasgos como sigue: Orden de proceder; citación al interesado con señalamiento de plazo para que pueda aportar las justificaciones que crea convenientes; prueba sin limitación de medios; informe favorable del Auditor o, en caso contrario, subsanación de omisiones y defectos por él señalados y finalmente, resolución, fundándose en dicho dictamen, teniendo la muerte como cierta y determinada en sus circunstancias.

c) Tanto si se procede a la justificación del fallecimiento por diligencias judiciales como por expediente, se habrá de tener en cuenta para precisar sus circunstancias, por disponerlo así el art. 325 del Reglamento de la Ley del Registro Civil: 1.º Los documentos auténticos en cuya virtud puede practicarse la inscripción.

2.º Las partidas canónicas y certificación de Registros extranjeros, libros de cementerios y de empadronamientos, los documentos extranjeros o de autoridades y funcionarios ilegítimos y los demás medios convenientes o exigidos para practicar la inscripción.

d) La incoación y desarrollo estará de acuerdo con el procedimiento seguido en cada caso. Si se hubieran practicado actuaciones judiciales, la

inscripción debiera ordenarse de oficio por la Autoridad judicial que resuelva éstas. En caso de expediente, parece que éste sólo podrá iniciarse y proseguirse a instancia de parte interesada.

Contra la resolución judicial estimando acreditada la muerte podrá utilizarse el recurso que nuestro Código de Justicia Militar permite antes de que adquiera firmeza la resolución penal de que se trate. Contra lo resuelto en el expediente no cabrá recurso alguno en la vía gubernativa según el art. 278, lo que parece indicar que podrá acudirse a la vía judicial ordinaria (¿Juicio de mayor cuantía?).

4.º EL INFORME DEL AUDITOR.—Hemos visto al transcribir los arts. 278 y 279, que dicho informe es indispensable y que, además, ha de ser favorable para que pueda tenerse por justificado el fallecimiento.

Notemos, sin embargo, la curiosa diferencia que supone el que cuando las diligencias o expedientes se instruyan por la Jurisdicción ordinaria, el informe requerido sea el del Ministerio Fiscal, mientras que en los correspondientes a las nuestras, se encomienda tal misión al Auditor. Esto obedece, sin duda, a la peculiar organización de la Jurisdicción Militar.

En todo caso, la intervención del Auditor (del Ministerio Fiscal en la ordinaria) es decisiva, sin que tenga el carácter de un trámite más, y su omisión implica la nulidad de las diligencias o del expediente, y no sólo esto, sino que, además ha de prevalecer para que la inscripción pueda practicarse. (Según esto, ¿sería posible el disentimiento del Capitán General tratándose de diligencias judiciales? Y en el expediente, ¿vendrá el Capitán General obligado a seguir el dictamen del Auditor?)

La importancia decisiva de este informe ha sido bien explicada por la Exposición de Motivos de la L. R. C., que saliendo al paso de la extrañeza que ello pudiera provocar, ha dicho: "pudiera, a primera vista, parecer extraño que en ciertos tipos de rectificación se requiera no sólo audiencia, sino dictamen favorable del Ministerio Fiscal (léase Auditor). Se trata de casos en que una aplicación rigurosa de los principios más puros exigiría para la rectificación el juicio ordinario. Necesidades prácticas obligan a admitir un procedimiento más favorable, pero en el que por compensación, se han reforzado las garantías con esta especial intervención del representante y defensor del interés público" (9).

5.º LA PRÁCTICA DE LA INSCRIPCIÓN Y LA FACULTAD CALIFICADORA DEL ENCARGADO DEL REGISTRO.—Nos encontramos, por fin, con una resolución, ya sea judicial o ya en el expediente instruido al efecto, en la que, convenientemente acreditado el fallecimiento, se ordena su inscripción póstuma.

Las Autoridades judiciales militares no pueden extender su competencia hasta el extremo de practicar por sí mismos la inscripción, función reservada al Encargado del Registro correspondiente. ¿Cómo ha de serle

(9) *Exposición de Motivos*, de la L. R. C., obra citada en nota (4), página 21.

ordenado practicar estas inscripciones? ¿Vendrá siempre obligado a extenderlas?

Tanto en el caso de diligencias judiciales como en el de expediente, creemos que la solución es la misma.

Cuando la Autoridad judicial militar haya resuelto las diligencias o el expediente, expedirá certificado auténtico de la resolución en el que constarán, con el mayor detalle posible, las circunstancias del fallecimiento y del fallecido, cuyo certificado tendrá la consideración de documento auténtico y suficiente para practicar la inscripción a los efectos del art. 23 de la L. R. C.

En ambas ocasiones, el Encargado del Registro vendrá obligado a inscribir la defunción con arreglo a ella, por tratarse de documentos judiciales respecto a los que la función calificadora se limita al examen de la competencia, del procedimiento observado y de las formalidades extrínsecas del propio documento presentado según el art. 27 L. R. C., sin que en esto le sea dado a aquél penetrar en el examen del fondo de la resolución (10).

Por lo demás las cuestiones a que pudieran dar lugar la negativa a inscribir, recursos, etc., rebasan el área de nuestra Jurisdicción.

SALVADOR ESTEBAN RAMOS

B) DILIGENCIAS URGENTES Y PRIMERAS DILIGENCIAS

Entendemos que para llevar a efecto las diligencias de carácter urgente que previene el art. 523 del Código de Justicia Militar, no es necesaria la condición de Oficial para instruir las, toda vez que, dada su naturaleza, no imponen al actuante constituirse en Juez. Desarrollar y analizar esta opinión es lo que pretendemos en este modesto trabajo, abrigando el propósito de orientar en el verdadero cauce legal aquellos hábitos rutinarios que existen en la práctica de tales diligencias, escapándose al sentido o interpretación legal.

El Código procesal criminal, en su art. 282, nos informa que la Policía judicial tiene por objeto, y será obligación de todos los que la componen, averiguar los delitos públicos que se cometieren en su territorio o demarcación; practicar, según sus atribuciones, las diligencias necesarias para comprobarlos y descubrir a los delincuentes, y recoger todos los efectos, instrumentos o pruebas del delito de cuya desaparición hubiere peligro, poniéndolos a disposición de la Autoridad judicial.

El artículo siguiente califica a la Guardia Civil como Policía judicial, y

(10) Ver sobre esta materia *La calificación previa a la inscripción*, por ALFONSO OROZCO ANTEQUERA, en "Boletín de Información del Ministerio de Justicia", núm. 447.

el 284 establece que las diligencias que practique tal policía serán *de prevención*.

Con distinto rango, en cuanto a la persona, *las diligencias de prevención* están totalmente identificadas con las llamadas *primeras diligencias*, definidas en el art. 13 del propio Código Procesal de esta manera: "Las de dar protección a los perjudicados, consignar las pruebas del delito que puedan desaparecer, recoger y poner en custodia cuanto conduzca a su comprobación y a la identificación del delincuente y detener, en su caso, a los reos presuntos".

Pues bien, si ahora transcribimos el art. 523 del Código de Justicia Militar, leemos: "En caso de delito flagrante, *todo militar* que ejerza autoridad o mande fuerzas destacadas o independientes, *cualquiera que sea el Tribunal llamado a conocer*, procederá, desde luego, a la detención de los culpables, a recoger los efectos necesarios para la comprobación del delito, a recibir las declaraciones convenientes y a practicar las diligencias de carácter urgente, poniendo sin pérdida de tiempo a disposición del Jefe o Autoridad a quien corresponda acordar o prevenir la formación de Causa tanto las personas detenidas como los efectos recogidos y las diligencias practicadas".

Indudablemente no apreciamos diferencia en el espíritu que las informa y ambas, prevención o primeras diligencias urgentes, son iguales en esencia. Solamente cabe apuntar una diferencia: la obligación que se impone a los militares, en determinados casos, de instruirlos tratándose de delito flagrante, función ésta que se reduce, por lo que a la forma de tramitarlas se refiere, a la de cualquier Policía judicial, como se desprende del tan repetido art. 523 del Código castrense, pues *en él no se impone categoría alguna al militar para instruirlos* y, por ello, nada obliga a que las realice investido de Juez. Esta opinión se afirma con la Instrucción 2.ª de la Orden General de la Dirección de la Guardia Civil, núm. 22, de 21 de mayo de 1941 ("Boletín Oficial del Cuerpo" de junio del mismo año), por la que se autoriza a los Brigadas a instruir las diligencias de carácter urgente, sin que alcancemos a comprender por qué no se extiende tal facultad a otros mandos inferiores. El Brigada, aun siendo Jefe de Línea, no tiene categoría de Oficial, requisito éste para actuar como Juez, según previene el art. 137 del Código Marcial y la Norma XXIX de la Orden general del Cuerpo de la Guardia Civil núm. 31, de 4 de mayo de 1946. Resulta así claro que para instruirlos no es preciso constituirse en Juez, aparte de que a la misma conclusión se llega del contexto del citado art. 523 al no especificar limitación de categoría al militar que ha de tramitarlas. A mayor abundamiento, el título VII de nuestro Código Militar se enuncia bajo el concepto de "*La prevención y formación de Causas*", dejando el "Sumario" para el Capítulo II del mismo título. Obsérvese la coincidencia con el epígrafe "*La Policía judicial*" del título III de la Ley adjetiva criminal, y el epígrafe "*Del Sumario*" del siguiente título del mismo texto legal. El orden es coincidente en ambos Códigos: primero, instrucción de diligencias de carácter urgente o, lo que es igual, diligencias de prevención, a falta del Juez. Después, actuación de este órgano judicial.

¿No es frase consagrada en los Atestados: "... no estimando necesario el Instructor otras diligencias de carácter urgente que practicar..."? ¿Por qué diferenciar entre unas y otras si las del Código castrense no son exclusivas para delitos militares? Después del breve plazo que otorga la Ley a los Auxiliares o colaboradores de la Justicia, permanentes o circunstanciales, para recoger indicios y toda clase de pruebas, detener a los culpables, etc., es cuando entra en funciones el Juez que corresponda.

Si el azar quiere que sea un Oficial o Jefe el que se encuentre ante un delito flagrante, aun así, no sería muy ortodoxo que se constituyese en Juez, pues no lo determina la naturaleza de las primeras diligencias o diligencias urgentes, las cuales han de entregarse a la Autoridad militar o común que corresponda, quien dispondrá la incoación del Sumario si procediese. De no ser así, podría darse el caso, a título de ejemplo, que paseando juntos un Alférez de la Milicia y un Comisario de Policía sorprendiesen *in fraganti* a un vulgar delincuente en un hecho delictivo. Como las diligencias de carácter urgente son para cualquier delito, el Alférez podría constituirse en Juez y el Comisario sería un mero auxiliar, situación que preferimos no comentar por lo que por sí sola evidencia.

Si el mismo Oficial no se encontrase acompañado, sería Juez que entregaría —en el supuesto de un delito común— las actuaciones en el Juzgado de Instrucción del partido. Si en lugar de un Oficial del Ejército se tratase de uno de la Guardia Civil —al que cabe concederle mayor técnica, *a priori*, en cuanto a la Policiología y actuaciones judiciales—, resultaría que, por su condición de Policía judicial, no sería Juez, aunque fuese de mayor empleo o graduación militar.

No cabe duda, pues, que las diligencias de carácter urgente son un privilegio, o más bien una obligación que se impone al militar en virtud del expresado art. 523 para caso de delito flagrante colaborar en favor de la Justicia instruyendo unas diligencias de prevención o urgencia que han de servir de base al Juez militar que más tarde nombre la Autoridad Judicial de la Región Militar para la incoación del Sumario correspondiente, o bien, al Juez de Instrucción del partido, según la naturaleza del delito en consonancia con las personas que hayan intervenido y lugar del hecho, extremos estos que, en caso de duda, el Juzgador de Derecho ha de resolver la competencia inhibiéndose en favor de quien proceda.

No podemos olvidar que conforme determina el art. 12 de la Ley Adjetiva Críminal, "la jurisdicción ordinaria será siempre competente para prevenir las Causas por delitos que cometan los aforados. Esta competencia se limitará a instruir las primeras diligencias, concluidas las cuales la jurisdicción ordinaria remitirá las actuaciones al Juez o Tribunal que debe conocer de la Causa con arreglo a las Leyes, y pondrá a su disposición a los detenidos y los efectos ocupados. La jurisdicción ordinaria cesará en las primeras diligencias tan luego como conste que la especial competente instruye causa por el mismo delito".

Por Auto de 26 de marzo de 1905 se resolvió que, cuando en una causa se persigue un delito común, resultando cargos contra individuos del Ejército y otros que no lo son, y el hecho se ha ejecutado en territo-

rio no declarado en estado de guerra, el conocimiento de la Causa corresponde a la jurisdicción ordinaria.

Por lo disgregada que se encuentra en nuestro suelo la fuerza de la Guardia Civil es interesante tener en cuenta la sentencia del Consejo Supremo de Guerra y Marina de 6 de marzo de 1897, estableciendo que los Capitanes y Jefes de Línea de la Guardia Civil no se considerará que mandan fuerza destacada.

Por el art. 523 del Código de Justicia Militar sabemos que las diligencias de carácter urgente debe practicarlas cualquier militar que ejerza autoridad o mande fuerzas destacadas o independientes, prescindiendo, por consiguiente, de su empleo y categoría; solamente se le exige la condición y la acción de ejercer autoridad o tener mando; por lo tanto, deben practicarlas lo mismo el Oficial que el Suboficial o clase de tropa. Como quiera que, si bien las fuerzas de la Guardia Civil en sus Puestos no se consideran independientes ni destacadas, en cambio, el Jefe de ellas, sea cual fuere su empleo, en un Puesto ejerce autoridad el que lo manda sobre el personal que lo compone, por lo que entra de lleno en el Código y tiene la obligación de proceder en consecuencia con el citado art. 523, sin que se deduzca, de modo alguno, que al realizar tales actividades se convierta en Juez. Es una función de mera prevención pero jamás jurisdiccional, ya que no constituyen procedimiento. Si así fuese, no podríamos olvidar que el procedimiento es una sucesión de actos regulados por la Ley ante el Órgano jurisdiccional, siendo facultad sustancial del Juez disponer de la libertad de un detenido, dentro siempre de las garantías legales.

Si en tales actuaciones se tuviese el carácter de Juez, no cabría admitir el párrafo del art. 671 del Código castrense, en relación con las detenciones en caso de delito flagrante cuando establece "se pondrá sin dilación al detenido a disposición de la Autoridad militar del lugar en que el hecho se hubiere realizado", lo que viene a reflejar una función de prevención o policial-judicial, ya que, si fuese de jurisdicción, dispondría del plazo de cinco días para proponer o decretar su libertad o prisión, como así lo determina el art. 672 del mismo Cuerpo legal.

SATURNINO ESTÉVEZ RODRÍGUEZ

C) COMISION MIXTA DE COMPETENCIAS

Subcomisión de la Base Naval de Rota

Por orden de la Presidencia del Gobierno de 8 de julio de 1959 ("Boletín Oficial del Estado" núm. 167), se han dictado las siguientes normas en relación a la extensión jurisdiccional de atribuciones conferidas a la Subcomisión de competencias de la Base Naval de Rota, con sede en Cádiz (1).

(1) Véase en esta REVISTA: núm. 1, pág. 149, y núm. 6, pág. 173.

Dicha orden es del tenor siguiente:

“Excelentísimos Señores:

Habiendo suscitado dudas la aplicación de la Orden de esta Presidencia del Gobierno de 1 de agosto de 1958 (“Boletín Oficial del Estado” del día 9), por la que se crea en Cádiz la Subcomisión de la Comisión Mixta de Competencias respecto a si las atribuciones conferidas a dicha Subcomisión para intervenir en los incidentes de carácter jurídico procesal que en la provincia de Cádiz puedan suscitarse entre las autoridades españolas de Marina y el Mando americano, deben extenderse a todos los incidentes de la misma naturaleza que surjan en las relaciones de dicho Mando con las demás autoridades jurisdiccionales españolas de la provincia.

Esta Presidencia del Gobierno, a propuesta de la Comisión Mixta de Competencias, y de conformidad con los Ministerios militares y Alto Estado Mayor, ha tenido a bien resolver las aludidas dudas mediante las siguientes aclaraciones:

1.ª Las atribuciones para conocer e intervenir en los incidentes de tipo jurídico procesal concedidas por el número primero de la Orden de 1 de agosto de 1958 a la Subcomisión de Competencias creada en Cádiz se extienden a las cuestiones que surjan con el Mando americano en los procedimientos criminales de cualquier orden y fuero dentro de la provincia.

2.ª Se entenderá suprimida en la citada Orden la última frase del artículo 1.º: “así como la inhibición por la Marina de los asuntos en que no deba intervenir”, porque tal facultad resolutive debe estar exclusivamente reservada a la Comisión Mixta de Competencias.

3.ª Todos los acuerdos que la Subcomisión adopte en incidentes de tipo jurídico procesal habrá de ponerlos inmediatamente, con los oportunos antecedentes, en conocimiento de la Comisión Mixta de Competencias para que por ésta se dicte en cada caso la resolución de fondo que proceda.

4.ª El miembro de la Subcomisión, perteneciente al Cuerpo Jurídico de la Armada, representará a las jurisdicciones militares de los Ejércitos de Tierra y del Aire, siempre que por dichos Ministerios no se haga designación expresa personal en tal sentido.”

E. DE N. L.

II. JURISPRUDENCIA (*)

A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR (1)

1. Abordaje por imprudencia. Art. 59, 2.º LP y DMM. Art. 4.º Reglamento Pesca mar. Apreciación de la prueba. Art. 799 CJM.

Sent. 2 julio 1958 (Departamento Marítimo de El Ferrol).—El 15 junio 1956, a unas 14 millas aproximadamente al N. de Cabo Mayor, cuando se hallaban dedicadas a la pesca del bocarte varias embarcaciones, entre ellas la "Campo Libre", patroneada por el procesado P. E. R., y la "Uca", habiendo avistado una manjua de bocarte se dirigieron a ella todas las embarcaciones y a consecuencia de las maniobras realizadas quedó la "Uca" delante de la "Campo Libre", produciéndosele por ésta un rasponazo al que en un principio no se dió importancia, pero que debió producir una vía de agua, ya que la citada embarcación "Uca" se hundió al cabo de una hora y media, siendo salvados todos sus tripulantes por otras embarcaciones, así como sus artes de pesca, valorándose la embarcación y los efectos perdidos en la cantidad de 372.873 pesetas.—*CG. ordinario*: Absolvió por estimar que el abordaje fué producido a consecuencia de las prisas que el deseo de llegar a la manjua en primer lugar y obtener el derecho de pescar llevaron a todas las embarcacio-

(*) Correspondiente a los meses de julio a diciembre de 1958.

(1) Las resoluciones que a continuación se recogen han sido dictadas, en su mayor parte, por la Sala de Justicia. Sin embargo, para completar la doctrina penal del Consejo Supremo ha parecido conveniente añadir algunos acuerdos del Consejo Reunido o del Pleno. A cada sentencia antecede una sucinta enumeración de los temas más importantes que en ella se discuten. Las resoluciones de cada año van numeradas correlativamente, con objeto de facilitar referencias ulteriores, que se harán indicando el año de la resolución y el número de orden de la misma.

A continuación de la fecha se indica la procedencia de la causa. Para evitar innecesarias repeticiones se utilizan varias abreviaturas. Así, *Consejo Supremo de Justicia Militar* = CSJM., *Consejo de Guerra* = CG., *Código de Justicia Militar* = CJM., *Código penal* = CP., *Resultando* = RESULT.º. *Considerando* = CONSID.º Se ha prescindido, por la misma razón de todas aquellas cláusulas de estilo que no son necesarias para la inteligencia del texto. El relato de hechos concuerda esencialmente con el que da el Consejo Supremo en los hechos probados, mientras no se advierta lo contrario.

nes a concentrarse en un lugar reducido, produciéndose una aglomeración que les impedía gobernar con la libertad suficiente, sin que en el resto de las maniobras se aprecie imprudencia o negligencia, así como que en la precipitación inicial incurrieron los patronos de todas las embarcaciones.—*Autoridad judicial*: Disintió por error notorio en la apreciación de la prueba, ya que las diligencias obrantes en autos y concretamente la declaración del mismo patrón de la "Campo Libre", el informe emitido por el Instructor e Informe pericial acreditan que el pesquero "Uca" llegó a la manjua antes que el "Campo Libre", largando su aparejo y encontrándose, por consiguiente, imposibilitado para maniobrar en evitación del abordaje cuando se encontraba pescando con arreglo a su derecho, no siendo, por tanto, de aplicación el art. 4.º del Reglamento para tal clase de pesca, ya que dicho precepto se refiere al supuesto de simultaneidad en la llegada a la manjua, lo que no se dió en el presente caso, por lo que, en consecuencia, los hechos son un delito de abordaje en la mar por imprudencia (59. 2.º Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante), cuatro meses arresto mayor, accesorias, y en concepto de responsabilidad civil 372.837 pesetas.—*Fiscal Togado* (por tratarse de asunto técnico-profesional del Ramo de Marina, el Teniente Fiscal Togado de la Armada): Revocación por entender que la declaración de probanza que contiene el fallo, dada su vaguedad, le hace incidir en error notorio negativo al no consignar circunstancias indubitablemente acreditadas y cuyo especial destaque resulta indispensable para dilucidar la responsabilidad, así como por sumarse a la tesis del disentimiento, proponiendo nueva sentencia declarando probado que una vez lanzado al agua su aparejo la embarcación "Uca" y teniendo, por tanto, muy limitadas sus posibilidades de maniobrar, se le aproximó en esta situación y por el costado de estribor el pesquero "Campo Libre", al mando del Patrón P. E. R., quien no tomó ninguna medida para impedir la colisión que se produjo, pese a que pudo haberla adoptado por ser claramente perceptible la situación referida y a consecuencia de lo cual naufragó la embarcación "Uca", cuyo valor, así como los enseres que con ella se perdieron, asciende a 372.837 pesetas, coincidiendo en la calificación, penas y responsabilidad civil, con el disenso.—*Defensa*: Por entender que de los croquis obrantes en autos, inspección ocular realizada por el Instructor y demás diligencias que acreditan suficientemente que el "Uca" fué el que abordó al "Campo Libre" y que por su patrocinado se cumplieron cuantas prescripciones se determinan por el Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar, no haciéndolo así el Patrón del "Uca" el que creó una situación peligrosa por falta de precaución, ya que ambas embarcaciones llegaron simultáneamente a la manjua, absolución.—*CSJM.*: Aprueba la sentencia, porque *la cuestión que se plantea en la presente causa y motivo que dió lugar al disentimiento es el de la apreciación de la prueba, la que el CG. realizó con arreglo a su racional criterio y fundándose en consideraciones que no cabe rechazar, ya que un ponderado examen de cuantas diligencias obran en autos lleva a la versión dada por dicho Consejo sin que tengan fuerza suficiente para prosperar las alegaciones que contra la misma se formu-*

lan (CONSID.º 1), y al no existir manifiesto error sobre la apreciación de la prueba que exige el art. 799 CJM., procede confirmar la sentencia dictada por el CG. (CONSID.º II).

2. **Fraude militar. Art. 403, 4.º párrafo segundo CJM. Robo con fractura de puerta. Art. 504, 2.º CP. Art. 194, 2.º CJM. Receptación. Artículo 546 bis a) párrafo primero CP. Reiteración. Arts. 10, 14 CP. Concurso de leyes. Principio de especialidad. Fuentes: valor supletorio del CP. Art. 68 CP. Pena excesiva. Art. 2.º CP. Art. 183 CJM.**

Sent. 4 julio 1958 (IV Región Militar).—El procesado A. B. G., entonces soldado del Regt.º de Zapadores núm. ..., en la noche del 25 diciembre 1954 y suponiendo que por la solemnidad del día existiría menos vigilancia, se dirigió al almacén de vestuario de su Cuartel, en la plaza de ... y valiéndose de un pico sin mango que recogió de un local inmediato, violentó la puerta de entrada, rompiendo el candado y penetrando en el interior, donde, con ánimo de beneficiarse pecuniariamente, se apoderó de 130 camisas kaki y 20 monos, valorados en 12.744,60 pesetas. Dejó, de momento, escondidos en un local adjunto los mencionados efectos, y luego, valiéndose del procedimiento de echarlos por encima de la tapia del campo de tiro del Cuartel para recogerlos posteriormente en el exterior, sacó diversos de los sustraídos efectos, que llegó a vender en el llamado Barrio Chino de la ciudad, donde, en efecto, le adquirió un desconocido unas 30 camisas. Igualmente vendió A. B. G. al también procesado A. A. G., a quien conocía anteriormente por haber prestado servicio en la propia Unidad, una camisa por el precio de diez pesetas, la cual fué recuperada en poder del comprador, y aun cuando posteriormente el B. G. acusó al citado A. de haber participado con él en la sustracción y enajenación de otras prendas, tal participación no aparece suficientemente comprobada. El soldado procesado se trasladó posteriormente a unas obras en construcción realizadas por la Empresa S. E. A. T., haciéndolo vestido con mono sin insignias militares, y a los vigilantes de dicha Empresa, procesados en la presente causa, A. B. M. y A. L. G., les ofreció en venta camisas de las indebidamente adquiridas, y el B. M. le compró dos de ellas por el precio de 50 pesetas, que de momento llevaba encima, y con la promesa de otras 25 pesetas que no llegó a hacer efectivas por haber sido detenido el mencionado B. G.; y el L. G. compró al referido soldado cinco camisas por el precio de 50 pesetas; desconociendo, tanto el B. M. como el L. G. la condición militar del vendedor; habiendo sido recuperadas en poder de ellos las siete camisas que compraron. Igualmente han sido recuperados en el local donde el soldado B. los dejara escondidos 16 monos y 50 camisas. Por ello, el valor total de los efectos recuperados asciende a 7.054,80 pesetas y el de los no recuperados a 5.689,80; acreditándose, por último, que los desperfectos causados en la puerta y cerradura del almacén ascendieron a 60 pesetas.—*CG. ordinario: Fraude (403, 5.º CJM.). A. B. G., en concepto de autor, y A. A. G. en el de coautor; no siendo responsables de delito ni falta los*

otros dos procesados; apreciando en el procesado A. B. la mayor trascendencia del hecho y la cuantía de lo sustraído, así como en el encartado A. A. G. la concurrencia de la reiteración (187, 12.^a CJM.); impuso a A. B. G. tres años prisión, accesorias comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena y la militar de destino a Cuerpo de Disciplina para el tiempo que le reste de servir en filas, responsable civilmente en cuantía de 5.749,80 pesetas; a A. A. G. seis meses y un día de prisión menor, con iguales accesorias comunes que el anterior, y, finalmente, absolvió libremente a A. B. M. y a L. G.—*Autoridad judicial*: Acordó disentir por entender que los hechos son integrantes en cuanto a A. B. G. de un delito común de robo (504, 2.^o/500, 505, 3.^o CP.) con la agravante específica art. 194, 2.^o CJM.; siendo constitutivos, en lo que concierne a A. A. G., de encubrimiento con ánimo de lucro (546 bis a) CP.) con la agravante de reiteración (10, 14.^a CP.): debiéndose imponer a A. B. G. diez años y un día de presidio mayor, y a A. A. G. seis meses y un día presidio menor y multa de 5.000 pesetas, sustituible la última, caso de insolvencia, por treinta días de arresto.—*Fiscal Togado*: Aprobación de la sentencia con la sola subsanación de consignarse que el delito de fraude ejecutado se halla penado en el art. 403, 4.^o, párrafo 2.^o CJM. y no en el punto 5.^o de dicho artículo.—*Defensa*: Confirmación en cuanto se refiere a B. G., M. G. y L. G., así como revocación en lo que concierne a A. A. G., debiendo éste ser absuelto del delito de fraude y corregido con arresto militar como autor de falta de dicha clase.—*CSJM*: *Revoca, porque surgido el disenso en esta causa respecto a si el hecho perseguido constituye el delito de robo de los arts. 500 y 504, 2.^o CP. como entienden el Capitán General y Auditor de Guerra de la IV Región Militar, o el de fraude del art. 403, 4.^o párrafo 2.^o CJM., como opinan el CG. que vió y falló esta causa y el Fiscal Togado de este Consejo Supremo, es menester examinar las particularidades que ofrece la figura delictiva para llegar a su más acertada calificación, teniendo en cuenta que en uno y otro de los artículos invocados y que mutuamente se repelen, se castiga la apropiación de lo ajeno y que, por tanto, disciplinan en el fondo análogo supuesto de hecho, siquiera no coincida exactamente su descripción, hallándonos por su virtud ante un caso de colisión de normas penales que doctrinal y legalmente debe resolverse por el principio de la especialidad, si da base para ello, al no resultar invocables los de consunción, alternatividad ni subsidiaridad (CONSID.^o I). En tal aspecto es patente que ambas normas incompatibles contienen elementos de singularidad puesto que en los arts. 500 y 504, 2.^o CP. figuran rasgos especializantes objetivos como el de apoderamientos mediante fuerza consistente en fractura de puerta o ventana, mientras que en el art. 403, 4.^o CJM. la singularidad radica en los objetos sustraídos por su pertenencia precisa al Cuerpo en que el inculpado presta servicio, y todavía pudiera verse otro elemento destacante en el art. 500, cuando exige el tipo que describe el ánimo de lucrarse, ya que esto no lo contiene el art. 403, 4.^o, párrafo 2.^o CP. que pena igual la sustracción que la desaparición injustificada de las prendas de equipo, atendiendo más que al aprovechamiento por el reo a la pérdida o per-*

juicio de la Unidad defraudada, con lo que el ánimo de lucro no es tan indispensable que aparezca en este delito como en el otro (CONSID.º II). En la expresada contraposición de circunstancias de especialidad adviértese, sin embargo, la conducta antijurídica del procesado consistente en forzar la puerta del local en que las prendas se encontraban para apoderarse de éstas, si puede configurar por la apropiación el delito de fraude mencionado del art. 403, 4.º, está íntegramente contenida también en los artículos 500 y 504, 1.º CP., que contemplan el apoderamiento de cosa mueble ajena pero con las especialidades relevantes de la fuerza de las cosas, en la forma utilizada de forzamiento de puerta, y del ánimo de lucro evidenciado en la venta de los efectos, por lo que mientras el precepto del CJM. queda abarcado en el del CP. y después de absolverle destacan, fuera ya del contenido o contorno común, características peculiares, de exclusividad, cual la violencia en las cosas que matiza con tal envoltura al apoderamiento no puede, en cambio, afirmarse lo contrario, o sea, que el primero subsuma idénticamente al segundo ya que el simple enunciado de la sustracción no permite embeber en la misma las circunstancias particulares en que se verificara para prescindir de ellas cuando tienen un trato penal tan diferenciado como acontece con la fuerza en las cosas o en la intimidación en las personas, que dan lugar con su presencia a figuras típicas de ineludible valoración y de las que en consecuencia no es lícito hacer tabla rasa reputando indiferente lo que reviste carácter fundamental y cualificativo. Así que al concretarse perfectamente el obrar punible del encartado en el art. 504, 2.º/500 CP. y quedar por el contrario acogido de manera parcial en el concepto genérico de la sustracción que emplea el artículo 403, 4.º CP., resulta obligada la aplicación de aquéllos y calificar delito de robo con el referido encaje definidor y sancionado por su cuantía en el art. 505, 3.º CP. (CONSID.º III), y no se opone a esta conclusión que el art. 403, párrafo final CJM. diga que "Cuando los hechos a que se refiere este artículo constituyan también delito castigado en el CP. con pena más grave que la de prisión, podrá el Tribunal imponer la inmediatamente superior a ésta". puesto que esos hechos previstos en el artículo se concretan en meras sustracciones, distracciones o enajenaciones susceptibles con ese carácter de simplicidad de estar penadas sin alterar esencialmente el tipismo en el CP. con mayor gravedad, como puede ocurrir con determinados hurtos o defraudaciones, pero cuando a la sustracción acompañan elementos de fuerza o intimidativos ya no son los mismos hechos a que se refiere el artículo, sino otros más complejos de distinta estimación punitiva que el fraude, que éste no pudo ni quiso abarcar en su misma naturaleza de delito, de ardid o de abuso de confianza y de la situación facilitadora para cometerla sin medios violentos que proporciona la adscripción militar (CONSID.º IV) A la misma conclusión se llegaría aunque quisiera prescindirse, indebidamente, del principio de la especialidad razonado, porque entraría entonces en juego el de mayor gravedad con arreglo a la doctrina y al artículo 68 CP. (suplementario en la materia del de Justicia Militar), según los cuales los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos lo serán

por aquel que aplique mayor castigo al delito cometido, y aquí es evidentemente el de robo en Cuartel, puesto que si la mayor extensión en que es susceptible de imponerse la penalidad con arreglo a las facultades discrecionales que al Tribunal conceden los arts. 194. 2. párrafo final del 403/239 CJM no varía sensiblemente en uno y otro delito y se trata, además en ese límite superior de agravaciones potestativas generalmente inoperantes, en cambio, el tope inferior, irrebable por debajo, del que hay que partir inexorablemente es mucho más riguroso en la penalidad del robo porque no cabe descender, al entrar en juego el art. 194 CJM. con el 505. 3.º CP., de los diez años y un día de presidio, en tanto que en el fraude arranca la pena de seis meses y un día de prisión, lo que permitió al fallo disentido condonar a tres años, de ella, mostrando así palmariamente la mayor severidad cuantitativa y cualitativa —presidio— de la ley sancionadora del robo y que por ende resultaría la llamada a regir la colisión si hubiera de solventarse por este principio que ahora se comenta. (CONSID.º V). Tampoco debe subestimarse, dentro ya del sistema punitivo de este mismo Código, que el propósito y el espíritu del art. 194 CJM. es castigar más severamente que el CP. los delitos contra la propiedad ejecutados por las personas en los lugares y ocasiones que determina y se desvirtuaría semejante finalidad si violentando la calificación de los hechos se las desposeyera de su verdadera índole en razón del sujeto responsable —que cabalmente quiere tomar en cuenta la ley para la agravación— a fin de conceptuarles con menor rigor que el CP., haciendo así inoperante aquel art. 194 tan cuidado por el legislador (CONSID.º VI). En consecuencia, los hechos de autos integran, por lo que se refiere al procesado A. A. G., el delito estimado existente al disentir por la Autoridad Judicial de la IV Región Militar, o sea, el autónomo de encubrimiento con ánimo de lucro que se define y pena en el art. 546 bis a) párrafo 1.º CP., ya que dicho procesado que, por las circunstancias coincidentes en él, es evidente no ignoraba la ilegal actuación del que había sido su compañero de armas A. B. G., no vaciló en aprovecharse de los efectos del apoderamiento ilícito que había realizado dicho soldado. (CONSID.º VII), obrando, además, el CG. con acierto al apreciar la prueba existente en autos en lo que se refiere a los encartados A. B. M. y A. L. G., en el sentido de que dichos procesados en forma alguna obraron con intención maliciosa al adquirir camisas a A. B. G., ignorando la existencia de acción ilícita por parte del soldado que acaba de mencionarse y desconociendo igualmente la procedencia del Ejército de los efectos que compraron (CONSID.º VIII). Del delito de robo es responsable en concepto de autor el procesado A. B. G., por su participación personal, voluntaria y directa; y del de encubrimiento lo es en el mismo concepto el encartado paisano A. A. G., ambos procesados conforme el artículo 14. 1.º CP. No siendo responsables de delito ni falta los procesados A. B. M. y A. L. G. (CONSID.º IX), concurriendo en A. B. G. la circunstancia específica de agravación recogida en el art. 194. 2.º CJM., dada su condición militar y el haber ejecutado el delito en Establecimiento del Ejército. Y en el procesado A. A. G. es de apreciar la circunstancia específica de reincidencia, señalada en el art. 10, 15 CP., ya que con anterioridad a

los hechos por los que ahora se le juzga había sido condenado por delito comprendido en el mismo título del citado CP., en el que se encuadra el de encubrimiento con ánimo de lucro; si bien la concurrencia de dicha circunstancia agravante no origina consecuencia especial en cuanto a individualización de la correspondiente pena en atención a lo regulado en el art. 546 bis a) del reiteradamente citado CP. (CQNSID.º XI).—Condena al soldado A. B. G. a diez años y un día de presidio mayor, por delito de robo, con la accesoria legal común de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el efecto castrense de expulsión de las filas del Ejército, con pérdida de todos los derechos adquiridos en él; A. A. G., como autor de delito autónomo de encubrimiento con ánimo de lucro, a seis meses y un día de presidio menor y multa de 5.000 pesetas, la primera de ellas con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y siendo sustituible, la de multa, caso de no ser satisfecha por insolvencia, con treinta días de arresto; debiendo A. B. G. indemnizar, en concepto de responsabilidad civil, a la Unidad perjudicada en la cantidad de 5.749,80 pesetas, importe de las prendas no recuperadas y de los daños ocasionados en la puerta del Almacén de Vestuario. Absuelve a los procesados A. B. M. y A. L. G.—Otro: De conformidad con el art. 2.º CP. y 183 CJM., acuerda elevar propuesta al Gobierno por considerar excesiva la pena impuesta al soldado A. B. G., una vez valoradas la totalidad de circunstancias subjetivas y objetivas coincidentes en el hecho punible ejecutado; concretándose la referida propuesta en conmutación por la de seis años y un día de presidio menor.

- 3. Apropiación indebida. Art. 535 CP. Estado de necesidad incompleto. Artículo 9.º, 1.ª CP. Determinación de la pena. Art. 66 CP. Art. 61, 4º CP. Delito continuado. Unidad de sujeto pasivo. Dolo específico. Principio de la valoración de los bienes jurídicos en conflicto. Naturaleza jurídica del estado de necesidad. Responsabilidad civil.**

Sent. 9 julio 1958 (Departamento marítimo Cartagena).—Al procesado, Auxiliar de Oficinas de la Marina Civil, Don A. P. N., destinado en la Comandancia Militar de Marina de ..., le fué encomendado y realizó durante varios años la administración y venta de los sellos del Colegio de Huérfanos de la Armada, así como el cobro de cuotas y venta de sellos de la Asociación Benéfica de Funcionarios de la Marina Civil, siendo relevado de dichas funciones a primeros y finales de septiembre de 1953 por no realizar las oportunas liquidaciones correspondientes en las fechas reglamentarias de ambas instituciones benéficas, ascendiendo, una vez deducido el 10 por 100 de derechos de cobro a 9.197,60 ptas. el importe de los sellos vendidos y no abonados al Colegio de Huérfanos de la Armada, cuya cantidad se reintegró con posterioridad a la iniciación de la presente Causa, y 49.485,60 pesetas las cuotas y sellos que asimismo dejó de hacer efectivas a la Asociación Benéfica de la Marina Civil, extremos que reconoce

el encartado, si bien alega haber gastado dichas sumas por no disponer de suficientes medios para atender a las enfermedades sufridas por su esposa y ya difunta madre política.—*CG. ordinario*: Delito continuado de apropiación indebida (535/528, 1.º CP.) con la atenuante 1.ª del art. 9.º CP., por no darse todos los requisitos necesarios para la eximente de estado de necesidad; seis años y un día de presidio mayor, accesorias y, en concepto de responsabilidad civil, 49.485,60 pesetas.—*Autoridad judicial*: Disintió por incongruencias entre las declaraciones de hecho y los fundamentos de derecho, pues si bien en estos se admite la eximente incompleta de estado de necesidad, en aquellos no se hace alusión ni se detallan los que pudieran servir de base para apreciar dicha atenuante, que se deduce únicamente de las manifestaciones del procesado y su Defensor y de unas certificaciones unidas a los autos, prueba ésta escasa, intrascendente y endeble, pero a la que no se opone ninguna otra documentada o testifical, y aun admitiendo la calificación jurídica por respeto al libre arbitrio de los juzgadores, estima asimismo la existencia de error de derecho en el fallo, ya que de conformidad con lo preceptuado en el art. 66 CP., el Tribunal debió imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito, y el CG., al condenar al encartado a seis años y un día de presidio mayor, no hizo la taxativa aplicación de tal precepto, siguiendo al parecer la norma contenida en el art. 61, 1.ª; conforme con la calificación y atenuante apreciada, pena de cuatro años y dos meses de presidio menor, accesorias y la misma responsabilidad civil.—*Fiscal Togado*: Revocación, respetando los hechos declarados probados, con la salvedad de que el descubierto en relación con la Asociación Benéfica de Funcionarios de la Marina Civil asciende, una vez deducido el 10 por 100, a 50.648,70 pesetas y manteniendo la calificación, pero sin modificativas, aunque haciendo uso del arbitrio que se concede en el art. 61, 4.ª CP., dados los antecedentes personales del inculcado y haber reintegrado al Colegio de Huérfanos de la Armada la cantidad que del mismo retuvo; seis años y un día de presidio mayor, accesorias y abonar a la Asociación Benéfica de la Marina Civil 50.648,70 pesetas, de las que se deducirán las que hubiere ya entregado, si realmente lo ha hecho, extremos que justificará en ejecución de sentencia.—*Defensa*: Por estimar concurre la eximente 7.ª del art. 8.º CP., absolución, y caso de no apreciarse así que fuera condenado por dos delitos de apropiación indebida previstos y penados en el art. 535/528, 3.º CP., concurriendo la circunstancia atenuante del art. 9.º, 1.º, por lo que habrían de rebajarse las penas señaladas por la Ley en uno o dos grados; y finalmente, y de no apreciarse tampoco la atenuante, que se le impusieran respectivamente las penas de arresto y presidio menor en su grado mínimo dados los magníficos antecedentes del procesado, y su intención de reparar el daño producido, así como teniendo en cuenta lo dispuesto en el art. 61, 4.ª CP.—*CSJM*: Revoca, porque los hechos que se declaran probados en el RESULT.º I de esta sentencia son constitutivos de dos delitos de apropiación indebida, previstos en el art. 535 CP. y penados, respectivamente, en el art. 528, 3.º, 2.º CP. toda vez que el procesado, deliberadamente, ingresó en su patrimonio estimando como propio y para atender a

sus gastos particulares las cantidades en metálico de 9.179,60 pesetas y 49.485,60 pesetas, pertenecientes al Colegio de Huérfanos de la Armada y a la Asociación Benéfica de Funcionarios de la Marina Civil, existiendo el dolo específico que caracteriza esta figura delictiva al prevalerse y abusar de la confianza que en él tenían depositada ambas instituciones benéficas, ya que actuaba en representación de las mismas para la venta de sellos y cobro de cupones, cuyo importe estaba obligado a devolver; no procediendo la calificación de delito continuado, ya que si bien fué una la intención delictiva del procesado, no se da la misma unidad respecto al sujeto pasivo al ser distintas las entidades perjudicadas y faltar por tanto las condiciones que para ello se requieren según reiterada jurisprudencia sentada al efecto (CONSID.º I). Conforme con el criterio que sirve de base al disenso, se padeció error jurídico por parte del Tribunal en la apreciación de una eximente incompleta sin deducir en el fallo la inevitable consecuencia de la rebaja de uno o dos grados de la pena señalada, error que asimismo se padeció en la apreciación de los hechos que sirvieron de base a su estimación según se expresa en el Considerando que sigue a continuación (CONSID.º III), añadiéndose con referencia a la apreciación por parte del CG. de la eximente incompleta del estado de necesidad, se impone declarar que tal eximente en la legislación penal aparece fundada en el principio de valoración adecuada de los bienes jurídicos en conflicto, sin indicación alguna de los elementos subjetivos o intencionales por lo que no se trata de una circunstancia que afecte a la culpabilidad o inculpabilidad personal del agente, sino que a través del art. 8.º, 7.º CP. viene establecida como una verdadera causa de justificación, esto es, de conducta arreglada a derecho y, por tanto, la estimación total o parcial de tal estado, o sea la apreciación de su concurrencia de modo completo o incompleto ha de venir apoyada en hechos objetivos y contrarios que planteen la urgencia de una decisión que resulte en definitiva la más legítima, mas no puede fundarse en los móviles más o menos razonables que impulsaron al encartado a la comisión del delito, argumentos que suponen una interpretación de carácter general para la eximente de referencia, pero que aún cobran mayor relieve en los delitos contra la propiedad, cual es el perseguido en autos (CONSID.º IV). Al no apreciarse la concurrencia de circunstancias atenuantes para determinar la pena correspondiente, la Sala, de acuerdo con lo prevenido en el art. 61, 4.º, tiene en consideración por lo que se refiere a la gravedad del hecho, la importancia del perjuicio y la condición benéfica de las entidades defraudadas y en orden a la personalidad del encartado, sus buenos antecedentes y su conducta reparadora reintegrando parte de la cantidad apropiada (CONSID.º V). La responsabilidad civil deberá fijarse en la suma de 49.485,60 pesetas, importe de las cantidades apropiadas pertenecientes a la Asociación Benéfica de Funcionarios de la Marina Civil, y no señalándose cantidad alguna a abonar al Colegio de Huérfanos de la Armada por haber sido reintegrada durante la tramitación de esta Causa lo que de dicha institución benéfica se apropió (CONSID.º VII).—Condena por un delito consumado de apropiación indebida (535/528, 3.º CP.) sin modificativas, a tres meses de arresto mayor

en las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena; y por otro delito consumado de apropiación indebida (535/528, 2.º CP.) y sin modificativas, a tres años de presidio menor con las mismas accesorias, y en concepto de responsabilidad civil de 49.485,60 pesetas, que deberá abonar a la Asociación Benéfica de Funcionarios de la Marina Civil perjudicada, deduciéndose en ejecución de sentencia las cantidades que a dicha institución acredite suficientemente haber reintegrado,

- 4. Desórdenes públicos. Art. 249 CP. Ley de 4 de mayo de 1948. Recepción continuada. Art. 546 bis CP. Delito continuado. Concurso de leyes. Art. 68 CP. Hurto. Art. 514, 1.º CP. Art. 587, 1.º CP. Apreciación de la prueba. Art. 787 CJM. Criterio racional en la apreciación de la prueba. Presunción «iuris tantum» de conocimiento de la ilegítima procedencia. Concurso ideal de delitos. Art. 71 CP. Reiteración. Art. 10, 14.ª CP. Reincidencia. Art. 10, 15.ª CP. Menor edad. Art. 9.º 3.ª CP.**

Sent. 9 julio 1958 (Región Aérea del Estrecho).—Los paisanos procesados, de mala conducta, M. V. F., M. M. V. y R. M. C., se concertaron para sustraer hilo de cobre de las líneas de telecomunicación próximas a Sevilla, y puestos de acuerdo cortaron, interrumpiendo las transmisiones alámbricas afectadas: Noche 7 septiembre 1952, 160 metros de hilo cobre 1,15 mm. tasados en 90,60 pesetas, más 23 pesetas de gastos de reparación de la línea de la Cía. Telefónica Nal. de España que va desde Sevilla a San Juan de Aznalfarache, y a continuación otros 3.350 m. de hilo de cobre de 2 mm., valorados en 3.350 pesetas, de la línea del teletipo que enlaza la base Aérea con la Jefatura de ... La madrugada del 11 siguiente, 310 metros de hilo cobre 3 mm., tasados pericialmente, el 27 diciembre 1952, en 310 pesetas, y el 12 de noviembre 1954, en 697,50 pesetas, de la línea telefónica del E. del Aire que une el Barrio de ... con el Aeródromo de ... Y en la madrugada inmediata, o sea, el 12 septiembre, 2.250 metros hilo de cobre de 2 mm., tasados en 1968 pesetas, a las que hay que sumar 542 de gastos de reparación de la línea telefónica de San Juan de Aznalfarache a la Pañoleta, de la Cía. Telefónica (RESULT.º I). De la totalidad del hilo cortado se apoderaron los mencionados individuos para lucrarse con su enajenación y lo vendieron en ocasiones indeterminadas al también paisano procesado y de malos antecedentes J. V. R., dedicado al negocio de chatarrero, quien lo compró con conocimiento de la ilicitud de procedencia, siendo de notar que el alicate utilizado en los cortes pertenecía a este procesado, si quiera diga que se le había hurtado el M. M., el que tiene, en cambio, manifestado que el alicate se le facilitó V. en la chatarrería. El precio recibido por tales ventas se lo repartieron los referidos M. V., M. M. y R. M., sin que se ha ya restituído cantidad alguna de hilo ni de dinero (RESULT.º II). Al ejecutar los hechos expuestos, hallábanse condenados: M. V. F., en sent. 24 mayo 1940, a dos meses y un día arresto mayor

por hurto, cuya cuantía no consta: en sent. 15 abril 1942, a un año y un día presidio menor, por delito de hurto de cuantía de 1.083 pesetas, y por sentencia de 12 mayo 1943, a dos años de prisión, por delito de deserción: J. V. R., por sent. 10 julio 1952, a un año de prisión, por delito militar de fraude, y en sent. 14 julio 1952, a cuatro meses y un día de arresto mayor, por delito de hurto, importe 505,60 ptas., y R. M. G., en sent. 22 mayo 1950, a quince días de arresto menor por falta de hurto (RESULT.º III). M. M. V. era menor de dieciocho años, como nacido el 28 enero 1935 (RESULT.º IV).—*CG. ordinario*: Cuatro delitos de desórdenes públicos (249 CP. Ley 4 mayo 1948), cuatro delitos de hurto (514, 1.º CP.) y una falta contra la propiedad (587, 1.º CP.) concurriendo en M. V. la atenuante de menor edad (9, 3.ª CP.), y en los procesados V. F. y V. R. la agravante de reincidencia (10, 15.ª CP.) respecto a los delitos de hurto. Penas: a V. F., por cuatro delitos de desórdenes públicos, cuatro penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, y por cuatro delitos de hurto, cuatro penas de cuatro meses y un día de arresto mayor; a M. V., por cuatro delitos de desórdenes públicos, cuatro penas de seis meses y un día prisión menor, por tres delitos de hurto, tres penas de 1.000 ptas. de multa sustituíbles, caso de impago, por un mes de arresto cada una, y por una falta contra la propiedad, quince días de arresto menor; a M. G., por cuatro delitos de desórdenes públicos, cuatro penas de cuatro años, dos meses y un día de prisión menor, por tres delitos de hurto, tres penas de tres meses de arresto mayor, y por una falta contra la propiedad, quince días de arresto menor; accesorias correspondientes, y con la limitación para su cumplimiento que señala la regla 2.ª del art. 70 CP., fijándose el importe de la responsabilidad civil a satisfacer solidariamente por M. V., V. F. y M. G. en 4.047,50 pesetas a favor del Estado por mediación del E. del Aire y la de 2.623,60 pesetas a favor de la Cía. Telefónica. En la propia sentencia se absuelve al procesado V. R. del delito de encubrimiento por el que fué procesado y de que se le acusó.—*Procesado M. G.*: Recurso (797 C.J.M.) desestimado por la Autoridad Judicial Aérea.—*Autoridad judicial*: Notorio error al apreciar la prueba respecto al encausado V. R., ya que éste, dada la clase de material por él adquirido y su profesión de chatarrero, no podía desconocer la ilícita procedencia de aquella, por lo que su conducta es constitutiva del delito continuado de encubrimiento (516 bis CP.) con la agravante de reincidencia (10, 15.ª CP.) procediendo imponerle cuatro años, dos meses y un día de presidio menor, accesorias, y declarársele responsable civil solidario con los demás condenados.—*Fiscal Togado*: Revocación de la sentencia disentida, dictándose otra en la que modificando la declaración de hechos probados en el sentido que propugna la Autoridad Judicial con su Auditor respecto al procesado V. R., se califique la conducta de éste como constitutiva de un delito continuado de desórdenes públicos (249 CP. Ley de 4 mayo 1948) ya que si bien tal conducta puede integrar también el delito de receptación (546 bis CP.) habrá de mantenerse aquella calificación por ser más grave, según dispone el art. 68 CP.; conforme con los demás pronunciamientos de la sentencia respecto a calificación de los delitos de los demás procesados, solicita: para los procesados M. M. y R. M. las mismas; para M. V., por ser dos ve-

ces reincidente, cuatro penas de cinco años y seis meses de prisión por cada delito de desórdenes públicos, tres penas de seis meses y un día de presidio menor por tres delitos de hurto, y otra de dos meses y un día de arresto mayor por otro delito de igual naturaleza; y a J. V. R., en quien concurre la agravante de reincidencia, como autor de un delito continuado de desórdenes públicos, seis años de presidio menor.—*Defensas:* Confirmación de la sentencia disidentida.—*CSJM.:* Revoca, porque si bien atribuida por el art. 787 CJM. al CG. la apreciación de las pruebas según criterio nacional, no se ha salido de éste el Tribunal sentenciador de la presente causa en la exposición que formula sobre el desarrollo de los hechos perseguidos; por el contrario, la conclusión que establece de no hallarse suficientemente probado que J. V. R. conociera la procedencia ilícita de lo comprado, pugna con la lógica que ha de presidir también la valoración de conducta de este acusado, ya que, en efecto, aparte de lo significativo del detalle puesto de relieve del empleo por los otros encartados del alicate cortador intervenido, perteneciente a J. V., es indudable, que daña la notoria escasez del hilo y demás materiales de cobre y la reglamentación e intervención oficial a que su tráfico mercantil se halla sometido, la oferta de dichos materiales en cantidad de alguna importancia por personas ajenas a la profesión comercial declina en la clandestinidad, por la que la decisión de comprar en esas condiciones sin formalmente inquirir el origen de los géneros arguye de indiferencia o desaprensión ante su probable ilicitud, si por acaso no hubiera sido conocida de modo cierto, asumiendo así la responsabilización penal con que la ley conmina al participante en la operación matizada de ilegitimidad, y no cabe pretender la exoneración de culpas a pretexto de que se creyera lícita la procedencia de la mercancía, cuando semejante alegación no va acompañada, cual aquí sucede, de elementos persuasivos en su objetividad, susceptibles de llevar a tal creencia, pues de otra manera, si prosperase ese subterfugio de la simple presunción subjetiva gratuita, en esa justificación quedaría fácilmente burlada la previsión legal sobre la codevincuencia de los adquirentes. Y como el CG. al estimar que J. V. no conocía la procedencia ilícita de lo comprado hubo de prescindir por completo de las razones antedichas que surgen claramente de los autos y conducen al supuesto contrario, o sea, de que el repetido adquirente hallábase percatado de la ilicitud originaria de la mercancía y de su consiguiente cesión lucrativa, aquella conclusión de la sentencia disidentida al encontrarse en desacuerdo con lo que arrojan las pruebas aportadas, incide en manifiesto error de hecho, conforme han entendido la Autoridad Judicial y su Auditor, y ello obliga a rectificarlo mediante la nueva declaración de probanza que ahora se formula por la Sala (CONSID.º I). El corte y la sucesiva apropiación relacionados de cable telefónico y telegráfico, dejando interrumpida la comunicación de las líneas en que se hallaba instalado, constituye el delito de desórdenes públicos comprendido en el art. 249 CP. con la amplitud de contenido y la paralización que dispuso la ley de 4 de mayo de 1948 pero al propio tiempo la sustracción del referido cable con ánimo de lucro, sin la voluntad de su dueño y sin empleo de fuerza en las cosas determinantes del de-

lito de robo, origina el de hurto incurso en el art. 514, 1.º CP., si bien por la evidente relación de entroncamiento entre uno y otro delito dimanantes de unidad de acto se está en el caso del concurso ideal de ellos que regula el art. 71 CP., precepto al que se remite también la expresada ley de 4 mayo 1948 (CONSID.º II). Implantada por la doctrina y admitida por la Jurisprudencia, en beneficio del reo, la modalidad del delito continuado, concurren aquí destacadamente, las características que le configuran: a) la unidad de resolución y objetivo de los sustractores, confabulados en un plan de apoderamiento, realizado por etapas de los cables cogidos para obtener la utilidad que la alta cotización de éstos les proporcionara y en desarrollo del cual el corte de una u otra línea cercana fué simple accidente o episodio al servicio de dicha intención criminosa; b) en la virtual ininterrupción de esta voluntad, perdurable en el corto intervalo de una a otra de las acciones ya que dos de ellas se verificaron en la propia noche del 7 septiembre, sin apenas solución de continuidad y las otras dos en las madrugadas del 10 y 11 siguientes con igual reflejada subordinación a esa unidad de pensamiento y designio; c) en la homogeneidad de los actos de ejecución; d) en las inmediaciones del lugar que siempre se perpetraron, y en fin, la identidad del bien jurídico vulnerado, que siempre fué una línea de telecomunicación; todo lo cual patentiza, la singularidad del dolo y la íntima relación de sus manifestaciones particulares, aunque se concrete bien cada una, pues ello es secundario y, por tanto, deben quedar también unificadas mediante la estimación del delito continuado de referencia con la dualidad, así mismo indicada, de desórdenes públicos y de hurto, incurso respectivamente en los arts. 249 del Código con la adición de ley mencionada y 515, 3.º de aquel en razón a la total cuantía de lo hurtado (CONSID.º III). De ambos delitos continuados, son culpables en concepto de coautores materiales conforme al art. 12, 1.º CP. los procesados M. V., M. M. y R. M. (CONSID.º IV). La adquisición por el procesado J. V. R. en varias veces, sin concreción de cantidades y con unidad dolosa del cable sustraído conociendo su ilícita procedencia, genera un delito igualmente continuado de receptación con encaje general en el art. 546 bis CP., y especial en la repetida Ley de 4 mayo 1948, que equipara el castigo de la apropiación y de la adquisición del expresado material, por lo que la colisión de estos preceptos legales debe resolverse con la preferencia del segundo, por aplicación obligada del principio de particularidad de la norma que comprende el caso con elementos de especificación, de mayor tipismo que el de la otra figura genérica (CONSID.º V). Este delito de receptación incurso en la repetida ley de 1948, es atribuible por lo expuesto al encartado J. V. R. con análoga condición de autor (CONSID.º VI). Concurren: en el procesado M. M. V. la circunstancia atenuante del art. 9, 3.ª CP. de ser menor de dieciocho años el delincuente, la cual se traduce en la rebaja de penalidad que prescribe el art. 65 CP.; en el procesado M. V. F. y con respecto al delito de desórdenes públicos, la agravante de reiteración artículo 10, 14.ª CP. por las dos condenas, del año y un día de presidio por hurto y de dos años por deserción de que se hizo mérito, y en lo que mira al delito de hurto, además de dicha circunstancia, que para esto surge sólo

de la condena de dos años por deserción, superior a la pena del hurto, la también agravante de reincidencia del art. 10, 15.º, proveniente de la sentencia de un año y un día de presidio por hurto; en cambio no hay fundamentos suficientes a estimar la doble reincidencia conducente a imponer la pena superior, pues mientras de la condena de 15 abril 1942 se une testimonio acreditativo de que recayó por hurto en cantidades que también sería originaria de delito en el vigente Código, en lo que atañe a la sentencia de 24 mayo 1940, de dos meses y un día de arresto, no se aporta dato alguno que permita determinar la cifra del latrocinio y consiguientemente si éste ha quedado reducido a falta de virtud de modificación legal posterior de los límites cuantitativos operantes para una u otra calificación; por lo que semejante posibilidad compatible con la pena impuesta hay que resolverla en favor del reo, en armonía con la constante jurisprudencia relativa a este punto que requiere la plena acreditación de que las dos condenas anteriores hayan recaído por infracción que en el Código actual subsista con naturaleza delictiva: en J. V. la agravante de reiteración del art. 10, 14.º, por ser sus dos condenas anteriores puntualizadas, y en R. M. no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues la penalización por una falta es intrascendente al efecto (CONSID.º VII). En orden a la punición, es de tener en cuenta que aunque existe el concurso ideal, que se dijo, los delitos de hurto y desórdenes públicos no procede para R. M. y M. M. la refundición de sus penalidades en una, porque ésta, en su grado superior a aplicar, sería mayor que la suma de las impuestas por separado a uno y otro hecho delictivo y así debe sancionarse cada uno de ellos con la que respectivamente tienen asignada, en estricta observancia del art. 61 CP. Por el contrario, la regla general del mismo unificadora de los castigos conviene a M. V. porque a virtud de las agravantes de reiteración y reincidencia que le son aplicables habrían de imponérsele en grado máximo las penas de aquellos delitos, por lo que al fijarse de tal modo la del delito más grave de desórdenes públicos, se elude legalmente la del hurto, beneficiándose de ello (CONSID.º VIII). La responsabilidad criminal lleva aneja la civil y que ésta, según los artículos 19, 101, 103 y 104 del Código comprenderá tanto el importe del cable distraído ateniéndose a la tasación de 27 diciembre 1952 para los 310 m. de hilo de cobre de 3 mm. por ser la más cercana a la fecha de sustracción, como los gastos de reparación subsumidos en el delito respectivo sin dar lugar a otro (CONSID.º IX). Condena: Al M. V. F., por un delito continuado de desórdenes públicos y otro delito, también continuado, de hurto en la relación de concurso ideal, concurriendo en ambos la agravante de reiteración, y además la de reincidencia simple en cuanto al hurto, a la pena única, correspondiente al delito más grave, de cinco años y seis meses de prisión menor. Al procesado M. M. G., en concepto de autor de los mismos delitos, penables separadamente, sin modificativas, a las penas de cuatro años y seis meses de prisión menor por el de desórdenes públicos, y cuatro meses de arresto mayor por el de hurto. Al procesado M. M. V., como autor de iguales delitos con la atenuante de menor de dieciocho años de edad al delinquir, a la pena de un año de prisión menor por el de desórdenes públicos y de 2.000

pesetas de multa, sustituible por dos meses de arresto, caso de impago, por el hurto. Y al procesado J. V. R., como autor del delito continuado de desórdenes públicos, con la agravante de reiteración, a la pena de cinco años, cuatro meses y veintidós días de prisión menor.—A los cuatro con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena.—En concepto de responsabilidad civil indemnizarán, en 2.623 pesetas, a la Compañía Telefónica, y en 3.660 pesetas al Ministerio del Aire, en la proporción de una cuarta parte de las dos cantidades cada procesado, que responderán, además, solidariamente de la cuarta fijada a los demás.

5. Imprudencia simple con infracción de reglamentos. Art. 565 párrafo segundo CP. Responsabilidad civil subsidiaria del E. de Tierra. Art. 206 CJM. Perjuicios sufridos por el Estado.

Auto 9 julio 1958 (Capitanía General Baleares).—El CG reunido en Palma de Mallorca, el 20 febrero 1958, dictó sent. en la que se declaró probado: Que sobre las 16,50 horas del 4 enero 1957 y cuando regresaba de Artá, a donde había ido a recoger leña para el consumo de Capitanía General, el camión militar ... conducido por el soldado del Grupo de Automovilismo de ..., J. G. C., y llevando en la cabina al conserje de Capitanía don A. Ll. y en la caja a los soldados de la Compañía de Destinos P. M. M., P. C. S. G. P. V., P. F. P., J. M. C. y cabo R. J. C., pocos kilómetros antes —dos o tres— del pueblo de San Lorenzo dió alcance al camión ... que conducido por el también procesado J. F. B., que llevaba como ayudantes a A. V. B. y P. F. R., circulaba por la misma carretera y dirección con cargamento similar. Dada la mayor velocidad del vehículo militar, su conductor intentó en repetidas ocasiones el adelantamiento del camión civil, avisando en todas ellas mediante el uso repetido de las oportunas señales acústicas, no consiguiendo pasar, pese a que en algún momento el vehículo civil parecía dejarle vía libre, por volver éste al centro de la carretera, pese a que la configuración de éste era apta para el adelantamiento solicitado. A la entrada del pueblo de San Lorenzo, en la recta allí existente, con longitud y anchura suficientes para efectuar el paso, el conductor del camión militar intentó una vez más el adelantamiento, uniéndose en aquella ocasión a las señales acústicas el griterío de los soldados que iban en la caja, cifrándose el camión civil a su derecha, dejando espacio suficiente para el adelantamiento, mas cuando el camión militar comenzaba el tan solicitado paso, el vehículo civil, sin causa o motivo aparentes, ni previo aviso, volvió a situarse en el centro de la calzada, obligando al camión militar a desviarse a su izquierda; éste, lejos de disminuir la marcha, a la vista de la maniobra del vehículo que le precedía, insistió en su empeño, continuando el adelantamiento y manteniendo la velocidad durante unos pocos metros más, pues por llevar la rueda trasera izquierda sobre el mismo borde de la carretera en aquel lugar en el que existe un desnivel de un metro diez centímetros, cedió la obra de contención, preci-

pitándose el camión militar a un solar allí existente, dando varias vueltas y resultando con heridas gravísimas al soldado P. M. M., fallecido instantes más tarde: el soldado P. G. S., que falleció igualmente tras doce días de asistencia facultativa en el Hospital Militar de esta Plaza, y menos graves los soldados J. M. C. y G. P. V., que tardaron, respectivamente, 14 y 18 días en curar. El camión militar resultó con desperfectos peritados en 7.213,80 pesetas y los gastos de estancia y curación de los heridos a 5.406,15 pesetas (RESULT.º I). Estos hechos fueron calificados como delito de simple imprudencia con infracción de Reglamentos (565 párrafo 2.º CP.), condenando al soldado J. G. C. a cinco meses de arresto mayor y privación del uso de carnet de conducir por el tiempo de dos años, imponiendo la misma pena al otro procesado, y condenándoles en concepto de responsabilidad civil, mancomunada y solidariamente a abonar 50.000 pesetas a los herederos de las víctimas y 7.213,80 pesetas al Ramo de Guerra por los daños sufridos por el vehículo, además de 5.406,15 pesetas por los gastos de asistencia de los heridos, declarándose en caso de insolvencia del soldado G. la responsabilidad civil subsidiaria del Ramo de Guerra (RESULT.º II). Firme la sentencia, fué declarada la insolvencia del soldado J. G. C., y se acreditó que la Compañía de Seguros "Mare Nostrum" había hecho efectiva la parte de responsabilidad civil a que había sido condenado el otro procesado, pasando el expediente al M.º a los efectos del artículo 1.062 del CJM., habiendo informado la Asesoría Jurídica ser procedente la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra por 56.309,97 pesetas, totalidad de la declarada conformándose el Subsecretario y acordando la elevación del expediente al CSJM.—*Fiscal Togado*: Que procedía la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra, si bien circunscrita a las 50.000 pesetas a abonar en concepto de indemnización por fallecimiento de las víctimas, puesto que el pago de lo correspondiente a daños y gastos de asistencia equivaldría a que el Estado se indemnizara a sí mismo.—*CSJM.*: Acuerda por los propios fundamentos en que se apoya el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este CSJM que la Sala hace suyo en todas sus partes, y acreditado que el soldado J. G. C. carece de bienes de fortuna para responder de las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, y visto lo dispuesto en el artículo 206 CJM., es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra de la cuantía de 50.000 pesetas para indemnizar a los causahabientes de los soldados P. M. M. y P. G. S. (CONSIDERANDO ÚNICO).

6. Lesiones graves por imprudencia simple. Art. 586. 3.º CP. Responsabilidad civil subsidiaria de la Armada. Acto del servicio. Insolvencia del responsable directo. Art. 206 CJM. Condonación de responsabilidad civil.

Auto 11 julio 1958 (Base Naval Baleares).—Por sentencia dictada en Palma de Mallorca el 27 junio 1956 se declaró probado: Que el 2 junio 1955, sobre las 15,30 horas, el obrero de segunda (conductor) de la Maestranza de la Armada, B. P. V., conduciendo el coche F. N. 520, atropelló en la calle del Conquistador, a la altura del Círculo Mallorquín, al ciclista J. P. V., que circulaba por su derecha y en dirección contraria a la que llevaba el procesado, habiendo aquél estado hospitalizado un período de ciento seis días a consecuencia de las heridas sufridas, las cuales le han producido una incapacidad total y permanente para su oficio (RESULT.º I). Consideró que los hechos constituían falta común de simple imprudencia (586, 3.º CP.) y absolvió, y la Autoridad Judicial impuso reprensión privada y 150 pesetas, condenándole en concepto de responsabilidad civil al pago de 400 pesetas a que ascendieron los daños causados a los vehículos y 70.000 pesetas de indemnización al lesionado (RESULT.º II). En trámite de ejecución de la responsabilidad civil declarada, el procesado B. P. V. elevó instancia al Ministro de Marina, en la que, basándose en la situación de ruina a que se veía abocado, solicitaba le fuera condonada la parte de dicha responsabilidad civil que pudieran cubrir sus modestos bienes, cuya solicitud, con los informes de los organismos administrativos pertinentes de la Base Naval, fué elevada con propuesta de condonación, a título de gracia especial, de la expresada responsabilidad civil y de que fuera subsidiariamente abonada en su totalidad por la Armada, parecer que fué compartido por la Jefatura de Servicios de Intendencia y Jefatura Superior de Contabilidad del Ministerio de Marina, dada la precaria situación económica en que se encuentra el interesado y las especiales circunstancias que concurren en los Conductores de la Armada en relación con los que prestan servicios en Entidades de carácter particular (RESULT.º III).—*Fiscal Togado*: Que no procedía la declaración de la responsabilidad subsidiaria de la Armada, toda vez que no se acreditaba que el hecho hubiera ocurrido en acto de servicio reglamentariamente ordenado, ni que el culpable fuera insolvente ya que podía ser sometido al descuento de sus haberes, ni tampoco que la víctima se encontrara en completo desamparo económico; poniendo asimismo de manifiesto que la pretensión contenida en la solicitud del procesado B. P. V. había producido una auténtica desviación del fin perseguido con la facultad de declarar subsidiariamente responsable en el orden civil a los Ejércitos, que está orientada en beneficio exclusivo de las víctimas en total desamparo y, en modo alguno, en el de los propios culpables.—*CSJM.*: En primer lugar, la Sala de Justicia, por Providencia de 12 mayo 1958, a la vista de las actuaciones practicadas a instancia del interesado, y aunque figuraba unida la pieza separada, como sea que la propuesta de condonación de la responsabilidad civil a que

había sido condenado el procesado B. P. V. y su aceptación por el Ejército del Mar, se formulaba con el carácter de graciable y fundada en las razones de equidad expuestas por la Autoridad Judicial y recogidas en los informes de los organismos Administrativos pertinentes, elevó los autos al Ministro de Marina para la resolución que estimara oportuno, y recibidos de nuevo los antecedentes y Pieza separada con decreto del Ministro de Marina para que se dicte la resolución que proceda a tenor del art. 1.062 C.J.M., figura en dicha Pieza separada propuesta de la Autoridad Judicial para que se declare la responsabilidad subsidiaria de la Armada en la cantidad de 63.495,60 pesetas, pendientes de abono después de acreditarse la insolvención parcial del culpable, e informe desfavorable del Asesor General del Ministerio por no concurrir en el presente caso los requisitos esenciales que permitan declarar la responsabilidad subsidiaria del Estado. Se interesó nuevamente informe del Fiscal Togado que mantuvo el mismo parecer sustentado en su anterior dictamen, exponiendo la procedencia de que por la Sala de Justicia se dictase auto sobre el punto concreto de si ha lugar o no a la declaración de la responsabilidad subsidiaria del Ministerio de Marina. La Sala resuelve que *si bien la Sala de Justicia, en Providencia de 12 mayo último, al considerar la solicitud del interesado dentro del campo graciable en el que únicamente la aludida petición podía apreciarse, estimó aconsejable la elevación de los antecedentes al Excelentísimo Sr. Ministro de Marina para la resolución que estimara oportuna por sumarse a cuantos fundamentos de equidad se formulaba por los diversos organismos de la Armada y Autoridad Judicial que intervino, ya que solamente en tal vía graciable y no en el terreno jurídico podía tenerse en cuenta la solicitud por no ser aconsejable la modificación de la legislación vigente sobre esta materia; mas habiendo sido desestimada la aludida petición se está en el caso de proceder al examen y resolución de la pieza que se acompaña (CONSID.º I), de acuerdo con lo propuesto por el Excelentísimo Sr. Fiscal Togado, resulta pertinente, en efecto, dictar el correspondiente auto con vistas a la resolución del incidente, y en su virtud la Sala, de conformidad también con los argumentos contenidos en los informes del Ministerio Público en lo que se refiere a responsabilidad civil declarada judicialmente, y visto cuanto se preceptúa en el art. 206 C.J.M., no es procedente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Mar por los hechos a que se contrae la Causa núm. 33.955, de la Jurisdicción de la Base Naval de Baleares instruída al obrero de la Maestranza B. P. V. (CONSID.º II).*

7. Estafa frustrada. Art. 529, 1.º CP.

*Sent. 19 septiembre 1958 (IV Región Militar).—*En fecha no determinada, pero que puede señalarse dentro del mes de marzo 1956, el Comandante de Ingenieros de la Escala Complementaria don A. C. P., que se encontraba procesado en la causa núm. 1.719/54 de la IV Región Militar, se presentó en el domicilio del paisano don J. A. A., en donde se entrevistó

con la esposa de éste, llamada doña E. M. F., a la que propuso le entregara la cantidad de 10.000 pesetas para conseguir que dos de sus hijos, hermanos gemelos, J. y J. A. M., mozos pertenecientes al reemplazo de 1955, pudieran quedar destinados en un mismo Cuerpo de la plaza de Ceuta. Para hacer dicha proposición el procesado supo previamente que a los dos aludidos mozos les había correspondido en el sorteo de reclutas el cupo de África; por otra parte conocía el interés de la familia en que los dos hermanos fuesen destinados a una misma Unidad en el mencionado territorio; y asimismo sabía que la indicada familia disponía de determinados medios económicos, que facilitarían sufragar el importe de su ilícita petición. Y para obtener su propósito se atribuyó, en el momento de la conversación con doña E., influencia suficiente, para así convencer en cuanto a la entrega de la cantidad solicitada: dejando ver a la mencionada señora una lista que dijo era de recomendados, y alardeó de conocer mucho en la Caja de Reclutas núm. ... al Teniente don L. M. T. (que era también conocido de aquella señora); añadiendo finalmente, para demostrar que disponía de muchos resortes dentro del Organismo en cuestión, que había de contarse también con el Capitán Sr. B., y advirtiéndole que la cantidad pedida no debía entregarse directamente al mencionado Teniente don L. M., "porque éste era capaz de quedarse con todo". Pocos días después de la indicada entrevista, el encartado llamó por teléfono a doña E. M. para conocer la decisión que la misma pudiera haber tomado respecto a su propuesta, y como la expresada señora creyera erróneamente que sus dos hijos habían sido destinados a la misma guarnición en África, y más aún por haber sido advertida por su cuñado, Sargento de Intendencia, don J. C. C., que no entregara cantidad alguna, contestó al procesado que habían decidido que los aludidos hijos corrieran su suerte, sin que ella pudiera dar ningún dinero al procesado. Pero como, en definitiva, los reclutas fueron destinados a guarnición distinta, sus familiares, sospechando, aunque sin fundamento alguno, que lo ocurrido fuera una venganza del citado encartado, decidieron denunciar lo acaecido, lo que, una vez efectuado, motivó el inicio de la presente causa.—*CG. Oficiales Generales*: Estafa en grado de frustración (529, 1.º/528, 3.º, CP.), 10.000 pesetas de multa, sustituible, caso de impago, por tres meses de arresto, llevando dicha sanción la accesoria castrense de separación del servicio. Llamó la atención de la Autoridad Judicial en cuanto a presunta responsabilidad, deducible de las actuaciones, contraída por el Teniente de Oficinas Militares don L. M. T.—*Defensa*: Recurso (797 CJM.) fundamentándolo en no ajustarse a la prueba procesal los hechos declarados probados, no habiendo ejecutado ninguno de carácter delictivo su patrocinado.—*Autoridad Judicial*: Conformidad, sometiéndose al CSJM. la cuestión referente a la llamada de atención sobre el Teniente don L. M. T.—*Fiscal Togado*: Aprobar la sentencia; deben dejarse expeditas las facultades de la Autoridad Judicial de la IV Región Militar en orden a la llamada de atención respecto a la conducta del Teniente de O. M. don L. M. T.—*Defensa*: Absolución por notorio error en la apreciación de las pruebas por no haber existido engaño de ningún género; y, finalmente, porque los hechos declarados probados

únicamente integrarían actos preparatorios, que no entran en la esfera penal.—(CJM.: Confirma porque *entiende que el CG que vió y falló la presente causa apreció con acierto la prueba obrante en autos, sin que en forma alguna se desprenda la existencia de error notorio al efectuar, en conciencia, dicha apreciación. Y que asimismo estima que son los indicados los pronunciamientos jurídicos que en el fallo dictado por dicho CG. se contienen en cuanto a calificación jurídica de dichos hechos de autos, responsabilidad como autor por parte del encartado, inexistencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y no existencia de responsabilidad civil* (CONSID.º ÚNICO).

- 8. Resistencia a obedecer órdenes de fuerza armada. Arts. 310 y 312 párrafo primero CJM. Conducir sin estar legalmente habilitado. Ley 9 mayo 1950, art. 3.º Reiteración. Art. 187, 12.º CJM. Artículos 189, 2.º 185, 9.º CJM. Consideración de falta grave. Artículo 415 CJM. Fuerza irresistible incompleta. Arbitrio judicial. Determinación de la pena. Ley 9 de mayo 1950, art. 11.**

Sent. 26 septiembre 1958 (II Región Militar).—El día 21 marzo 1955, sobre la una y media, el procesado J. A. R. conducía un automóvil, sin estar en posesión del necesario carnet, transportando géneros de contrabando, vando acompañado por otros paisanos no habidos, entre los cuales figuraba M. G. R. (en rebeldía). Y al llegar al lugar denominado "El Toril", del término municipal de San Roque, fuerzas de la Guardia Civil, uniformadas y de servicio en aquel punto, les dieron el reglamentario mandato de "alto". El encartado no atendió la intimación que se le hizo, habiendo sido presionado mediante el empleo de violencia física, ejecutada por el rebelde G. R., para no detener la marcha; siendo acto seguido, el vehículo, tiroteado, así como perseguido por la ya mencionada fuerza pública, que consiguió la captura del automóvil y del procesado cinco kilómetros más adelante. Condenado con anterioridad a los hechos de autos a treinta años de reclusión (conmutada por tres años y seis meses de prisión) por delito de adhesión a la rebelión; a tres meses de arresto mayor por apropiación indebida, y a seis meses de arresto mayor por hurto.—*CG. ordinario*: Dos delitos: uno de resistencia a obedecer órdenes de fuerza armada, (310/312, párrafo 1.º CJM.) y otro, conexo, de conducir vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello (3.º ley 9 mayo 1950) agravante del art. 187, 12.º CJM., como también, en lo que afecta al delito de resistencia, la atenuante calificada del art. 189, 2.º CJM.; no apreciándose por el Consejo la mencionada agravante y sí la atenuante calificada, considerando, por tanto, el delito de resistencia, a efectos de punición, como falta grave, sancionable con arreglo al art. 415 CJM.; cuatro meses de arresto mayor por la resistencia a obedecer órdenes de fuerza armada, y dos meses y un día de arresto mayor por el delito de la ley de 9 mayo de 1950.—*Autoridad judicial*: Disintió porque no cabe estimar concurra la eximente incompleta de fuerza irresistible; debiéndose conde-

nar al procesado por el delito de resistencia a un año prisión, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena.—*Fiscal Togado*: Confirmar la sentencia, salvando la omisión que en ella se incurrió al no imponer penas accesorias. *Defensa*: Confirmación.—*CSJM.*: Revoca, pues aunque de conformidad con el criterio unánimemente mantenido al respecto, los hechos de autos son integrantes de un delito, en grado de consumación, de resistencia a obedece órdenes de fuerza armada, definido y penado en los arts. 310 y 312. párrafo 1.º, ambos preceptos del CJM.: toda vez que por parte del encartado no se prestó la obligada obediencia a las órdenes que para detener el vehículo que conducía le habían sido dadas por individuos de la Guardia Civil, que en el correspondiente momento se encontraban en el desempeño de servicios reglamentarios del Instituto y que vestían el uniforme propio de éste. Integrando asimismo dichos hechos un delito, consumado y conexo con el anterior de conducir un vehículo de motor sin estar legalmente habilitado para ello, previsto y penado en los arts. 3.º y 11 de la ley de 9 mayo 1950, habiendo surgido dicho delito el circular por carretera el procesado sin estar en posesión del carnet necesario para ello. (CONSID.º I), concurriendo en ambos delitos la circunstancia agravante de reiteración, puesto que el culpable había sido condenado con anterioridad a los hechos de autos por tres delitos que tenían igual o mayor pena que los ahora cometidos; hallándose prevista dicha agravante en el art. 187, 12.º CJM, en lo que concierne al delito militar cometido, y en el art. 10, 14 CP, en lo que afecta al delito de la ley de 9 mayo 1950 (CONSID.º III), en lo que se refiere concretamente al punto sobre el que ha versado disenso, o sea, a la concurrencia o no de la circunstancia atenuante calificada señalada en el art. 189, 2.º/185, 9.º CJM., la Sala, de conformidad con el criterio mantenido por el Fiscal Togado, entiende que el CG. obró con acierto al calificar la existencia de dicha atenuante calificada en cuanto al delito militar ejecutado. Y ello porque si bien no actuó sobre el encartado fuerza física que se pueda reputar como irresistible, es lo cierto que en el momento de autos se ejerció sobre él una violencia de dicho matiz físico que produjo el resultado de disminución apreciable de sus facultades volitivas, lo que forzosamente genera disminución en su responsabilidad, que se concretó sin la concurrencia de todos los requisitos precisos para determinar total exención de dicha responsabilidad, pero si la mayor parte de ellos (CONSID.º IV), considerando la Sala, en lo que se refiere a penalidad imponible que el CG. obró con acierto al hacer uso del libre arbitrio señalado en el art. 192 CJM. en lo que atañe al delito militar cometido y, en consecuencia, no apreciar a efectos de dicha penalidad la circunstancia agravante de reiteración, y por ende, al estimar sólo la existencia de la atenuante calificada que ha quedado precisada y al haberse de descender, para individualización de sanción a pena inferior a la de prisión, hacerse uso de la norma contenida en el art. 239. párrafo penúltimo CJM., reputándose el hecho, en cuanto a punición, como falta grave, imponiéndose arresto (CONSID.º V), pero, por el contrario, no fué aplicada por el CG. sanción adecuada en cuanto al delito común cometido, ya que al deber hacerse uso

de las normas del Código Ordinario, concretamente la del art. 61, 2.º, debió imponerse, dada la concurrencia en dicho delito de sólo una circunstancia agravante, la pena de arresto mayor dentro de su grado máximo. Y también debió hacerse aplicación de la otra sanción contenida en el art. 11 de la ley de 9 mayo 1950, que se especificará en la parte dispositiva de este fallo (CONSID.º VI). Condena, por el delito de resistencia a obedecer órdenes de fuerza armada, considerándolo como falta grave a efectos de punición, a cuatro meses de arresto mayor, con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; y por el delito de conducir vehículo de motor mecánico sin estar legalmente habilitado para ello, a las penas de cuatro meses y un día de arresto mayor, con las accesorias legales más arriba señaladas, y privación de permiso de conducir por tiempo de un año, debiendo entenderse dicha privación, al no estar dotado del correspondiente permiso, en el sentido de que éste no podrá otorgársele durante el tiempo de duración de la pena; no existiendo responsabilidades civiles que exigir.

9. Delitos contra el honor militar. Admisión de dádivas. Art. 354, 8.º CJM. Cobhecho. Arts. 387 y 391 CP. Ruptura de la unidad de título de imputación. Art. 13 CJM. Asimilación a oficial. Principio de legalidad.

Sent. 26 septiembre 1958 (Departamento Marítimo Cartagena).—El procesado J. P. B., aprovechándose del conocimiento que tenía con algunos tripulantes del vapor "Dómino" que en la fecha de autos, diciembre 1950, hacía el servicio de navegación de la línea Barcelona Canarias y regreso, propuso a los también procesados J. P. L., J. C. I., M. G. P., J. C. C. y A. P. M., llevar a efecto un alijo de tabaco, a cuyo fin, puesto de acuerdo con los marineros tripulantes del citado buque, concertó con los mismos la adquisición de una partida de tabaco en Canarias, para luego arrojarla al agua en la desembocadura del río Llobregat, donde los encartados la recogerían utilizando una barca pesquera (RESULT.º I). Convenida la puesta en práctica del indicado plan, y para asegurar su ejecución con impunidad, se entrevistaron J. P. B. y J. P. L., de común acuerdo y propósito con los otros nombrados, el 12 diciembre 1950, con el Contramaestre Mayor de la Armada, también procesado en esta Causa, don J. J. G., en su propio domicilio, al que tras de enterarle de lo que pretendían hacer, propusieron facilitase la operación mediante la omisión o apartamiento del servicio de vigilancia que se le hallaba encomendado con la lancha "V-13", mandada por dicho Contramaestre, del sector de la costa en que había de verificarse el alijo. Por esta colaboración pasiva, de abstención, ofrecieron a don J. J. una dádiva cuya cuantía no consta, que percibiría después de pasado el alijo, y conforme este procesado, J., aceptó la proposición con la promesa de dádiva que entrañaba, quedando apalabrada de esa manera su actuación en la proyectada introducción de los géneros (RESULT.º II).

Por motivos no averiguados, no se presentaron J. P. y demás paisanos procesados, el día fijado al efecto en el lugar marítimo donde había de ser recogida la mercancía del alijo, con lo que al echar al mar los marineros, en inteligencia con aquéllos, del "Dómino" los bultos de tabaco fueron recogidos por la dotación de la lancha "V-13", entre la que figuraba el Contramaestre J., mandada a la sazón por el Teniente de Navío don M. C. M., quien se hizo cargo de la misma, de orden del Almirante Comandante Militar de Marina de Barcelona, que lo dispuso así a causa de informaciones sobre la conducta sospechosa de don J. J., el cual, por su parte, silenció lo que sabía de los indicados preparativos al Teniente de Navío que llevó a cabo el servicio, particularmente cuando al verificarlo hablaron de sus incidencias a la vista del lanzamiento de aquellos bultos, fingiendo no haberse apercibido de tal maniobra (RESULT.º III). La conducta del repetido Contramaestre se ofrecía sospechosa por los gastos excesivos de que hacía alarde y por ser de comentario público entre los convecinos que en su casa se formalizaban transacciones de tabaco producto de contrabando y de otros artículos de comercio ilícito (RESULT.º IV).—*CG. Oficiales Generales*: Delito contra el honor militar sin modificativas, al procesado don J. J. G.; separación del servicio con los efectos de baja en la Armada con pérdida de todos los derechos adquiridos en el servicio del Estado, excepto los pasivos que puedan corresponderle por sus años de servicio, y a los restantes, J. P. B., J. P. P., J. C. I., M. G. P., J. C. C. y A. P. M., como autores de un delito de cohecho, sendas penas de seis meses arresto mayor y accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio, durante el tiempo de la condena.—*Autoridad Judicial*: Conformidad. *Fiscal Togado*: Que el único extremo que pudiera suscitar alguna duda, la calificación de un hecho conjunto como originario para uno de delito contra el honor militar y para otros de cohecho, es doctrinalmente correcto, y, de no aceptarse, carecería de sentido y posible aplicación la locución "admisión de dádivas" empleada por el art. 354, 2.º CJM., puesto que al existir la dádiva indefectiblemente aparece el cohecho para el corruptor. En su consecuencia, aprobación.—*Defensa*: Puso de manifiesto el error de hecho padecido en la sentencia respecto al segundo apellido del procesado J. P. L., y los de derecho relativos a la distinta calificación que un mismo hecho merece según los diferentes procesados, el grado de participación y penas impuestas, que no considera ajustadas a la ley. Solicitó sendas penas de dos meses de arresto mayor para los procesados J. y P. B., caso de estimarse probado el delito de cohecho, y absolución de los restantes.—En el acto de la Vista, el Teniente Fiscal Togado y la Defensa hicieron uso de la palabra para insistir en las tesis mantenidas en sus escritos, exponiéndose por el primero no existir los errores de hecho y de derecho alegados por la Defensa, ya que la confusión sobre el segundo apellido de J. P. L. se rectifica a lo largo del procedimiento, apareciendo claramente con su verdadero nombre en la sentencia, y respecto a la calificación jurídica en relación al Contramaestre Mayor de la Armada don J. J. G., le es de aplicación el art. 354 CJM. por imperativo del art. 13 del mismo Código, en el que se preceptúa que será de aplicación para los Oficiales y sus asimilados.

consideración ésta que concurre en el Contramaestre Mayor, y que debe prevalecer por tratarse de un Código especial aunque el hecho esté asimismo tipificado en la Ley Penal Común. El Defensor insistió en los fundamentos expuestos en su escrito y en su parecer de que el Contramaestre señor J no está asimilado a Oficial, ya que la Orden Ministerial que regula la equiparación de los Mayores del Cuerpo de Suboficiales no puede prevalecer sobre lo prevenido en el CJM.—CSJM.: *Revoca, porque la oferta de dádiva por los procesados J. P. L., J. C. I., J. P. B., M. G. P., J. C. C. y A. P. M. al Contramaestre también procesado don J. J. G. y la aceptación de ello por éste, para que abandonando la vigilancia que desde la lancha guardapesca "V-13" de su mando, le era encomendada en el sector naval de Barcelona, pudieran aquellos sacar libremente géneros de contrabando que echarían del capor "Dómino", constituye un delito de cohecho que al tener por objeto lograr la abstención del mentado funcionario público militar del acto que hubiera debido practicar en el desempeño del cometido oficial a su cargo, se halla comprendido en el art. 387 CP. y en el que, a tenor de su art. 391, incidieron todos los referidos procesados, o son los oferentes al igual que el aceptante de la dádiva, siquiera de la penalidad de los primeros quede excluída la inhabilitación especial de los arts. 389 y 391 CP. declaran aplicable sólo al segundo, investido de la condición de funcionario público (CONSID.º I) y por otra parte, el procesado don J. J. G., al prestarse, primero a desentenderse, como en realidad ocurrió, del servicio de vigilancia en el sector que tenía encomendado, quebrantando así su obligación o consigna recibida que hubo de pasar al Teniente de Navío que corrió con el mando de la lancha, por la desconfianza en el Contramaestre, y después al ocultar la preparación del alijo, en vez de dar la cuenta debida de semejante novedad del servicio de su cargo a los superiores, a fin de impedir el hecho o aprehender a los culpables, y últimamente mostrarse con simulación ignorante de todo, cuando el Teniente de Navío designado envió a la vigilancia y advirtió la echazón de bultos al mar, implica manifiesto incumplimiento de los deberes militares de su empleo y función, tanto en el aspecto especial del servicio que expresamente tuvo asignado como en el general de lealtad y probidad demandables a todo militar profesional con sus jefes si ha de formar parte dignamente de los Ejércitos, por lo que esa dejación abierta y compleja, por el Contramaestre don J. J. G., de sus deberes marciales ineludibles configura el delito del art. 391, 2.º CJM. penable con independencia del que anteriormente se apreció, por dimanar el de ahora de una exigibilidad ya razonada de conducta castrense cuya vulneración origina también su sanción peculiar (CONSID.º II). En cambio, no cometió el procesado señor J. G. el delito de admitir dádivas o promesa de ellas del artículo 354, 2.º CJM., porque le condenó el CG., ya que semejante delito según tiene ya establecido la Jurisprudencia de este Alto Tribunal, ha de asentarse en la realización de un servicio oficial que haya prestado el militar por su cargo o destino, reglamentaria y lícitamente, solo que en vez de rendirse gratuitamente, como es obligado, el culpable recte en dádiva o su promesa en atención a dicho servicio y en esta dádiva que se*

estima deshonrosa, no en el servicio, radica precisamente la culpabilidad, de tal modo que sin aquélla el acto resultaría legítimo, y como aquí al Contramaestre señor J. no se pretendía retribuirle por el servicio de vigilancia, sino por todo lo contrario, para que se apartara del mismo dejándola abandonada, es claro que la dádiva ofrecida era en pago de esta transgresión, de esta pasividad ilícita, y no en remuneración o gratificación del servicio oficialmente dado (CONSID.º III). Del expresado delito de cohecho son responsables en concepto de autores por participación directa y solidaridad punitiva, con arreglo al art. 14, 1.º CP., el Contramaestre don J. J. y los paisanos J. P. L., J. C. I., J. P. B., M. G. P., J. C. C. y A. P. M., y del delito militar también apreciado, alcanza igual culpabilidad conforme al artículo 196, 1.º CJM, a don J. J. G. únicamente (CONSID.º IV). Respecto a la multa que para los delitos de cohecho fijan los arts. 387 y 391 CP. como pena conjunta, es de tener en cuenta que al referirse ambos preceptos a la cuantía de la dádiva, resulte indispensable determinar las mismas si se quiere cifrar la cantidad que abarque del tanto al triplo en que ha de fluctuar la sanción pecuniaria, y como en la Causa falta toda base para sentar en qué haya consistido la dádiva prometida y de otra parte el no tratarse de pena principal única hace inaplicable el art. 28 del Código dada la imposibilidad práctica de fijar la referida multa, pues acudir a cualquier arbitrio para concretarla no se ajustaría al criterio legalista que ha de presidir la penalización positiva y se correría el riesgo de incurrir en injusticia, perjudicial a los encartados, por lo que no queda otra solución que dejar de imponer estas multas indeterminables (CONSIDERANDO VI).—Condena al procesado Contramaestre Mayor don J. J. G. por delito de cohecho, a seis meses de arresto mayor con accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y del derecho de sufragio durante el tiempo de condena, y de seis años y un día de inhabilitación especial para cargo público, en el efecto de separación del servicio, y por el delito de dejar de cumplir sus deberes militares, igualmente calificado, a separación del servicio. Y a cada uno de los también procesados J. P. L., J. C. I., J. P. B., M. G. P., J. C. C. y A. P. M., como coautores del propio delito de cohecho, a seis meses de arresto mayor con sus accesorias. Absuelve a don J. J. G. del delito de admitir promesa de dádivas en consideración a sus servicios, de que fué acusado.

- 10. Robo con homicidio. Art. 501, 1.º CP. Consumación. Art. 512 CP. Nocturnidad. Premeditación. Alevosía. Trastorno mental transitorio. Preterintencionalidad. Uso de armas. Art. 501, párrafo último CP. Art. 61, 2.ª CP. Determinación de la pena. Pena de muerte como única pena indivisible. Preámbulo del C. P., F.**

Sent. 3 octubre 1958 (Capitanía General Baleares).—El encartado, cabo primero de Art.ª, J. R. O., en la tarde del día 12 abril 1958 concibió el firme propósito de obtener dinero para salir con una señorita a la que había conocido aquella misma tarde, y posteriormente, cuando se hallaba

cenando en la cocina del Cuartel del Regimiento de Artillería núm. ..., se apropió de un cuchillo, que había en dicha dependencia, de unos 20 centímetros de longitud y 3 centímetros de anchura, y ello con ánimo de atemorizar con la indicada arma a algún taxista y así obtener el dinero deseado; y en la noche del precitado día durmió con el también mencionado cuchillo debajo de la almohada (RESULT.º I). El día 13 siguiente, tras haber estado en el cinematógrafo con su novia, y acompañado luego a ésta a su casa, llevando en todo momento sobre sí el cuchillo cogido el día anterior, sobre las 21 horas y 30 minutos se encaminó a la oficina de la Zona de Reclutamiento de Palma de Mallorca, donde a la sazón prestaba servicios, con ánimo de cambiar de ropa para dirigirse al Cuartel del ya citado Regimiento de Art.º núm. donde solía pernoctar; mas vencido por la idea de obtener dinero, en lugar de dirigirse a dicho Cuartel, salió con el propósito de lograr el metálico que consideraba necesario para obsequiar a la ya aludida señorita, pensando salir con ella el siguiente día. Decidido a llevar a la práctica su idea, marchó andando por el paseo marítimo, hasta llegar al barrio de "El Terreno", desandando luego el camino para ir hasta el Hotel Pacífico, en el centro de la ciudad, volviendo después a dirigirse por el Paseo Marítimo hasta el Hotel Bahía Palace, vacilando ahora llevar a término su inicial propósito, mas, súbitamente, al llegar al último lugar citado, y siendo ya las cero horas quince minutos del 14 abril, decidióse a parar un taxímetro que por allí pasaba, ordenando acto seguido al conductor se dirigiera hacia la carretera Soller. Una vez en ésta, le indicó se desviara a la izquierda, tomando el camino conocido por Travesía del amanecer, que, inmediatamente detrás del Cuartel del Regto. Art.º núm. ... une la predicha carretera con la de Valldemosa y que, por lo solitario y escasísimamente iluminada (la noche de autos solamente había en toda su extensión, unos 500 m., una bombilla, y aun ésta dentro del recinto del Cuartel), fué elegido por el procesado para lograr con la máxima facilidad su anhelo de apoderarse del dinero que pudiera llevar el conductor del vehículo, llamado R. B. Z. Mediado el trayecto entre ambas carreteras, consideró el encartado llegado el oportuno momento y ordenó parar al taxista; y una vez detenido el automóvil preguntó el procesado al conductor, para asegurarse la eficacia de su acción, si llevaba cambio de 500 pesetas, y cuando le contestó que sí, a la par que buscaba en sus bolsillos el cambio solicitado, desde el asiento posterior sorprendiendo al taxista, puso en el cuello de éste el ya mencionado cuchillo de cocina, conminándole a que se estuviera quieto y le entregara el dinero que llevaba. El sorprendido taxista giró el cuello para mirar hacia atrás, y entonces el procesado, al ver que no se accedía inmediatamente a su pretensión de entrega de dinero, clavó el cuchillo en la garganta de R. B., produciéndole una herida de unos 8 centímetros de profundidad y 3 de entrada que, entre otros efectos, seccionó la vena yugular interna del agredido y originó una intensísima hemorragia. Visto lo cual, y con grandes manchas de sangre agresor y víctima, el primero, al darse cuenta del grave daño producido y alarmado por ello, desistió de su idea de robar y se apeó del taxímetro al tiempo que pronunciaba la frase "Madre mía"; dirigiéndose por detrás

del vehículo en dirección contraria a la que éste llevó, y amparándose en la oscuridad reinante, por la falta de alumbrado y ser noche lluviosa se dirigió a su Cuartel, y antes de penetrar en él, previo escalo de la correspondiente tapia, arrojó el reiteradamente mencionado cuchillo a un pozo o cisterna de las cercanías, que le era conocido; acostándose luego en su dormitorio sin ser visto por nadie y después de haber tratado de limpiar las manchas de sangre de sus ropas sin lograrlo por completo. A consecuencia de la herida sufrida falleció en el Hospital Provincial de Palma de Mallorca R. B. Z, sobre las 13 horas del mencionado día 14 abril, a consecuencia de *shock* traumático debido a la intensa hemorragia padecida; siendo de hacer constar que, según resulta del folio 54 de esta causa, al ser intervenido a su ingreso en el Hospital el luego fallecido, llevada sobre sí 521,25 pesetas y otros efectos y objetos, todos manchados de sangre (RESULTANDO II). El 17 abril, y poco antes de que el procesado tuviera que ser interrogado por la Policía gubernativa, que habiendo hallado el cuchillo y descubierto su procedencia, venía realizando en méritos del sumario número 117 del Juzgado de Instrucción núm. 2 de Palma de Mallorca, desde el día 16 anterior, investigaciones entre el personal del Cuartel, dicho encartado huyó del referido Cuartel, sobre las 15 horas y 40 minutos, yendo a presentarse ante un sacerdote, a quien, fuera de confesión sacramental, contó haber matado a un hombre, sin dar más detalles, solicitando la ayuda propia de su sagrado ministerio, y haciendo exclamaciones como "¿por qué habré hecho yo esto?", aconsejando el sacerdote a R. O. se presentase a sus jefes, para lo cual el primero citado llamó telefónicamente al Capitán Sr. R. R., el cual se presentó a los pocos instantes, yendo acompañado por dos policías, a quienes el procesado confesó los hechos, siendo conducido posteriormente al calabozo del Cuartel. Es de hacer constar que el procesado, con anterioridad de dirigirse al sacerdote mencionado tras de ausentarse del Cuartel, tuvo la idea de suicidarse y para ello se apoderó de una navaja de afeitar propiedad del Regimiento; desistiendo después del indicado propósito (RESULT.º III).—*CG. ordinario*: Probados hechos que sólo difieren de los detallados en que se expresó que la víctima, tras de la intimidación para que entregara el dinero que llevara, "giró el cuerpo, sin que a partir de este momento, y debido al nerviosismo del procesado, único testigo, se pueda precisar si hubo verdaderamente ocasión de defensa para el taxista agredido". Robo con homicidio (501, 1.º/500/512 CP.) agravante de nocturnidad, rechazando la premeditación y alevosía, así como el trastorno mental transitorio y la preterintencionalidad; treinta años reclusión mayor, con las accesorias de interdicción civil e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, efecto especial de expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos adquiridos en él; y debiendo en concepto de responsabilidad civil, abonar a los causahabientes de la víctima la suma de 65.000 pesetas, dejándoles a salvo el ejercicio de las acciones civiles o laborales que pudieran corresponderles.—*Voto particular*: Vocal ponente solicitó la imposición al procesado de pena de muerte, por concurrir las agravantes de nocturnidad y alevosía.—*Fiscal*: Recurso (797 CJM.) aportando argumentos en pro de su tesis acusatoria y alegando haber

existido en el aludido fallo error notorio en la apreciación de la prueba y en la aplicación del derecho.—*Autoridad Judicial*: Disintió por entender concurren las circunstancias agravantes de alevosía y nocturnidad, no existiendo ninguna atenuante, procediendo imponer pena de muerte.—*Fiscal Togado*: Revocación y pena de muerte, al ser autor del delito de robo con homicidio previsto y penado en el art. 501, 1.º/500/512, siendo de aplicación el art. 501, párrafo último CP.: concurriendo en el mencionado delito las circunstancias agravantes de alevosía, premeditación y nocturnidad.—*Defensa*: Veinte años y un día de reclusión mayor, al ser responsable de robo con homicidio, con la agravante de nocturnidad y las atenuantes de preterintencionalidad y trastorno mental transitorio; o que, en el supuesto de considerarse no concurrente las indicadas circunstancias, se le sancionare con pena de treinta años de reclusión mayor.—*CSJM.*: *Revoca, porque los hechos de autos son constitutivos de un delito de robo con homicidio, previsto y penado en el art. 501, 1.º/500/512 CP.: toda vez que el procesado, llevado del ánimo de lucro y del propósito de apoderarse de cosa mueble ajena sin la voluntad de su dueño, llevó a cabo acción de la que resultó el fallecimiento de la persona que había escogido como víctima de sus apetencias pecuniarias ilícitas. Siendo dicho delito en grado de consumación ya que, en el caso que se contempla y de conformidad con lo regulado en el mencionado art. 512 del CP. la acción delictiva que quedó perfeccionada cuando hubo surgido el resultado lesivo para la vida de una persona, aunque no se obtuvo por el delincuente el efecto anhelado en cuanto al dinero que no le pertenecía (Constm.º I) y en lo que respecta al criterio sustentado por el Fiscal Togado en el sentido de estimar que en el caso de autos no es de aplicación la regla contenida en el artículo 61, 2.º CP., en razón a que por haber hecho uso de su arma el procesado se halla incluido en la agravante especial consignada en el art. 501, párrafo último CP., que señala la aplicación del grado máximo de la pena imponible, en este caso la de muerte, sin necesidad de que concurren otras agravantes la Sala entiende que no es adecuado dicho criterio, en atención a que el arma en cuestión la utilizó el reo para agredir a su víctima, sin que la empleara contra otras personas ni al cometer el delito, ni para proteger su huida, ni para atacar a sus perseguidores o a los auxiliadores del agredido, que es el caso que contempla el supuesto que examinamos, que parece referirse al empleo del arma contra terceras personas, cuyo requisito no se dió en los hechos de autos; y, en consecuencia, se estima debe ser tenido en cuenta y aplicado el párrafo 2.º del núm. 2.º del susodicho artículo 61 CP.: siendo además digno de tomarse en consideración que con el criterio fiscal se llegaría en la mayoría de estos delitos de robo con homicidio, en que es lo más frecuente el empleo de un arma para agredir a la víctima, que sería señalada casi siempre como taxativa la pena de muerte, sanción que no se establece en el CP. para ninguna clase de delitos como sola y exclusiva, y así consta en el apartado E) del Preámbulo de dicho Cuerpo legal; contrariándose con aquel criterio el deseo expresamente manifestado por el legislador de no señalar nunca como única la pena capital, impiéndose, por ende, la posible aplicación de pena:*

temporal en aquellos supuestos en que el Tribunal, atendidas las características especiales de cada caso no creyere pertinente la aplicación de la indicada pena capital, pena ésta que de admitirse aquella interpretación sería inexcusablemente obligada imponer (CONSID.º III). Por lo que se refiere al extremo sobre el que ha versado el disentimiento, o sea, el de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, estima la Sala que concurren y son de apreciar dos circunstancias de agravación, la de nocturnidad, recogida en el art. 10, 13 CP., y la de alevosía, señalada en el art. 10, 1.º La primera de ellas, apreciada incluso por la defensa y del CG. resulta evidente, pues el procesado se aprovechó de la hora —de madrugada— y de la falta de alumbrado en el lugar que eligió para realizar el hecho, y ello con intención de proporcionarse una mejor huida, así como posible impunidad del delito. Y la existencia de la segunda se patentiza por el modo como llevó a efecto el citado encartado su agresión, o sea de manera súbita e inesperada por la víctima, sin que ésta, dada la posición que en el coche ambos ocupaban, pudiera aprestarse a la defensa, al menos eficientemente, siendo, además, de notar que la aludida víctima no llevaba consigo arma alguna, por lo que se dan todos los requisitos exigidos en el art. 10, 1.º, párrafo 2.º CP., al realizarse la acción sin riesgo para el agresor proveniente de la defensa que pudiera hacer el agredido; estando descartada por dictamen médico obrante en autos la hipótesis de que la víctima se clavara el cuchillo al volver bruscamente la cabeza, afirmándose, por el contrario, que fué un golpe dado con fuerza el que introdujo dicho cuchillo en el cuello del interfecto (CONSID.º IV). En cuanto a la agravante de premeditación conocida, no apreciada por el CG. ni por el vocal Ponente, en su Voto particular en discrepancia del fallo por aquél dictado, ni tampoco por el Auditor de Guerra y Capitán General de Baleares, y sólo estimada concurrente por los Fiscales. Regional y Togado, no la aprecia la Sala en razón de que la idea delictiva que concibió el procesado, claramente expresada, fué la de apoderarse del dinero del taxista, a cuyo fin le amedrentaría con el cuchillo, amenazándole para que le entregara el aludido dinero; siendo lo cierto que si a la indicada víctima le fué clavado el referido cuchillo, causándosele con ello la muerte, no consta que tal hubiera sido el propósito de J. R. O. de manera cierta. Además, siendo inherente la meditación y madurada consideración del proyecto formado a la esencia de los delitos contra la propiedad, que es el propuesto, representando aquellas una fase del proceso mental necesario para dar satisfacción al lucro ilegítimo inspirador de dichos delitos, no sería justo que constituyere un recargo agravatorio de la sanción al hecho mismo así planeado; consideración que ha de extenderse al resultado en el delito complejo ejecutado de robo con homicidio, por cuanto se originó por aquella específica manifestación de una voluntad encaminada a lograr un apoderamiento de los bienes ajenos, fin último de la acción y supuesto distinto y de conclusiones opuestas a si el propósito de matar hubiere sido el determinante de la acción y el robo un accidente o consecuencia de aquella intención, como así lo expresa la sentencia del Tribunal Supremo de 7 julio 1955; máxime si se tiene en cuenta que en el presente caso el robo no

llegó a producirse, sin que ello, naturalmente, obste a la calificación legal de los hechos como encuadrados en el art. 501. 1.º/500/512 CP. (CONSIDERANDO V). No son de apreciar las circunstancias de atenuación de la responsabilidad alegadas por la defensa del encartado: la de trastorno mental transitorio, reputada eximente incompleta, en atención a que de ninguna faceta subjetiva del encartado, anterior, coincidente o posterior a los hechos de autor se deduce base de ningún género sobre que apoyarla, máxime al tenerse en cuenta el dictamen médico que sobre la personalidad psíquica de dicho procesado obra en el procedimiento; y la de preterintencionalidad, dado que exige, entre otros requisitos, la existencia de un dolo inicial, lo cual obstaculiza su apreciación en delitos como el presente —de resultado— en los que es inoperante la intención del culpable en lo que atañe a la consecuencia total y conjunta producida en definitiva: bastando en los supuestos de robo con homicidio el que con ocasión de atentar contra la propiedad ajena se genere la pérdida de existencia para la víctima, tuviere o no el delincuente intención de originar dicho fallecimiento. Y que tampoco puede estimarse como existente la atenuante del art. 9. 9.º CP, puesto que, conforme a dicho precepto, para ser eficaz el arrepentimiento espontáneo ha de producirse con anterioridad a que el culpable conozca la apertura del correspondiente procedimiento judicial; requisito que no se da en el caso de autos, pese a que el procesado patentizase algunas circunstancias, tales como la de no haberse apoderado del dinero que llevaba la víctima, posiblemente ante la impresión que le produjo la intensa hemorragia consecuencia de la herida producida: así como la de haberse presentado dicho procesado ante un sacerdote, cuando ya sabía de las investigaciones policiales que se llevaban a cabo por razón de la causa seguida entonces por la jurisdicción ordinaria, inhibida luego a favor de la castrense, en cuyo momento exteriorizó aquél con palabras y ademanes, pesar y contricción por lo acaecido, lo que únicamente podría implicar remordimiento pesaroso de tipo moral, pero sin alcance jurídico o legal. (CONSID.º VI).—Condena a la pena de muerte, que caso de indulto llevará consigo las accesorias legales comunes de interdicción civil del penado e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, produciendo el efecto de expulsión de las filas del Ejército, con pérdida de todos los derechos adquiridos en él; y, en concepto de responsabilidad civil, 75.000 pesetas, así como a satisfacer los daños y perjuicios ocasionados por el delito, aquéllos en el taxímetro y éstos al dueño de dicho vehículo, por los gastos de reparación y los que experimentara el tiempo que estuvo sin utilizarlo, todos los cuales habrán de determinarse en período de ejecución de sentencia; debiéndose devolver el cuchillo y navaja de afeitar de que se apoderó el procesado al Regimiento de Artillería núm. ..., al que pertenecen dichos efectos, así como al padre del interfecto los objetos y útiles que le fueron ocupados y la cantidad que llevaba consigo al cometerse el delito. El taxímetro deberá quedar a la entera disposición de su dueño don J. R. A., cesando el depósito que se había constituido en cuanto a dicho vehículo; y debiéndose entregar la tarjeta de identidad intervenida a su titular doña D. L. E.

11. Deserción al extranjero en tiempo de paz. Art. 374 CJM. Fraude militar. Art. 403, 4.º CJM.

Sent. 8 octubre 1958 (Ejército España N. de Africa).—En la noche del 17 noviembre 1957, el soldado procesado I. R. G., legionario de segunda del Tercio Gran Capitán, Primero de la Legión, tras haber pasado la lista reglamentaria de retreta se ausentó de la Unidad de su destino, cuyo acuartelamiento radica en Tauíma, apoderándose previamente de una bicicleta perteneciente a dicha Unidad, montado en la cual se internó en la zona sur de Marruecos, permaneciendo en ella hasta el 27 julio 1958 en que fué entregado a las Autoridades españolas por las marroquíes. La bicicleta que el procesado llevó consigo no ha sido recuperada, ni consta en autos su tasación pericial.—*CG. ordinario*: Absolvió del delito de deserción al extranjero en tiempo de paz por estimar que no tuvo libertad de movimientos durante el tiempo que permaneció ausente de su Unidad; fraude militar (403, 5.º CJM.) un año y seis meses prisión militar, con la accesoria de pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad por un período igual al de la condena, debiendo satisfacer en concepto de responsabilidad civil a la Unidad perjudicada el valor de la bicicleta, según la cantidad que perila noche del 27 enero 1957 abandonó la Unidad en que prestaba sus servicios, si se determina en trámite de ejecución.—*Votos particulares*: Presidente y un Vocal militar en el sentido de que el procesado era responsable del delito de deserción, al extranjero en tiempo de paz, de acuerdo con la acusación Fiscal, condenándosele en el primero de dichos votos a tres años prisión militar y dos años y un día de igual pena en el segundo, además del delito de fraude que se aprecia en la sentencia y por el que se le condenó en ambos votos particulares a la pena de seis meses y un día de prisión.—*Autoridad Judicial*: Disintió por estimar que, constandingo acreditado en autos que el procesado montado en una bicicleta se ausentó de la Unidad de su destino el día 17 noviembre 1957, internándose en lo que fué zona del protectorado francés en Marruecos, en la que permaneció hasta que fué entregado a las Autoridades españolas por las marroquíes, tal acto, de duración superior a tres días, con propósito de eludir sus deberes militares voluntariamente contraídos, integran, además del delito de fraude apreciado en la sentencia, el de deserción al extranjero en tiempo de paz, previsto y penado en el 374 CJM., procediendo imponerle la pena de tres años de prisión militar con los efectos legales consiguientes y por el fraude la de un año de prisión con sus accesorias.—*Fiscal Militar*: Conforme en un todo el disenso.—*Defensa*: Revocación y que se condene a su patrocinado por fraude (403, 4.º CJM.) sin modificativas, a seis meses y un día de prisión militar, absolviéndole del delito de deserción al extranjero en tiempo de paz y se le imponga una falta grave de primera deserción (431 CJM), el correctivo que dicho precepto señala.—*CSJM.*: Revoca, porque la conducta del soldado procesado I. R. G., abandonando la Unidad de su destino sin estar debidamente autorizado, internándose en la zona marroquí para ponerse fuera del alcance jurisdiccional de las Auto-

ridades militares españolas, con el indudable propósito de eludir el cumplimiento de sus deberes castrenses voluntariamente contraídos, integra el delito de desertión al extranjero en tiempo de paz, definido y penado en el 370, 1.º/374, párrafo 1.º CJM. (CONSID.º I) y la sustracción de la bicicleta llevada a efecto por el procesado y que éste no reintegró sin justificación legítima, en cuanto dicho vehículo era de la pertenencia del Cuerpo donde aquél prestaba sus servicios, constituye el delito de fraude previsto y sancionado en el 403, 5.º CJM. (CONSID.º II), procediendo indemnizar a la Unidad a que pertenecía, el valor de la bicicleta que no ha sido recuperada (CONSID.º V).—Condena por el delito de desertión al extranjero en tiempo de paz a dos años y un día de prisión militar, con la accesoria de destino a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, descontándosele para todos los efectos el de la condena; y como autor del delito de fraude, a seis meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y efecto militar de pérdida de igual tiempo para el servicio y antigüedad. En concepto de responsabilidad civil deberá abonar al Tercio Gran Capitán, Primero de la Legión, el valor de la bicicleta que no ha sido recuperada, por el importe de la tasación pericial que se determine en trámite de ejecución de sentencia.

- 12. Desertión al extranjero en tiempo de paz. Arts. 370, 1.º 374 CJM. Tentativa de desertión al extranjero. Arts. 236 párrafo cuarto, 239 párrafo penúltimo, y 211 CJM. Consideración de falta grave. Artículo 415 CJM. Responsabilidad civil.**

Sent. 10 octubre 1958 (E. de España en el N. de Africa).—El procesado, legionario del Tercio Gran Capitán, Primero de la Legión, A. A. R., en la noche del 27 enero 1957 abandonó la Unidad en que prestaba sus servicios, con residencia en Taulma (Marruecos), marchando hacia el sur del país; siendo después detenido en Berkane y trasladado más tarde a la Prisión de Kenitra (antigua zona francesa), donde permaneció hasta el día 13 agosto 1957 en que fué entregado a las Autoridades españolas.—CG. ordinario: Declaró como probado: “Que el procesado A. A. R., legionario del Tercio Gran Capitán, Primero de la Legión, en la noche del 27 enero 1957, y tras de haber pasado la lista de retreta, se ausentó de su acuartelamiento, sin licencia de sus superiores, y consiguió internarse en la llamada Zona Sur de Marruecos, hasta llegar a Berkane el día 29 siguiente, en que sobre las 12 horas se presentó a las Autoridades de dicha Zona quienes le internaron en Uxda y Rabat, y, luego, en la Prisión de Kenitra, de donde después fué devuelto a las Fuerzas del segundo Tercio de la Legión, quienes le reintegraron a su Acuartelamiento”. Y el Tribunal estimó que los hechos no eran integrantes de consumado delito de desertión, ni de tentativa de dicho delito, como tampoco de ninguno de otro género; y absolvió.—Voto particular: Del Presidente, por estimarle responsable de delito de desertión al extranjero; tres años.—Autoridad Judicial: Disintió

por estimar un delito de deserción al extranjero en tiempo de paz (374 CJM.), tres años de prisión militar, con efecto de pérdida de tiempo de servicio y antigüedad durante su cumplimiento y destino a Cuerpo de Disciplina por el que le reste de servicio en filas, rescindiéndose su compromiso como voluntario.—*Fiscal Militar*: Conforme con el disenso.—*Defensa*: que se sancione a su defendido con tres meses de arresto, al ser solamente responsable de tentativa de deserción al extranjero; siendo aplicables el art. 236, párrafo 4.º, 239/211, y muy concretamente el 239, párrafo penúltimo CJM.; debiéndose considerar el hecho como falta grave, sancionable conforme al art. 415 CJM.—*CSJM.*: Revoca porque *configurado el delito de deserción por el art. 370, 1.º CJM. en faltar el individuo de las clases de tropa por más de tres días consecutivos de la Unidad de destino, y establecido como queda que el procesado A. A. R. se ausentó de su Unidad por acto de libre determinación el día 27 enero 1957, merchando a la Zona Sur de Marruecos, donde continuó ininterrumpidamente hasta el día 13 agosto del mismo año, en que fué reintegrado a las Autoridades y Territorio españoles, o sea que permaneció fuera de filas 197 días, es manifiesta la comisión formal del expresado delito de deserción, que ha de calificarse al extranjero, penado en el art. 374 CJM., por la estancia del desertor en territorio así conceptuado (CONSID.º I) y en la causa no aparece prueba alguna de que el encartado pueda hallarse asistido de circunstancias determinantes de exención de responsabilidad dentro de las que taxativamente enumera el art. 185 CJM., que precisamente por constituir situaciones jurídicas de excepción necesitan acreditación cumplida para su viabilidad, y en consecuencia, se carece de toda base para la exculpación del acusado, según hizo con error notorio el CG. sentenciador (CONSID.º II), ni concurren circunstancias atenuantes ni agravantes: haciéndose uso del art. 192 CJM. para determinación de la pena que luego se precisará, atendiéndose a todas las características objetivas y subjetivas coincidentes en cuanto al hecho de autos (CONSID.º IV).—Condena por delito de deserción al extranjero en tiempo de paz, a dos años de prisión militar, con pérdida para el servicio y antigüedad de un período de tiempo igual al de la condena, y debiendo ser destinado a Cuerpo de Disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, con arreglo a la legislación de reclutamiento; no existiendo responsabilidad civil exigible.*

13. **Falsificación de documento militar. Arts. 302, 1.º y 303 CP. Artículo 194, 4.º CJM. Pases de salida. Falsificación de documentos de identidad. Art. 313 CP. Determinación de la pena. Art. 318. CP. Quebrantamiento de arresto. Art. 437, 8.º CJM.**

Sent. 15 octubre 1958 (Base Naval Canarias).—El 23 junio 1957, encontrándose arrestado en el Arsenal de Las Palmas, el cabo 2.º amanuense M. R. G., con destino en la Ayudantía Mayor de dicho Arsenal, se apropió de un impreso de la citada Oficina, de los utilizados para autorizar salidas del Arsenal, y estampando en el mismo el sello de la Dependencia, imitó

la firma del Ayudante Mayor, Capitán de Corbeta don L. M. L. Una vez hecho todo esto, salió a la calle, en el citado día utilizando para ello aquel pase, que exhibió al Oficial de Guardia.—*CG. ordinario*: Falsificación de documento militar (194, 4.º CJM./303 CP.), modificativas, cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y 1.000 pesetas de multa, sustituible, caso de impago, por dieciséis días de arresto más las accesorias y efectos legales correspondientes; llamando por Otrosí la atención sobre la posible existencia de una falta grave de quebrantamiento de arresto.—*Autoridad Judicial*: Disintió por error de derecho, ya que el delito cometido era de falsificación de documento de identidad o certificado (313 CP.); y aun cuando se admitiera la calificación sustentada por dicho Tribunal sentenciador, debería haberse tenido en cuenta lo dispuesto en el art. 318 CP. a efectos de atenuar la pena, así como sancionar en el fallo la falta de quebrantamiento de arresto; propone se condene por el art. 313 CP. a cinco meses de arresto mayor, accesorias y efectos legales, y por una falta grave de quebrantamiento de arresto (437, 8.º CJM.) tres meses de arresto militar.—*Fiscal Togado*: Procede aceptar el disenso en lo referente a la no aplicación del art. 318 CJM., ya que, a su juicio, procede hacer uso de las facultades que confiere dicho precepto dadas las circunstancias del caso y escasa relevancia de los hechos, por lo que la revocación imponiendo seis meses y un día de presidio menor y multa de 1.000 pesetas, sustituible, en caso de impago, por quince días de arresto, debiendo asimismo ser sancionado con tres meses de arresto militar por una falta grave de quebrantamiento de arresto.—*Defensa*: Delito de falsificación de documento de identidad (313/318 CP.) multa de 1.000 pesetas, y tres meses de arresto militar por falta grave de quebrantamiento de arresto.—*CSJM.*: Revoca, pues la cuestión que se plantea en la presente Causa y que motivó el disenso que dió lugar a la elevación de los autos a este Alto Tribunal fué el extremo relativo a la calificación jurídica de los hechos y así, mientras el CG que la vió y falló los encuadra en el art. 303 CP. en relación con el artículo 194 4.º CJM. por estimar que se trata de un documento militar el falsificado, aplicando en consecuencia la penalidad que corresponde con arreglo a estos preceptos, el Auditor y Comandante General de la Base Naval de Canarias discreparon de tal criterio, por considerar, de un lado, que dada la clase del documento, su tipificación más conveniente pudiera ser la señalada en el art. 313 CP. que castiga la falsificación de documentos de identidad y certificados siendo el de autos de índole análoga, ya que se trataba de identificar a una persona en el permiso de salida correspondiente, y por otra parte, de no aceptarse tal criterio, igualmente disentir del fallo dictado por dicho Tribunal sentenciador, por no haber hecho uso en un caso como el perseguido, de la facultad establecida en el art. 318 del repetido Código que autoriza a imponer la pena inferior en un grado a la respectiva señalada, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en determinadas falsedades (CONSM.º I); ahora bien, los hechos que se declaran probados son en efecto constitutivos de un delito de falsificación de documento militar, previsto y penado en los arts. 302, 1.º y 303 CP./194, 4.º CJM., toda vez que el procesado fingió la firma del Ayudante Mayor del

Arsenal en uno de los impresos que en dicho establecimiento militar existían, y cuyo documento tiene la consideración de público, a tenor de lo establecido en el precepto legal últimamente citado, resultando perfectamente ajustado a derecho el criterio que sostiene el Auditor y Comandante General de la Base Naval de Canarias sobre la procedencia y aplicación del art. 318 CP., teniendo en cuenta, sobre todo, la finalidad que con documento falsificado se perseguía y escasa trascendencia de los hechos (CONSID.º II), sin que concurran ni sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, si bien en lo que se refiere a la aplicación de la pena, la Sala, haciendo uso de lo prevenido en el art. 318 CP., decide imponer las penas de arresto mayor y multa de la cuantía correspondiente, es decir, la inferior a la señalada en el art. 303, aplicándose en su grado máximo a tenor de lo dispuesto en el art. 194, párrafo primero CJM. (CONSID.º III). Además, los hechos realizados por el procesado son integrantes de una falta grave de quebrantamiento de arresto, definida y sancionada en el art. 437. 8.º CJM. (CONSID.º VI).—Condena por el delito de falsificación de documento militar, a cinco meses de arresto mayor con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y el efecto de pérdida de su tiempo para el servicio, y a la multa de 1.000 pesetas sustituible, en caso de impago, por quince días de arresto; y por una falta grave de quebrantamiento de arresto, tres meses de arresto militar, no formulándose declaración de responsabilidad civil por no haberla exigible.

14. Imprudencia simple con infracción de reglamento. Responsabilidad civil subsidiaria E. de Tierra. Art. 206 CJM. Indiferencia del número de familiares de las víctimas.

Auto 15 octubre 1958 (Ejército España en N. Africa).—Por Sent. 8 noviembre 1957 la Sala de Justicia del CSJM, se declaró probado: "Que en la noche del 31 agosto al 1 septiembre 1955, regresaban de Tetuán a Alcázarquivir, por carretera, en camiones, soldados indígenas del Grupo de Regulares de Infantería de Larache núm. 4, que habían ido a reconocimiento de fotoseriador. Formaba parte de la expedición el camión matrícula E. T. 90.632, conducido por el procesado soldado C. M. P., en el que iban 25 individuos de tropa en el cajón y un cabo primero, también moro, en la cabina; al llegar en el itinerario a la llamada curva de la muerte, entre los kilómetros 128 y 129 del trayecto, la tomó el nombrado conductor P. tan abierta que, saliendo el camión del pavimento duro asfaltado, a pesar de tener el mismo anchura suficiente para cruzarse con holgura dos automóviles, se situó el E. T. 90.632 en el paseo de peatones que forma el borde derecho de la carretera cuyo piso de tierra poco afirmada cedió al paso del vehículo y dió lugar a que éste volcara y sufrieran lesiones 20 de sus ocupantes, de los cuales fallecieron a consecuencia de ellas el mismo día uno de septiembre los soldados núm. 7.383, que según su filiación se llama A. B. M.; núm. 9.517, cuyo nombre es, según el certificado de defunción,

el de A. B. M. y el que figura en su filiación, de M. B. H. núm. 10.194 figurando en el certificado de defunción con el núm. de A. B. B. y en su filiación con el de A. B. F. y el núm. 18.750, cuyo nombre figura ser, en el certificado de defunción el de A. B. S. y en su filiación como M. B. H. Los demás lesionados, cabo primero núm. 9.217 M. B. M. y soldado núm. 7.245 T. B. L.; 7.875 D. B. H.; 8.447 A. B. B.; 13.558 M. B. A.; 15.798 Y. B. H.; 18.393 M. B. A.; 12.613 M. B. M. L.; 12.940 M. B. T.; 7.229 A. B. T.; 7.553 Y. B. A.; 17.454 Y. B. M.; 2.474 H. B. T. S.; 18.757 A. B. E. S.; 13.311 L. B. S. F., y 12.591 M. B. L., han curado con utilidad para el servicio y actitud para el trabajo, salvo el 12.591 M. B. L., a quien ha quedado rigidez de la articulación escápulo humeral izquierda y atrofia muscular con inutilidad para el Ejército, después de 222 días de asistencia facultativa; los demás curaron en menos de quince días los 13 primeros, en veintidós días los números 2.474 y 18.757, y en cincuenta y nueve días el núm. 13.311 L. B. S. F., habiendo importado las estancias de hospital causadas por todos ellos 13.830,87 pesetas, y los gastos de reparación del camión mencionado 575 pesetas (RESULT.º I). Estos hechos fueron calificados como delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos —Código de la Circulación por impericia o negligencia profesional (565, párrafos 2.º y 5.º CP.) y aunque los males sean varios y de diversa índole, pues de mediar malicia constituirían éstos figuras punibles de cuádruple homicidio, de lesiones graves y leves y de daños, como el acto imprudente y justiciable, objeto del citado art. 565 que es el mismo, e informador de toda la resultancia no procedía castigar ésta por separado, sino en delito único subsumido en la referida imprudencia. En cambio la suma gravedad que evidentemente revisten dichos males requiere que su sanción guarde cierta proporción con ellos, objetivamente contemplado, y por ser también necesario tratar con cierto rigor esta delincuencia de peligro abstracto, lo que llevó a la Sala, en uso de las facultades que le concede el párrafo 5.º citado, a elevar la penalidad básica en un grado y subir así a la prisión menor conforme a los arts. 53 y 73 CP., y condenó al citado C. M. P. H. a la pena de un año y dos meses de prisión menor, accesorias legales y, en concepto de responsabilidad civil, a indemnizar en 10.000 pesetas a los herederos de los soldados indígenas muertos; en 2.500 pesetas al soldado núm. 12.591 M. B. L. por su incapacidad parcial permanente, sin perjuicio de los demás derechos que pueda tener en razón de ella o de su inutilidad en presunto acto del servicio; en 13.830,87 pesetas al Estado por la estancia de hospital que causaron los lesionados, y en 575 pesetas, también al Estado, por los daños que tuvo el camión, imponiéndole finalmente la retirada definitiva del permiso de conducción y declarando para caso de insolvencia la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (RESULT.º II). Declarada la insolvencia del reo y pasado el expediente al Ministerio del Ejército a los efectos del art. 1.062 CJM., la Asesoría Jurídica emitió informe estimándola procedente en los mismos términos propuestos, esto es, contraída a los casos de fallecimiento y de inutilidad permanente. Conforme el Subsecretario (RESULT.º III).—*Fiscal Togado*: Procede en cuanto a las indemnizaciones a satisfacer al soldado incapacitado y a los

herederos de los cuatro soldados fallecidos, bien entendido que la cuantía en favor de estos últimos será de 10.000 pesetas por cada víctima cualquiera que sea el número de familiares entre los que haya de distribuirse la citada suma, todo ello por haber ocurrido los hechos en acto de servicio reglamentariamente ordenado.—CSJM.: *Por los propios fundamentos en que se apoya el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar que la Sala hace suyo en todas sus partes, y acreditado que el reo carece en absoluto de bienes para responder de las responsabilidades civiles declaradas en la sentencia, visto lo dispuesto en el art. 206 CJM., es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en cuanto a las indemnizaciones a satisfacer al soldado incapacitado y a los herederos de los cuatro soldados fallecidos, bien entendido que la cuantía en favor de estos últimos será de 10.000 pesetas por cada víctima, cualquiera que sea el número de familiares entre los que haya de distribuirse la citada suma (CONSID.º ÚNICO). Acuerda declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en la cantidad de 42.500 pesetas a entregar en la forma señalada, 10.000 por cada uno de los cuatro fallecidos y 2.500 al soldado incapacitado núm. 12.591 M. B. L.*

15. Malversación. Art. 394, 3º CP. Falsificación documento oficial. Uso documento falso. Art. 302, 1.º y 2.º CP. Art. 304 CP. Documento militar. Trastorno mental transitorio. Art. 185, 1.º CJM. Concurso ideal. Delito medio. Art. 71 CP. Art. 238 CJM. Buenos antecedentes. Art. 194, 4.º CJM. Causas personales de agravación de la pena. Delito más grave. Delito continuado. Apreciación de la prueba.

Sent. 18 octubre 1958 (Región Aérea Pirenaica).—El 9 enero 1956 se promovió parte de que el procesado, Capitán del Arma de Aviación (Servicio de Tierra) don A. M. G., Jefe de la Escuadrilla de Automóviles destacada en ... no había satisfecho sus haberes ni la indemnización familiar del mes de diciembre anterior a varios especialistas de la Unidad; practicada pericialmente la liquidación de la Unidad, se determinó que de las cantidades que tenía recibidas de la Mayoría y de la Pagaduría Regional de Haberes para cocina y administración de la Compañía, pago de haberes e indemnización familiar, extraordinarios de Navidad y presupuesto de primera quincena de enero, se hallaba en descubierto de 156.992,28 ptas., habiendo manifestado el encartado no disponer del dinero necesario para saldar el déficit. Durante la tramitación se comprobó que tenía abonadas 1.080 ptas. de indemnización familiar y que en cambio había descontado a doce conductores en exceso la cuota del Montepío Laboral por un importe en conjunto de 636,36 ptas., todo lo cual hace cifrar el referido descubierto en 156.548,84 ptas. (RESULT.º I). En fecha imprecisa, pero no posterior a agosto 1955, el Capitán procesado recibió directamente de la Pagaduría del Negociado administrativo del Servicio de Automovilismo del Ministerio del Aire un libramiento de

99.299,85 ptas. y la correspondiente nómina para hacer efectivo el plus de 25 por 100 de carestía de vida del año 1954 a 29 especialistas; el 5 septiembre siguiente indicó a catorce de ellos, residentes en Zaragoza, que le firgaran, como lo verificaron, con un recibo cada uno, dejando en blanco la cantidad, que dijo era para reclamar dicho plus. El 9 diciembre 1955 devolvió como justificación de aquel libramiento a la mencionada Pagaduría, expedidora del mismo, tres recibos de los expresados que le habían suscrito y la nómina con 26 supuestas firmas de otros tantos perceptores; pero éstas no fueron estampadas por los interesados, quienes, consiguientemente, no las pusieron. El acusado declaró ignorar qué persona o personas firmaron realmente en lugar de los llamados a hacerlo, y en el oficio que remitió a la Pagaduría consta literalmente: "Adjunto tengo el honor de remitir a Vd. nómina del plus de carestía de vida correspondiente al año 1954, una vez firmado por los interesados y los recibos de aquellos que por estar ausentes no lo han podido efectuar en la citada nómina, significando que el motivo del retraso ha sido que el personal destacado y alguno de ellos por estar fuera del servicio desde hace tiempo ha obligado a ir averiguando el domicilio actual para hacer efectivo el importe de los atrasos.—Dios guarde... Zaragoza, 9 diciembre 1955.—El Capitán Jefe de la Escuadrilla, A. M. G.". En la segunda quincena de diciembre pagó el referido plus de carestía de vida a 14 conductores por un total de 48.881,70 ptas.; a los otros 15 especialistas no les abonó cantidad alguna ni tampoco firmaron recibo de ella, por lo que dejó de satisfacer por este concepto 50.418,15 ptas. de las 99.299,55 ptas. que cobró en virtud del libramiento núm. 1.230 de mención (RESULT.º II). Tanto de las 156.548,48 ptas. como de las 50.418,15 pesetas a que ascienden uno y otro de los descubiertos explicados, se apropió el procesado don A. M. G., sustrayéndolos, sin que haya reintegrado suma alguna (RESULT.º III). El Defensor alegó en exculpación del Capitán don A. M. G. un estado de enajenación mental al delinquir, y propuso prueba testifical y pericial, que se tradujo en que diversos testigos declararon haber advertido en el señor M. G. anomalías de proceder, reacciones psíquicas violentas, especialmente bajo el influjo de bebidas alcohólicas, y que en definitiva le conceptuaban como individuo poco equilibrado o alterado mentalmente, en tanto que algunos otros deponentes, desde luego en mucho menor número, dijeron que no habían notado en el procesado semejantes anomalías, y los peritos médicos, especialistas en psiquiatría, que le reconocieron, dictaminaron que en don A. M. G. no se apreciaban manifestaciones patológicas de tipo psicótico ni otras valorables expresivas clínicamente de que estuviera afecto de enfermedad mental, la que tampoco estimó acreditada el Consejo de Guerra (RESULT.º IV).—*CG. Oficiales Generales*: Malversación (394, 3.º CP.) y falsificación de documento oficial (302, 1.º, 2.º CP.), equiparado por el 194 CJM. a documento público, medio necesario para cometer otro de malversación que se estima constituye un único delito, dada la unicidad de la procedencia de los caudales, pertenecientes a la Hacienda Militar del Ejército del Aire en definitiva, y a la unidad de propósito delictivo.

apreciando la agravación específica del 194, 4.º y haciendo aplicación del 71 CP. y del 238 CJM.: estimando sus favorables antecedentes, diez años y un día de presidio mayor y otra de diez años y un día de inhabilitación absoluta, con las accesorias de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y efecto militar de pérdida de empleo.—*Defensa*: Recurso (797 CJM). con base en no haber apreciado la eximente total o incompleta de trastorno mental transitorio.—*Autoridad judicial*: Aprobación.—*Fiscal Togado*: Si bien conforme con la declaración de hechos probados, estimó que, aun admitida su redacción, debieron reunirse en un solo Result.º los dos de la sentencia por facilitar ello el encuadre legal de los hechos de un delito continuado de malversación, ya que la consecuencia lógica de la separación que se hace de los hechos sería la consideración de dos delitos distintos de tal naturaleza en vez de uno solo, sin que obste a ello que para la comisión de algunos de los actos integrantes de aquel delito fuese precisa la falsificación del documento oficial: conforme con la calificación legal, discrepa en cuanto a la pena a imponer que estima debe serlo, tanto en cuanto a la de presidio mayor, como a la inhabilitación absoluta en la extensión de once años, cuatro meses y un día, resultado de considerar más grave la pena del delito de malversación (por llevar consigo la de inhabilitación) que la del de falsificación y por prescripción del art. 71 CP. en relación con el 194 CJM.—*Defensa*: Absolución por concurrir la eximente de enajenación mental transitoria, o alternativamente se apreciara dicha eximente como incompleta y se estimara como atenuante muy calificada, imponiéndose seis años y un día de prisión mayor por un único delito de malversación de caudales públicos, y de considerar la existencia de este delito y del de falsificación de documento oficial, se penen separadamente a fin de que, aun sumando mayor número de años las penas privativas de libertad, lleven consigo como accesorias la pena de separación del servicio y no la de pérdida de empleo.—*CSJM*.: Revoca, porque si bien atribuida por los arts. 787 y 799 CJM. al CG. la apreciación de las pruebas, en conciencia y según su criterio racional, no se han salido de esto los juzgadores al establecer la resultancia que a su juicio arrojan los autos, ya que encuentra la misma indudable apoyo en el conjunto de dichas pruebas, de tal modo que únicamente ofrecen discrepancia las relativas al estado mental del inculpado, según antes se expuso; pero como la valoración de ellas es precisamente misión del Tribunal y no parece que éste utilizara con notorio error el arbitrio que tiene conferido, puesto que su estimación de normalidad psíquica y la consiguiente imputabilidad en el procesado no choca con la realidad procesal, se está en el caso de respetar la declaración de probanza formulada que por tanto se repite ahora en esencia, completándola únicamente con algún extremo que razonado por el CG. en idéntico sentido debe pasar también a ella (CONSID.º I). La sustracción por el procesado de diversas cantidades de la Hacienda del Estado, recibidas en su condición de Capitán Jefe de la Escuadrilla de Automóviles, para hacer efectivas obligaciones de la misma, .que en parte no satisfizo, hasta dejar los descubiertos antes indicados de 156.548.84

pesetas y de 50.418,15 ptas., configuran claramente el delito de malversación de caudales públicos del art. 394 CP., ya que es indudable revestían esa calidad los fondos distraídos, así como la función del encartado, en mérito de la cual éstos quedaron a su cargo, y teniendo en cuenta la unidad de pensamiento y de objetivo del culpable que informa a los sucesivos apoderamientos, la analogía de los actos de su ejecución y la singularidad también de bien jurídico lesionado, han de estimarse todos ellos, según ha entendido el CG., constitutivos de un solo delito continuado, que por la cuantía de lo malversado encaja en el 394, 3.º (CONSIDERANDO II). Sin embargo, aunque el fingimiento en la nómina de gratificaciones de carestía de vida, de la firma de los llamados a cobrarlas como si efectivamente hubieran sido receptores, dando por supuesta así la comparecencia e intervención personal de los mismos en el documento, cuando esto no tuvo lugar, origina de modo palmario el delito de falsedad del 302, 2.º CP., no hay motivos suficientes para atribuirse al procesado, desde el momento que éste se mostró ignorante de qué individuo hubiera puesto las firmas y no se ha verificado prueba pericial u otra que permita concretar si en efecto fué o no el Capitán M. G. quien llevó a cabo o dispuso formalmente la estampación material de ellas, pues la simple autorresponsabilización abstracta por el hecho no es equiparable al acto concreto de cometer la falsedad, que según el contexto del párrafo inicial del 302 mencionado ha de realizar el reo de manera palpable, quedando aquí en la penumbra ese punto sustancial: resulta en cambio patente, en especial, con el oficio de remisión de la nómina firmada transcrito al principio, que el acusado, con entero conocimiento de que la mayoría de los incluidos en ella no recibieron la cuota a que eran acreedores, devolvió la reptida nómina a sabiendas de la simulación de sus firmas, para tratar así de justificar en su provecho que al libramiento del importe de la misma había dado correcta aplicación, y como ello implica el malicioso uso con intención de lucro de un documento falso de los enumerados en el 302, o sea público y el que nos ocupa reviste tal índole por hallarse expedido y surtir efectos en oficinas públicas del Ejército y además por virtud del 194, 4.º, párrafo 2.º CJM., incide dicha utilización del documento falseado en el 304 CP., mejor que en el 302 que estimó el CG. (CONSID.º III). En el delito de malversación de caudales públicos, por pertenecer éstos al Ejército del Aire, concurre el caso de especial agravación establecido en el 194, 4.º CJM., sin que sean de apreciar otras circunstancias modificativas no eximentes de la responsabilidad, pues respecto de la enajenación invocada por el Defensor ya se dijo que no se comprobaba, según estimó el CG., cuyo criterio mantienen igualmente la Autoridad Judicial con su Auditor y el Fiscal Togado; no existiendo, por otra parte, en la causa elementos de juicio tan concluyentes que evidencien la equivocación de ese parecer y el consiguiente estado morbozo privativo o aminorador de la libre determinación del procesado, máxime teniendo en cuenta que la presunción legal es la de normalidad del sujeto: que ningún indicio de psicopatía o de otra enfermedad mental hubo de notar el Instructor durante el trámite de las

actuaciones, y que los hechos delictivos, tanto por su naturaleza y proceso de ejecución, como por el período de tiempo en que tuvieron desarrollo ininterrumpido, tampoco patentizan que sean obra de un perturbado (CONSID.º V). Realizado el delito de uso de documento falso con posterioridad a la primera fase del de malversación continuada que trataba de ocultar y sin guardar después relación alguna con los actos ulteriores de aquélla, no cabe estimar, como estimó el CG., que fuera el primero medio necesario para cometer el segundo, ya que la conexión parcial susceptible de verse al tenor del 23. 4.º CJM., en nada arguye a favor del concurso ideal previsto en el 238 CJM., por lo que ha de seguirse la regla general de su art. 237 de punición independiente, si bien al hacerlo, la Sala, en ejercicio de las facultades que le da el 318 CP, para rebajar en un grado la pena señalada al delito de falsedad, impone la inferior autorizada, atendiendo a la gravedad que ya reviste el castigo de la malversación y a la conducta anterior del culpable con excelente comportamiento militar en la guerra de liberación (CONSID.º VI).—Condena por el delito continuado de malversación a las penas de diez años y un día de presidio mayor con accesorias de pérdida de empleo e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y de diez años y un día de inhabilitación absoluta y efecto militar de separación del servicio, y por uso de documento falso a sablendas, con ánimo de lucro, a dos meses y un día de arresto mayor con accesorias de suspensión de empleo y de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, y 1.000 pesetas de multa.

16. Estafa de hospedaje. Art. 529, 1.º CP. Separación del servicio. Artículo 213 CJM. Error mecanográfico. Medida de la pena. Art. 61, 4.º CP.

Sent. 22 octubre 1958 (IV Región Militar).—El procesado don L. L. F. P., a la sazón Capitán de Infantería en situación de primera reserva, el 1.º mayo 1957, en compañía de su esposa, quedó alojado en calidad de huésped en la pensión denominada "Rubi-Pra", de Barcelona, sita en el Pasaje de la Paz, núm. 7 bis, y que regenta don J. R. B., haciendo constar el encartado desde dicha fecha su condición de militar y prometiéndole al mencionado señor R. que le requirió para que le abonara las pensiones devengadas semanalmente, que lo haría a final de mes y cuando cobrara sus haberes militares. Como quiera que transcurrido el mencionado plazo de un mes no hiciera efectivo el procesado el importe de las aludidas pensiones, fué reiteradamente requerido para que lo hiciera. llamándosele la atención a tal respecto por el repetido encargado de la pensión, por lo que el 16 junio siguiente el procesado y su esposa abandonaron aquélla, dejando en su habitación los efectos personales que figuran relacionados en el proceso. En la misma fecha el Capitán don L. L. F. reconoció la deuda contraída en la pensión "Rubi-Pra", según documento que queda unido a las actuaciones y por un importe total de

5.120 ptas., cuantía que hasta la fecha no ha sido abonada por el encartado.—*CG. Oficiales Generales*: Declaró probados hechos similares, con la única salvedad de señalar, seguramente por error mecanográfico, que el procesado y su esposa abandonaron la pensión donde se alojaban, el 6 junio en lugar del 16 en que efectivamente lo efectuaron; estafa (529. 1.º/528. 3.º CP), por cuanto que el encartado, mediante el dolo engañoso que significaba su promesa de hacer efectivas unas pensiones con el importe de su paga, consiguió retardar el cobro de aquéllas hasta que se cumpliera la mensualidad, sin que, llegada ésta, las hiciera tampoco efectivas, abandonando por el contrario la pensión con el evidente propósito de perjudicar a su propietario; haciendo uso de la facultad que concede 61. 4.ª CP., dos meses de arresto mayor, accesorias comunes correspondientes y la específica militar de separación del servicio, e indemnizar al perjudicado en 5.120 ptas.—*Procesado*: Recurso (797 CJM.) alegando tratarse de una deuda de carácter civil y que no tuvo intención en ningún momento de dejar impagado el importe de la pensión, por lo que no se da el delito de estafa que se le imputa.—*Autoridad judicial*: Aprobación.—*Fiscal Togado*: Aprobación, siendo preceptiva la imposición de la pena accesoria de separación del servicio, no obstante haber sido ya anteriormente condenado a ella, toda vez que podría llegar a producir efectos si por aplicación del art. 213 CJM. el procesado fuese rehabilitado por una ley de la primera pena de separación del servicio.—*Defensa*: Tras exponer que no procede la aprobación del fallo dictado por existir error en cuanto a los hechos y no darse las condiciones necesarias para que exista el delito de estafa, absolución; una falta leve prevista en el art. 443 CJM.—En el acto de la Vista el Teniente Fiscal Togado insistió en su escrito de acusación al estimar que concurren claramente las condiciones para que se dé el delito de estafa, como son el perjuicio económico y engaño, ya que el culpable prometió abonar la pensión cuando cobrara sus haberes militares, siendo así que sólo percibía 300 pesetas mensuales, por estar sujeto a descuento; y la Defensa se ratificó en sus puntos de vista, exponiendo que aun en el caso de que su defendido tuviera la paga sujeta a descuento no podría ésta quedar reducida a 300 pesetas, ya que excedería del límite señalado por la Ley.—*CSJM*: Aprueba, porque *la sentencia dictada por el CG. que vió y falló la presente Causa resulta ajustada a derecho en todas sus partes y acertados cuantos pronunciamientos se contienen en la misma, sin que las razones alegadas en el recurso formulado contra ella deban prevalecer por falta de verdadera consistencia, puesto que la declaración de hechos probados —con la única salvedad de ser el día 16 junio la fecha en que el procesado abandonó la pensión—. responde al contenido de los autos; la calificación como estaba del art. 529. 1.º/528. 3.º CP., es perfectamente adecuada y recoge entera y exactamente la actuación del encartado, es asimismo acertado el uso que se hace de la facultad contenida en el art. 61. 4.º del repetido Código a efectos de graduar la extensión de la pena impuesta, siendo igualmente correctos los demás pronunciamientos del fallo en relación al abono de prisión preventiva, a las penas accesorias comunes y la especial militar de separación del servicio, de*

conformidad con lo preceptuado en el art. 221 CJM. y, por último, la responsabilidad civil que se exige de 5.120 ptas. cuya cantidad corresponde al perjuicio ocasionado; por lo que, en conclusión, resulta pertinente acordar la aprobación de la sentencia dictada, haciéndola firme y ejecutoria en todas sus partes (CONSID.º ÚNICO).

17. Homicidios, lesiones y daños por imprudencia temeraria. Art. 565, párrafo primero en relación con 407 420, 4.º/422/563 CP. Caso fortuito. Artículo 8, 8.º CP. Imprudencia simple con infracción de reglamentos. Medida de la pena.

Sent. 24 octubre 1958 (III Región Militar).—El 1 febrero 1957, sobre las seis de la tarde, el procesado, Teniente Médico, don A. D. C., conducía por el trayecto comprendido entre Alcantarilla y Murcia, en dirección a la última localidad citada, la ambulancia de la Jefatura Provincial de Sanidad de Murcia matrícula MU-11328, acompañándole en el mismo vehículo su padre, don A. D. M., que fué quien, como Jefe Provincial de Sanidad, le autorizó para conducirlo, y el conductor que tenía asignada dicha ambulancia, llamado R. G. P.; y al llegar a la altura del kilómetro 329, en el sitio conocido por puente de Cuatro Ojos, marchando a velocidad excesiva, puesto que las inmediaciones de la mencionada carretera se hallaban habitadas y la propia vía de comunicación se encontraba de ordinario, a la hora de referencia, muy concurrida, sin que mediara ninguna urgencia que lo justificase, trató de rebasar a un camión que, también a gran velocidad, circulaba delante de él, a cuyo efecto pidió el procesado paso, que le dió el camión arrimando hacia su derecha, pero, por razones no dilucidadas en la presente causa, cuando la furgoneta-ambulancia se encontraba a su altura, cerca de la cabina, el camión hizo un movimiento hacia el centro de la carretera, aunque dejando siempre paso sobrado para que pudiera discurrir la furgoneta que conducía el encartado, quien arrimó el referido vehículo tanto a la izquierda que perdió su dominio, dando lugar a que saliera de la calzada, chocando contra un árbol y cayendo después sobre un grupo de personas que había, donde causó la muerte de J. N. O., de ocho años de edad, y de P. G. M., de seis años, así como lesiones a R. G. P., que tardó en curar sesenta y siete días, y a A. M. R. y a E. G. V., las cuales precisaron de asistencia facultativa durante un tiempo no bien determinado en la causa, pero que se puede apreciar en más de quince días y menos de treinta. Los gastos ocasionados por la asistencia facultativa a R. G. P. fueron satisfechos por la Caja Nacional del Seguro de Accidentes, sin que conste exactamente si perdió o no parte de sus haberes por estar incapacitado para trabajar a consecuencia de las lesiones. Los daños sufridos por la furgoneta-ambulancia no han sido tasados, no obstante lo cual se estiman en más de 500 ptas., J. N. F., padre del fallecido J. N. O., F. G. M., padre del fallecido P. G. M. y esposo de la lesionada A. M. R., lo mismo que ésta y la también lesionada E. G. V. han renunciado a toda indemnización por los perjuicios sufridos a consecuencia de lo acaecido.—CG. Ofi-

ciales Generales: Declaró hechos probados unos que coinciden esencialmente con los detallados, si bien al referirse a la velocidad que llevaba el vehículo del procesado empleó la frase de que era "superior a la que aconsejaba la más elemental prudencia", y habiendo consignado al hacer alusión al momento en que el procesado iba a pasar al camión que le precedía, que dicho encartado "con inhabilidad y falta de prudencia, en lugar de continuar hasta rebasar el camión como se proponía..." y calificó un delito de imprudencia temeraria, que de mediar malicia integraría dos de homicidio, uno de lesiones graves, dos de lesiones menos graves y uno de daños (565, párrafo 1.º/407/420, 4.º/422/563 CP.). Tres años de prisión menor, con las accesorias legales comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena y la militar de la suspensión de empleo por el mismo tiempo; condenándosele también a privación del permiso para conducir vehículos a motor por cinco años, y debiendo, en concepto de responsabilidad civil, abonar la cantidad satisfecha por la Caja Nacional del Seguro de Accidentes a causa de los gastos de curación del lesionado R. G. P., así como los jornales o haberes que éste hubiere dejado de percibir, en su caso, durante el tratamiento de las lesiones, y debiendo satisfacer a la Jefatura Provincial de Sanidad de Murcia el importe de la reparación de la ambulancia; debiéndose determinar todas las cantidades aludidas en las diligencias de ejecución de fallo.

Defensa: Recurso (797 CJM.) fundamentándolo en que ni de la prueba sumarial, ni aun aceptándose como probados los hechos que se declaran en el citado fallo, puede deducirse como consecuencia la calificación jurídica concretada en el mencionado fallo; habiendo concurrido en el caso de autos circunstancias en ninguna forma imputables al procesado, quien simplemente fué eslabón intermedio en la cadena de sucesos ajenos a su voluntad, que originaron el accidente; y aun aceptándose que hubiere habido por parte del indicado procesado pequeña falta de previsión, ésta no revistió los caracteres de gravedad necesarios para elevar la imprudencia al grado de temeraria.—*Autoridad Judicial:* Disintió por estimar que los hechos son solamente constitutivos de imprudencia simple con infracción de reglamentos, seis meses de arresto mayor, con las accesorias correspondientes y privación de permiso de conducir por tiempo de un año; debiéndosele declarar responsable civilmente en la misma forma concretada en la sentencia disentida.—*Fiscal Togado:* Confirmación.—*Defensa:* Absolución.—*CSJM.:* Revoca, porque si bien la Sala estima que los hechos de autos son constitutivos de un delito de imprudencia temeraria que de haber mediado malicia integraría dos de homicidio, uno de lesiones graves, dos de lesiones menos graves y uno de daños: previsto y penado dicho delito en el artículo 565, párrafo 1.º/407/420, 4.º/422/563 CP.: y ello porque es evidente que en la actuación del encartado, desprovista desde luego de intención delictiva, no se dió solamente un descuido, una sencilla falta de cautela que, unida a la infracción de alguna norma de obligatoria observancia, genere delito de imprudencia simple con infracción de reglamento; sino que el referido procesado exteriorizó en su proceder completa omisión de la prudencia más elemental que debía utilizar o practicar al ser responsable en

cuanto a la conservación de la vida o integridad física de los que con él viajaban o pudieran quedar al alcance del vehículo que dirigía; destacándose la grave falta de diligencia y el olvido de la cautela más imprescindible al llevar la ambulancia a excesiva velocidad por carretera que contaba considerables viviendas a sus lados, y que era objeto de circulación o de permanencia por parte de buen número de peatones; y acentuándose luego la referida imprudencia por el hecho de que, siempre con la misma velocidad no precisa, intentare rebasar al camión que le precedía, prescindiendo al hacerlo del obligado recuerdo de las personas situadas junto a la citada vía de comunicación; siendo de notar, como corolario, que la velocidad de que se ha hecho mención, en ninguna forma venía justificada por la realización de algún urgente servicio por la ambulancia en cuestión. Habiendo originado el imprudente comportamiento la muerte de dos personas, lesiones de más de treinta días de curación a otra, lesiones de más de quince días y menos de treinta días de duración a otras dos personas, y daños en el vehículo por importe de más de 500 ptas. (CONSID.º I), al fijar la extensión de la pena deberían considerarse debidamente las circunstancias ajenas al procesado, influyentes en lo acaecido, del inesperado obstáculo que se le presentó con el viraje del camión hacia la izquierda, que le puso en situación de echarse hacia el bordillo de la carretera, y a la altura de éste, que agravó las consecuencias imprudentes de lo sucedido, fuera ya de la relación de estricta causalidad entre la acción subjetiva y el resultado (CONSID.º IV).—Condena a la pena de un año de prisión menor, con las accesorias legales comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, y con el efecto militar de suspensión de empleo castrense; imponiéndole, además, privación de permiso para conducir vehículos a motor por tiempo de tres años; declarándosele obligado a abonar, en concepto de responsabilidad civil, a la Caja Nacional del Seguro de Accidentes la cantidad satisfecha por ésta como consecuencia de los gastos de curación del lesionado R. G. P., así como a éste los jornales o haberes que, en su caso, hubiere dejado de percibir durante el tratamiento de sus lesiones, y asimismo a la Jefatura Provincial de Sanidad de Murcia la suma representativa del importe de reparación de la ambulancia con la que se verificaron los hechos, debiéndose determinar las cantidades en período de ejecución.

18. **Insulto a superior. Art. 321, 3.º CJM. Personalidad psicopática de tipo explosivo con inestabilidad e intolerancia para tóxicos. Enajenación mental. Art. 185, 1.º CJM. Enajenación mental incompleta. Artículo 186, 1.º CJM. Falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias. Art. 443 SJM. Apreciación de la prueba.**

Sent. 26 octubre 1958 (Ejército España en N. Africa).—El 18 agosto 1956, el procesado M. D. M., núm. 15.835, soldado del Grupo de Regulares de Infantería núm. ..., disuelto y agregado al núm. ..., se hallaba de servi-

cio de cuadra y, después de efectuar su presentación al toque de asamblea, se ausentó por haberle encomendado otro servicio el cabo saliente, según alega con posterioridad, no incorporándose hasta las 13 horas, en cuyo momento fué reprendido por el cabo de facción A. B. H., replicando que no haría el servicio, y al advertirle aquél que pondría su negativa en conocimiento del sargento de semana, intentó agredirle con un palo, lo que no consiguió por haber tropezado éste en la pared, abalanzándose sobre el cabo citado y dándole un mordisco en el antebrazo izquierdo, del que fué asistido en el botiquín del acuartelamiento, sin que conste se originara gasto alguno. Reconocido el procesado en la Clínica Psiquiátrica Militar de Málaga, le fué apreciada una personalidad psicopática de tipo explosivo con inestabilidad e intolerancia para tóxicos, como alcohol y grifa.—*CG. ordinario*: Insulto a superior (321, 3.º CJM.) con la eximente de la responsabilidad criminal del art. 185, 1.º CJM., por cuanto la personalidad psicopática del mismo le hace incapaz para delinquir, y no simplemente titular de una responsabilidad atenuada, siempre que sus delitos materiales fueran consecuencia de aquella personalidad; absolución, y por Otrosí que el procesado debe ser internado en un hospital destinado a enfermos de su clase, del que no podrá salir sin previa autorización competente.—*Autoridad Judicial*: Disintió por notorio error de derecho al apreciar concurre la eximente del art. 185, 1.º CJM., ya que ni de las pruebas practicadas ni del informe emitido por la Clínica Militar Psiquiátrica de Málaga se llega a la conclusión de que el procesado estuviese en un estado de completa y absoluta perturbación de sus facultades mentales, como se requiere para hacer aplicación del aludido precepto legal, según asimismo reiterada jurisprudencia; insulto a superior, con la atenuante del art. 186, 1.º/185, 1.º CJM., seis meses y un día de prisión militar.—*Fiscal Militar*: Conforme con el diseño, pero pidiendo tres años de prisión militar, y apreció asimismo una falta grave (443 CJM.), seis meses de arresto.—*Defensa*: Existencia de la eximente comprendida en el art. 185, 1.º CJM., absolución.—*CSJM.*: *Revoca, pues los hechos declarados probados en el primer resultado de esta sentencia son constitutivos del delito de insulto a Superior, previsto y penado en el art. 321, 3.º CJM., por cuanto el procesado en autos. M. B. M., agredió a su superior jerárquico, el cabo A. B. H., produciéndole lesiones leves de las que fué asistido en el botiquín del Acuartelamiento; y asimismo constituyen la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias, castigada en el art. 443 del mismo Código, integrado por su ausencia injustificada al servicio de cuadra que tenía encomendado y su resistencia a realizarlo cuando le fué ordenado por la víctima (CONSID.º I), y no son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, puesto que aparte de que los Tribunales Militares, conforme a lo dispuesto en el art. 787 del Código marcial aprecian en conciencia las pruebas con arreglo a su racional criterio, de la certificación médica unida a los autos únicamente se desprende que la responsabilidad del procesado se halla atenuada en momentáneos estados de disminución de conciencia provocados por la presencia de tóxicos que exalten su personalidad psicopática, anormal estado que no se acredita concurre-*

ra al cometer el delito (Consid.º III). No procede formular declaración de esta clase de responsabilidad por no haberla exigible (Consid.º IV).—Condena por el delito, sin modificativas, a la pena de un año de prisión militar, con el efecto de pérdida para el servicio y antigüedad de un período de tiempo igual al de la condena; y por una falta leve de inexactitud en el cumplimiento de las obligaciones reglamentarias, del art. 443 del mismo Código, un mes de arresto militar.

19. Deserción al extranjero en tiempo de paz. Art. 370, 1.º Art. 374, párrafo primero CJM. Fuerza irresistible. Art. 185, 9.ª CJM. Tentativa de deserción. Art. 236, párrafo cuarto CJM. Art. 239 CJM. Falta grave. Art. 415. Ausentarse sin autorización. Fraude militar. Art. 403, 4.º CJM. Armas usadas fuera del servicio.

Sent. 31 octubre 1958 (Ejército España N. Africa).—El procesado L. P. C., soldado del Grupo de Regulares de Infantería núm. ..., el 17 junio 1956, tras haber pasado la lista reglamentaria de retreta, abandonó la Unidad en que prestaba sus servicios, destacada en el Campamento de ..., llevando consigo el machete que tenía asignado para su uso en el servicio, internándose en la zona sur de Marruecos, donde hizo entrega del arma a un moro desconocido, permaneciendo en aquel territorio hasta el 29 enero 1958, en que fué devuelto a las Autoridades españolas por los marroquíes. El machete no ha sido recuperado, habiendo sido valorado por la Jefatura de Armamento del Grupo en 196 ptas., cuya cantidad ha consignado el procesado a disposición del Juzgado durante la tramitación.—CG. ordinario: Fraude (403, 4.º CJM.) sin modificativas, un año de prisión militar, accesorias, y satisfacer 196 ptas., importe del machete no recuperado; absolvió del delito de deserción al extranjero y en Otrosí llamó la atención de la Autoridad Judicial por si se considera que la conducta del enjuiciado, ausentándose de la Unidad sin la debida autorización es falta leve militar (443 CJM.).—Fiscal Militar: Recurso (797 CJM.) por manifiesto error en la apreciación de la prueba e implicar la calificación jurídica una evidente infracción de la ley y de la doctrina legal sentada por el CS.—Autoridad Judicial: Disintió por estimar que, constando acreditado en autos que el procesado se ausentó de la Unidad de su destino el 17 junio 1956, penetrando en la antigua Zona francesa del Protectorado, no puede decirse congruentemente que no obró con libertad de movimientos, como se afirma en la sentencia disentida para fundamentar la absolución del delito de deserción, porque, según la versión del procesado, no acredita en autos fuera detenido por las Autoridades marroquíes dos días después, ya que con ello consiguió su propósito de alejarse de las filas del Ejército y eludir sus deberes militares, confirmado por el hecho de que su regreso se debió, no a su voluntad, sino a la iniciativa del Gobierno marroquí, después de transcurrido más de un año y medio de ausencia, cuya conducta integra el delito de deserción al extranjero en tiempo de paz (374, párrafo 1.º CJM.), que debe ser sancionado con la pena de tres años de prisión mi-

litar, accesorias y efectos correspondientes, además del delito de fraude apreciado.—*Fiscal Militar*: De acuerdo con el disenso.—*Defensa*: Alegó la circunstancia eximente 9.ª del 185 CJM. respecto al delito de deserción o alternativamente se apreciara dicho delito en grado de tentativa y se estimara como falta grave del 415, de acuerdo con lo dispuesto en el 236, párrafo 4.º/239 CJM. y, en su consecuencia, se le absolviera o se le impusiera el correctivo correspondiente y se confirmara la sentencia disentida en cuanto al delito de fraude.—*CSJM.*: Revoca, porque *configurado el delito de deserción por el 370, 1.º CJM. en faltar el individuo de las clases de tropa por más de tres días consecutivos de la Unidad de su destino, y establecido —como se deja dicho— que el procesado L. P. C. se ausentó de su Unidad por acto de libre determinación el día 17 junio 1956, marchando a la zona sur de Marruecos, donde continuó ininterrumpidamente hasta el día 29 de enero del corriente año, en que fué reintegrado a las Autoridades y territorio españoles, o sea, que permaneció fuera de filas más de un año y medio, es manifiesta la comisión formal del expresado delito de deserción, que ha de calificarse al extranjero, penado en el 374, párrafo 1.º CJM., por la estancia del desertor en territorio así conceptuado (CONSID.º I), sin que en la causa aparezca prueba alguna de que el encartado pueda hallarse asistido de circunstancias determinantes de exención de responsabilidad, dentro de las que taxativamente enumera el 185 CJM., que precisamente por constituir situaciones jurídicas de excepción necesitan acreditación resultaría agravada sensiblemente en penalidad, debiendo por ello exipara la exculpación del acusado, según se hizo con error notorio por el CG. y se invocó por la Defensa en el acto de la vista ante la Sala (CONSID.º II). Por otra parte al no demostrarse en lo actuado si el machete que se llevó el procesado le usaba fuera de los actos de servicio, hay que resolver la duda en favor de aquél, puesto que de calificar esa circunstancia la deserción resultaría agravada sensiblemente en penalidad, debiendo por ello exigirse una acreditación categórica de tal concurrencia, prueba que aquí no se da (CONSID.º III) y descartado el delito de deserción calificada por las razones expuestas en el precedente Considerando, el hecho de que el soldado procesado dispusiera a favor de otra persona del machete que tenía asignado para su uso en el servicio, en perjuicio de los intereses del Ejército, constituye el delito de fraude en la modalidad que define y sanciona el 403, 4.º CJM (CONSID.º IV). El procesado ha de indemnizar el valor del machete que no ha sido recuperado (CONSID.º VII).—Condena por el delito de deserción al extranjero en tiempo de paz, a dos años de prisión militar con la accesoria de destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, con arreglo a la Ley de Reclutamiento y efecto de pérdida para el servicio y antigüedad por un período de tiempo igual al de la condena; y como autor del delito de fraude, a seis meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y efecto de pérdida de igual período de tiempo para el servicio y antigüedad. En concepto de responsabilidad civil deberá abonar al Estado, Ramo del Ejército, 196 pe-*

setas, valor del machete que no ha sido recuperado, cuyo importe deberá hacerse efectivo con la cantidad consignada por el encausado a disposición del Juzgado Instructor en garantía de dicha responsabilidad.

20. Desobediencia a la fuerza armada. Art. 310 CJM. Apreciación de la prueba. Art. 737 CJM. Art. 799 CJM. Cumplimiento de un deber. Arts. 7 y 51. Reglamento Guardia Civil 14 mayo 1943.

*Sent. 5 noviembre 1958 (II Región Militar).—*En la madrugada del 11 septiembre 1957, en ocasión en que fuerzas de la Guardia Civil pertenecientes al Puesto de Algeciras, prestaban servicio de busca y captura de unos presuntos delincuentes, uno de los guardias llamado M. R. M., hizo fuego sobre un individuo que corría amparándose en unos arbustos, sin que conste oyera éste las voces reglamentarias de "alto a la Guardia Civil" que deben preceder a los disparos, alcanzando uno de ellos al fugitivo que, portador de géneros de contrabando, resultó ser el procesado M. C., sufriendo heridas de las que, según dictamen facultativo, tardó en curar cuatro días, con utilidad para el servicio y aptitud para el trabajo.—*CG. ordinario*: Absolvió, llamando respetuosamente la atención de la Autoridad Judicial respecto a la conducta del Guardia Civil M. R. M.—*Autoridad Judicial*: Disintió por notorio error en la apreciación de la prueba y tras hacer distinto relato de hechos, estimó que éstos debían calificarse como constitutivos de desobediencia a la fuerza armada (310 CJM.), seis meses y un día de prisión y accesorias correspondientes, sin responsabilidades civiles; improcedente tomar decisión alguna respecto a la conducta del Guardia Civil M. R. M., por haber obrado dicho Guardia correctamente.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso.—*Defensor*: Confirmación de la sentencia disentida.—*CSJM*: Conforme porque el *CG.*, haciendo uso del arbitrio que le otorga el 787 CJM., ha llegado a fijar la resultancia que a su juicio arrojan los autos, y es base de su fallo absolutorio, tras una apreciación conjunta de las pruebas aportadas con arreglo a su conciencia y racional criterio, sin dar valor preferente a las que se invocan por la Autoridad Judicial con su Auditor y el Fiscal Togado para propugnar la revocación de aquél, cuya apreciación, por ser precisamente atribución del Tribunal sentenciador y no observarse error notorio en ella, no puede ser motivo de disenso conforme al 779 CJM. (CONSID.º I), y en cuanto a la llamada de atención que se hace a la Autoridad Judicial por el *CG.*, respecto al proceder del Guardia Civil M. R. M., no ha lugar a tomarla en consideración, toda vez que en lo actuado se comprueba palmariamente que el nombrado Guardia obró en cumplimiento de la obligación que le imponen los arts. 51 y 7.º del Reglamento para el servicio del Cuerpo de la Guardia Civil de 14 mayo 1943, de capturar a los infractores de las leyes, recurriendo a las armas cuando sus palabras no hubieran bastado, y en uso también de las facultades que el 310 CJM. le da para la exigibilidad de lo mandado, por lo que el indicado cumplimiento del deber justifica por completo la conducta del repetido Guardia M. R. M. y así debió resolverlo en el

momento procesal pertinente la Autoridad Judicial con su Auditor: en defecto de ello se declara ahora la procedente exculpación, pues que surge de la total investigación practicada en la Causa, que hace innecesario por razones de lógica y economía procesal, abrir un nuevo diligenciado en averiguación de lo ya esclarecido (CONSID.º II).

21. Imprudencia simple con infracción de reglamentos. Arts. 565/422; 563 CP. Responsabilidad civil subsidiaria E. de Tierra. Art. 206 CJM.

*Auto 5 noviembre 1958 (VII Región Militar).—*Por sentencia de 8 junio 1957 se declara probado: que el procesado, cabo J. P. C., el 17 abril 1956, sobre las 12,30 horas, en ocasión en que en acto de servicio marchaba conduciendo la motocicleta E. T. 7556 por el Paseo de Zorrilla de esta Plaza, en dirección a la Rubia, y al desviarse su dirección hacia la izquierda para tomar la calle García Morato, no cedió el paso a otra motocicleta que circulaba por la vía con dirección la Rubia Plaza de Zorrilla y que tenía derecho de paso preferente en relación al vehículo militar por venir por la derecha de la posición en que éste se había situado, colisionando la parte delantera del vehículo civil contra la parte trasera sidecars del vehículo militar, a consecuencia de lo cual sufrió lesiones el paisano M. A. T., conductor de la moto civil, de las que tardó en curar veinticinco días, habiéndolo hecho con utilidad y aptitud para el trabajo, sufriendo daños al vehículo que conducía valorados en 3.050 ptas., e importando los gastos de curación 450 ptas.: la moto militar, con ligera abolladura, fué reparada en el taller del Cuerpo a que pertenecía, no habiéndose valorado, según manifestaciones de éste, por ser de pequeña importancia (RESULT.º I). Estos hechos fueron calificados de imprudencia simple con infracción de reglamentos del que resultaron lesiones y daños (565 CP./422 y 563 CP.): pena de 2.500 ptas., sustituible en caso de impago con un mes de arresto, con privación del permiso de conducir por espacio de un año, debiendo abonar al perjudicado M. A. T. la cantidad de 3.500 ptas., importe de los daños causados en su motocicleta y gastos de curación, así como al Estado (Ramo de Guerra) importe de los desperfectos originados en la moto que conducía, declarando responsable civil subsidiario al Estado por la totalidad del importe de la responsabilidad civil principal, sin perjuicio de la compensación civil a que los daños causados al Ejército hubiere lugar en esta vía subsidiaria (RESULT.º II). Declarada la insolvencia del reo y pasado el expediente al Ministerio del Ejército a los efectos del art. 1.062 CJM., la Asesoría Jurídica emitió informe estimando procedente la responsabilidad civil subsidiaria del ejército por la acordada a favor de don M. A. T., cifrada en 3.500 ptas.; conforme el Subsecretario (RESULT.º III).—*Fiscal Togado: Responsabilidad civil subsidiaria del E. de Tierra en cuanto a la indemnización a satisfacer al perjudicado M. A. T. en la cantidad de 3.500 pesetas.—CSJM.: por los propios fundamentos en que se apoya el informe del Fiscal Togado que la Sala hace suyo en todas sus partes y acreditado que el reo carece en absoluto de bienes para responder de la responsabi-*

idad civil declarados en la sentencia, visto lo dispuesto en el art. 206 CJM. es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en cuanto a la indemnización a satisfacer por tal concepto al perjudicado M. A. T. en la cantidad de 3.500 ptas (CONSID.º ÚNICO).

- 22. Destrucción de documentos militares. Art. 407 CJM. Falsificación documental oficial. Art. 302, 1.º, 2.º y 9.º CP. Art. 318 CP. Falsedad formal. Falsificación: bien jurídico protegido. Art. 303 CP. Documento oficial. Correspondencia oficial. Funcionario que actúa como particular. Buena conducta anterior. Transcendencia del delito.**

Sent. 12 noviembre 1958 (Región Aérea Atlántica).—El 16 enero 1957 el Coronel Director de la Escuela de Especialistas del Arma de Aviación de León, firmó y envió un oficio de la Primera Sección al Director General de Personal del Ministerio del Aire en el que le participaba, para anotación en la documentación personal del Auxiliar Mayor de Primera Clase de la Escala de Auxiliares Administrativos del Departamento, don F. A. H., procesado en esta causa, haberle impuesto seis días de multa por embriaguez, faltas al decoro del funcionario y conducir un coche sin autorización (RESULT. I). Sabedor don F. R. H. de la salida de dicho escrito de la Dirección, lo sustrajo y destruyó. Pocos días después pidió la copia del mismo y ajustado a ella rehizo el expresado oficio al que puso igual fecha y número del Registro de salida, 187/395, y la firma del Coronel Director, para lo cual calcó una auténtica a lápiz y luego, sobre sus rasgos, pasó tinta, remitiendo el oficio así confeccionado a la Dirección General de Personal, en la que tuvo entrada el 22 enero 1957, sin advertirse anomalía alguna hasta que el Coronel de la Escuela dió cuenta de lo acaecido (RESULTANDO II).—CG. ordinario: Destrucción indebida de documento militar (407 CJM.), seis meses y un día de prisión, y falsificación de documento oficial (302, 1.º, 2.º, 9.º/318 CP.), seis meses y un día de presidio menor y multa de 500 ptas. y accesorias correspondientes, sin responsabilidades civiles.—Defensa: Recurrió (797 CJM.).—Autoridad Judicial: Disintió por estimar únicamente el delito de destrucción indebida de documento militar (407 CJM.), pero no el de falsificación de documento oficial (302/318 CJM.), porque siendo uno de los requisitos esenciales para la existencia de tal delito de falsificación, según Jurisprudencia que el Auditor cita en su dictamen, la mutación de la verdad en alguna de las formas que el propio precepto establece, falta tal requisito en el caso de autos, pues si bien el procesado redactó por sí el documento que autorizó con la firma fingida del Jefe de la Maestranza, no es menos cierto que este documento reproducía en todos sus términos el que destruyó y la consecuencia de esa falsedad formal fué la anotación del correctivo impuesto en su expediente personal, restableciendo así el orden jurídico por él perturbado con aquella destrucción, por cuyo delito ya le condena el CG.; no ha lugar a resolver el recurso por fuera de plazo.—Fiscal Togado: Disenso para llegar a la conclusión de que el procesado cometió el delito de falsificación por el

que se le condena en la sentencia, por estimar que no se trata en el caso de autos de una alteración de documento verdadero existente, ni de constatación falsa de un hecho, sino de creación de un documento que no es auténtico y que el interés jurídico protegido es únicamente la autenticidad, de tal manera que la infracción existe en cuanto el documento aparezca al tráfico jurídico e induzca a error sea o no verdadero su contenido, puesto que no se pena en tal caso una supuesta falsedad intelectual, sino la suplantación del llamado a utilizarlo (302, 9.º/303 CP.) dado que aquel, aunque funcionario público, actuó como particular, y tras señalar la omisión de no haberse determinado en la sentencia la participación del procesado en los delitos de los que se le declara responsable y que debe rectificarse la pena de multa respecto al delito de falsificación y fijarse en la cuantía de 1.000 ptas. (303 CP.), solicitó la revocación de la sentencia disentida.—*Defensa: Absolución.—CSJM.: Revoca, pues el escrito de mención cursado por el Director de la Escuela de Especialistas de León al de personal del Ministerio del Aire, constituye evidentemente correspondencia oficial, ya que fué expedido por funcionario de este orden en el ejercicio de su cargo y por conveniencia o necesidad del servicio, por lo que la apropiación y destrucción intencionada de tal oficio que llevó a cabo el encartado, adscrito al Ejército del Aire, con propósito indudable de que no llegara a surtir en su expediente personal los efectos a que tendía de anotar la corrección impuesta, configura claramente el delito de ocupación y destrucción indebida de documento militar en su especie de correspondencia Oficial, a que se refiere el último supuesto del 407 CJM. (CONSID.º I), y razonado el carácter oficial de la rebatida comunicación de Director a Director de la Dependencia y Centro, respectivamente, del Ejército del Aire, queda igualmente manifiesto que el documento que la contiene es oficial y como el procesado tras hacerlo desaparecer, le suplantó con el otro escrito de la misma redacción y destino, pero en el que estampó la firma calcada del Coronel Director de la Escuela, como si éste realmente lo hubiese suscrito, resulta bien patente la simulación del documento y de tal manera indujo a error sobre su autenticidad que fué reputado de la procedencia cierta que aparentaba; de todo lo cual surge la comisión del delito de falsificación en la modalidad del 302, 9.º CP. la que no requiere otros elementos para su perfección (CONSID.º II), si bien aunque en el encartado se diera la condición de funcionario público, no se prevaleció de ésta para con su abuso coger el documento en cuestión, sino que en tal apoderamiento y consiguiendo destrucción obró como particular por lo que su culpabilidad encaja exactamente en la que describe el 303 CP. (CONSID.º III). No concurren circunstancias eximentes ni modificativas de la culpabilidad, pero en atención a la buena conducta anterior del acusado, a la naturaleza del documento y a la intrascendencia material del delito, la Sala usa de las facultades que el 318 CP. le confiere a fin de rebajar en un grado la penalidad (CONSID.º V), ni ha lugar a exigir responsabilidad civil (CONSID.º VI).—Condena por el delito de destrucción indebida de correspondencia oficial, a seis meses y un día de prisión con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena,*

y por un delito de falsificación en documento oficial cometido por particular, a un mes y un día de arresto mayor con iguales accesorias, y 1.000 pesetas de multa, sustitutiva si no la satisficere por quince días de arresto.

23. Hurto propio. Art. 514, 1.º CP. Apropiación de cosa perdida. Art. 514, 2.º CP. Receptación habitual. Art. 546 bis a), párrafos primero y tercero/546 bis b). Determinación de la pena. Art. 546 bis c) y e). Pena excesiva. Art. 2.º, párrafo segundo CP. Apreciación de la prueba. Receptación frustrada. Art. 3.º, párrafo segundo CP.

Sent. 14 noviembre 1958 (Departamento marítimo El Ferrol).—El 27 agosto 1955, con ocasión de ir a bordo de una embarcación por las proximidades donde se encuentra el buque "Ftelia" hundido en las cercanías de Finisterre, los procesados M. L. Q., P. O. I., R. R. T. y J. A. M., en unión de A. L. —ausente, menor de dieciséis años y que no participó lucrativamente en la sustracción—, se apoderaron de una pieza perteneciente al citado buque, que se hallaba en la mar y en sus alrededores, la que ha sido recuperada y valorada en 700 ptas. (RESULT.º I). La referida pieza metálica fué vendida a la procesada C. C. T., y posteriormente por ésta al igualmente encartado A. P. M., no obstante conocer ambos su ilícita procedencia, siendo recuperada la repetida pieza por la Guardia Civil al notar movimientos extraños cuando cargaban el camión que había de transportarla en unión de otros efectos adquiridos por el citado P. (RESULT.º II). El procesado A. P. M. fué condenado en 7 octubre 1952, a 1.000 ptas. de multa por un delito de infracción de la Legislación Marítima, y el 1.º febrero 1955 a dos meses y un día de arresto mayor por un delito de hurto (RESULT.º III). *CG. ordinario*: Declaró probados hechos concordantes, con única salvedad de no señalarse que la pieza sustraída fué recuperada en el preciso momento en que iba a ser transportada en el camión de P. con otros efectos; por lo que se refiere a los procesados P. O., R. R., M. L. y J. A. M. un delito de hurto (514, 1.º y 515, 3.º CP.) imponiendo a cada uno dos meses y un día de arresto mayor y accesorias legales; para C. C. T., un delito de receptación (546 bis apartado a) párrafos 1.º y 2.º CP.), un mes y un día de arresto mayor, y, finalmente, para el mismo procesado A. P. un delito de receptación del art. 10, 15.ª CP. al graduar la pena atendiendo a lo dispuesto en el art. 546 bis e) lo condenó a seis años y un día de presidio mayor y multa de 30.000 ptas.; llamando por Otrosí la atención de la Autoridad Judicial a efectos de lo dispuesto en el art. 2.º, 2.º CP. por estimar excesiva la pena impuesta a P., teniendo en cuenta la poca trascendencia del hecho, el haberse recuperado el objeto sustraído, las penas impuestas a los otros procesados y la participación de este encartado la que por lo menos apunta una frustración.—*Procesado A. F. M.*: Recurso (797 CJM.) por entender que de las diligencias obrantes en autos no existe constancia alguna que acredite conociera la existencia del delito contra la propiedad o aprovechamiento por su parte, por lo que no se dan ninguno de los requisitos indispensables para que existiera el delito de receptación; haciendo asimismo

algunas consideraciones sobre la desproporción entre la pena que se le impone y la de los restantes procesados.—*Autoridad Judicial*: Conforme en lo que se refiere a declaración de hechos probados, calificación jurídica y penas impuestas a los procesados O., R., M. y L., disintió al estimar que se incurrió en error de derecho, ya que de conformidad con lo dispuesto en el art. 546 bis a), C. O. T. debió ser condenada, además de a la pena de arresto mayor que se le impuso, a otra multa de la cuantía de 10.000 ptas., discrepando asimismo respecto a la apreciación de la prueba que hizo en relación con el encartado A. P. M., toda vez que a su juicio y de un examen detenido de los autos, no existe base alguna que acredite que dicho procesado comprara a C. la pieza sustraída, por lo que en consecuencia debió ser absuelto al no existir pruebas de su culpabilidad.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso, aunque encuadrando el hurto en el art. 514, 2.º CP.—*Defensa*: de los procesados O., R., M., L. y C. C. T., solicitó la confirmación; la del A. P., absolución, por sumarse a la opinión sustentada por el Fiscal Togado y entender que el propio CG., en el Otrosí de la sentencia, pone en duda la participación de su defendido.—*CSJM*: Revoca, porque *una ponderado apreciación de la prueba obrante en autos acredita suficientemente que los hechos ocurrieron tal y como se recogen en los tres primeros Resultandos de esta sentencia, concordantes en lo fundamental con los del CG. que la vió y falló, con la única adición de haber sido recuperada la pieza en el momento de ser cargada en el camión que había de transportarla en unión de otros efectos de P., por lo que, en consecuencia, no resulta procedente disentir del fallo dictado por dicho Tribunal inferior, por lo que a tal apreciación de la prueba se refiere, al no darse el manifiesto error que preceptivamente señala el art. 799 CJM. (CONSID.º I), pero los hechos realizados por los procesados P. O., R. R., M. L. y J. A. M. son integrantes de un delito de hurto previsto y penado en el art. 514, 2.º y 515, 3.º CP., toda vez que según confiesan los propios encartados, se apoderaron de una pieza metálica, hallada en el mar, con intención de lucro y cuyo valor asciende a 700 ptas. (CONSID.º II). En cuanto a la compra por la procesada C. C. T., a los también procesados de mención, de la pieza metálica que éstos hurtaron, a sabiendas del origen ilícito de ella y para lucrarse con la misma, así como la posterior venta de tal efecto al igualmente encartado A. P. M., que con análogo conocimiento de la procedencia ilegítima de aquél, lo adquirió con el mismo propósito de aprovechamiento, constituyen el delito de encubrimiento y receptación comprendido en el art. 546 bis a) CP., en su párrafo primero, por lo que afecta a C. T. y en su párrafo final respecto a A. P., ya que a éste, al no tener un establecimiento de chatarrería abierto al público, le abarca notoriamente el concepto de reo habitual que contiene el art. 546 bis b) del expresado Código (CONSID.º III). Para dejar bien dilucidado el punto más debatido en la Causa del alcance o medida de la inculpación contra el procesado P. —pues con relación a la otra procesada C., no hay sobre su culpabilidad, tan definida, cuestión alguna— es de tener en cuenta que suprimida en el CP. vigente la modalidad de encubrimiento punible que constaba en los Códigos anteriores bajo una forma de codeincuencia informada por aprovecharse quienes no tomaron*

parte en el delito de los efectos de éste, conociendo su procedencia e implantando, en cambio, por la Ley de 9 mayo 1950 en el Capítulo VI bis del Título XIII del Libro II de aquel Código, como delito independiente el de encubrimiento con ánimo de lucro y receptación, es indudable que los tipos de este nuevo delito en cuanto existen y se configuran con entera sustantividad, pueden contemplarse al igual que en los demás delitos susceptibles de progresiva generación, en estados de completa o de incompleta realización, no sólo porque a la tentativa y al delito frustrado los reputa generalmente punible el CP., art. 3.º, en los delitos que comprende, sin circunscribir o limitar el castigo de esos estados imperfectos a casos determinados, ni excluir, tampoco, a éstos de sanción a veces, sino porque, refiriéndonos ya concretamente a la actuación que se declara probada de P., los actos ejecutivos de su resolución de aprovecharse de lo receptado integrantes del delito calificado, son claramente fraccionables en su desarrollo, toda vez que los tratos y consiguientemente acuerdo de adquirir, el traslado del objeto, la entrega, la recepción y, en fin, la disponibilidad de éste, representan de modo palmario momentos o etapas diferenciadas integrantes del iter criminis, y como el procesado recorrió en cuanto estuvo de su parte dicho camino conducente a lograr el provecho del efecto hurtado, pero sin conseguir, a pesar de ello, disponer del mismo por causa tan ajena a su voluntad como la inesperada interacción de la Guardia Civil, que ocupó la pieza metálica cuando iba a ser entregada en el local que indicara el P., quien así no llegó a tenerla virtualmente en su poder, ofrécese, en definitiva, un fiasco del referido propósito de aprovechamiento, por lo que al consistir en éste, precisamente, el delito en que incidió el repetido individuo (según se razonó en el número anterior) le es atribuible a falta de la consumación objetiva puesta de manifiesto, en grado de frustración con arreglo al mentado art. 3.º CP. (CONSID.º IV). De los calificados delitos, y concretamente por lo que se refiere al de hurto, aparecen responsables en concepto de autores por su participación personal, directa y voluntaria en los hechos, los procesados P. O. I., R. R. T., M. L. Q. y J. A. M. y del de receptación son igualmente responsables como autores, a tenor de lo preceptuado en el art. 14. 1.º CP., los asimismo encartados C. O. T. y A. F. M. (CONSID.º V). No son de apreciar circunstancias eximentes ni modificativas para los procesados O., R., L., M. y C. T., y en lo concerniente a P., aunque concurre la reincidencia derivada de una anterior condena de dos meses y un día de arresto mayor por robo, su valoración queda subordinada al amplio arbitrio que para graduar las penas por el delito que le es atribuible concede al Tribunal el art. 546 bis e) CP., que destaca como elementos de juicio, junto con la personalidad del delincuente, la trascendencia del hecho y la naturaleza y el valor de los efectos del delito, ciertamente de reducidas cuantía y utilidad, que deben reflejarse en la penalización por ser lo más destacable (CONSID.º VI). Al fijar las penas correspondientes a C. T. y a P., es preceptivo en cuanto a C., que la privativa de libertad no exceda de la señalada al delito encubierto, en observancia del art. 546 bis a), párrafo 2.º, y en lo que atañe a P., bajar a la pena inmediata inferior en grado a la establecida para el delito con-

sumado, conforme al art. 51 del mismo Ordenamiento Legal (CONSID.º VII). No ha lugar a exigir de responsabilidades civiles por haberse recuperado el efecto sustraído (CONSID.º VIII).—Condena a P. O. I., R. R. T., M. L. Q. y J. A. M., por un delito consumado de hurto, a dos meses y un día de arresto mayor, con las accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; a la procesada C. C. T., por un delito consumado de receptación, a un mes y un día de arresto mayor, con las mismas accesorias y multa de 5.000 pesetas, sustituible en caso de impago por un mes de arresto; y, finalmente, al encartado A. P. M., por un delito de receptación en grado de frustración, concurriendo la agravante de reincidencia y haciendo uso del arbitrio que concede el art. 546 bis c), a seis meses y un día de presidio menor con las accesorias comunes correspondientes y multa de 15.000 pesetas, sustituible en caso de impago por un mes y quince días de arresto.

**24. Daños por imprudencia temeraria. Arts. 565/563 CP. Caso fortuito.
Artículo 8, 8.º CP.**

Sent. 19 noviembre 1958 (E. de España en el N. de Africa).—El 30 noviembre 1957, sobre las 8 horas 30 minutos, marchaba en dirección a Tetuán el vehículo matrícula CR. 2263, conducido por el paisano A. P. M., cuyo vehículo iba seguido por el hoy procesado A. L. D., soldado del Grupo de Automóviles de la Comandancia General de Ceuta. Al llegar a la altura del lugar denominado puente de Condesa, el conductor del vehículo civil pretendió virar a su izquierda para dirigirse a una pista que no tiene carácter oficial, y al efecto hizo la señal reglamentaria con el brazo izquierdo, pero después de haberse ceñido a su derecha, siendo advertida dicha señal por el encartado, el que, creyendo que el irse a la derecha el vehículo que le precedía era señal de que le cedía el paso, había iniciado el adelantamiento; lo cual, unido a la escasa distancia que separaba ambos vehículos en el momento en que A. P. efectuó la señal con el brazo antes aludida, ocasionó que los dos coches entraran en colisión, produciéndose desperfectos en ambos, tasándose pericialmente los mismos en la suma de 1.314 ptas., por lo que se refiere al civil, así como en la cantidad de 8.700 pesetas en lo que afecta al de matrícula militar.—*CG. ordinario*: Daños (563 CP.) imputable al procesado A. L. D. pero concurriendo en éste la circunstancia eximente de responsabilidad criminal recogida en el art. 8.º, 8.º CP. Absolvió y por medio de Otrosí, llamó respetuosamente la atención de la Autoridad Judicial en lo que se refiere a posibilidad de que los hechos objeto del procedimiento fuesen imputables al conductor civil A. P. M. *Autoridad Judicial*: Disintió, por entender haberse cometido imprudencia temeraria de la que resultaron daños (565, párrafo 1.º/563 CP.); 5.000 pesetas de multa, sustituible, caso de no ser satisfecha, por tres meses de arresto, y privación del permiso para conducir vehículos de motor durante tres años; siendo responsable civilmente dicho encartado por la suma de 8.700 ptas., a abonar al Estado, y por la de 1.314 ptas., a pagar al dueño del

vehículo particular.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso, pero sólo dos años de privación del permiso de conducir.—*Defensa*: Absolución.—*CSJM*: Confirma, porque la Sala entiende que el CG., al apreciar en su conjunto la prueba obrante en autos y al valorarla debidamente en orden a los correspondientes pronunciamientos jurídicos, no incurrió en error notorio de ningún género; y en concordancia con ello estima que dicho CG., obró con acierto cuando, al declarar dichos pronunciamientos, precisó que si bien a causa de los hechos de autos resultaron los dos vehículos en cuestión con daños, concurre en el procesado la circunstancia de exención de la responsabilidad criminal que se define en el art. 8.º, 8.º CG., por cuanto en el proceder de dicho encartado no coincidió ni intención maliciosa ni modo de obrar imprudente.—*Otrosí*: que la Sala entiende que no procede tomar en consideración la llamada de atención que, por medio de otrosí, efectuó el CG. en cuanto a posible responsabilidad del conductor civil A. P. M.

25. Varada por imprudencia. Art. 61, párrafo segundo LP y DMM. Teniente Fiscal Togado de la Armada. Art. 126 CJM. Apreciación de la prueba. Art. 787 CJM. Art. 799 CJM.

Sent. 26 noviembre 1958 (Base Naval Canarias).—El 20 septiembre 1956, el buque correo "La Palma", verificaba su travesía habitual, desde el Puerto de Santa Cruz de Tenerife al de Las Palmas, retirándose su Capitán don E. C. G. a descansar, una vez salido del primer puerto citado, después de dar las instrucciones oportunas respecto a rumbo y navegación, así como que se le despertase al estar N. S. con la Isleta, y a las 6,30 horas del día siguiente, hallándose el buque a más de una milla de la Isleta en posición N. S., el Primer Oficial que estaba de guardia en el puente, don J. L. G., ordenó rumbo S. 63 al E, de aguja, para abrirse un poco, llamando seguidamente al Capitán siguiendo las órdenes de aquél. Cuando dicho Capitán se estaba vistiéndolo, sobre las 6 horas 40 minutos, se notó cómo el buque rozaba con algún objeto sumergido, siguiendo su marcha normal, y sin que de momento se observara avería alguna, aunque una vez atracado el buque en el puerto de La Luz y reconocido, se le observaron averías, valoradas en 365.000 ptas., renunciando a las posibles responsabilidades civiles tanto la Compañía Armadora como la Aseguradora, por entender se trata de un accidente fortuito. La conducta observada por el Capitán C. y por el Primer Oficial G., en relación con esta navegación fué normal, adoptando las medidas normales de precaución, en la forma que siempre venían verificándose en este viaje tan repetido.—*CG. ordinario*: Absolvió por estimar que los hechos enjuiciados no revisten caracteres de delito, ya que la conducta observada en los mismos fué normal, sin que se pueda apreciar, por tanto, la grave negligencia o imprudencia necesaria para la tipificación del delito que se les imputa, y mucho menos dolo, como tampoco imprudencia temeraria o con infracción de Reglamentos, que de existir podría dar vida a un delito de daños.—*Auditor*: Aprobación.—Co-

mandante General de la Base: Disintió por entender que la derrota del vapor correo "La Palma" iba más cerca de la costa de lo indicado por ambos procesados, error que tenían medios de haber observado y corregido, y que abunda, por ende, en la confirmación de la no normalidad de su conducta marinera el hecho de que el Primer Oficial que montaba la guardia en el momento del accidente corriese poco antes el rumbo para dar un mayor resguardo, lo que indica se apercibió de que navegaba excesivamente cercano a "las bajas" y quiso subsanarlo corrigiendo el rumbo en cinco grados hacia fuera, medida que resultó insuficiente y tardía; un delito de varada (61, párrafo 2.º de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante), tres meses de arresto mayor con las accesorias legales.—*Fiscal Togado:* Dicho Ministerio Público los trasladó a los oportunos efectos al Teniente Fiscal Togado de la Armada (126 CJM.), por tratarse de asunto técnico profesional del ramo de Marina. Aprobación, por estimar que no existió error notorio en la apreciación de la prueba, ya que ésta se hizo en consonancia con los datos del proceso, no hubo varada, sino una simple rozadura, y tampoco la nota de gravedad en la imprudencia o negligencia que exige el art. 61, párrafo 2.º Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante para que exista la figura delictiva que se les imputa.—*Defensa:* No hay delito de varada, ya que para ello sería necesario que el buque, a más de tocar con un fondo hubiera quedado inmovilizado, lo que no ocurrió en los hechos de autos, absolución.—*CSJM.:* Confirma, porque la cuestión que se plantea en la presente Causa y motivo que dió origen al discontimiento se refiere a la apreciación de la prueba, lo que el CG. realizó en conciencia con arreglo a su racional criterio y dentro del arbitrio que a dichos Tribunales concede el art. 787 CJM., por lo que el haber hecho un uso correcto de sus atribuciones en cuanto a la estimación de las pruebas obrantes en autos, la Sala respeta, de acuerdo con reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal, la declaración de hechos probados del aludido CG. (CONSM.º I).

26. Varada por imprudencia. Art. 61, párrafo segundo LP y DMM. Teniente Fiscal Togado de la Armada. Art. 126 CJM. Reiteración. Artículo 10, 4.º CP. Determinación de la pena. Art. 4.º LP y DMM. Art. 565, párrafo tercero CP. Responsabilidad civil.

Sent. 26 noviembre 1958 (Departamento Marítimo El Ferrol).—El 29 enero 1956, el vapor español "Arraiz", Folio 412 de la Primera Lista de Bilbao, navegaba por las costas del Perú al mando del procesado Capitán de la Marina Mercante don A. B. B., en viaje del Callao a Matarani, con cargamento de trigo, llevando una derrota muy próxima a tierra, después de pasar los Infiernillos, siendo advertido más tarde el encartado por la Oficialidad de la conveniencia de echar hacia fuera, dadas las indicaciones existentes en la carta, de navegar con precaución en dichos lugares, haciendo caso omiso por manifestar que había una corriente que restaría mucha velocidad al buque (RESULT.º I). Siguiendo la navegación en la forma indi-

cada, a las 20 horas 10 minutos, con ocasión de ser vista una luz con tres cuartas de babor, dispuso el capitán procesado se efectuaran las marcaciones correspondientes, comprobándose se trataba de Punta de San Juan, en vista de lo cual ordenó, a las 20 horas y 22 minutos abrirse, gobernando cuatro grados más a estribor y disminuir la velocidad del buque, haciendo señales fónicas por existir condiciones favorables para niebla o calina; no obstante, diez minutos más tarde encallaba el buque en las rocas Negras de las proximidades de Punta de San Juan, solicitándose por el encartado, y ante la imposibilidad de desencallar al buque por sus propios medios, auxilio a las Autoridades peruanas, consiguiéndose se salvara toda la dotación y produciéndose averías en el repetido buque, el que tuvo que ser partido, que han sido valoradas en 20.000.000 de ptas., y la pérdida de parte del cargamento por un valor de 1.697.897,88 ptas. (RESULT.º II).—*CG. ordinario*: Tras de estimar que de la prueba obrante en autos se llega a la conclusión de que existía niebla en la zona donde navegaba el buque y que la varada de éste no fué debida a negligencia de su Capitán, sino a tal niebla, absolvió libremente al procesado don A. B. B. por no estimar en el mismo responsabilidad alguna y entender se trataba de un accidente fortuito.—*Fiscal*: Recurso (797 CJM.) por error notorio en la apreciación de la prueba, por estimar que del conjunto de la practicada se desprende la existencia de una grave negligencia por parte del procesado y que, en consecuencia, los hechos perseguidos estaban tipificados en el art. 61, párrafo 2.º Ley Penal y Disciplinaria Marina Mercante.—*Autoridad Judicial*: Disintió por notorio error en la apreciación de la prueba, ya que del informe de las Autoridades peruanas se desprende que el estado del tiempo era propicio para la existencia de neblina o calina, pero no niebla cerrada, existiendo declaraciones en autos de que no había niebla y, por último, porque la derrota seguida por el buque no fué la más adecuada para evitar el accidente; un delito de varada por imprudencia del art. 61 LPMM., dos meses y un día de arresto mayor y, en concepto de responsabilidad civil, 21.697.897,88 ptas.—*Fiscal Togado*: (De conformidad con el art. 126 CJM., por tratarse de asunto técnico profesional del Ramo de Marina, el Teniente Fiscal Togado de la Armada.) Conforme con el disenso, pues de la prueba obrante en autos se desprende que de haber existido niebla hubiera sido inoperante para la producción del resultado si la derrota seguida hubiera sido adecuada, cosa que no sucedió sino que, por el contrario, se registra la omisión de las más elementales precauciones precisas en toda navegación, concurriendo la agravante de reiteración al haber sido condenado con anterioridad a treinta años de reclusión por rebelión militar, aunque la apreciación de tal circunstancia no constriña el arbitrio del Tribunal para la imposición de la pena, dado lo establecido en el art. 4.º LPMM. y artículo 565, párrafo 3.º CP., dos meses y un día de arresto mayor con la accesoria legal correspondiente y al pago de 21.697.897,88 ptas.—*Defensa*: Confirmación del fallo dictado por dicho Tribunal sentenciador constituido por Jefes y Oficiales del Cuerpo General de la Armada por tratarse de asunto puramente técnico, alegando el apasionamiento y presiones que, a su juicio pudieran existir en alguno de los testigos que deponen y extraño que

resulta el no haber sido oído el Primer Oficial como más caracterizado de a bordo, añadiendo, finalmente, que según reconocen los propios Agregados, el procesado no abandonó su puesto de vigilancia, señalando el rumbo y tomando todas las precauciones oportunas, acreditando sus cualidades las manifestaciones del propio Gerente de la Compañía armadora, el que expresó ser el mejor y más experimentado Capitán, absolución.—CSJM.: Revoca, porque una ponderada apreciación de la prueba practicada acredita que los hechos ocurrieron tal y como se recogen en los dos primeros Resultandos de esta sentencia y excluye la interpretación dada por el CG., que se fundó solamente en las declaraciones del procesado totalmente desvirtuadas por cuantas pruebas se han practicado en autos, ya que los testigos presenciales que deponen manifiestan la peligrosa derrota seguida por lo muy próximo que navegaban a la costa, sin tener en cuenta la señales de peligro que figuran en la carta, siendo advertido el encartado y haciendo caso omiso hasta unos minutos antes de ocurrir el accidente en que ordenó abrirse, resultando deficientes y tardías tales medidas, como se aprecia en el informe pericial practicado ante el Juez Instructor de la presente Causa, criterio que también se mantiene en el dictamen formulado por las autoridades peruanas en el que se afirma obró con un exceso de confianza lindante con la temeridad; debiendo asimismo señalarse que en el parte del Servicio Hidrográfico y Faros de las propias autoridades peruanas en relación con el estado del tiempo reinante en el lugar y fecha de ocurrir el accidente se dice que solamente existían condiciones favorables para la niebla o calina, y no por tanto niebla como se da por probado, por lo que, en consecuencia, y no obstante el criterio sostenido por reiterada jurisprudencia de este Alto Tribunal de respetar la declaración de hechos probados que se formulan por el Consejo de Guerra dentro del arbitrio que la Ley le confiere, en el presente caso resulta obligada la revocación al existir el manifiesto error que en cuanto a la estimación de la prueba preceptúa el art. 799 CJM. (CONSID.º I), y, por consiguiente, los hechos realizados por el procesado son constitutivos de un delito de varada por grave negligencia, previsto y penado en el art. 61, párrafo 2.º de la vigente Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante al concurrir cuantos requisitos se exigen para la existencia de la imprudencia temeraria, como son la omisión voluntaria y no maliciosa de la necesaria precaución exigible en evitación de un mal posible que, debiendo serlo, no fué previsto: relación de causalidad entre la citada omisión y el resultado dañoso sufrido y especial cualificación de la omisión productora del resultado por la ausencia en ella de la diligencia mínima a la que cualquier Capitán de buque hubiera debido acomodar su conducta en situación semejante (CONSIDERANDO II). Concorre y es de apreciar la agravante de reiteración señalada en el art. 10, 14.ª CP, por haber sido condenado con anterioridad a los hechos de autos a treinta años de reclusión por un delito de rebelión militar, y si bien la apreciación de la citada agravante no constriñe el arbitrio judicial a efectos de la pena a imponer dado lo dispuesto en el art. 4.º de la aludida Ley en relación con el art. 565, 3.º CP., la Sala, teniendo en cuenta el gravísimo perjuicio ocasionado al buque, el que tuvo que ser

seccionado y se perdió en parte, así como la carga desaparecida, estima que la pena a imponer procede sea la inmediata superior a las señaladas de conformidad con lo dispuesto en el art. 5.º, 2.º párrafo 1.º de la repetida LPDMM. (CONSID.º III), toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, por lo que en el presente caso la aludida responsabilidad civil deberá fijarse en la suma de 20.000.000 de pesetas a que ascienden las averías producidas en el vapor "Arraiz" y 1.297.897,83 ptas., por lo que se refiere al valor de la parte del cargamento perdido (CONSID.º IV).—Condena por un delito de varada por grave negligencia, a la pena de tres años de prisión menor con las accesorias de suspensión de toda cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; exigiéndosele en concepto de responsabilidad civil la cantidad de 20.000.000 de ptas., valor a que ascienden los daños producidos en el vapor "Arraiz", y 1.697,897,88 ptas. que importa la parte del cargamento perdido, cuyas cantidades deberá abonar a los perjudicados.

- 27. Delitos contra el honor militar. Art. 352 CJM. Abandono de destino. Artículo 365, 3.º CJM. Quebrantamiento de arresto. Art. 437, 8.º Falta leve incidental. Segunda embriaguez. Art. 444, CJM. Prescripción. Art. 249 CJM. Responsabilidad civil.**

Sent. 28 noviembre 1958 (I Región Militar).—El 21 enero 1950, el entonces Teniente don A. R. H., destinado en el Regimiento de Caballería Cazadores núm. ..., y que se hospedaba en la Residencia de Oficiales de Alcalá de Henares, estaba en el bar de la Residencia tomando unas copas de licor y en completo estado de embriaguez. Al dar las cuatro de la madrugada de dicho día ordenó al soldado de Caballería F. C. A., que prestaba servicio en el local, le acompañara a subir a su habitación para quitarle las botas, lo que cumplimentó el requerido, en unión de otro soldado, si bien el primero procuró y consiguió ocultarse antes de entrar en el cuarto por miedo a que el Teniente le obligara a dormir con él, según había intentado forzarle el día cuatro anterior. Veinte minutos después, cuando ya el otro soldado había salido de la habitación del Teniente y parecía que éste se había acostado, procedió el soldado C. a retirarse hacia su dormitorio, pero se encontró con que le aguardaba en el corredor el procesado, quien después de increparle duramente, le ordenó se pusiera en posición de firmes y dándole dos bofetadas le obligó a entrar en su habitación, a quitarse la sahariana, los pantalones y las botas y a echarse en la cama, donde el procesado se arrojó sobre él, besándole y succionándole el miembro viril. Minutos después, el soldado C. logró escapar de la habitación del Teniente, dando parte al cabo primero encargado del personal de tropa de la Residencia, el cual lo trasladó al Teniente Secretario de la misma, originándose así la presente causa, en la que recayó sentencia absolutoria, fecha 29 julio 1950, a favor del repetido soldado C. por estimarse había obrado bajo la "fuerza irresistible" de que le hizo víctima el Oficial (RESU-

TANDO D). Como consecuencia del parte antes citado, transmitido por el Coronel Presidente de la Residencia de Oficiales al Coronel Comandante Militar de la Plaza de Alcalá de Henares el día 22 enero 1950, dicha Autoridad ordenó el arresto en la Sala de Estandartes del Regimiento de Caballería Cazadores núm. como Guardia de Principal, del Teniente don A. R. H., a cuya Sala pasó éste, pero para fugarse de la misma a las once horas, el 23 siguiente, marchando a Barcelona y otros lugares no precisados, incluyendo el de Ibiza (Baleares), donde contrajo matrimonio en 23 de diciembre 1955, y donde fué detenido por la policía el 12 junio 1957, por estar ordenada su búsqueda y captura a resultas de la presente causa, en la que se le había declarado en rebeldía. Sometido a reconocimiento médico, no presenta ningún síntoma clínico de enfermedad mental, aunque sí datos de alcoholismo reiterado. En 7 marzo 1951 fué dado de baja en el Ejército por hallarse en ignorado paradero (RESULT^o II).—*CG. Oficiales Generales*: Delito contra el honor militar (352 CJM.) y otro de abandono de destino (365, 3.^o CJM.) así como una falta grave de quebrantamiento de arresto (437, 8.^o) y una falta leve incidental de segunda embriaguez no estando de servicio (444 CJM.); un año de prisión militar y separación del servicio con las accesorias correspondientes por el delito contra el honor militar, seis meses y un día de igual prisión militar por el delito de abandono de destino, y correctivos de dos meses y un día y dos meses de arresto militar por las faltas de quebrantamiento de arresto y de segunda embriaguez, respectivamente.—*Autoridad Judicial*: Conformidad.—*Fiscal Militar*: Aprobación.—*Defensa*: Estimó que se había extinguido la responsabilidad penal por los delitos y faltas imputados a su patrocinado, toda vez que el art. 249 del CJM., que señala los plazos de prescripción de los delitos castigados con penas comunes, no lo hace expresamente para los que lo sean con penas militares y, por lo tanto, entiende que los sancionados con prisión militar prescriben en el término de cinco años que dicho precepto determina para los delitos a los que corresponda pena diferente a las que en el mismo se citan; en todo caso, para que el plazo de prescripción fuera superior, entiende que la pena señalada tendría que ser preceptiva y necesariamente por más de un año, circunstancia que no se da en los delitos de autos, que pueden ser sancionados con seis meses y un día de la indicada pena y el propio CG. la aplicó en extensión que no excede del año.—*CSJM.*: Revoca, porque si bien los hechos recogidos en el Resultando I de esta sentencia son constitutivos de un delito contra el honor militar, previsto y penado en el art. 352 CJM. integrado por la realización de actos deshonestos con un individuo del propio sexo, así como de una falta leve de embriaguez, no estando de servicio, del art. 444 CJM. Y los consignados en el Resultando II constituyen el delito de abandono de destino, definido y sancionado en el inciso 3.^o del art. 365 CJM., por cuanto el procesado se apartó del que tenía conferido por un período de tiempo que excede del plazo de cinco días señalado en el último párrafo de dicho precepto, y asimismo integra la falta grave de quebrantamiento de arresto que castiga el art. 437, 8.^o CJM., al vulnerar el que le había sido impuesto por la Autoridad Militar de Alcalá de Henares en la Sala de Estandartes del Re-

gimimiento de Caballería núm. ... (CONSID.º I), paralizado el procedimiento el 25 abril 1952 hasta que el 12 julio 1957 fué aprehendido el culpable, ha transcurrido con exceso el término prevenido en el art. 253 CJM., para la prescripción de las faltas, no así el que fija el art. 249 para la de los delitos calificados, pues dada la entidad de la pena imponible a cada uno de ellos se precisa el transcurso del plazo de diez años para la extinción de la responsabilidad penal derivada tanto de uno como de otro, sin que pueda tomarse en consideración la pretensión de que los delitos militares prescriben todos a los cinco años, mediante una forzada interpretación del precepto últimamente referido, el que evidentemente regula la prescripción del delito según la extensión de la pena que al mismo señala la Ley sin distinción de su carácter militar o común, como tampoco tenerse únicamente en cuenta su límite mínimo o el grado en que efectivamente la aplicó el CG. en uso de las facultades que le están conferidas, puesto que las cuestiones de previo pronunciamiento como la que se contempla, han de resolverse por los trámites de los arts. 738 y siguientes CJM. y no pueden estar condicionadas por el criterio particular que a posteriori mantenga el Tribunal sentenciador (CONSID.º III). En cuanto a responsabilidades civiles no ha lugar a hacer pronunciamiento alguno al respecto por no haberlas exigibles (CONSID.º IV).—Condena al ex Teniente de Caballería don A. R. H. como autor de un delito contra el honor militar a un año de prisión militar y separación del servicio, con la accesoria de suspensión de empleo, e igualmente en concepto de autor de un delito de abandono de destino a seis meses y un día de prisión militar con la accesoria de suspensión de empleo, no imponiéndosele correctivo alguno por las dos faltas que asimismo se aprecian al haber extinguido la responsabilidad que de las mismas se deriva por prescripción.

28. Fraude militar. Art. 403, 4.º párrafo segundo CJM. Buena conducta anterior. Diferencias en el reparto de lo defraudado. Art. 192 CJM.

Sent. 5 diciembre 1958 (Región Aérea Central).—El procesado don M. O. A., Teniente conductor del Arma de Aviación, que tuvo a su cargo el Tren Central de Automóviles, sustrajo durante los años 1953 a 1957, vales de los recibidos para repostar a los vehículos de la expresada Unidad por las cifras siguientes: 13.050 litros de gasolina, valorados en 75.994,50 pesetas; 20 litros de gas-oil, valorados en 40 ptas., y 763 litros de aceite, con valoración en 8.262,65 ptas. (RESULT.º I). Dichos vales los entregó para su conversión en dinero al también procesado F. J. P. G., encargado de la estación de servicio de la C. A. M. P. S. A., en Sala de los Infantes, el cual a sabiendas del origen ilícito de ellos los liquidó a metálico por su importe, como si efectivamente hubiera suministrado los géneros respectivos con la Agencia provincial de la mencionada Compañía durante aquel periodo de tiempo, entregando en diversas veces, unas en mano y otras mediante transferencia bancaria al Teniente O. A. las 84.297,15 pesetas., a que, en conjunto, asciende la cuantía de los referidos vales, con deducción de 40

a 60 céntimos el litro que cedió M. O. A. a P. G., cuyas respectivas cantidades aplicaron uno y otro procesado a usos propios (RESULT.º II).—*CG. Oficiales Generales*: fraude (403, 4.º párrafo 2.º CJM.), Teniente O. A., separación del servicio, y paisano P. G., ocho meses de prisión, esta última pena con sus accesorias correspondientes; responsabilidad civil: al Estado por mediación del Ejército del Aire \$4.297,15 ptas., de las que deberá satisfacer el Teniente O. 80.000 ptas. y el paisano P. 4.297,15 ptas., con responsabilidad solidaria entre sí por sus respectivas cuotas y subsidiariamente por las del otro; llama respetuosamente la atención de la autoridad Judicial sobre los hechos a que hacen referencia las cartas del Teniente O. unidas a los autos y las actuaciones de la causa con ella relacionadas por si considera oportuno la incoación del oportuno procedimiento para su esclarecimiento.—*Defensor*: Del procesado P., recurso (797 CJM.).—*Autoridad Judicial*: Aprobación e instrucción del procedimiento a que se refiere la llamada de atención previo cumplimiento de los trámites prevenidos en los arts. 802 y 806.—*Fiscal Togado*: Aprobación.—*Defensas*: La del Teniente O. A., aprobación, y la del paisano P. G., revocación, con absolución de su patrocinado o, alternativamente, se le impusiera una pena adecuada a su escasa participación en el delito.—*CSJM.*: Confirma, porque *la sustracción por el acusado don M. O. A. de los expresados vales de gasolina, gasoil y aceite recibidos de la mentada Unidad de Automovilismo para el suministro a los vehículos del Ejército del Aire que debían allí realizarle y la posterior enajenación de aquellos al otro procesado, quedándose ambos con las cantidades obtenidas en la operación, según se ha referido, configuran manifiestamente el delito consumado de fraude del 403, 4.º párrafo 2.º CJM., cual entendió el CG. (CONSID.º I). No concurren circunstancias eximentes ni modificativas de la culpabilidad, siquiera sea de apreciar en observación del 192 CJM. la buena conducta anterior del encartado P. y la menor percepción pecuniaria en lo defraudado (CONSID. III). OTROSÍ*: Respecto a la llamada de atención del CG., se dejan íntegras las atribuciones de la Autoridad Judicial para que con su Auditor providencie sobre ella lo que estime pertinente.

- 29. Lesiones graves por imprudencia temeraria. Art. 565/420, 3.º CP. Imprudencia simple con infracción de reglamentos. Circular por dirección prohibida. Arts. 114 y 171 b), Código de Circulación. Responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra. Art. 206 CJM.**

Sent. 10 diciembre 1958 (III Región Militar).—El procesado S. B. T., soldado con destino en el Grupo de Automóviles del Tercer Cuerpo de Ejército, el 1 de abril de 1955, conducía, en acto de servicio el camión militar, matrícula del Ejército de Tierra núm. ..., por la calle del Consular del Mar, de Valencia, que era de dirección prohibida, y al objeto de evitar la colisión con un tranvía que transitaba con marcha en sentido contrario se ciñó a su derecha, por lo que la caja del vehículo invadió parte de la acera en la que se hallaba, mirando un escaparate, el paisano D. A. M., acaeciendo.

que la parte posterior de la indicada caja del camión derribó a dicho paisano, produciéndole lesiones que tardaron en curar seis meses y diez días, originándose gastos con ocasión de tratamiento facultativo de dichas lesiones por el importe total de 3.050,57 ptas. Cuando ocurrió lo relatado el procesado marchaba a velocidad muy moderada, haciendo uso de señales acústicas.

CG. ordinario: Dió como probados los hechos siguientes: "Que el procesado S. B. T., soldado con destino en el Grupo de Automóviles del C. E. III, el día 1 abril 1955, con ocasión de conducir en acto de servicio el camión militar E.T. 3093 por la calle del Consulat del Mar, de Valencia, que si bien era de dirección prohibida, no percibió tal circunstancia por la forma donde estaba emplazada la señal de prohibición, que además estaba descolorida sobre una fachada de parecido color, según manifiestan dos Alféreces que viajaban en la cabina, y al objeto de evitar la colisión con un tranvía que transitaba en dirección contraria, se ciñó a su derecha, por lo que la caja del camión invadió parte de la acera en la que se hallaba mirando un escaparate el paisano D. A. M., al cual rebasó, pero bien porque este último hiciese algún movimiento o por cualquier otra circunstancia es lo cierto que no obstante haberle rebasado casi por completo, la parte posterior de la caja lo derribó, produciéndole lesiones que tardaron en curar seis meses y diez días, con un gasto de 1.980 ptas. en el Hospital Provincial y 1.070,77 ptas. en otros medicamentos, siendo de advertir que el procesado marchaba a velocidad sumamente moderada, haciendo uso de las señales acústicas, que tuvo precisión de orillarse sobre la acera para evitar la colisión y que dicha maniobra la verificó con pericia normal y que de haber continuado en el mismo sitio en que se hallaba el lesionado cuando fué rebasado no se hubiera producido el accidente". Absolvió.—*Autoridad Judicial:* Disintió por entender que existe un delito de imprudencia temeraria que de haber mediado malicia constituiría el de lesiones graves (565, 1.º/420, 4.º CP.), cuatro meses de arresto mayor y privación del permiso para conducir vehículos de motor por tiempo de un año; habiendo de indemnizar al lesionado, en concepto de responsabilidad civil, mediante el abono de 3.050,77 ptas.—*Fiscal Togado:* Imprudencia simple con infracción de Reglamentos (565, párrafo 2.º/420, 3.º CP.), dos meses de arresto mayor, así como privación del permiso para conducir vehículos de motor por tiempo de un año; debiéndose declarar responsable civilmente en la cantidad expresada; procediendo la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, Ramo del Ejército, si resultase la insolvencia del condenado.—*Defensa:* Absolución.—*CSJM.:* Revoca, porque de conformidad con el criterio sustentado por el Fiscal Togado de este Consejo Supremo, la Sala estima que en la sentencia dictada por el CG. que vió y falló la presente causa se incidió en error de hecho al apreciarse la prueba sumarial, así como en error de derecho al calificarse como no integrantes de delito los hechos de autos. Y ello porque es evidente que dichos hechos son constitutivos de delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos que de haber mediado malicia integraría el de lesiones graves, previsto y penado el indicado delito en el art. 565, párrafo 2.º/565, párrafo 5.º/420, 3.º CP.; ya que el procesado no prestó la diligencia obligada para todos los

conductores de vehículos de motor mecánico cuando el día de autos circulo por vía urbana de dirección no permitida, no habiéndose cerciorado previamente con necesaria cautela de si dicha vía podía ser recorrida lícitamente, con lo que vulneró la norma reglamentaria que en cuanto a prohibición de marchar con automóviles por calles de dirección no consentida se contiene en el art. 114 en relación con el párrafo b) del 171, ambos artículos del Código de Circulación; habiéndose derivado del proceder del encartado lesiones a otras personas que tardaron en curar más de noventa días (CONSID.º I). Al haber obrado el procesado en la ocasión de autos en cumplimiento de servicio reglamentariamente ordenado y haber sido declarado insolvente dicho encartado, procede pronunciamiento sobre responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra, de acuerdo con el artículo 208 CJM. (CONSID.º IV).—Condena a dos meses de arresto mayor, con las accesorias legales comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio; además privación de permiso para conducir vehículos de motor mecánico por tiempo de un año; declarándosele responsable civilmente al abono al lesionado de la suma de 3.050,77 ptas., siendo responsable civil subsidiario por dicha suma el Ejército de Tierra.

30. Imprudencia punible. Responsabilidad civil subsidiaria del E. de Tierra. Art. 206 CJM.

Auto 10 diciembre 1958 (VII Región Militar).—En sentencia del 17 agosto 1957 se declaró probado: Que el procesado soldado E. H. G., el 28 septiembre 1954, sobre las 21 horas y cuando en acto de servicio conducía un carro tirado por una mula por la calle de San Benito, de Valladolid hacia la Plaza del Poniente subido en dicho carro, el cual estaba en perfectas condiciones de uso y manejo en cuanto al mecanismo de freno, se espantó la mula y emprendiendo veloz carrera atropelló a J. V. H., derribándola, pasándola una rueda del carro por encima del cuerpo y originándola lesiones, de las que tardó en curar ciento cuarenta y siete días, habiéndolo hecho sin defecto ni deformidad, y habiéndosele originado gastos de curación de los cuales han sido acreditados hasta el presente momento la cantidad de 1.118 ptas.; la lesionada fué alcanzada por el carro en el trozo de la calle y en la parte de la calzada que va desde la Plaza de los Leones de Castilla a la Plaza del Poniente y a una distancia del borde de la acera de 70 metros, fuera de la cual circulaba. No estando el procesado autorizado para ir subido en el carro (RESULT.º I). Estos hechos fueron calificados de imprudencia punible con resultado de lesiones (565/420, 3.º CP. en relación con el 112 del Código de Circulación); un mes y un día de arresto mayor, accesorias y efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio de antigüedad en el mismo igual al de la condena, debiendo satisfacer a la lesionada la cantidad a que asciende el total de los gastos de su curación que se acreditarán en periodo de ejecución de sentencia, res-

ponsabilidad civil subsidiaria del Estado (Ramo de la Guerra) (RESULTANDO II). Declara la insolvencia del procesado, la Asesoría Jurídica estimó procedente la referida responsabilidad subsidiaria, conformándose el Subsecretario del Ministerio del Ejército con este parecer (RESULT.º III).—*Fiscal Togado*: Procede en cuanto a la indemnización a satisfacer a la lesionada J. V. H. en la cantidad señalada de 3.830,62 ptas.—*CSJM.*: Por los propios fundamentos en que se apoyó el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar. que la Sala hace suyo en todas sus partes y habida cuenta que se ha acreditado que el reo carece en absoluto de bienes para hacer efectiva la responsabilidad civil declarada en la sentencia y que cometió el delito con ocasión de ejecutar un acto de servicio reglamentario ordenado, visto lo dispuesto en el art. 206 *CJM.*, es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en cuanto a la indemnización a satisfacer por tal concepto a la lesionada J. V. H. en la cantidad de 3.830,62 ptas. (CONSID.º ÚNICO).

31. Asesinato frustrado. Cualificativa de alevosía. Premeditación. Artículos 406 CP. Art. 10, 6.ª CP. Art. 194, 1.ª *CJM.* Arrebató u obcecación. Art. 9, 8.ª CD. Dilación injustificada en la causa. Corrección disciplinaria. Arts. 168 y 172 *CJM.*

Sent. 12 diciembre 1958 (E. de España en el N. de Africa).—En la noche del 9 al 10 octubre 1956, cuando estaba en funciones de cabo de Cuartel en un pabellón del Acuartelamiento de reclutas del Tercio Duque de Alba —II de la Legión—, en Riffien (Marruecos), el recluta A. G. G., llegó embriagado, poco antes del toque de silencio, al barracón, el también legionario del propio tercio J. C. D., procesado en esta causa, el cual insultaba e incluso agredía a otros soldados con el consiguiente desorden, por lo que hubo de intervenir el G. G., a fin de que se reportara C.; mas éste, lejos de ello, faltó de palabra a aquél, manteniendo su actitud agresiva, ante la que A. G. le dió un fuerte puñetazo que le redujo, yéndose C., después de curado de la erosión que sufrió, al dormitorio, donde encargó el cuartelero a los imaginarias que vigilasen especialmente al C.; con lo que terminó aquella cuestión (RESULT.º I). Sobre los 45 minutos del 13 octubre 1956, en ocasión de estar en el pabellón de referencia el procesado J. C. D. de imaginaria, y acostado en su litera A. G. G., cogió el primero del armero de la compañía un mosquetón al que armó el machete que tenía para el servicio que prestaba y empuñando el arma así dispuesta, se fué hacia la litera de A. G. G., al que acometió, mientras éste dormía, dirigiéndole una cuchillada, con animo de matarle, al vientre, cuyo golpe punzante de machete atravesó sábanas y mantas e hirió levemente en la región abdominal al agredido, que al sentirse lesionado despertó y saltó rápidamente de la cama sobre el agresor, al que sujetó de momento, en tanto que otros soldados, que acudieron inmediatamente a los gritos del A., desarmaron al encarado tras forcejar con él para que desistiera de su agresividad. (RESULTANDO II). A. G. G. fué dado de alta, curado, sin defecto ni deformidad el

15 del expresado octubre, no constando haya originado gastos asistenciales (RESULT.º III). J. C. D. fué condenado en sents. 30 enero y 9 septiembre 1952, por polizonaje, ambas, a sendas penas de 1.000 ptas. de multa. (RESULTANDO IV).—*CG. ordinario*: Asesinato en grado de frustración, cualificado por premeditación (406/51 CP.), agravante de alevosía (10, 1.º CP.), así como de la específica de agravación señalada en el art. 194, 1.º CJM.; veinte años y un día de reclusión mayor.—*Defensa*: Recurso (797 CJM.) fundamentándolo en no haberse tenido en cuenta en dicho fallo el estado de obcecación que se produjo en J. C. D.—*Autoridad Judicial*: Disintió por entender que el asesinato frustrado es cualificado por la alevosía (406 y en el art. 10, 1.º, respectivamente, CP.) no concurriendo otra circunstancia modificativa de la responsabilidad que la agravante específica comprendida en el art. 194, 1.º CJM.; procediendo imponer al procesado, responsable como autor, pena de diecisiete años y cuatro meses de reclusión menor; estimando asimismo que, por considerar excesiva la condena y de acuerdo con lo dispuesto en el art. 2.º, párrafo 2.º CP. y en el 183 CJM., debiera rebajarse, previo el correspondiente expediente de indulto, a seis años y un día de prisión mayor.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso, excepto en que no considera procedente elevar propuesta de reducción de la pena.—*Defensa*: Homicidio simple, al no concurrir la circunstancia agravante de alevosía, doce años y un día de reclusión menor.—*CSJM.*: Revoca, porque *el acometimiento por el procesado A. G., tirándole un machetazo, según queda expuesto, con propósito manifiesto de causarle la muerte y empleo de medio idóneo al efecto, siquiera sólo consiguiera producir herida leve, dejó concluída por parte del culpable la acción criminal ejecutiva de su resolución de quitar la vida al agredido, y si no obtuvo este resultado fué por motivos tan ajenos a la voluntad delictuosa exteriorizada como haber tropezado el arma con las ropas de cama que minoraron el golpe y limitaron el alcance ofensivo del arma, la que embotada gran parte en ellas llegó ya a la víctima con la escasa eficacia ofensiva lograda, por lo cual el delito propuesto de matar, subjetivamente perfecto, no tuvo la consecuencia objetiva buscada y en su virtud se está ante el delito frustrado que conceptúa el art. 3.º, párrafo 2.º CP., según ha entendido con unanimidad completa el CG., la Autoridad Judicial y su Auditor y el Ministerio Fiscal (CONSID.º I), surgiendo, al calificar el delito claramente, también, del medio empleado en su ejecución por el culpable, ya que su inesperada y súbita agresión durante el turno en que vigilaba y no era vigilado, lo que le daba plena libertad de actuación, y cuando por otra parte A. G. en su sueño tampoco podía impedir el ataque ni colocarse en situación defensiva, configuran de modo palmario la circunstancia agravante de alevosía, definida en el art. 10, 1.º CP. y como al concurrir cualifica de asesinato el acto de matar, con arreglo al art. 406 CP., este delito de asesinato es el cometido en el grado de frustración indicado (CONSIDERANDO II). Responsable en concepto de autor directo, según el art. 196, 1.º CJM. y el art. 14, 1.º CP., el procesado J. C. D. (CONSID.º III). Por haberse realizado el delito con ocasión de acto del servicio militar y en local de acuartelamiento, concurre la circunstancia de especial agravación que pres-*

cribe la regla 1.^a del art. 194 CJM., y, a su vez, las dos condenas anteriores del acusado generan la agravante de reiteración, art. 187 del propio Código, de valoración discrecional para la penalidad, conforme al art. 192 (CONSIDERANDO IV). En cambio no son de estimar: la agravante de premeditación del art. 10, 6.^o que apreció el CG., por no haber fundamentos bastantes para atribuir al procesado la preparación meditada y persistente del hecho que requiere la circunstancia, sino que pudo decidirse a realizarle por impulsos momentáneos aunque fuesen vengativos; ni en otro sentido la atenuante de arrebató y obcecación del art. 9, 8.^o CP., ya que si el procesado obró resentido por el puñetazo que días antes le propinara A. G., semejante estímulo vindicativo no ofrece la calidad de legítimo y próximo como sería indispensable a basar la circunstancia (CONSID.^o V).—Condena a la pena de diecisiete años, cuatro meses y un día de reclusión menor, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y el efecto militar de expulsión de las filas del Ejército, con pérdida de todos los derechos adquiridos en él, siéndole de abono toda la prisión preventiva sufrida a resultas de esta causa; sin que exista responsabilidad civil exigible. La Sala estimando que la expresada penalidad es a su juicio notablemente excesiva, hecho mérito que el daño material causado por el delito no existió virtualmente, propone al Gobierno, conforme al art. 2.^o, párrafo 2.^o CP. y de acuerdo igualmente en este punto con la Autoridad Judicial y su Auditor, que la referida pena sea conmutada por la de diez años de prisión mayor, con sus accesorias de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena y el efecto militar de pasar, después de extinguir la penalidad, a Cuerpo de Disciplina para cumplir el tiempo que le resta de servicio en filas.—I Otrosí: Sobre posible aplicación de los beneficios del indulto general regulado por D. 31 octubre 1958.—II Otrosí: Al folio 20 de la causa que el trámite de la misma ha estado paralizado completamente desde el 15 noviembre 1956 hasta el 18 septiembre 1957, y si esta negligencia sería ya reprehensible en sí misma, lo es más porque estaba detenido el inculpado, quien permaneció en esta situación, de duración legal limitada con arreglo al art. 672 CJM. cerca de un año, sin haberse dictado durante tal período de tiempo por el Instructor el auto de procesamiento y prisión que exigen los arts. 553, 673 y 685 CJM. Como semejante infracción manifiesta y no justificada de las normas procesales constituye palmaria falta en el desempeño de las funciones de Juez Instructor por el Teniente legionario don J. A. C., la Sala acuerda imponerle conforme a los arts. 168 y 172 CJM. la corrección disciplinaria de reprobación, de la cual podrá recurrir en súplica ante esta misma Sala dentro de los quince días siguientes a la notificación.

.2. Imprudencia simple con infracción de reglamentos. Responsabilidad civil subsidiaria del E. de Tierra. Art. 206 C.J.M. Falta de prosperidad económica patente. Desamparo.

Auto 17 diciembre 1958 (IX Región Militar).—Por sentencia de 9 diciembre 1957 se declaró probado: Que el procesado J. L. Y., cabo de la Compañía de Automovilismo del Regimiento de Artillería núm. ..., sin antecedentes penales y con anotación de ocho días de prevención por incumplimiento de sus obligaciones, en su hoja de castigos, el día 22 diciembre 1956, sobre las 17 horas conducía el camión E. T. 29250, que formaba en tercer lugar en un convoy de 16 camiones que transportaba tropa hacia Granada, procedentes del Campamento de la Zubia, y en lugar conocido por el "Caldero de Santa Rita", donde existen varias curvas pronunciadas, al tomar una de éstas demasiado abierta y sin las debidas precauciones, golpeó y enganchó con la caja del camión el carro agrícola de la matrícula de Huerter Vega núm. 54 que marchaba por su derecha y en la misma dirección y al que ya habían adelantado normalmente los dos camiones que precedían al del procesado en el convoy, causando a los conductores del carro, M. G. M. y T. S. M., uno de los cuales llevaba las riendas del animal que tiraba del mismo y otro iba cogido al torno de la parte trasera, múltiples heridas contusas en el cuello, fractura de base del cráneo e intensísimo *shock* traumático, de pronóstico gravísimo, el primero, y heridas contusas con pérdida de sustancias en la región inguinal derecha, dejando al descubierto el cordón espermático, con penetración en la cueva muscular de las adláteras, a las cuales seccionó, disecando el fémur en un trayecto de unos 15 centímetros *shock* traumático y fractura de la muñeca izquierda, de carácter grave, al segundo; causando también la muerte del burro enganchado al carro y daños a éste y a la mercancía que transportaba, valorados en 3.000 ptas. el animal y en 1.219 ptas. los daños. A consecuencia de los bruscos cambios de dirección que el procesado imprimió al vehículo al atropellar al carro, provocó el vuelco del camión, resultando también los soldados que iban en la caja del vehículo, M. M. S., con fractura de la muñeca izquierda y herida mentoniana, con conmoción de carácter menos grave, y M. N. C., con fuerte contusión del hombro derecho. Los lesionados tardaron en curar, M. G. M., diecinueve días; T. S. M., veintiséis; soldado M. M. S., cincuenta, y soldado M. N. C., veinte. Todos ellos quedaron útiles para el servicio de las armas y aptos para toda clase de trabajos. Los jornales perdidos por los paisanos el tiempo que estuvieron incapacitados para el trabajo les fueron abonados por la Compañía de Seguros a la que estaban afiliados, a T. S. M., no así a M. G. M. que trabajaba por su cuenta, manifestando la Delegación Provincial del Trabajo a consultas del Instructor que el salario medio de un obrero no calificado era el de 20 ptas. diarias para la provincia; las pequeñas averías causadas en la caja del camión al volcar fueron reparadas sin cargo en el taller de la Compañía de Automóviles. El procesado se hallaba en posesión de la autorización para conducir, según comunicación de la Compañía de Automóviles de ... (RESULT.º I).

Estos hechos fueron calificados de imprudencia con infracción de reglamentos (565, párrafo 2.º/563, 1.º/ 420, 4.º/422 CP.), 5.000 ptas. de multa y privación del permiso de conducir por tiempo de tres años, y en caso de no hacer efectiva la multa un arresto sustitutorio de dos meses, accesorias y en conceptos de responsabilidad civil, abonar al propietario del burro muerto y al del carro por los daños sufridos en este vehículo y en las mercancías que llevaba la cantidad de 2.159 ptas. y a M. G. M. la de 380 pesetas por los jornales perdidos durante su curación, declarándose para el caso de insolvencia del procesado la Responsabilidad Subsidiaria del Ejército de Tierra (RESULT.º II). Declarada la insolvencia, la Asesoría Jurídica emitió informe en el sentido de que es procedente acordarla por la totalidad de los daños causados al propietario del carro siniestrado más 380 pesetas a entregar a M. G. M. por sus jornales perdidos a causa de las lesiones, cifrados los daños que se han mencionado en el vehículo siniestrado en 2.519 ptas., lo que mereció la conformidad del Subsecretario (RESULTANDO III).—*Fiscal Togado*: Conforme en la cuantía de 2.519 ptas. en favor de don E. L. H. y M. propietario del burro, carro y mercancías siniestrados, ya que el hecho de que éste sea poseedor de un cortijo de cien marjales de tierra de labor equivalentes a cinco hectáreas aproximadamente, no implica una situación incompatible en el percibo de la indemnización, pues por ella no se manifiesta una prosperidad económica patente, y en la cuantía de 380 ptas. en favor del paisano don M. G. M.—*CSJM.*: *Por los propios fundamentos en que se apoya el informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo, que la Sala hace suyos en todas sus partes, y habida cuenta que se ha acreditado que el reo carece en absoluto de bienes para hacer efectiva la responsabilidad civil declarada en la sentencia y que cometió el delito con ocasión de ejecutar un acto del servicio reglamentariamente ordenado, visto lo dispuesto en el art. 206 CJM. es procedente declarar la Responsabilidad Civil Subsidiaria del Ejército de Tierra en cuanto a la indemnización a satisfacer por tal concepto a don E. L. H. y M. en la cantidad de 2.500 ptas. en favor del otro perjudicado don M. G. M. (CONSIDERANDO ÚNICO).*

33. Recurso de revisión en expedientes judiciales. Arts. 954, 5.º 957 CJM. Doble correctivo por la misma falta grave en dos resoluciones firmes y dispares. «Non bis in idem». Art. 972, párrafo cuarto CJM.

Sent. 18 diciembre 1958 (Recurso de revisión: Consejo Reunido en Sala de Justicia).—El Director General de la Guardia Civil, y tras de instruirse información privativa del Cuerpo núm. 13/32/1954, calificó la existencia de falta leve de tipleza en el servicio, encuadrada en el art. 443 CJM., en cuanto al Capitán de la Guardia Civil don J. A. M., dado que éste, y con ocasión de un alijo que tuvo efectividad al día 13 diciembre 1953 en la masía de "Mas de Maco" (Cataluña), demostró falta de celo e interés para que las fuerzas a sus órdenes cumplieren su misión con el mayor rendimiento, evidenciando el citado Oficial causalidad en lo que respecta a falta

de vigilancia en el distrito de costa correspondiente a las postas de distintos puestos de su Compañía. El citado Director General no impuso correctivo alguno, pero al haber sido corregido con anterioridad y sucesivamente el Capitán A. por tres veces con más de un día de arresto, por otras tantas faltas leves, ordenó la instrucción de expediente judicial contra el indicado Oficial. Y tramitado dicho expediente, con el núm. 1/1955 II Región Militar, la Autoridad Judicial al estimar existente la falta grave de reincidencia en faltas leves (442 CJM.), impuso al Capitán don J. A. M., por decreto auditoriado de 10 marzo 1955, el correctivo de seis meses de arresto militar (RESULT.º I). En causa núm. 779/1954, de la IV Región Militar contra el Coronel de la Guardia Civil don A. P. A. y otros procesados, entre ellos el Capitán del mismo benemérito Instituto don J. A. M., dictó sentencia de 21 junio 1957, en la que, entre los hechos declarados probados, se precisó, en lo que atañe al citado Capitán de la Guardia Civil, que con ocasión de haberse recibido confidencia previa relacionada con el alijo, ya mencionado, que tuvo efectividad el 13 diciembre 1953, no agotó la investigación que procedía para concretar el punto de vulneración del resguardo, prescindiendo de las indicaciones del confidente. Dicha sentencia fué absolutoria del Capitán de la Guardia Civil don J. A. M. en cuanto al delito de negligencia por el que había sido procesado en el procedimiento, pero llamó la atención de la autoridad Judicial sobre comisión por dicho encartado de falta grave de negligencia, comprendida en el art. 437, 2.º CJM. Y la Autoridad Judicial de la IV Región Militar, por Decreto auditoriado de 24 julio 1954, impuso al mencionado Oficial, y por la aludida falta grave, consistente en "dejar de cumplir sus deberes militares", el correctivo de cuatro meses de arresto militar (RESULT.º II). Con ocasión de expediente gubernativo instruído al Capitán de la Guardia Civil tantas veces mencionado, el Fiscal Togado, una vez dicho expediente en este Alto Tribunal, emitió dictamen en el que promovió recurso de revisión, al amparo del artículo 954, 5.º/957 CJM., fundamentándolo en haberse impuesto por un mismo hecho doble correctivo por falta grave en dos resoluciones firmes y dispares, proponiendo la anulación del decreto auditoriado obrante en el expediente judicial núm. 1/1955 de la II Región Militar, en el que se impuso uno de dichos correctivos, prevaleciendo la resolución de la Autoridad Judicial de la IV Región Militar en causa núm. 779/1954, en la que se impuso el otro de los aludidos correctivos. Al promover dicho recurso, el Fiscal Togado se ajustó al criterio sostenido en cuanto a procedencia de dicho recurso, manifestado, en el ya citado expediente gubernativo, por el Asesor Jurídico de la Dirección General de la Guardia Civil, el propio Director General y el Asesor Jurídico del Ministerio del Ejército (RESULTANDO III). Admitido a trámite el promovido recurso de revisión, en virtud de acuerdo de 13 noviembre del presente año, una vez realizada la aludida tramitación, el Fiscal Togado, en cumplimiento del art. 964 CJM., emitió dictamen en el que ratificó cuantos razonamientos expuso en el escrito en que promovió dicho recurso. Y el Defensor del Capitán de la Guardia Civil don J. A. M. expuso, en su correspondiente escrito, criterio de total conformidad con el del Fiscal Togado (RESULT.º IV).—CSJM.: Declara

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

haber lugar al recurso, porque *resulta evidente que en relación a un único proceder del Capitán de la Guardia Civil don J. A. M. fueron calificadas como existentes dos faltas graves militares distintas, imponiéndose los correspondientes correctivos, habiéndose pronunciado, por tanto, dos resoluciones firmes y diferentes por un mismo hecho (CONSID.º I). En virtud de lo expuesto en el precedente considerando, es de aplicación lo regulado en el art. 954. 5.º CJM., habiendo lugar al recurso de revisión promovido de que se trata: estimándose que una racional interpretación de los artículos 1.003 y 1.005 CJM. deriva consecuencia en el sentido de que el precepto más arriba mencionado es también de aplicación cuando se trata de expedientes judiciales (CONSID.º II). En relación a lo que se preceptúa en el art. 972. párrafo 4.º CJM., la Sala entiende que la calificación de falta grave que se efectuó en la causa núm. 779 de 1954 de la IV Región Militar fué ajustada a derecho, al sancionar directamente la conducta del Capitán A. M.; y que, por el contrario, es pertinente la anulación del decreto auditoriado que puso término al expediente judicial núm. 1 de 1955 de la II Región Militar, ya que en él fué corregida en forma indirecta el mencionado proceder del indicado Oficial de la Guardia Civil (CONSID.º III).— Anula el decreto auditoriado de 10 marzo 1955, del expediente judicial número 1/1955. II Región Militar, quedando subsistente el también decreto auditoriado de 24 julio 1957, de la causa núm. 779/1954 de la IV Región Militar.*

José M.ª RODRÍGUEZ DEvesa

**B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL
DE COMPETENCIAS (*)**

**C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA
DEL TRIBUNAL SUPREMO (**)**

1. Artículo 8.º, núm. 4.º: Legítima defensa.

"Que la agresión mutua con palos constituye la riña que según doctrina repetida de esta Sala excluye la apreciación de la legítima defensa, sea como circunstancia eximente del núm. 4.º del art. 8.º del Código penal, sea como semi-eximente conforme al párrafo primero del artículo 9.º del mismo Código, puesto que las sucesivas fases de ataque y defensa son incidencias de la lucha y no, según exige la Ley, la agresión única o continuada del ofensor y la reacción exclusivamente defensiva del atacado." (*Sentencia de 14 de octubre de 1958.*)

2. Artículo 8.º, núm. 4.º: Legítima defensa.

"Que la Sala de instancia, con certera visión del problema planteado, estimó justamente que faltaba para apreciar en favor del procesado la completa exención de responsabilidad criminal, que es materia del número 4.º del art. 8.º del Código penal, el segundo de los presupuestos que le integran, y en verdad que la necesidad racional del medio empleado para evitar que continuase la enunciada agresión, no surge con destacados caracteres, pues cuando el recurrente arrojó contra el agresor la primera piedra que le asestó en la cabeza, le hizo tambalearse y disminuyó aún más su débil acometida, mermada por la embriaguez que sufría, habían acudido al lugar donde el suceso se desarrollaba tres hombres dispuestos a intervenir y uno de ellos se interpuso entre agresor y agredido y a pesar de ello, cuando la inferioridad física de aquel era notoria y no precisaba proseguir la defensa ni amenaza a un nuevo ataque le lanzó otra piedra como la anterior desde poco más de un metro de distancia, también dirigida a la cabeza, que le alcanzó e hizo caer al suelo, mientras algunos de los que allí estaban tenían que sujetar todavía al procesado y retirarlo del lugar de los hechos, lo que prueba que hubo un evidente exceso de la reacción defensiva que impide eximir totalmente de responsa-

(*) No se han dictado en el semestre resoluciones de importancia.

(**) Se recogen en esta Sección aquellas resoluciones del Tribunal Supremo que por su interés pudieran ser de utilidad para los Tribunales militares.

bilidad al recurrente por no concurrir en su actuación el segundo requisito que, con el que le precede y que le subsigue legitiman la defensa contra el injusto agresor." (*Sentencia de 22 de octubre de 1958.*)

3. Artículo 8.º, núm. 5.º: Legítima defensa.

"Que la situación de riña sea individual, sea colectiva, excluye la alegación de la legítima defensa propia o de pariente según los núms. 4.º y 5.º del art. 8.º del Código penal, ya que consta de hecho probado que el herido se fué directamente contra el padre del que recurre, llevado del propósito de reñir con él, lo que de momento no pudo hacer porque le sujetó un tercero." (*Sentencia de 3 de octubre de 1958.*)

4. Artículo 8.º, núm. 7.º: Estado de necesidad.

"Que no puede, en modo alguno, aceptarse que la situación desfavorable de las operaciones mercantiles que obliga a un comerciante a situarse en el estado anormal de suspensión de pagos, puede ser comparada al estado de necesidad que el legislador tuvo en cuenta como excusa absolutoria o atenuadora de la responsabilidad penal, ya que esta concesión a la realidad, ha de referirse tan sólo a aquellas situaciones tan excepcionales que no permitan a la persona que desgraciadamente las sufra, prescindir de su satisfacción momentánea, aunque sea traspasando los límites de la legalidad y del respeto al derecho ajeno, lo cual es bien distinto a la marcha ruinosa de un negocio." (*Sentencia de 3 de julio de 1958.*)

5. Artículo 8.º, núm. 12: Obediencia debida.

"Que para que pueda apreciarse la circunstancia eximente de obediencia debida establecida en el núm. 12 del art. 8.º del Código penal, cuyo precepto se denuncia como infringido en el segundo motivo del recurso, es indispensable que concurren los requisitos siguientes: Que la subordinación al que manda esté ordenada por la Ley, que el mandato sea legítimo y que esté dentro de las atribuciones del que manda, es decir, que el que manda lo haga en virtud de sus atribuciones y el que obedece dentro de sus deberes, porque faltando algunos de estos requisitos no puede existir obediencia debida." (*Sentencia de 29 de octubre de 1958.*)

6. Artículo 9.º, núm. 4.º: Preterintencionalidad.

"Que al emplearse en la realización de la acción agresiva un medio perfectamente idóneo y capaz de producir el dañoso resultado obtenido y aun otro de mayor intensidad y gravedad, no cabe invocar la falta de

intención del sujeto agresor, cuando sus actos y el objetivo alcanzado revelan, sin duda, el propósito que guiaba al agente activo, cuando lanzó el objeto contundente hacia quien ha resultado lesionado, actitud y circunstancias que no permite acoger falta de intención de ocasionar el mal resultante, para hacer viable la atenuante 4.ª del art. 9.º del Código penal." (*Sentencia de 6 de octubre de 1958.*)

7. Artículo 9.º, núm. 4.º: Preterintencionalidad.

"Que si al reñir dos individuos y acometerse mutuamente, uno de ellos produce a su adversario una mordedura en una oreja que le ocasiona la pérdida de la cuarta parte del pabellón auricular, con la consiguiente deformidad, no puede sostenerse que tal hecho se halle informado por una falta de intención de causar un mal tan grave que permita la estimación de la circunstancia atenuante 4.ª del art. 9.º del Código penal, porque tal acto es perfectamente idóneo para ocasionar el resultado que produjo y demuestra la voluntariedad de causar el mal que no podía menos de sufrir el agredido en la forma y entidad apreciada." (*Sentencia de 13 de octubre de 1958.*)

8. Artículo 9.º, núm. 9.º: Arrepentimiento espontáneo.

"Que no es posible asimilar a la presentación espontánea por arrepentimiento un acto tan diverso en lo jurídico y hasta en lo gramatical, como el de refugiarse el culpable en el cuartel de la Guardia Civil para ponerse a salvo de sus perseguidores, y sin el presupuesto subjetivo del arrepentimiento espontáneo no es factible valorar como atenuante el actual objetivo del agente, siendo menester la concurrencia copulativa de ambos elementos para su plena operabilidad." (*7 de noviembre de 1958.*)

9. Artículo 10, núm. 2.º: Precio.

"Que la circunstancia agravatoria del precio comprende, por regla general, en idéntico plano de responsabilidad, a quienes lo perciben y a quienes lo satisfacen, pues tanto los unos como los otros contribuyen al delito con ese elemento corruptor que lo hace más odioso." (*Sentencia de 4 de julio de 1958.*)

10. Artículo 10, núm. 8.º: Abuso de superioridad.

"Que concurre en el hecho de autos la circunstancia agravante de abuso de superioridad, núm. 8.º del art. 10 del Código penal, porque así se desprende del hecho probado, corroborado por el Considerando tercero de

la sentencia impugnada que reputa "notorio abuso de superioridad" la sujeción de dos personas mayores sobre un niño de diez años de edad para impregnarle las ropas de gasolina y prenderlas fuego, pese a la resistencia de aquél." (*Sentencia de 19 de junio de 1958.*)

11. Artículo 69: Delito más grave. Delito continuado.

"Que aunque impropriadamente se ha dado la denominación de delito continuado de estafa a los hechos que se enjuician, no por ello puede prosperar el primer motivo del recurso de fondo que estima infringido por inaplicación del art. 69 del Código penal, porque no se está en presencia de multitud de infracciones, unas constitutivas de delito y otras de faltas contra la propiedad, sino que se trata de un solo y único delito de estafa, que se inició al comenzar las operaciones de la agencia con un preconcebido propósito de lucro ilícito y dejó de perpetrarse al ser descubierta la maquinación engañosa fraguada, que no se dirigía contra un determinado y elegido perjudicado, sino contra la generalidad de los que, atraídos por la propaganda, acudieron confiados a entregarles las cantidades que se les exigían, bien para conseguir préstamos o empleos, y hay que proclamarlo así, puesto que un solo móvil impulsó la voluntad de la delincuente, el de obtener un beneficio económico ilegal con detrimento de ajenos patrimonios mediante el empleo de un ardid encubierto con aspecto de licitud, y como para lograrlo no podía limitarse la culpable a desarrollar su actividad en un único y concreto momento, tuvo que proyectarla en los diversos que se le depararon, que no fueron más que fases del mismo propósito delictivo, incapaces de constituir entidades jurídico-penales independientes y con sustantividad propia de disgregar la actuación de la delincuente y de diversificar la infracción única consumada, aunque se manifestara en tantas ocasiones como coyunturas se le presentaron." (*Sentencia de 2 de julio de 1958.*)

12. Artículo 113: Prescripción.

"La prescripción del delito como medio legal de extinguir las acciones penales, requiere que el lapso de tiempo computable, según la Ley, en cada caso tenga como punto de partida el de la comisión del delito que se reputa prescrito, y en el continuado no cabe aceptar que sea otro que aquel en que se termina la actuación dolosa enjuiciada, porque es entonces cuando toma vida." (*Sentencia de 30 de septiembre de 1958.*)

13. Artículos 302, 303: Falsedad.

"Que para que exista el delito de falsedad documental previsto y sancionado en los arts. 302 y 303 del Código penal, es condición indispensable que en la relación circunstanciada de hechos declarados probados,

conste de modo evidente que el acusado tuvo la intención consciente y maliciosa de faltar a la verdad, que es el dolo específico o condición interna que ha de concurrir necesariamente en estas acciones punibles ...; la mera inexactitud, si no es maliciosa, no integra por sí sola la falsedad." (*Sentencia de 6 de noviembre de 1958.*)

14. Artículo 387: Penalidad en cohecho.

"Que en ningún caso podrán los Tribunales imponer pena que traspase el límite máximo fijado por la Ley y cuando ésta expresamente determina que el delito de cohecho, previsto en el art. 387 del Ordenamiento sustantivo, será castigado con arresto mayor y multa del tanto al triplo del valor de la dádiva, a este precepto hay que atenerse, puesto que, de aplicarse la regla general de que la multa, por razón del delito, no puede ser inferior a mil pesetas, se vulneraría la regla específica que de manera taxativa señala la mensura de la multa en un múltiplo de cierto valor." (*Sentencia de 14 de noviembre de 1958.*)

15. Artículo 457: Injuria.

"Que la definición del delito de injuria contenida en el art. 457 del Código penal —expresión proferida o acción ejecutada en deshonra, descrédito o desprecio de otra persona—, y su inclusión en el Título de los delitos contra el honor, ha llevado a este Tribunal a declarar repetidamente que se trata de un delito esencialmente intencional y circunstancial, no siendo de apreciar en aquellas expresiones o actos, que aunque objetivamente representan conceptos contrarios al honor, no sean exponentes de una voluntad o intención dolosa contra el patrimonio moral de una persona; de aquí que no quepa este delito en las comunicaciones u oficios cruzados entre Autoridades y Organismos Oficiales, para el mejor servicio de los intereses públicos que les están confiados, aun cuando en asuntos de personal emitan conceptos o relaten hechos normalmente contrarios a la buena fama y dignidad de las personas sobre las que emitan los informes, ya que de otro modo no podrían cumplir con el deber de impedir el acceso a los cargos públicos de quienes no se consideren idóneos para ellos, y el de sancionarlos y aun separarlos de la función cuando fuera procedente." (*Sentencia de 3 de julio de 1958.*)

16. Artículo 458: Injuria.

"Que las frases proferidas en deshonra, descrédito o menosprecio de alguien, es incuestionable constituirán un delito de injuria grave, cuando a más de su valor ofensivo obedezcan al propósito de injuriar, conforme a lo previsto en algunos de los números del art. 458 del Código penal, pero

dejan de revestir ese carácter delictivo para convertirse en la simple falta del núm. 1.º del art. 586 si una mujer las dirige a otra con quien se hallaba enemistada por cuestiones de intereses y acto seguido de que la misma le rozase en ocasión de que la primera conversaba con diversas personas en una calle del pueblo, pues aunque ese contacto al tiempo de cruzarse con la procesada fuese involuntario como expresa la sentencia, ello no impide que la última pudiese creer lo contrario y al producir su enojo diese lugar al altercado callejero sin mayor trascendencia que la propia de aquel alboroto momentáneo." (*Sentencia de 4 de julio de 1958.*)

17. Artículo 500: Robo.

"Que es indudablemente cierto que la reacción de hecho probado en su totalidad, y en el particular que transcribe el recurrente por el motivo único de su recurso, determina una intervención del Agente de la Autoridad en el acto de realizarse los conducentes a la sustracción, que impidió al recurrente el apoderamiento de los géneros sustraídos, haciéndolos suyos aunque fuera momentáneamente, y ello implica la degradación penal del delito cometido para situarlo con la categoría de frustrado." (*Sentencia de 16 de octubre de 1958.*)

18. Artículo 514: Hurto.

"Que para que surja la figura delictiva del hurto que define el art. 514 del Código penal, es condición precisa e indispensable, según expresamente se consigna en su texto, que el sujeto activo de la infracción tome las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño, y aunque es verdad que esta Sala tiene declarado que en todo apoderamiento indebito de cosa mueble ajena se presume la existencia del ánimo de lucro, en virtud del principio legal de voluntariedad de las acciones y omisiones punibles establecido en el párrafo 2.º del art. 1.º de la Ley penal sustantiva, esta presunción, por su carácter de "juris tantum", tiene que ceder y ser desvirtuada cuando conste que fué otro y no el ánimo de lucro el propósito que guió al culpable de realizar los actos que se le imputan." (*Sentencia de 9 de diciembre de 1958.*)

19. Artículo 516: Hurto.

"Que al afirmarse como hecho probado en la sentencia el acto de perpetrar el procesado y su co-reo rebelde en la pensión, ello obliga a estimar en el hurto la circunstancia cualificativa del núm. 2.º del art. 516 del Código penal, sin que lo desvirtue la falta de conocimientos entre el procesado y el dueño del establecimiento ni la mínima entidad del tiempo, una noche, que permaneció en el mismo, elementos que pueden y deben ser-

vir para valorar la gravedad del abuso de confianza y, en consecuencia, del grado de personalidad, pero en modo alguno para negar la existencia de dicho abuso." (*Sentencia de 30 de octubre de 1958.*)

20. Artículo 516, núm. 2.º: Hurto.

"Que el núm. 2.º del art. 516 del Código penal, establece dos modalidades de hurto cualificado, cuya sustantividad e independencia denota la conjunción disyuntiva que la separa, constituida, una por el denominado hurto doméstico, y otra, por aquel en que interviniera abuso de confianza, sea o no grave, por haber desaparecido del vigente texto legal la distinción que en los anteriores se hacía y el hecho por el que, en la resolución combatida se condena a la recurrente F. V. C., está comprendido en el primero de esos supuestos legales, porque efectuó la sustracción de alhajas y ropas en el domicilio donde prestaba servicio doméstico, y esta circunstancia por sí sola da origen al hurto agravado que contempla, en primer término, el comentado precepto que no exige que el sirviente goce de cierto grado de confianza otorgado por la persona a quien sirve, puesto que precisamente el fundamento de la agravación del hurto doméstico estriba en la especialidad de este servicio que facilita el acceso a todas las dependencias de un hogar ajeno y proporciona constantes ocasiones para quebrantar el deber de fidelidad, que debe ser norma del que es admitido a prestarlo." (*Sentencia de 26 de septiembre de 1958.*)

21. Artículo 535: Apropiación indebida.

"Que declarado por la Sala sentenciadora que la cosa apropiada ha sido justipreciada en seiscientas pesetas, esta es la real valoración a efectos de determinación de la penalidad y no la cantidad de trescientas cincuenta pesetas en que fué pignorada esa cosa en el Monte de Piedad y en la que, en definitiva, resultó perjudicado el dueño de la misma, que abonó esta última suma para recuperarla, porque no puede desconocerse que son factores completamente diferentes a efectos penales, el valor de un objeto de que se desposee a su propietaria y el perjuicio que ese apoderamiento le irroque, que no siempre coinciden en cuantía." (*Sentencia de 11 de noviembre de 1958.*)

22. Artículo 546 bis: Penalidad.

"Que limitado el recurso de casación deducido por el Ministerio Fiscal a denunciar la infracción del art. 546 bis A incorporado al Código penal en razón a la penalidad aplicada por el Tribunal sentenciador al caso concreto debatido, si según la norma penal indicada, no puede exceder la medida impuesta de la asignada al delito de que el encubrimiento trae causa, fijada a aquel en el Código sancionador en razón a la cuantía del hurto persegui-

do la de arresto menor en orden al núm. 3.º del art. 515 del indicado Ordenamiento —aun concurriendo la agravante de reiteración reconocida por la Sala de instancia—, no es dable rebasar la pena de arresto mayor como se ha hecho, porque no es a la circunstancia específica del abuso de confianza que se ha estimado para el autor principal de la sustracción y que por imperativo legal obligaba a imponer la pena superior en grado, a la que hay que atenerse como pena tipo, sino que con toda claridad se fija en el art. 546 bis a) del Código penal modificado por la Ley de 9 de mayo de 1950, es forzoso ceñirse exclusivamente a la pena privativa de libertad señalada al delito encubierto.” (*Sentencia de 24 septiembre de 1958.*)

23. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Que la agravación específica imperativamente prevista en el último párrafo del art. 565, es ineludiblemente aplicable a la imprudencia temeraria del hecho probado, no sólo por la condición personal del procesado, conductor profesional al servicio de una empresa, sino, sobre todo, por la grave impericia acreditada en su conducta, al atravesar la acera de ingreso al solar sin anunciar dicha maniobra por luces o señales acústicas y a gran velocidad.” (*Sentencia de 24 de octubre de 1958.*)

24. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

“Que aunque las fronteras entre la imprudencia simple y la temeraria se ofrecen a veces con carácter poco acusado por no contener el Código los elementos integrantes de cada una, la doctrina de esta Sala viene declarando que hay que reputar como imprudencia grave o temeraria hacer algo con omisión de aquellas normas de cautela y precaución que son de elemental observancia para que nuestra actuación no resulte dañosa a los demás, y que no pueden pasar inadvertidas al hombre menos cuidadoso y diligente; o sea, un obrar con tal irreflexión y descuido que bordea el campo de lo doloso.” (*Sentencia de 6 de diciembre de 1958.*)

25. Artículo 1.º Ley 9-5-50. Estado de somnolencia.

“Que la Ley especial de 9 de mayo de 1950 contempla en los artículos iniciales dos supuestos perfectamente definidos, y así como el artículo 1.º tipifica únicamente aquellos estados de incapacidad para conducir con seguridad vehículos de motor, en que se coloca el que los condujese bajo la influencia de bebidas alcohólicas, de drogas tóxicas o de estupefacientes, el segundo afecta de modo exclusivo a la forma o modo de conducir que represente un peligro para el público dada la intensidad del tráfico, condiciones de la vía pública u otras circunstancias que aumenten el riesgo, y esta última norma ha sido indebidamente aplicada en el presente caso, porque el estado de somnolencia podrá constituir una incapaci-

cidad más o menos acentuada para la conducción de esta clase de vehículos, pero no está recogida en el citado art. 1.º, que no reconoce más situaciones de incapacidad que las que taxativamente marca, derivadas, bien de la ingestión de las bebidas alcohólicas o de estar el conductor bajo los efectos de drogas tóxicas o de estupefacientes, y el art. 2.º, como antes se indica, se refiere a las formas o modos peligrosos de conducir los vehículos y no guarda relación alguna con posibles estados de incapacidad absoluta o relativa, no previstas por la Ley y que, por tanto, no pueden sancionarse aplicándola extensivamente." (*Sentencia de 31 de octubre de 1958.*)

26. Ley 9-5-50, art. 1.º: Elementos integrantes del delito.

"Que la declaración de hechos probados comprende todos los elementos integrantes del delito sancionado por el art. 1.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, cuales son: conducción de un vehículo de motor mecánico, como es un auto taxímetro, y bajo el influjo de fuerte intoxicación alcohólica, con el efecto de colocar al sujeto en un estado de incapacidad para realizar la conducción, con las debidas condiciones de corrección e indemnidad, lo que se expresa con la frase *que le impedía llevar el auto con seguridad.*" (*Sentencia de 18 de octubre de 1958.*)

27. Ley 9-5-50: Circulación sin placa de matrícula.

"Que el delito previsto en el art. 4.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 de circulación sin placa de matrícula o con ella en indebidas condiciones, no se refiere a carencia de dicha señal en un plano de no posesión, como sucede en el delito paralelo de conducción no autorizada, sino a la ausencia de la matrícula al circular el vehículo en un momento dado, siempre que tal acto fuere voluntario." (*Sentencia de 7 de noviembre de 1958.*)

28. Ley 24-4-58: Pena accesoria.

"Antes de la Ley de 24 de abril del corriente año, la privación del permiso de conducir vehículos de motor era pena principal y no tenía el carácter de accesoria que después se le ha dado." (*Sentencia de 5 de julio de 1958.*)

29. Ley 24-4-58: Pena accesoria.

"Que aun antes de ser calificada como pena accesoria en la Ley de 24 de abril de 1958, la privación de permiso para conducir vehículos de motor, ha proclamado la jurisprudencia de esta Sala que esa sanción no puede considerarse mera medida de seguridad, sino que, por sus efectos, guarda analogía con la suspensión de profesión u oficio." (*Sentencia de 4 de octubre de 1958.*)

IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y DE ELÍZAGA.

D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. *Actos discrecionales.* Su concepto y relación con la Jurisdicción Contencioso-administrativa.—II. *Competencia:* Las resoluciones de separación del servicio dictadas en virtud de expediente gubernativo ya no son recurribles ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa. Ley de 27 de diciembre de 1956.—III. *Contratación administrativa:* Errores materiales, de hecho o aritméticos. Consecuencias legales de los mismos.—IV. *Expedientes gubernativos:* Separación del servicio por aplicación del apartado 5.º del art. 1.011 del Código de Justicia Militar. Honor Militar.—V. *Expropiación forzosa:* Criterios para el justiprecio. Influencia en el mismo de la actitud de parte de los propietarios frente a la Administración.—VI. *Procedimiento:* A) Expulsión acordada con arreglo a la R. O. de 17 de enero de 1893. Necesidad de incoar expediente gubernativo. B) Disposición de carácter general.—Su impugnación en la Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956. C) Expedientes gubernativos. Carácter de la resolución del Director General de la Guardia Civil. Requisitos de las notificaciones para su validez.—VII. *Recompensas. Cruz Laureada de San Fernando:* Posibilidad de recurso en esta materia. Prescripción del derecho a las pensiones de la misma. Aplicación de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, de 1 de julio de 1911.

I. ACTOS DISCRECIONALES

SU CONCEPTO Y RELACIÓN CON LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

Sentencia de 5 de noviembre de 1958.—Con motivo de acuerdo del Ayuntamiento de T. de declarar desafectado del uso público un trozo de determinado camino y de incluirlo en el inventario municipal como bienes patrimoniales del Municipio, por uno de los propietarios de las fincas limítrofes fué interpuesto recurso ante el Tribunal Provincial, que estimó la demanda y revocó el acuerdo municipal de referencia, fallo que confirmó, en apelación, el Tribunal Supremo, con base en la siguiente argumentación:

“El preámbulo de la vigente Ley jurisdiccional invocado al efecto se limita a razonar la no mención de los actos discrecionales entre los excluidos de fiscalización contencioso-administrativa, y dice que, conforme a la jurisprudencia, *la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un “prius” de la cuestión de fondo de legitimidad, sino que siempre ha de referirse a alguno de los supuestos del acto, su existencia está vinculada al fondo, y surge al fin, cuando a un determinado órgano se “atribuye competencia para apreciar en un supuesto dado lo que sea de interés público.”*

“La discrecionalidad así entendida, precisa una especial atribución o

delegación a la Administración para configurar, según el interés público, el acto cuestionado en su elemento característico, atribución que en el caso de autos no existe, sino al contrario, en la norma aplicable y aplicada, hay un sometimiento del Ayuntamiento a los elementos necesarios para alterar la calificación jurídica y cambiar la afectación parcial del camino cuestionado, cuya conveniencia habrá de demostrarse en el oportuno expediente, según dice el art. 8.º del vigente Reglamento de Bienes y Servicios de las Entidades Locales, de 27 de mayo de 1955, esto es, que el acto impugnado será legítimo y la Corporación habrá actuado conforme a derecho, en tanto se ajuste al resultado del uso o aprovechamiento o servicio de que se trata."

"A este respecto, como argumenta la Sentencia apelada acertadamente —no impugnada más que de modo abstracto en el particular de la discrecionalidad— el cambio de destino público servido por el camino ha de estar impulsado por conveniencia general de una necesidad pública superior a la realizada en la actualidad, y en tal sentido ningún aspecto señala siquiera el contenido del expediente relacionado con el público interés, faltando, por consiguiente, la imprescindible demostración de tal conveniencia que al construir presupuesto de hecho determinante del cambio de afectación ordenado, obstaculiza la discrecionalidad y somete el acuerdo municipal al conocimiento de esta jurisdicción."

II. COMPETENCIA

LAS RESOLUCIONES DE SEPARACIÓN DEL SERVICIO DICTADAS EN VIRTUD DE EXPEDIENTE GUBERNATIVO YA NO SON RECURRIBLES ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. LEY DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956.

Sentencia de 11 de noviembre de 1958.—Separado del servicio por resolución recaída en expediente gubernativo un Comandante de Infantería, Caballero Mutilado Permanente, por considerarlo incurso en la causa 5.ª del art. 1.011 del Código de Justicia Militar, el interesado entabló recurso contencioso en el que, además de la revocación de la Orden Ministerial del Ejército de 12 de abril de 1957 que dispuso la separación, se debatía la procedencia de abonar al recurrente el tiempo que estuvo separado, los haberes dejados de percibir, y su concreta pretensión de que se le repusiera en los derechos, honores, preeminencias y consideraciones inherentes a su referido grado.

El Supremo declara la inadmisibilidad del recurso "por versar su contenido sobre actos no susceptibles de impugnación".

He aquí los fundamentos del fallo, que se transcriben por cuanto significan de oposición al criterio legal y jurisprudencial anterior a la vigencia de la Ley de 27 de diciembre de 1956.

"Interpuesto el presente recurso contencioso-administrativo en 21 de septiembre de 1957, esto es, después de la vigencia de la Ley jurisdiccional,

tiene que ajustarse, tanto en lo relativo a la jurisdicción como al procedimiento, a lo dispuesto en la misma, porque, a partir de su vigencia, quedaban derogadas las disposiciones legales y reglamentarias en ambos aspectos procesal y jurisdiccional, salvándose tan sólo lo concerniente al plazo fijado para la interposición, que será el regulado por la legislación que se deroga cuando, como en el caso que examinamos, el acto administrativo recurrido fuere anterior a su vigencia y, por ello, este recurso disfrutó del plazo de tres meses, en lugar de los dos que en otro caso le hubieran correspondido al tenor de la vigente Ley, para formular el escrito interpositorio."

"Que dispuesto en la Ley de la jurisdicción en vigor que no se admitirá recurso contencioso-administrativo con relación a resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos seguidos a Oficiales, Suboficiales y clases con arreglo al art. 1.011 y sigs. del Código de Justicia Militar, es visto que en el recurso que nos ocupa la Orden ministerial recurrida de 12 de abril de 1957 dispone que don L. G. P. causa baja en el Ejército "por hallarse comprendido en el art. 1.011 del Código de Justicia Militar" (*Diario Oficial*, núm. 91) y la Orden de 17 de junio de 1957 que resolvió el recurso de reposición señaló con claridad "que la resolución recurrida que firmó el señor Ministro especificaba que el residenciado, de conformidad con el señor Fiscal Militar y con el Consejo Reunido, se hallaba incurso en el caso quinto del art. 1.011 del Código de Justicia Militar", por cuanto no puede haber la más elemental duda de que las resoluciones así dictadas no tienen cabida en el ámbito jurisdiccional en que debe actuar el Tribunal y ello tanto por expreso mandato de la Ley cuanto porque el referido Código militar aparta en los distintos casos del art. 1.011 al Oficial o suboficial cuya continuación en el servicio fuese perjudicial al mismo, siempre que su conducta, sus actos, sus deudas injustificadas, la comisión de ciertas faltas, desconocieran el honor militar que es preciso guardar para convivir en las Armas o Cuerpos de los tres Ejércitos y que es su brillante ejecutoria de prestigio no ya sólo ante los demás miembros de aquéllos, sino, sobre todo, ante la Nación a la que sirven, que repele todo lo atentatorio al decoro colectivo de sus fuerzas armadas; y es, en esta materia, tan claro el espíritu de la Ley de la jurisdicción que al excluir de ella "las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos por el Código de Justicia Militar" se advierte sin esfuerzo no es posible entrar a examinar si las resoluciones así acordadas están o no ajustadas a las normas que para esos casos fija el Código castrense y explicable, además, porque los actos que se sancionan en tales preceptos no es factible valorizarlos ni ponderarlos sometiéndolos a preceptivas de otro linaje, ya que viven y se producen en un ambiente y tienen una proyección de tal naturaleza peculiar, de tan singular densidad corporativa, que son de suyo extrañas, ajenas a la función jurisdiccional; haciéndose preciso, por último, tomar nota de que en el Código militar van comprendidos en el concepto de Oficiales, los Generales, Almirantes, Jefes y, desde luego, los oficiales y asimilados de los tres Ejércitos."

“Se desprende de todo lo expuesto que las peticiones que en el pleito formula el recurrente, Jefe de Infantería y Caballero Mutilado, pidiendo la revocación de la Orden ministerial del 12 de abril de 1957, reposición en su grado de comandante, abono del tiempo que ha estado separado del servicio, de los haberes que ha dejado de percibir y reintegración en sus derechos, honores, condecoraciones y preeminencias, todas ellas se estrellan contra el valladar infranqueable de que la resolución recurrida se dictó como consecuencia de expediente gubernativo seguido al mismo y precisamente con arreglo al artículo 1.011 del Código de Justicia Militar y, por tanto, ante la concurrencia de ambos requisitos, no es posible determinar si se aplicó bien o mal esa preceptiva del Código castrense, en el que, si la mera falta de hurto o de estafa de naturaleza común o militar basta para considerar en entredicho provocando el expediente al Oficial que la cometiera, es evidente que si se le ha sancionado como autor de infracciones, cual sucede con el recurrente, de ambas naturalezas, común y castrense, y las sanciones son firmes y ejecutorias, esto es cuando ya no se tramita procedimiento judicial, *la incoación y la tramitación del expediente gubernativo al desembocar en la separación del servicio del encartado, no puede revisarse en esta vía jurisdiccional porque es un ámbito vedado, como decíamos en el anterior apartado, tanto por ministerio legal cuanto por la propia naturaleza y calidad de la materia*; y así bien se hace innecesario entrar en la estimación de las que llamó excepciones el escrito de contestación a la demanda que articuló la defensa de la Administración, pues, conduciendo las mismas a finalidad idéntica, bien se comprende de lo expuesto la procedencia de declarar la inadmisibilidad del recurso por versar su contenido sobre actos no susceptibles de impugnación y haber sido invitadas las partes por el Tribunal y tratar dicha cuestión, cumpliendo precepto expreso de la ley”.

III. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

ERRORES MATERIALES. DE HECHO O ARITMÉTICOS. CONSECUENCIAS LEGALES DE LOS MISMOS

Sentencia de 21 de octubre de 1958.—En el presupuesto de contrata de una obra, adjudicada en 32.999.999,95 pesetas, se incidió en un error de cálculo de material a emplear que se tradujo en un aumento indebido de aquel, en 1.167.166,55 pesetas. La citada adjudicación representaba sobre el presupuesto primitivo, una baja del 1,398.249 por 100. La Sociedad adjudicataria al observar el error, instó del Ministerio de Obras Públicas, se corrigiera el presupuesto de contrata y en su consecuencia se calculara nuevamente y se rectificara la baja de subasta, obteniéndola por comparación de la cantidad ofertada en la licitación por la entidad adjudicataria con el presupuesto de contrata corregido, el cual, al ser menor, habría de producir una disminución de la baja.

El Ministerio, si bien acordó rectificar el presupuesto, mantuvo la baja de la subasta, e interpuesto recurso contra dicha resolución, es estimado por el Tribunal Supremo, de conformidad con lo suplicado por la entidad recurrente.

El fallo aparece así fundamentado:

"Conformes los litigantes en que en las cubicaciones que figuran en los presupuestos parciales de las obras del Proyecto de Embalse del Pantano de B. adjudicadas a la Sociedad recurrente "C.", se incidió en el error de consignar, por cemento 8.566.357 toneladas métricas como resultado de multiplicar los 300 kilos correspondientes a cada metro cúbico de hormigón, por los 21.415.893 metros cúbicos calculados, siendo así que la cifra exacta resultante de esta multiplicación es la de 6.424.767 toneladas; y conformes igualmente en que dicho error, al arrastrarse a los presupuestos generales, se tradujo en un exceso de costo o aumento indebido de 1.167.166,55 pesetas, queda la cuestión del presente recurso reducida a determinar si la baja de la subasta debe rectificarse, fijándola en relación a la proporción entre el precio de remate y el importe del presupuesto de contrata una vez corregido o eliminado el error expresado, o si, por el contrario, a tal error le es aplicable lo dispuesto en el art. 43, párrafo cuarto del Pliego de Condiciones generales para la contratación de las Obras Públicas a cuyo tenor "las equivocaciones materiales no alterarán la baja proporcional hecha en la contrata, respecto del importe del presupuesto que haya servido de base a la misma".

"Las equivocaciones del presupuesto exhaustivamente mencionadas en el art. 43 del referido Pliego de Condiciones generales, es decir, las consistentes en las variaciones de los precios de obra respecto de los fijados en el cuadro, los errores en la cantidad de obra a realizar, y los errores en su importe, son las únicas que no alterarán la baja hecha en la contrata, baja que ha de continuar siendo la deducida de la relación entre las cifras del presupuesto, antes de la corrección de aquellas equivocaciones y la cantidad ofrecida."

"En el caso de autos, es manifiesto que se está en presencia de un simple error de multiplicación, que no afecta a precios, volumen, ni cantidades de obra, puesto que multiplicando y multiplicador son correctos, o sea, que se trata de un error aritmético no comprendido en el art. 43 del Pliego general de 13 de marzo de 1903, por lo que, ante la falta de normación especial, y atendido lo establecido en el artículo 16 del Código Civil, ha de aplicársele el párrafo tercero del art. 1.266 de aquel Código, que preceptúa que el simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección; no pudiendo, por lo demás, ofrecer duda que tal corrección ha de producir las obligadas consecuencias legales y que, consiguientemente, habiéndose fijado o calculado la baja de subasta por comparación entre el importe del presupuesto, indebidamente aumentado a virtud del susodicho error aritmético, y la cantidad ofrecida por la adjudicataria, debe rectificarse, asimismo, la indicada baja, determinándola en relación a la proporción entre el precio del remate y el presupuesto después de rectificado."

"Sentado cuanto expuesto queda, es obligado reconocer que la Orden recurrida y la que denegó su reposición, no se hallan ajustadas a Derecho en cuanto, no obstante mandar rectificar el presupuesto de contrata por corrección del error denunciado, acuerdan mantener la baja de la subasta."

IV. EXPEDIENTES GUBERNATIVOS

SEPARACIÓN DEL SERVICIO POR APLICACIÓN DEL APARTADO 5.º DEL ARTÍCULO 1.011 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. HONOR MILITAR

Sentencia de 18 de octubre de 1958.—Separado del servicio con arreglo al indicado precepto, un Cabo Primero de la Guardia Civil, por resolución de la Dirección General del Cuerpo, previa instrucción del oportuno expediente gubernativo, el interesado interpuso recurso contencioso que el Tribunal desestima, fundamentando el fallo en los siguientes términos en los que se alude a los hechos y se expone la forma o criterio para determinar "lo que sea el honor militar".

"Tiene declarado este Tribunal Supremo en las sentencias citadas en los Vistos (1) que para determinar lo que sea el honor militar deben tenerse en cuenta las declaraciones de los individuos y jefes de la corporación que figuren en el expediente y que ha de buscarse la analogía entre los cargos que se hagan al acusado y los que el Código de Justicia Militar considera como delitos contra el honor militar en sus arts. 338 y sigs. y en el caso discutido el Brigada, el Capitán de la compañía y el Teniente Coronel primer jefe, han declarado que en la ocasión de autos, el Cabo R., demostró poco espíritu militar, no exento de cobardía, porque dicho cabo, con motivo de tener conocimiento del encuentro de unos bandoleros en el cortijo expresado con unos guardias, en el que fué muerto uno de ellos poco antes, a pesar de disponer él de siete fusiles no intentó el asalto al cortijo para rescate del cadáver y aprehensión de los malhechores, se limitó a enviar un enlace al destacamento de A., integrado por fuerzas del Ejército y apostarse hasta que llegó el Brigada C. que asaltó el cortijo, de donde se habían escapado ya los malhechores, sin que tampoco tomara parte en el asalto el expresado cabo, hechos que, en realidad, significan una conducta contraria al espíritu que debe presidir la actuación de las fuerzas militares y de la guardia civil conforme a la notable cartilla de 29 de julio de 1852 y Reglamentos del Cuerpo de 14 de mayo de 1943."

Sentencia de 22 de octubre de 1958.—Por resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 3 de octubre de 1951, fué separado del servicio un Cabo primero del Cuerpo, al que fué notificado el acuerdo el día

(1) Sentencias de 11 de abril, 1 de febrero, 3 de marzo y 8 de mayo de 1958.

16 del mismo mes y año, sin indicar en el texto de la notificación los recursos que contra aquélla procedían. Interpuesto recurso contencioso por el interesado en 13 de junio de 1957, le fué admitido por considerar que el defecto de forma antes aludido determinó la invalidez de la diligencia de notificación, que al no ser reproducida en legal forma con posterioridad, mantuvo abierto el término para que el sancionado utilizase la vía contenciosa. El recurso se sustanció con arreglo a la preceptiva legal del Texto refundido de 8 de febrero de 1952, a tenor de lo prevenido al respecto en la disposición transitoria tercera de la Ley de 27 de diciembre de 1956.

El Tribunal Supremo por los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación se transcriben, revoca la mencionada resolución y declara el derecho del recurrente a ser repuesto en su empleo y "al abono de los haberes dejados de percibir durante el tiempo de la separación, sin que ello obste a cualquier otra medida de menor grado dentro del orden disciplinario o del buen régimen interno del Instituto, que en relación con la clase residenciada puede adoptar dentro de sus atribuciones la Autoridad Militar que expidió la Orden de proceder".

"Los hechos de referencia, según aparecen del expediente y se admiten por la parte actora y el Ministerio Fiscal como base de enjuiciamiento, son, sintéticamente, que durante la realización de un servicio que tenía por objeto sorprender a una partida de bandoleros en el campamento que ocupaban en la sierra de los Tres Mojones, término municipal de Cardenete, provincia de Cuenca, el Cabo primero don F. C., contraviniendo las órdenes que personalmente fueron dadas por el Teniente Coronel Primer Jefe de la Doscientas una Comandancia de la Guardia Civil, encendió fuego en las primeras horas de la mañana del 14 de octubre de 1950, sin que pudiera precisarse la hora exacta en que lo hiciese, estimándose probable que a ello obedeciera la huida de los bandoleros y el malogro de la operación."

"Impuesto al recurrente por el Capitán General de la Primera Región, a consecuencia de tales hechos, el correctivo de cuatro meses de arresto militar, como autor de la falta grave prevista en el número primero del artículo 437 del Código Castrense, previa instrucción del oportuno expediente judicial del que provino, sin nuevos esclarecimientos, el ulterior gubernativo, resulta indudable que para inferir que la conducta en dicha ocasión seguida por la clase residenciada, además de incumplimiento de órdenes relativas al Servicio implicaba la comisión de actos contrarios al honor militar, debía de patentizarse la existencia de motivos en pugna con las virtudes fundamentales de valor, lealtad y disciplina, características de la noble profesión de las armas, y que, desbordando la mera negligencia sin llegar al campo del delito mostrasen la indignidad del encartado para continuar en el servicio; y es lo cierto que las actuaciones no ofrecen pruebas ni aun revelan indicios de aquella recusable motivación."

"Según reiterada jurisprudencia de esta Sala, *para discriminar con acierto si determinados actos personales son o no contrarios al honor militar, han de atenderse preferentemente al criterio que sobre el particular sustenten los Jefes y superiores del residenciado, por cuanto aquella ex-*

presión más que un concepto jurídico implica un sentimiento corporativo: y tal criterio resulta en este caso rotunda y unánimemente favorable a don B. F. C., ya que tanto el Teniente Coronel, Primer Jefe de la Comandancia, como el Capitán a cuyo mando directo estuvo aquél en la operación de referencia, el Capitán Juez instructor del expediente judicial por falta grave, otro Oficial de idéntica graduación, y dos Tenientes, todos ellos pertenecientes al Benemérito Instituto, emiten su opinión de no existir actos contrarios al honor militar al mismo tiempo que afirman la buena conducta del recurrente; testimonios que resume el Comandante Juez instructor del expediente gubernativo con las siguientes frases finales de su informe: "... y considerando que la falta fué cometida sin mala fe, así como el buen concepto en que es tenido el residenciado por sus superiores, todos los cuales le consideran digno de pertenecer al Cuerpo por haber cumplido bien con sus deberes militares, demostrando gran entusiasmo en la persecución de bandoleros, por todo ello, cree el Juez que suscribe que el Cabo primero B. F. C. podría continuar perteneciendo al Cuerpo, por no estinarlo incurso en el caso quinto del art. 1.011 del Código de Justicia Militar".

"La resolución impugnada, en expreso desacuerdo con la propuesta del Juez Instructor del expediente, no razona de modo adecuado los fundamentos de la grave sanción que adopta y, por ello, resulta imposible mantenerla con criterio ajustado al ordenamiento jurídico, único permisible a los Tribunales de Justicia."

V. EXPROPIACION FORZOSA

CRITERIOS PARA EL JUSTIPRECIO.—INFLUENCIA EN EL MISMO DE LA ACTITUD DE PARTE DE LOS PROPIETARIOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN

Sentencia de 31 de octubre de 1958.—En expediente de expropiación de determinada parcela de terreno en las proximidades del Aeropuerto de Barajas, la Jefatura de la Región Aérea Central acordó se abonase al propietario la cantidad de 2.224,80 pesetas, importe de la valoración efectuada por el perito de la Administración. El Ministerio mantuvo dicha valoración y contra la Orden en que así se dispuso fué interpuesto recurso que el Tribunal Supremo resuelve revocando la Orden impugnada y declarando que el justiprecio asciende a 9.551,80 ptas. con derecho al percibo de los intereses, al cuatro por ciento anual, desde la ocupación de la finca.

El fallo se apoya en las siguientes consideraciones:

"La resolución ministerial objeto de este recurso fija en 2.160 pesetas el valor de la parcela expropiada que, sumado al 3 por 100 de esa cantidad por precio de afección, alcanza un total de 2.224,80 pesetas para indemnizar a los herederos del actor don M. P. Y., propietario de aquélla; mas ha de rechazarse, desde luego, por exiguo, tal justiprecio con sólo tener en cuenta que según certificado del Registro de la Propiedad, el demandante

al comprar por escritura pública dicha parcela pagó 2.931,30 pesetas y ello diez años antes de ocuparla a título de expropiación el Ministerio del Aire en 1945 cuando, lógicamente, había aumentado el valor que alcanzó en aquella lejana compra.

“Está acreditada por escritura pública la interesante circunstancia de que el terreno en cuestión hallábase enclavado, cuando lo compró el demandante, en una zona denominada “fin de semana” y los vendedores impusieron ya entonces limitaciones relativas a la conservación de pasos y accesos, así como a determinadas fajas de terreno con destino a jardín, todo ello como consecuencia de lo previamente establecido en un plano general de urbanización de dicha zona, lo cual demuestra que si originalmente fué rústico el terreno, había ya adquirido por su situación y circunstancias el año de 1935 un valor en el mercado correspondiente a su utilización como edificable, pero, además, e independientemente de las posteriores obras de “Nueva ampliación del Aeropuerto Nacional de Barajas”, determinantes en 1945 de la expropiación, motivo de este pleito, se realizaron por diferentes causas, durante el transcurso de esos diez años, diversas obras como grandes movimientos de tierras, trazado de algunas calles, creación de zonas verdes y demás circunstancias, la cuales recoge quien actuó de perito tercero en el expediente refiriéndolas en su dictamen para deducir que en la época en que se ordenó el estudio del proyecto de ampliación del expresado Aeropuerto no admitía ya ciertamente el terreno de que se trata la designación de predio rústico que todavía pretende mantener la Orden ministerial recurrida.”

“Tanto el Jefe del Servicio Regional de Obras como el Jefe de Intendencia y el Interventor regionales al proponer en sus respectivos dictámenes el justiprecio que de conformidad con ellos señaló el General Jefe de la Región Aérea Central y después ha confirmado la resolución ministerial, *adujeron como fundamento la circunstancia de ser más los expropiados conformes con el precio señalado por la Administración que quienes pretendieron mayor cantidad, pero de ello no puede deducirse que el precio ofrecido por el Ministerio del Aire sea precisamente el justo, porque es innegable que, según ya tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias como la de 6 de julio de 1951, la actitud de todo propietario respecto de la Administración expropiante está determinada por un conjunto tan completo y variable de circunstancias que se individualiza en cada persona, ya que la distinta postura procesal que unas y otras adopten cuando se les señala cierta indemnización está determinada por la distinta capacidad económica de los interesados, la mayor o menor urgencia que tengan en necesitar numerario, la existencia o no de dificultades para litigar, etc., todo lo cual puede explicar la conformidad de algunos con la oferta del Ministerio mientras otros la rechazan y discuten.*”

“Intermedia entre la pretensión de 13.580 pesetas, mantenida por el demandante, la cual rechaza por excesiva, y la que fija el Ministerio del Aire, se encuentra la cantidad de 9.273,60 pesetas, justiprecio procedente, según el perito tercero, quien explica su opinión con extenso y razonado dictamen basado en la forma, emplazamiento, superficie y circuns-

tancias características de solar, la capitalización de la renta al tipo medio de producción, el valor de expropiación de fincas análogas realizadas durante los cinco años anteriores en zonas semejantes más el precio a que se vendió en 1935 el terreno expropiado, datos todos muy atendibles para llegar, apreciándoles en conjunto, al justiprecio acertado de una finca, pero además, si bien los Tribunales tienen siempre libre facultad para fijar dentro de los límites de las contrapuestas pretensiones el precio de expropiación que estimen justo, después de apreciados cuantos informes y elementos de juicio se aportaron al expediente, es de tener en cuenta que el dictamen del tercer perito merece estimarse como de excepcional valor para decidir la cuestión de acuerdo con él, pues al actuar mediante nombramiento judicial lo hace con absoluta independencia de las partes interesadas personalmente en el asunto, y así, a la garantía de su capacidad técnica —en este caso la de un Arquitecto colegiado de Madrid— une siempre la de su imparcialidad, por todo lo cual en este caso debe admitirse que la cantidad de 9.273,60 pesetas sea precio justo de la parcela expropiada.”

VI PROCEDIMIENTO

A) EXPULSIÓN ACORDADA CON ARREGLO A LA R. O. DE 17 DE ENERO DE 1893.— NECESIDAD DE INCOAR EXPEDIENTE GUBERNATIVO

Sentencia de 5 de julio de 1958.—Un guardia segundo del Cuerpo de la Guardia Civil, al que se había seguido causa criminal, fué absuelto en Consejo de Guerra, no obstante lo cual la Dirección General del Instituto, previa la información correspondiente, acordó su expulsión del Cuerpo, con arreglo y en uso de las atribuciones que le confiere la Real Orden de 17 de enero de 1893.

Contra dicho acuerdo fué interpuesto recurso que el Tribunal Supremo resuelve declarando la nulidad de la resolución por haber sido dictada sin haber instruído previamente el debido expediente gubernativo conforme a lo prevenido en el Código de Justicia Militar.

El fallo se fundamentó en las siguientes consideraciones:

“La primera resolución de la Dirección General de la Guardia Civil de 24 de febrero de 1954 y la de su alzada de 23 de agosto de 1956 del hoy recurrente, están fundadas en el supuesto de que el guardia don L. P. R., por creer no poseía la categoría de Clase, no estaba incluido en el art. 1.023 del Código de Justicia Militar y, en su consecuencia no le era aplicable la obligación de instruir expediente gubernativo que ordena el 1.011 del mismo Código; pero sobre esta apreciación es preciso observar que el art. 1.º de la Ley de 25 de noviembre de 1944 dice textualmente: “las clases de tropa de la Guardia Civil, estarán constituidas por los guardias de 2.ª y 1.ª, por los cabos y por los cabos primeros” y como el demandante, según consta en autos, gozaba de la categoría de guardia 2.º de Mar, con arreglo al precepto antes citado queda desvanecida la razón por la cual la

Dirección General de la Guardia Civil resolvió su expulsión de acuerdo con la Real Orden de 17 de enero de 1893, referente a los simples guardias que no ostentaban la categoría de clase."

"Aun cuando no sean alegados por las partes los motivos de nulidad del procedimiento, por tratarse de cuestión de Orden Público, pueden y deben apreciarse de oficio y, en su consecuencia, está obligada la Sala a declarar la nulidad de la resolución recurrida, que fué dictada sin instruir el debido expediente al entonces guardia 2.º de Mar, don L. P. R."

B) DISPOSICIÓN DE CARÁCTER GENERAL.—SU IMPUGNACIÓN EN LA LEY JURISDICCIONAL DE 27 DE DICIEMBRE DE 1956

Sentencia de 12 de noviembre de 1958.—En ella el Tribunal Supremo desestima recurso interpuesto contra el Decreto del Ministerio de Obras Públicas de 5 de abril de 1957, por el que se creaba, dependiente de dicho Departamento, el **Gabinete Técnico para la realización de las Obras de Arquitectura del Conjunto de los Nuevos Ministerios**. Al propio tiempo se suprimía la Sección de Arquitectura de la Jefatura de Obras Públicas de Madrid, cuyo personal de Aparejadores y Auxiliares se integraba en el nuevo Organismo.

Se razona el fallo en los siguientes términos:

"El recurso interpuesto por don A. G. V. contra el Decreto de 5 de abril de 1955, por el que se crea el Gabinete Técnico para la realización de Obras de Arquitectura del conjunto de las de los nuevos Ministerios, publicado en el "Boletín Oficial del Estado" el 15 siguiente, *es una disposición de carácter general, la cual sólo puede ser impugnada, de conformidad con el art. 28, apartado b), de la Ley sobre la jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956, por las entidades que ostenten la representación o defensa de intereses de carácter general o Corporativo*, como serían los Colegios Oficiales de Arquitectos y está acreditado en autos, que si el de Madrid interpuso en tiempo y forma el recurso contencioso-administrativo contra la mentada disposición, desistió del mismo por su representación en escrito de 23 de enero de 1957."

"Si bien es cierto que, con arreglo al artículo 39 número 3, de la Ley citada, serán impugnables, en todo caso, las disposiciones de carácter general que hubieren de ser cumplidas por los administrados directamente, sin necesidad de un previo acto de requerimiento o sujeción individual, no discrimina, a tal efecto, si las personas legitimadas para promover la impugnación, sean colectivas o individuales, por lo que parece admitir, tanto a unas como a otras, suponiendo que tengan un interés directo, según el art. 28, apartado b) de dicha Ley, lo que es innegable respecto del recurrente; no es menos cierto que, aun cuando en el art. 3.º de la disposición recurrida se diga que queda extinguida la Sección de Arquitectura adscrita a la Jefatura de Obras Públicas de Madrid, no se dice nada respecto de la situación jurídica del recurrente —la que puede instar el propio interesado— sentado lo cual no es aplicable el precepto men-

cionado, sino el núm. 2 del propio art. 39, que admite la impugnación de los que se produjesen en aplicación de las disposiciones de carácter general fundada en que tales disposiciones no son conforme a derecho, pero no se está en presencia de tal caso."

"Los hipotéticos derechos de los funcionarios al cargo no pueden mermar las facultades discrecionales y soberanas de la Administración Central para reorganizar o extinguir sus servicios, en suma, para elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre estructura orgánica, que el interés público o la economía del Tesoro reclame, siempre que lleven la firma del Jefe del Gobierno, por ser de su competencia, según previene el art. 13, número 7, de la Ley de Régimen Jurídico, hoy encarnado o incorporado dicho cargo a la Jefatura del Estado, como así acaece en el Decreto impugnado, aprobado en Consejo de Ministros."

C) EXPEDIENTES GUBERNATIVOS.—CARÁCTER DE LA RESOLUCIÓN DEL DIRECTOR GENERAL DE LA GUARDIA CIVIL.—REQUISITOS DE LAS NOTIFICACIONES PARA SU VALIDEZ

Sentencia de 21 de noviembre de 1958.—En recurso entablado contra acuerdo de separación recaído en expediente gubernativo instruido a un cabo primero de la Guardia Civil, el Ministerio Fiscal alegó las excepciones de prescripción e incompetencia de jurisdicción, que el Tribunal desestima, con base en el siguiente razonamiento:

"Respecto a la incompetencia la funda el Ministerio Fiscal en no causar estado la resolución recurrida, por no haber sido dictada por el Ministro y sólo por la Dirección General de la Guardia Civil; mas referido fundamento en el presente caso no puede aplicarse, pues según el art. 1.023 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945 corresponde la resolución de los expedientes gubernativos a que se refiere el caso actual por ser el encartado solamente cabo del Benemérito Instituto, al Director General de la Guardia Civil, sin que exista ulterior instancia administrativa, por lo que no puede ser estimada la incompetencia aducida, como igualmente tampoco procede la prescripción, pues del examen del expediente se aprecia que la notificación de la resolución que puso fin al mismo no se hizo con arreglo a lo dispuesto en el art. 496 del citado Código de Justicia Militar al no haber hecho saber al notificado ante quién y en qué plazo podía recurrir, lo que según el art. 504 del mismo Cuerpo legal produce su nulidad, por lo que no puede tomarse como cómputo del plazo para recurrir la fecha de una notificación que carece de valor alguno, y en su consecuencia, como para el cómputo del plazo de prescripción ha de partirse de una fecha fija, en el caso actual ésta no existe."

VII. RECOMPENSAS.—CRUZ LAUREADA DE SAN FERNANDO

POSIBILIDAD DE RECURSO EN ESTA MATERIA.—PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A LAS PENSIONES DE LA MISMA.—APLICACIÓN DE LA LEY DE ADMINISTRACIÓN Y CONTABILIDAD DE LA HACIENDA PÚBLICA. DE 1 DE JULIO DE 1911

Sentencia de 20 de diciembre de 1958.—Fallecido un Caballero Laureado el 18 de febrero de 1937, sus causahabientes solicitaron del Consejo Supremo de Justicia Militar, como Asamblea de la Orden, la transmisión de la pensión inherente a aquella alta recompensa, en escrito de fecha 23 de julio de 1956, petición que fué denegada por estimar prescrito el derecho de los interesados.

Contra tal acuerdo interpusieron éstos recurso de reposición, que fué asimismo desestimado, y después contencioso-administrativo, que el Tribunal Supremo decide, confirmando aquella resolución y exponiendo la siguiente interesante doctrina, sobre los conceptos que más arriba quedan destacados:

A) Sobre la admisibilidad del recurso:

“Respecto al primer punto, si bien es cierto que el art. 105 del Reglamento por que se rige el Consejo Supremo de Justicia Militar de 26 de junio de 1940, y dado que tan Alto Organismo actúa en función de Asamblea de la Real y Militar Orden de San Fernando a virtud de lo dispuesto en el art. 2.º del Reglamento de esta Orden, excluye del recurso contencioso-administrativo los expedientes en que el Consejo entienda por lo dispuesto en las Leyes y Reglamentos especiales por que se rigen las Reales Ordenes de San Fernando y San Hermenegildo, tal precepto ha de ser conjugado con el contenido del art. 107 de la misma disposición legal, según el cual los expedientes sobre clasificación de los derechos de retiro y aun mejoras, inválidos, premios de constancia, viudedades, orfandades y pensiones de cruces se sustancian con aplicación de las Leyes, Reglamentos y disposiciones de carácter general, con exclusión de las resoluciones dictadas para casos especiales, viniendo a establecer un tratamiento jurídico distinto para los expedientes de las Cruces de San Fernando y San Hermenegildo que son fallados por el Consejo Supremo de Justicia Militar como Asamblea de la Orden, con carácter soberano y sin posibles interferencias ya en el trámite, ya en cuanto al Acuerdo resolutivo, por parte de otros Cuerpos ni Tribunales, y aquellos otros expedientes a que hace referencia el art. 107 del Reglamento, de carácter meramente económico y referido a derechos pasivos o pensiones de cruces que se someten en su sustanciación al régimen jurídico y al control o garantía jurisdiccional contenido en las Leyes, Reglamentos o Disposiciones de carácter general; y entendiéndolo indudablemente así el propio Consejo Supremo de Justicia Militar, reiteró en el expediente objeto del recurso la declaración de que se notifique el Acuerdo a los interesados por si conviniere a su derecho

interponer contra el mismo el recurso de reposición como trámite previo al contencioso administrativo, declaración contenida en el Dictamen del Fiscal Togado, en el del Fiscal Militar y, por último, en el Acuerdo del Consejo denegatorio del derecho reclamado y objeto del recurso, razones que determinan la procedencia de desestimar la impugnación a la admisibilidad del recurso opuesta por la Administración demandada."

B) Sobre la apreciación de la prescripción extintiva:

"Respecto al problema de fondo debatido e impugnándose la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar que declaró prescrito el derecho de los recurrentes a percibir la pensión de la Gran Cruz Laureada de San Fernando de que se hallaba en posesión su causante el General don D. B., por entender aquéllos que el mencionado derecho está dotado de un privilegio de imprescriptibilidad, fundado moralmente en emanar de la alta recompensa que en el orden militar entraña la Laureada y con apoyo legal, según los recurrentes, en que el art. 13 del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Fernando de 5 de julio de 1920 declara transmisibles las pensiones a las viudas, hijos o padres en los mismos términos y condiciones que las del Montepío Militar, en cuyo Reglamento se desconoce la prescripción, preciso es para enjunciar debidamente este punto legal reconocer que *la institución de la prescripción, como modo de extinción de derechos por la inacción de su titular durante el tiempo determinado por la Ley es institución jurídica aplicable en general y en principio a toda clase de derechos y acciones, en tanto en cuanto no hayan sido objeto de una excepción formal contenida en un texto legal, como se desprende de la explícita declaración del art. 1.930 del Código Civil, así como del contenido del 1.936 y 1.938 del mismo Cuerpo legal, de donde habrá que sentar como punto de partida para discriminación del derecho debatido que el modo extintivo de derechos de la prescripción es general y aplicable a toda clase de derechos y acciones y que la excepción de esta regla general que es la imprescriptibilidad habrá de estar clara y taxativamente prevista, sin que pueda fundarse en presunciones, razones morales o mero silencio de la Ley con relación a instituciones o derechos determinados.*"

"La no exposición de la prescripción extintiva de la acción para reclamar el derecho que se debate en el Reglamento del Montepío Militar, no significa otra cosa que ausencia de reglamentación especial, no desconocimiento y menos negación de este medio extintivo, ya que si esto hubiese sido lo pretendido por el legislador, lo hubiese dicho expresamente, y que la falta de normas específicas únicamente puede derivar en la aplicabilidad de los preceptos de carácter general que regulan la institución jurídica, o por los especialmente ordenados a regular la prescripción de derechos administrativos de la naturaleza del que se trata de ejercitar."

"El Real Decreto de 23 de febrero de 1857 dispuso en su art. 2.º que las viudas y huérfanos de militares a quien según las disposiciones vigentes correspondía viudedades u orfandades la cobrarán del Tesoro Público, el cual cubrirá en lo sucesivo esta atención en la propia forma que la de los empleados civiles, *por lo que a partir de 1857 todas las pensiones del Montepío Militar, al ser satisfechas por el Tesoro Público, merecen ya la*

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

calificación genérica de créditos contra el Estado, y por consiguiente, los derechos nacidos del Montepío Militar, al ser satisfechos por el Tesoro, aunque en su Reglamento no se consigne ni niegue su prescriptibilidad, estarán sujetos a ésta en iguales condiciones que los demás créditos contra el Estado y se regirán, a falta de preceptos específicos de su Reglamento, por las disposiciones de carácter general que condicionen y regulen la prescripción como modo de extinción de los mismos."

"El art. 92 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, contiene las Normas por las que se rigen las pensiones, y si bien en la Disposición Adicional 9.^a se excluye del ámbito de aplicación del Estatuto cuanto se refiere a pensiones anexas a cruces y recompensas civiles y militares, es lo cierto que *el contenido de la Disposición Transitoria 4.^a al declarar que los plazos de prescripción señalados en el art. 92 empiezan a contarse desde 1 de enero de 1927 parece que instaura la prescripción para toda clase de pensiones, aunque se rijan por normas legales ajenas al Estatuto, como entiende el Consejo Supremo de Justicia Militar en la resolución recurrida, puesto que las Disposiciones transitorias del mismo son aplicables, tanto a las pensiones en él reguladas cuanto a las que quedan fuera de sus normas según se desprende de los arts. 1.^o y 3.^o de tal norma legal, pero aunque así no fuera y se entendiera prevalente la exclusión de la Disposición adicional 9.^a, siempre constituirían unos créditos contra el Estado indiscutiblemente prescriptibles por declararlo así el art. 25 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública de 1 de julio de 1911, por cuya razón procede la desestimación del recurso y la confirmación del Acuerdo recurrido."*

OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA

E) JURISPRUDENCIA DE AGRAVIOS

SUMARIO: I. *Ascensos:* Condiciones para obtenerlo en la Agrupación Temporal Militar.—II. *Medalla de Sufrimientos por la Patria:* El riesgo específico del acto de servicio.—III. *Mutilados:* El ingreso en el Benemérito Cuerpo del personal integrado en la Agrupación Temporal Militar.—IV. *Orden de San Hermenegildo:* La baja en la Orden en relación con el concepto que la motiva.—V. *Pensiones familiares:* a) El personal de Complemento en relación con el derecho a legar pensión; b) Personalidad para solicitarlas; c) La pensión alimenticia del artículo 224 del Código de Justicia Militar y el derecho a su disfrute; d) Prescripción.—VI. *Pensiones de retiro:* a) Derecho a pensión extraordinaria; b) Abonos de tiempo a efectos de fijar el sueldo regulador; c) El artículo 12 del Estatuto de Clases Pasivas en relación con el tiempo pasado en empleos provisionales; d) El artículo 12 del Estatuto y su aplicación a los Sargentos que disfrutaban en activo el sueldo de Brigada; e) Incompatibilidad del artículo 12 con los beneficios otorgados por legislación especial; f) Cómputo de trienios; g) Cómputo de pagas extraordinarias; h) Fecha de arranque de la pensión; i) Mejora de pensión; j) Sueldo regulador de los cabos moros que percibían el sueldo de Sargento.—VII. *Las pensiones extraordinarias de retiro de la Ley de 13 de diciembre de 1943, en relación con los Sargentos que perciben el sueldo de Brigada.*—VIII. *Las pensiones extraordinarias de las Leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1941, en relación con los empleos provisionales.*—IX. *La situación de retirado en relación con el personal que ostenta el empleo con carácter provisional.*

I. ASCENSOS

CONDICIONES PARA OBTENERLO EN LA AGRUPACIÓN TEMPORAL MILITAR

Se plantea el problema de determinar si el ascenso de un Brigada a Oficial que forma parte de la Escala de Complemento por haber ingresado en la Agrupación Temporal Militar para destinos Civiles, debe producirse cuando haya ascendido efectivamente el que le sigue en la Escala Activa o cuando a éste le hubiera correspondido ascender por antigüedad.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1958, relativo a recurso promovido por V. G. G., resuelve la cuestión en el sentido de declarar el derecho del interesado a ser ascendido a Oficial cuando le hubiera correspondido ascender por antigüedad al que le siguiera en la Escala Activa en el momento de su ingreso en la Agrupación Temporal Militar para destinos Civiles, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que el último párrafo del art. 17 de la Ley de 15 de julio de 1952 determina que los que entrasen a formar parte de la Agrupación Temporal se les incluirá en las Escalas de Complemento, en las que podría obtener el

ascenso "al empleo inmediato cuando haya ascendido por antigüedad el que en el momento del pase a la Agrupación le seguía en su Escala de procedencia".

Que si bien es cierto que la Ley de 22 de diciembre de 1955, en su artículo 24, dispuso para los Suboficiales de la Escala activa que para ascender a Oficiales sería necesario superar las pruebas que al efecto se establecerían, las cuales fueron determinadas y reglamentadas por la Orden de 30 de enero de 1956, no es menos cierto que en el art. 43 de dicha Ley se dispone concretamente que "el personal de la Escala auxiliar, Cuerpo de Suboficiales y cabos primeros, que en la fecha de promulgación de esta Ley estuviese acogido a la de destinos civiles de 15 de julio de 1952 continuará rigiéndose por ésta", por lo que resulta patente que la referida Ley de 1955 no ha alterado ni modificado el régimen de ascensos del personal integrado en la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles.

Que, como consecuencia de los anteriores razonamientos, es obligado concluir que el ascenso de un Brigada a Oficial cuando pertenece a la Agrupación Temporal debe producirse cuando al que le siguiera en la Escala Activa en el momento de su paso a la mencionada Agrupación, le hubiese correspondido ascender por antigüedad, con independencia de que ese ascenso se haya o no producido efectivamente, como consecuencia de nuevos requisitos que para el mismo haya establecido una Ley posterior, como es la de 22 de diciembre de 1955.

Que, por tratarse de dos Escalas independientes, como son la Activa y la de Complemento, ningún perjuicio se puede ocasionar a los de aquélla por los ascensos que en ésta se produzcan, y sin que pueda admitirse la tesis de que el ascenso en la Escala de Complemento de un Brigada, pueda depender de un hecho ajeno o de las vicisitudes de otra persona, que dependen de su voluntad, como sucedería en el presente caso, si el ascenso del recurrente se hallase pendiente de que quien le siguiera en la Escala activa, superase o no las pruebas de aptitud fijadas por la Administración, cuando se desprende de manera evidente del precepto contenido en el art. 17 de la Ley de 15 de julio de 1952, que los ascensos en la Escala de Complemento de quienes forman parte de la Agrupación Temporal, se rigen por un principio de automatismo, cual es el ya señalado de que el mencionado ascenso ha de producirse, no cuando ascienda efectivamente el que le siga en la Escala activa, sino cuando le hubiera correspondido por antigüedad al mismo.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado, se resuelve estimar el recurso y revocar el acuerdo impugnado.

II. MEDALLA DE SUFRIMIENTOS POR LA PATRIA

EL RIESGO ESPECÍFICO DEL ACTO DE SERVICIO

Se plantea el problema de determinar si un Oficial que resultó herido al volcar un coche oficial cuando se dirigía en acto de servicio a un incendio producido en una fábrica de su demarcación, tiene o no derecho a la concesión de la citada recompensa.—El acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 1958, relativo a recurso promovido por E. M. I., resuelve la cuestión en sentido negativo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que, aun cuando el apartado c) del art. 6.º del Reglamento de 11 de mayo de 1941, al enumerar los supuestos que dan derecho a la Medalla de Sufrimientos por la Patria, habla, en general, de los "ocasionados en toda clase de accidentes al personal militar o militarizado que en acto de servicio fuera víctima de tales accidentes", una reiterada Jurisprudencia, entre la que cabe citar los Acuerdos de 30 de noviembre de 1948, 17 y 21 de febrero de 1950, 26 de marzo de 1951 y 11 de enero de 1952, ha venido interpretando este precepto en el sentido de que no basta con que el accidente que origina las lesiones tenga lugar en acto de servicio, ni con que se maneje un elemento de combate, sino que es preciso, además, que se trate de un servicio militar arriesgado, de forma que el afrontarlo sea un acto meritorio, que es lo que justifica, caso de sobrevenir el accidente, la concesión de una recompensa que, tanto por su nombre como por el espíritu que informa su Reglamento, está destinada a un premio a los sufrimientos que redundan en provecho de la Patria, y no una mera indemnización por accidente de trabajo.

Que el riesgo padecido es el común a toda persona que viaja en vehículo automóvil, por lo que no supone servicio militar arriesgado ni constituye en sí un acto meritorio, siendo más bien un caso fortuito común a cualquier clase de actividades o personas.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso, declarando firme y ajustada a derecho la resolución del Ministerio del Ejército por la que se le deniega la concesión de la Medalla de Sufrimientos por la Patria.

III. MUTILADOS

EL INGRESO EN EL BENEMÉRITO CUERPO DEL PERSONAL INTEGRADO EN LA AGRUPACIÓN TEMPORAL MILITAR

Se plantea la cuestión de determinar si un Brigada perteneciente a la referida Agrupación, tiene o no derecho a ser clasificado en el Cuerpo de Mutilados con la categoría de Permanente B.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de

noviembre de 1958, relativo a recurso promovido por J. P. M., resuelve el problema en sentido negativo, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Que el pase a la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles, creada por Ley de 15 de julio de 1952, es de carácter voluntario para el personal de los Ejércitos que en la misma se previene.

Que conforme al último párrafo del art. 17 de la citada Ley de 15 de julio de 1952, los Oficiales y Suboficiales que causen alta en la Agrupación, serán baja definitiva en las Escalas profesionales del Ejército.

Que el art. 7.º, párrafo 7.º de la Ley de Bases de 12 de diciembre de 1942, establece que los Generales, Jefes, Oficiales y Suboficiales y asimilados, que se encuentren clasificados de Caballeros Mutilados Útiles, continuarán prestando servicios en sus respectivos Escalafones, sin que en ningún caso puedan pedir la baja en sus Escalas, y si lo solicitaran perderán todos los derechos que les concede su mutilación.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

IV. ORDEN DE SAN HERMENEGILDO

LA BAJA EN LA ORDEN EN RELACIÓN CON EL CONCEPTO QUE LA MOTIVA

Se plantea el problema de determinar si procede o no la rectificación de la motivación que sirvió de base a la baja, en el sentido de que las diligencias previas no lo fueron por irregularidades administrativas, sino por denuncias de distinto carácter.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1958, relativo a recurso promovido por C. G. V., resuelve la cuestión en sentido negativo sobre la base de las siguientes consideraciones:

Que la cuestión que en el presente recurso de agravios se plantea, se reduce a si debe rectificarse el concepto que ha servido de fundamento para que la Asamblea acordara la baja en la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, sustituyendo la expresión "irregularidades administrativas siendo Capitán de cocina", por la de "diligencias instruidas por denuncia, terminadas sin declaración de responsabilidad, y si solo clasificadas como falta leve de notorio descuido y falta de oportunidad y acierto", por cuya falta incluida en el art. 335 del Código de Justicia Militar de 1890 vigente a la sazón, le fueron impuestos quince días de arresto por haber informado favorablemente la instancia promovida por un cabo que no había observado buena conducta.

Que el acuerdo de la Asamblea fué adoptado examinando en conjunto la conducta del recurrente, y teniendo en cuenta no sólo la falta leve apreciada y corregida por la Autoridad Judicial de la 7.ª Región, sino otros hechos que no fueron objeto de las diligencias previas en que se investigó la denuncia presentada contra el recurrente, cuales fueron el haber he-

cho pasar por su mujer legítima, después de quedar viudo, a una que no lo era, y que convivió en el pabellón o casa militar que ocupaba con sus dos hijas legítimas habidas de su matrimonio, y, por otra parte, es de tener en cuenta que no obstante haber terminado el procedimiento previo con la sola apreciación de la falta leve de que queda hecho mérito, en el dictamen auditoriado que le puso término, no se afirma que los hechos denunciados sobre las tales irregularidades atribuidas cuando desempeñaba el cargo de Capitán de cocina, fueran falsas, sino que no había prueba bastante para calificar su actuación como constitutiva de delito o falta, terminándose el procedimiento sin declaración de responsabilidad, sin perjuicio de abrirlo de nuevo si hubiera mérito para ello, o sea, concluyéndole de manera provisional y no definitivamente.

Que la Asamblea hubo de adoptar el acuerdo de baja, teniendo en cuenta y a la vista, todos los antecedentes que afectaban a la conducta del recurrente y, por tanto, hubo de examinar no sólo la resolución adoptada por la Autoridad Judicial al resolver, sino los elementos de prueba que al procedimiento previo se aportaron y con su examen y apreciación, llegó a la conclusión de acordar su baja en la Orden, careciendo de dualidad y relevancia el concepto expresado al adoptar tal acuerdo independientemente de la calificación legal que le diera la Autoridad Judicial al dictar la resolución que puso fin, no de manera definitiva, el aludido procedimiento.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

V. PENSIONES FAMILIARES

a) EL PERSONAL DE COMPLEMENTO EN RELACIÓN CON EL DERECHO A LEGAR PENSIÓN

1. Se plantea el problema de determinar si una viuda de un Oficial de Complemento, con más de treinta años de servicio, tiene o no derecho al disfrute de la pensión ordinaria.— El Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 1958, relativo a recurso promovido por M. P. M., resuelve la cuestión en sentido negativo, sobre la base de las siguientes consideraciones:

El problema jurídico que ofrece este recurso consiste en declarar si la viuda de un Oficial de Complemento, fallecido antes de la publicación de la Ley de 26 de diciembre de 1957, que concedió derechos pasivos a los Oficiales de Complemento y a sus familias, tiene o no derecho a pensión.

Para que existiese tal derecho haría falta que la Ley publicada con posterioridad al fallecimiento del supuesto causante, tuviese efectos retroactivos, y como es principio general de derecho que las Leves sólo los tienen cuando así lo declaran, y la Ley referida no hizo declaración a este

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

respecto, es evidente que sus beneficios no alcanzan a las viudas o huérfanos de los Oficiales que fallecieron con anterioridad a su promulgación.

De lo expuesto se infiere que la resolución recurrida no ha hecho agravio a la recurrente, sino que se encuentra ajustada a derecho.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso y confirmar la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar.

2. Se plantea el problema de determinar si la viuda de un Suboficial de Complemento, que prestó once años de servicios abonables, y a quien se concedió cinco mesadas de supervivencia, tiene derecho a pensión vitalicia, por haber tomado parte el causante en la Guerra de Liberación, de conformidad con lo dispuesto en la Ley de 19 de diciembre de 1951.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 1958, relativo a recurso promovido por R. G. A., resuelve la cuestión en sentido negativo, apoyándose para ello en los siguientes fundamentos:

Que por no ser profesional el causante al haber pertenecido a la Escala de Complemento, carece de derecho a los beneficios de la Ley citada, que los reserva para quienes siendo militares profesionales hayan tomado parte en la Campaña de Liberación.

Que la Ley de 26 de diciembre de 1957 concede derechos pasivos a los Militares que pertenezcan a la Escala de Complemento y hayan prestado servicios efectivos durante veinte años, caso en que no se encontró el marido de la recurrente, por lo que tampoco puede concedérsele con arreglo a esta Ley, la pensión de viudedad que solicita.

De lo expuesto se infiere que no se ha causado perjuicio a la recurrente al resolverse su expediente de pensión, sino que la resolución recurrida se encuentra ajustada a derecho.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se desestima el recurso.

b) PERSONALIDAD PARA SOLICITARLAS

Se plantea el problema de determinar si la hija de un Teniente Honorario al que le fué concedido el título con posterioridad a su fallecimiento, tiene o no derecho al disfrute de la pensión correspondiente a dicho título.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1958, relativo a recurso promovido por M. F. L., resuelve la cuestión en sentido afirmativo, sobre la base del siguiente razonamiento:

Que es constante la Jurisprudencia de agravios que sienta la doctrina de que los veteranos de Cuba y Filipinas que han solicitado en vida la expedición del título de Teniente Honorario con arreglo a la Ley de 15 de mayo de 1945, tienen derecho a la pensión aneja al mismo, desde 1 de junio de 1945 hasta la fecha de su fallecimiento, y en el supuesto de que dicha expedición sea posterior al óbito, sus herederos pueden solicitar el

pago de sus atrasos con plena personalidad y legitimación, toda vez que se trata de continuar un procedimiento iniciado por los interesados, sin que a éstos les sea imputable el retraso de la Administración para otorgar el mencionado título, ya que de interpretarse de otro modo, quedaría sin realidad en muchos casos la Ley de 15 de mayo de 1945, que premia a los veteranos que en el siglo pasado defendieron heroicamente nuestros territorios de Ultramar.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado, se resuelve estimar el recurso, revocar el acuerdo impugnado, y declarar el derecho del interesado a que se le abone la pensión aneja al título de Teniente Honorario concedida a su difunto padre desde el 1 de junio de 1945 hasta el 4 de agosto de 1951.

C) LA PENSIÓN ALIMENTICIA DEL ARTÍCULO 224 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR Y EL DERECHO A SU DISFRUTE

Se plantea la cuestión de determinar si la esposa pobre de una Guardia Civil preso y dado de baja en el Cuerpo, tiene o no derecho a la pensión alimenticia concedida por el art. 224 del Código de Justicia Militar a las familias pobres de militares presos.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1958, relativo a recurso promovido por R. A. G., resuelve el problema declarando no haber derecho al percibo de la misma, con fundamento en las siguientes razones:

Que el citado artículo dispone que las familias de los condenados a la pena de pérdida de empleo o a la de separación del servicio, mientras no perciban haberes pasivos por hallarse presos, si no disfrutaban de medios de fortuna, percibirán las pensiones señaladas en el Estatuto de las Clases Pasivas, para caso de fallecimiento de los causantes.

Que el Guardia Civil, marido de la recurrente, ingresó en el servicio antes de la Ley de 31 de diciembre de 1921, por lo que sus derechos en el Cuerpo de la Guardia Civil están regulados por la Ley de 19 de diciembre de 1910, que para los que sean expulsados exige que hayan servido veinticinco años, requisito que no se da en el causante, que sólo sirvió veinte años, seis meses y tres días.

Que la Ley de 6 de noviembre de 1941, que concedió el derecho de viudedad y orfandad a las familias de los Guardias Civiles, no concede efectos retroactivos a sus preceptos, por lo que a tenor de lo dispuesto con carácter general por el art. 3.º del Código Civil, carece de retroactividad.

Por lo expuesto, se evidencia la falta de derecho a haber pasivo del presunto causante y la de su esposa, la recurrente, a pensión alimenticia, por no pertenecer al Cuerpo de la Guardia Civil su marido cuando fué publicada la Ley que la concedió, y carecer dicha disposición legal de efectos retroactivos.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

d) PRESCRIPCIÓN

Se plantea el problema de determinar si la conversión de una pensión temporal en vitalicia debe ser afectada o no por el plazo de prescripción de cinco años que señala el art. 92 del Estatuto de Clases Pasivas.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 31 de octubre de 1958, relativo a recurso promovido por E. I. G., resuelve la cuestión en el sentido de estar la petición incurso en prescripción, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la petición de que fuese cambiada en vitalicia su pensión temporal fué formulada por la recurrente, después de transcurridos los cinco años de plazo que para solicitar pensión de viudedad señala el artículo 92 del Estatuto de Clases Pasivas y el 124 de su Reglamento.

Que la petición expuesta la expresa la recurrente al amparo del párrafo 4.º del art. 3.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951, y que el art. 9.º de la Orden del Ministerio de Hacienda de 20 de febrero de 1952, establece que tales pensiones consistirán en los 25 céntimos del sueldo regulador, conforme a lo dispuesto en el art. 69 del antes citado Estatuto, equiparando con ello el legislador, en lo general, la regulación de las pensiones extraordinarias de la Ley de 19 de diciembre de 1951 con las extraordinarias definidas en el Estatuto de Clases Pasivas, y es, por consiguiente, de aplicación el art. 69, antes mencionado, para regular los plazos que surjan en sus incidencias.

Que la prescripción de derechos y acciones es principio legal necesario para garantizar la existencia de las Instituciones jurídicas, y es una de las bases en que descansa la organización estatal.

De lo expuesto resulta que la resolución recurrida se ajusta a derecho y no ha inferido agravio a la interesada.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

VI. PENSIONES DE RETIRO

a) DERECHO A PENSIÓN EXTRAORDINARIA

Se plantea el problema de determinar si un Guardia Civil retirado por inutilidad física con motivo de la pérdida de visión al ser herido por disparo cuando se encontraba prestando servicio, debe regular su pensión por el 60 por 100 de su sueldo regulador con arreglo al art. 64 del Estatuto o por el sueldo entero, a tenor de lo establecido en el artículo 63.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 1958, relativo a recurso promovido por M. M. A., declara el derecho del interesado a regular su pensión extraordinaria por el sueldo entero, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que entre otros supuestos, el art. 63 del Estatuto otorga pensión extraordinaria de la indicada cuantía a "los que se inutilizan por heridas sufridas en actos del servicio de armas propio de su Instituto".

Que en la interpretación de este supuesto ha declarado reiteradamente esta Jurisdicción de agravios que para acreditar derecho a pensión extraordinaria al amparo de la misma, se precisa la concurrencia de tres requisitos: 1.º, que el interesado reciba heridas en acto del servicio de armas, propio de su Instituto; 2.º, que en el desempeño de este servicio incidiera un riesgo específico, y 3.º, que en relación de causa a efecto se derivara de tales hechos una inutilidad para el servicio del interesado.

Que es evidente que concurren en el presente caso los tres requisitos antes mencionados, ya que el servicio de Guardería a que se dedicaba el recurrente al tiempo de ser herido, es un típico servicio de Armas del Cuerpo de la Guardia Civil a que pertenece; dicho servicio origina un riesgo específico de ser herido voluntaria o involuntariamente por cazadores, y como consecuencia de las heridas sufridas fué declarado mutilado útil primero y retirado por inutilidad física después.

En conclusión, que el actual recurso de agravios se halla plenamente fundado en derecho y debe ser estimado, y que, por tanto, el recurrente tiene derecho a una pensión extraordinaria del sueldo regulador íntegro que percibía al tiempo de su retiro forzoso, toda vez que no es aplicable al mismo el hecho de que la administración haya demorado el acto de su retiro y, por tanto, no debe sufrir las consecuencias de dicha demora.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado se acuerda estimar el recurso y devolver el expediente al Consejo Supremo de Justicia Militar para nuevo señalamiento de pensión extraordinaria con arreglo al art. 63 del Estatuto de Clases Pasivas.

b) ABONOS DE TIEMPO A EFECTOS DE FIJAR EL SUELDO REGULADOR

Se plantea el problema de determinar si un abono de cuatro años realizado al amparo de la Ley de 15 de julio de 1934, puede o no ser rectificado después de haber transcurrido el plazo de cuatro años.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1958, relativo a recurso promovido por J. J. B., resuelve la cuestión en sentido negativo, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que aunque es cierto efectivamente que el Consejo Supremo de Justicia Militar padeció un error al conceder un abono complementario al hoy recurrente, de cuatro años, en aplicación de la Ley de 5 de julio de 1934, y en clasificarle, por tanto, con una pensión del 90 por 100 del sueldo regulador de Capitán, más incrementos legales, no es menos cierto que se trata de un error típicamente de derecho y que el acuerdo originario en que se padeció fué de 24 de marzo de 1953, por lo que según la doctrina reiterada de esta Jurisdicción no puede volver el Consejo Supremo sobre dicho acuerdo declaratorio de derecho para el recurrente en el ahora impugnado de 7 de mayo de 1957, toda vez que ha transcurrido con exceso el plazo de cuatro años que para la revocación de actos declaratorios de derecho ha exigido constantemente este Consejo de Ministros.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

En su consecuencia, de acuerdo con el Consejo de Estado, se resuelve estimar el recurso, revocando el acuerdo impugnado y devolviendo el expediente al Consejo Supremo para que practique nuevo señalamiento, mejorando el que anteriormente tenía reconocido como consecuencia del cómputo de los trienios de tropa.

c) EL ARTÍCULO 12 DEL ESTATUTO DE CLASES PASIVAS EN RELACIÓN CON EL TIEMPO PASADO EN EMPLEOS PROVISIONALES

Se plantea el problema de determinar si el tiempo servido como *Oficial provisional* en el empleo de Capitán puede computarse para los doce años que exige el mencionado artículo para gozar del aumento del 10 por 100 sobre su haber de retiro.—Los Acuerdos del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 1958 relativos a los recursos promovidos por J. L. P. y F. M. M., resuelven la cuestión en sentido desfavorable, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Que el tiempo exigido por el citado art. 12 para conceder el beneficio expresado es de "efectividad en el empleo", y ésta no es adquirida hasta que se alcanza por antigüedad o por superar las pruebas de aptitud previstas en la Orden de 8 de agosto de 1940.

Que la Ley de 26 de diciembre de 1957 al conceder derechos pasivos a quienes pertenecen a las Escalas de Complemento y Provisional, confirma que el tiempo servido provisionalmente no origina derechos pasivos.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar los recursos.

d) EL ARTÍCULO 12 DEL ESTATUTO Y SU APLICACIÓN A LOS SARGENTOS QUE DISFRUTAN EN ACTIVO EL SUELDO DE BRIGADA

Se plantea el problema de determinar qué plazo de tiempo han de percibir los Sargentos el sueldo de Brigada, a efectos de obtener la mejora establecida en el citado artículo.—Los Acuerdos del Consejo de Ministros de 4 de julio y 8 de agosto de 1958, relativos a recursos promovidos por A. L. F. y F. M. D., resuelven la cuestión en el sentido de exigir ocho años, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que por no llevar ocho años el recurrente percibiendo el sueldo de Brigada no se puede acceder a su petición de que se le haga aplicación del beneficio concedido en el segundo párrafo del art. 12, precisamente por exigir esta disposición para concederlo que el interesado lleve ocho años efectivos en su empleo, circunstancia que no concurre en el recurrente, que ni siquiera cobra el sueldo de dicho empleo desde hace ocho años.

Que contra lo expuesto no puede prevalecer lo establecido en los artículos 18 y 19 del Estatuto, que dispone sea el sueldo regulador el mayor percibido durante dos años, y caso de retiro forzoso el que se percibiese.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

al ocurrir éste, por tener tales reglas carácter general y no específico, como la del art. 12 antes expuesta.

Que si a los Sargentos que han percibido el sueldo de Brigada durante menos de ocho años se les concediese el total de dicho sueldo, resultarían mejorados sobre los Brigadas que por no llevar ocho años efectivos en el empleo, no tienen derecho a retirarse con el sueldo entero.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se desestiman los recursos.

e) INCOMPATIBILIDAD DEL ARTÍCULO 12 CON LOS BENEFICIOS OTORGADOS POR LEGISLACIÓN ESPECIAL.

1. Se plantea el problema de determinar si un Brigada que se retiró con el regulador del sueldo de Capitán por llevar más de treinta años de servicio, tiene o no derecho a la mejora del art. 12 por llevar más de ocho años en el empleo efectivo.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de julio de 1958, relativo a recurso promovido por A. J. R., resuelve la cuestión declarando incompatibles ambos beneficios, apoyándose para ello en los razonamientos siguientes:

Que la Orden de la Presidencia del Gobierno de 24 de septiembre de 1953 ("B. O." núm. 288), declara que no son compatibles los beneficios del artículo 12, en su 2.º párrafo, con los concedidos por las Leyes de 5 de julio de 1934, 28 de marzo de 1941 y 15 de julio de 1952, que concede regular sobre el sueldo de Capitán o Teniente a los Brigadas y Sargentos, respectivamente, cuando llevan treinta años de servicio.

Que al recurrente, por llevar más de treinta y cinco años se le aplicó el beneficio concedido en las dos últimas Leyes citadas, de regular sobre el sueldo de Capitán, precisamente con el 90 por 100 de dicho sueldo.

Con lo expuesto se justifica que no se ha inferido al interesado agravio en la resolución recurrida.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

2. Se plantea el problema de determinar si un Alférez Especialista que por llevar treinta años de servicio se retira con el sueldo de Capitán con arreglo a lo dispuesto por la Ley de 17 de julio de 1948, tiene o no derecho a la mejora del art. 12.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 1958, relativo a recurso promovido por O. A. A., resuelve la cuestión en el sentido de ser incompatibles ambos beneficios, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que el beneficio del art. 12 lo concedió el legislador que aprobó el Estatuto, precisamente para compensar a aquellos Jefes, Oficiales, Suboficiales y Sargentos, que después de una larga vida militar no habían podido alcanzar el retiro en la misma cuantía que la mayoría de sus compañeros, pero publicada la Ley de 17 de julio de 1948 que les concede el be-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

neficio de regular sobre el sueldo de Capitán, es improcedente acumular el beneficio del art. 12 a este otro mayor de regular como Capitanes.

Que este criterio del legislador ha sido recogido en lo tocante a Brigadas y Sargentos, que al llevar treinta años pueden regular sobre el sueldo de Capitán o Teniente, respectivamente, según la Ley de 15 de julio de 1952, en la Orden de la Presidencia de 24 de septiembre de 1953, que declara incompatible la legislación especial con lo dispuesto en el art. 12.

Que el principio general recogido anteriormente muestra cuál es la norma a aplicar.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

f) CÓMPUTO DE TRIENIOS

1. Se plantea el problema de determinar si un Brigada que cumple la edad reglamentaria para el retiro en 31 de mayo de 1956, y al que se le reconoce un trienio acumulable con efectividad de 1 de julio del mismo año, puede o no acumularlo a su regulador a efectos pasivos, habida cuenta que el trienio se perfeccionó con anterioridad a la fecha en que cumplió la edad reglamentaria de retiro.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 1958, relativo a recurso promovido por J. J. A. C., resuelve la cuestión en sentido afirmativo con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que toda la duda que suscita la presente cuestión consiste en determinar si es necesario el efectivo disfrute de los aumentos correspondientes a los sucesivos trienios, tal como para el sueldo regulador exige el párrafo 1.º del art. 18 del Estatuto de Clases Pasivas, o si basta con el devengo o perfección de tales trienios para que sean tenidos en cuenta, al solo efecto de incrementar la cuantía del regulador.

En virtud de las disposiciones vigentes las cantidades que periódicamente se vienen otorgando al personal del Ejército han adquirido —como reconoce la Orden de 25 de febrero de 1947— la naturaleza jurídica de aumento de sueldo, y que la determinación y señalamiento de los trienios se adquiere exclusivamente al cómputo de tiempo transcurrido al servicio del Estado, sin más deducciones que las establecidas rigurosamente en el art. 2.º de la citada disposición; que, por consiguiente, y teniendo en cuenta que el derecho a quinquenios se adquiere automáticamente por el transcurso del tiempo, sin que su devengo dependa de los requisitos establecidos para la percepción y consolidación del sueldo regulador, ya que siempre se estiman como aumento de sueldo, cualquiera que sea el fijado como regulador a efectos pasivos.

Que el señalamiento por la Orden de concesión de trienios de una fecha para su percibo posterior a la de la consolidación del tiempo necesario y concesión del derecho correspondiente es irrelevante a estos efectos, pues no tiene más efectos que el de señalar cuál será el sueldo del intere-

sado a partir de cuyo cobro habrá de hacerse efectivo el nuevo trienio, por no percibirse su importe con independencia de aquél y sí por períodos mensuales, cuyo cómputo predeterminado ha de ser forzosamente posterior a la perfección de la antigüedad temporal necesaria.

Por todo lo expuesto, habiéndose concedido al recurrente el derecho a quinquenios por disposición y con referencia anterior a la de su retiro por edad y habiendo prestado efectivamente día por día el tiempo de servicio necesario, debe acogerse en esta parte la pretensión del recurrente.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado se estima el recurso en lo referente a la acumulación de un nuevo trienio, anulando en este punto la resolución impugnada.

2. Se plantea el problema de determinar si los quinquenios de tropa pueden ser acumulados a efectos de fijar el regulador con anterioridad al 1 de enero de 1951.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de diciembre de 1958, relativo a recurso promovido por A. D. F., resuelve la cuestión en sentido negativo, con fundamento en las siguientes razones:

Que la cuestión que aparece en este recurso, consiste en determinar si debieron aumentarse al regulador sobre el sueldo de Teniente que se le hizo al recurrente, los trienios de tropa que tenía devengados, o si, por el contrario, está ajustada a derecho la exclusión, como resolvió el Consejo Supremo de Justicia al señalar el haber pasivo del interesado.

Que el beneficio solicitado no fué autorizado hasta que se publicó la Ley de 15 de julio de 1952, cuando el recurrente se encontraba retirado, y que al no tener efectos retroactivos esta disposición legal, el recurrente carece de derecho a lo que solicita, por no estar tampoco comprendido en la Orden del Ministerio de la Gobernación de 11 de noviembre de 1955.

Que en su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve confirmar el acuerdo recurrido y desestimar el recurso.

g) CÓMPUTO DE PAGAS EXTRAORDINARIAS

1. Se plantea el problema de determinar si es eficaz la petición de pagas extraordinarias de Navidad y 18 de Julio, a efectos de acumulación al regulador, formulada después del plazo de seis meses concedido para hacerla por la Orden aclaratoria de 29 de febrero de 1956.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 5 de septiembre de 1958, relativo a recurso promovido por I. F. C., resuelve la cuestión en sentido negativo, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Que dicho plazo se refería más especialmente a quienes tuviesen pendiente algún recurso, pero ha sido aplicado con acierto por el Consejo Supremo de Justicia Militar a las demás peticiones análogas por ser el único plazo que se menciona en dicha disposición y también en virtud del prin-

cipio general que establece la prescripción de acciones y derechos que no se ejerciten dentro de los plazos marcados en la legislación.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se acuerda desestimar el recurso y confirmar la resolución impugnada.

2. Se plantea el problema de determinar si una paga extraordinaria que no ha sido consolidada durante dos años puede o no acumularse a efectos de formar parte del regulador.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1958, relativo a recurso promovido por V. L. S., resuelve la cuestión en sentido afirmativo, estableciendo al efecto la siguiente doctrina:

Que debe estimarse la pretensión, pues el art. 1.º de la Orden de 30 de noviembre de 1955, no exige para que las pagas extraordinarias, tanto las establecidas por Ley de 15 de marzo de 1951, como las otorgadas por Decreto-Ley de 10 de julio de 1953, se computen en la determinación del regulador de las respectivas pensiones ni siquiera la percepción material de las mismas, por lo que menos aún puede exigirse su percepción durante dos años.

Esta interpretación se da en la propia Orden cuando se dice que "los artículos 18, 19, 25 y 29 del Estatuto de Clases Pasivas" hablan de sueldo "disfrutado", o que el empleado se "hallare disfrutando", con lo que quiere indicarse, según tiene interpretado el Consejo de Ministros en la Jurisdicción de agravios, el sueldo consignado en Presupuesto, con independencia de su material percepción (Orden de 21 de enero de 1952, "B. O." del 26, considerando 3.º) y por tal sueldo no puede entenderse otro que el consignado con tal carácter en el Capítulo I, art. 1.º de cada Sección, reconocido al funcionario por diligencia en su título administrativo, y por el total que determina el tipo de gravamen de la contribución de Utilidades, independientemente de que por cesar en el servicio activo antes de fin de ejercicio, no se llegue a perfeccionar el derecho al percibo del total asignado en Presupuesto, y que si bien es cierto que se encuentran resoluciones de recursos de agravios que establecen la imposibilidad de computar como regulador cantidades no percibidas en activo, dichas resoluciones se refieren al caso, distinto del que ahora se contempla, de alteraciones de sueldo por reconocimiento de quinquenios o aumentos análogos con posterioridad al cese del empleado por retiro o fallecimiento.

En su consecuencia, se resuelve estimar el recurso y revocar el acuerdo impugnado, reconociendo al recurrente el derecho de que se acumule al regulador la paga extraordinaria otorgada por Decreto-Ley de 10 de julio de 1953.

3. Se plantea el problema de determinar si la acumulación de una paga extraordinaria solicitada después del plazo de seis meses establecido por la Orden de 29 de febrero de 1956, puede hacerse efectiva al fijarse en el regulador.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de

1958, relativo a recurso promovido por E. R. B., resuelve la cuestión en sentido afirmativo, apoyándose para ello en los razonamientos siguientes:

Que esta Jurisdicción ha sentado la doctrina reiterada de que la acumulación de la paga extraordinaria a tenor de las Ordenes de 30 de noviembre de 1955 y 29 de febrero de 1956, contempla supuestos distintos, a saber: a), el personal que, por haber sido retirado con posterioridad a 1 de diciembre de 1951, o a 1 de julio de 1954, tenía ya entonces derecho a su acumulación. Para éstos los plazos están fenecidos, por lo que cualquier nueva petición conduciría a la improcedencia por acto confirmatorio, ya que pudieron recurrir el primitivo señalamiento; b), el personal retirado entre el 1 de enero de 1951 y 1 de diciembre, o entre 1 de enero de 1954 y 1 de julio, y que no solicitó en agravios la acumulación, tiene derecho a hacerlo en el plazo de cinco de años que es el general de prescripción a partir de la vigencia de la Orden de 30 de noviembre de 1955; c), el personal retirado entre dichas fechas últimamente citadas y que solicitó en agravios y le fué desestimada la acumulación, y para los que rige el plazo de seis meses de la Orden de 29 de febrero de 1956; d), los retirados antes de 1 de enero de 1951 y 1954 que carecen de derecho.

Que la distinción entre los supuestos b) y c) es clara si se tiene en cuenta el plazo de seis meses que se otorga precisamente para remover la cosa juzgada, por lo que es preciso acortar los plazos generales de prescripción; pero en el caso sub b) no sucede esto, que al no estar expresamente completado en la Orden mencionada, hay que aplicar el plazo.

Que el recurrente está comprendido en el segundo supuesto, ya que el derecho le nace con la Orden de 30 de noviembre de 1955, que no exigió la percepción material de las pagas, y además no solicitó en vía de agravios la acumulación en aquel entonces.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado, se resuelve estimar el recurso, revocando el acuerdo impugnado y declarando el derecho del interesado a que se le acumule al regulador pasivo la paga de julio.

h) FECHA DE ARRANQUE DE LA PENSIÓN

Se plantea el problema de determinar si la pensión debe percibirse desde la fecha en que sufrió la lesión determinante de su retiro por inutilidad física o desde la fecha en que fué oficialmente dado de baja para el servicio.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1958, relativo a recurso promovido por J. V. H., resuelve la cuestión en el sentido de que el derecho arranca del momento en que cesó en el servicio, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que desde el año 1945 en que el recurrente fué herido, hasta el mes de julio de 1956, en que oficialmente fué dado de baja para el servicio, su situación militar no era pasiva, sino que se encontraba en activo, y

por consiguiente cuando cesó en ella es el momento que comienza su derecho a percibir la pensión y por esto el Consejo Supremo de Justicia Militar, señaló acertadamente el 1 de agosto de 1956, como fecha inicial de ella.

Que si el interesado cree tener algún crédito contra el Estado por el tiempo que estuvo en activo, debe reclamarlo al Cuerpo en que sirvió, sin perjuicio de que le sea de aplicación el plazo general de prescripción de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado, de cinco años en este género de créditos.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se confirma la resolución impugnada y se desestima el recurso.

D) MEJORA DE PENSIÓN

Se plantea el problema de determinar si un Guardia Civil que pasó al Cuerpo de Prisiones con anterioridad al cumplimiento de la edad forzosa para el retiro, puede o no mejorar su haber pasivo por el abono de los servicios civiles reconocidos.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 1958 relativo a recurso promovido por S. C. G., declara el derecho del interesado al percibo de dicha mejora, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la legislación de Clases Pasivas conoce supuestos que se separan de la normación general sobre la materia, ya que si lo normal es que el retiro sea una situación definitiva sin modificaciones, numerosas disposiciones han venido a establecer fluctuaciones pasivas. La Ley de 15 de marzo de 1940, que reorganizó la Guardia Civil, prevé tres supuestos distintos de cese de sus componentes con posibilidad de pasar a otros distintos: a) El art. 10 hace posible que a los veinte años de servicio ingresen —con derecho preferente— como Guardias Urbanos, Forestales y similares, percibiendo, además del haber que como tales funcionarios les corresponda, una pensión de retiro equivalente al 30 por 100 del regulador, sin que prevea ningún género de fluctuación o nuevo señalamiento; b) El artículo 11, que tras hablar del retiro por cumplir la edad de cincuenta años, prevé el caso de que ingresen en alguno de los puestos que menciona de la Administración Central del Estado, Provincia o Municipio; en este caso, además de haber pasivo, percibirán una gratificación por los presupuestos en donde prestan servicio. Aquí sí que se dispone la modificación del haber pasivo hasta el 100 por 100 cuando alcancen cuarenta años de servicios; c) El art. 13 obliga a las Entidades particulares a solicitar personal de guardería, celadores, ordenanzas, etc. Los que cuenten más de veinte años y vayan voluntariamente, percibirán el haber pasivo más el jornal o sueldo de sus nuevos servicios, sin que se hable tampoco de fluctuación pasiva.

Que el Consejo Supremo de Justicia Militar entiende —aunque no lo dice expresamente— que el recurrente está incluido en el caso sub a). Sin

embargo, un examen detenido del expediente, hace llegar a la conclusión de que el interesado está incluido en el caso sub b). En efecto, la propia Dirección General de la Deuda y Clases Pasivas, en su primer reconocimiento de servicios civiles, dice expresamente que "fué retirado por edad al cumplir los cincuenta años"; y es cierto, ya que el art. 11 de la mencionada Ley de 1940 dice que la edad de retiro será la de cincuenta años; el recurrente nació en febrero de 1890, y como el concurso para ingresar en Prisiones fué convocado en enero de 1940, es claro que pudo tomar parte, aunque se exigiera estar en activo, ya que entonces lo estaba, si bien al ser nombrado había cumplido ya la edad de retiro. Interpretación clara si se tiene en cuenta que el retiro por edad es automático, sin que los retrasos de la Administración puedan perjudicar —ni beneficiar— a los funcionarios.

Que, además, la Orden del Ministerio de Justicia de 5 de abril de 1940, declaró que "se considerarán retirados forzosos" y hay que entender que lo es por edad, ya que los imposibilitados físicos no son aptos para ejercer funciones de prisiones.

Que en cuanto a la fecha de arranque, es patente el derecho del interesado ya que, si bien el Consejo Supremo de Justicia Militar le denegó en 1949 el 100 por 100 por estar en activo, al cesar en su empleo y destino tiene derecho a que se le abone la mejora "a partir de los cuarenta años de servicio" (art. 11 de la Ley de 15 de marzo de 1940).

En su consecuencia se ha resuelto estimar el recurso, de conformidad con el Consejo de Estado, declarando el derecho del interesado al 100 por 100 del regulador que sirvió de base a su primitivo señalamiento (300 pesetas), a partir de la fecha en que cumplió los cuarenta años de servicio.

j) SUELDO REGULADOR DE LOS CABOS MOROS QUE PERCIBÍAN
EL SUELDO DE SARGENTO

Se plantea el problema de determinar si al retirarse un cabo moro que percibe sueldo de Sargento, debe regular su haber pasivo por el sueldo que percibía o con arreglo a lo prevenido en el art. 3.º de la Ley de 26 de febrero de 1953, que establece una pensión fija, según los años de servicio prestados.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 19 de diciembre de 1958, relativo a recurso promovido por M. B. M., resuelve la cuestión en el sentido de que la pensión no puede regularse por el sueldo de Sargento que percibía, apoyándose para ello en las siguientes consideraciones:

Que las tropas indígenas tienen una legislación peculiar privativa, sin que estén sometidas a la legislación peculiar privativa, sin que estén sometidas a la legislación general de las Clases Pasivas, tratada más especialmente en el Estatuto de ellas y su legislación concordante.

Que la pretensión del recurrente de regular sobre el sueldo de Sargento que percibía, carece de fundamento legal, por no existir ninguna Ley posterior a la aplicada que modifique lo en ella establecido, razón que

justifica la resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar de la que recurre y que no le infirió agravio por estar ajustada a derecho.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se confirma la expresada resolución y se desestima el recurso.

VII. LAS PENSIONES EXTRAORDINARIAS DE RETIRO DE LA LEY DE 13 DE DICIEMBRE DE 1943, EN RELACION CON LOS SARGENTOS QUE PERCIBEN EL SUELDO DE BRIGADA

Se plantea el problema de determinar si un Sargento que en activo devengó el sueldo de Brigada, por aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, puede o no regular su haber pasivo por este último sueldo y los porcentajes extraordinarios de la Ley de 13 de diciembre de 1943.—Los Acuerdos del Consejo de Ministros de 4 y 22 de julio y 5 de septiembre de 1958, relativos a recursos promovidos por F. B. S., R. S. G., P. S. G. y S. L. C., resuelven la cuestión en sentido afirmativo, apoyándose, respectivamente, en las consideraciones que a continuación se exponen:

1. Que reiteradamente viene declarando esta Jurisdicción para casos análogos que, si bien los beneficios de la Ley de 13 de diciembre de 1943 sólo son aplicables sobre sueldos de los empleos efectivos de los interesados, esta regla no quiebra, sino que, por el contrario, se confirma en casos en que, como el presente, no se toma ficticiamente un sueldo distinto al del empleo efectivo, sino que se toma el sueldo real que perciben sin excepción todos los Sargentos con más de veinte años de servicio, los cuales tienen un incremento de sueldo, que juega como premio de efectividad, en virtud de la Ley de 22 de diciembre de 1953, siendo a todas luces inoperante la circunstancia de que dicho incremento sea expresado en la Ley equiparándolo al haber de Brigada.

2. Que como reiteradamente ha declarado esta Jurisdicción, el sueldo del empleo de Brigada, que se concede a los Sargentos con más de veinte años de servicios en activo, es compatible con la aplicación de la Ley de 13 de diciembre de 1943, ya que no se trata de sueldo de empleo superior, sino del sueldo del empleo efectivo de los interesados y, por lo tanto, el recurrente acredita perfecto derecho a lo solicitado.

3. Que en el presente caso dicho sueldo de Brigada adquiere los caracteres de regulador, ya que tratándose de un retirado por edad, por tal hay que entender el último percibido en activo, aparte de que lo disfrutó durante tres años.

4. Que las pensiones extraordinarias reguladas por Ley de 13 de diciembre de 1943 actúan exclusivamente sobre los sueldos de los empleos efectivos los interesados, según afirma el Consejo Supremo de Justicia Militar, e igualmente se ha venido sosteniendo reiteradamente por esta Jurisdicción, reduciéndose, por lo tanto, toda la problemática a determinar cuál es este sueldo del empleo efectivo del interesado.

Que el sueldo del empleo del interesado es una cantidad que numéricamente coincide con el haber del empleo de Brigada, ya que la Ley de 22 de diciembre de 1953, que le ha sido aplicada, dispone que los Sargentos con más de veinte años de servicios tendrán derecho a percibir este sueldo, siendo, pues, a todas luces evidente que el sueldo normal y ordinario de todos los Sargentos con más de veinte años de servicios es, a todos los efectos, una cantidad coincidente con el sueldo de Brigada.

Que siendo éste el sueldo normal del empleo de Sargento con más de veinte años de servicio, es necesario estimarlo como tal a todos los efectos, activos y pasivos, y, consiguientemente, también a efectos de aplicación de la Ley de 12 de diciembre de 1943, la cual se cumple en todos sus términos si se acoge la pretensión del recurrente, mientras que resulta infringida en la tesis de la Administración, por cuanto el acto impugnado ha tomado como regulador el sueldo que no corresponde al empleo efectivo de Sargento con más de veinte años de servicios.

En su consecuencia, de conformidad con el Consejo de Estado se resuelve estimar los recursos anulando los acuerdos impugnados y devolviendo los expedientes al Consejo Supremo de Justicia Militar, a fin de que realice los señalamientos correspondientes por el sueldo efectivo de los interesados, que por aplicación de la Ley de 22 de diciembre de 1953, coincide numéricamente con el de Brigada.

VIII. LAS PENSIONES EXTRAORDINARIAS DE LAS LEYES DE 13 DE DICIEMBRE DE 1943 Y 19 DE DICIEMBRE DE 1951, EN RELACION CON LOS EMPLEOS PROVISIONALES

1. Se plantea la cuestión de si puede concederse el beneficio de regular según las disposiciones de la Ley de 13 de diciembre de 1943 y la de 19 de diciembre de 1951, a un cabo primero, que durante la Guerra de Liberación tuvo categoría de Sargento provisional, o si su categoría efectiva de cabo primero no le permite alcanzar tal beneficio.—Los Acuerdos del Consejo de Ministros de 4 de julio, 5 de septiembre y 2 de diciembre de 1958, relativos a recursos promovidos por J. B. G., E. D. G. y M. M. S., resuelven el problema de no alcanzar los beneficios establecidos en la Ley de 13 de diciembre de 1943, sobre la base de las siguientes consideraciones:

Que la Ley de 1943 está en relación estrecha con la de 12 de julio de 1940, dictada para seleccionar escalas, pero que únicamente se refiere a los que perteneciendo a la Escala Activa tienen sus destinos en propiedad, y por esto, tanto en su Exposición de motivos como concretamente en su artículo 4.º, menciona la citada Ley los empleos a que se refieren sus disposiciones, que deben ser efectivos, sin comprender a quienes los posean como provisionales o de Complemento.

Que los cabos primeros que eran Sargentos Provisionales, como el recurrente, les otorgó la Orden de 8 de junio de 1942 (C. L. núm. 99) el privilegio

de seguir llamándose Sargentos, y percibir el sueldo de tales o de Brigadas, según los casos, precisamente por no haber podido transformarse de Provisionales en Efectivos.

Que en vista de lo expuesto, el haber pasivo que el Consejo Supremo de Justicia Militar señaló al recurrente, era el que procedía, por no alcanzar los beneficios de la Ley de 13 de diciembre de 1943, al no tener en propiedad el empleo de Sargento.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar los recursos.

2. Se plantea la cuestión de si un Sargento provisional durante la Campaña de Liberación que posteriormente fué Guardia Civil y en esta situación se ha retirado, tiene o no derecho a regular sobre el sueldo del empleo que provisionalmente desempeñó.—Los Acuerdos del Consejo de Ministros de 8 de agosto y 19 de diciembre de 1958, relativos a recursos promovidos por B. B. M. y F. A. A., declaran que no ha lugar a regular el retiro por el empleo provisional que poseyeron, apoyándose para ello en las siguientes consideraciones:

Que las Leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951, reguladoras de las pensiones extraordinarias concedidas a quienes de Suboficial a General asistieron a la Campaña de Liberación, exige que los que tenían tales empleos lo poseyesen en propiedad, de manera efectiva, por lo que son abundantes las resoluciones de esta Jurisdicción de agravios que confirman la carencia de derecho a regular sobre el sueldo del empleo que no se ha poseído de manera efectiva.

Que, por lo expuesto, la resolución recurrida no ha inferido agravio al interesado.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se resuelve desestimar el recurso.

IX. LA SITUACION DE RETIRADO EN RELACION CON EL PERSONAL QUE OSTENTA EL EMPLEO CON CARACTER PROVISIONAL.

Se plantea la cuestión de determinar si el interesado puede ser estimado militar profesional a efectos de obtener el pase a la situación de retirado, con el fin de solicitar en su día haberes pasivos.—El Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de agosto de 1958, relativo a recurso promovido por F. L. R., resuelve el problema en el sentido de que no tiene derecho el interesado a rectificar su actual situación de licenciado por la de retirado, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Que la resolución de la Administración es ajustada a derecho, por ser necesario, con arreglo a las Instrucciones del Cuartel General del Generalísimo de 10 de noviembre de 1936, que para poderse considerar ascen-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

dido por méritos de guerra, se necesitaba no solamente la propuesta del Cuerpo de Ejército, sino que dicha propuesta fuese aprobada por la Superioridad, y publicado el ascenso en el "Diario Oficial", quedando habilitados para Sargentos los que eran propuestos hasta tanto llegaba la aprobación definitiva, circunstancia que no se da en este caso, en el que tan sólo existe la propuesta del Cuartel General, sin que haya recaído ulterior resolución debidamente publicada.

Que de los restantes cabos ascendidos por Orden del Estado Mayor de la 5.^a División Orgánica de 29 de marzo de 1937, solamente continúan en activo los que superaron el oportuno curso de transformación de Sargento Provisional o los que fueron confirmados en su ascenso por méritos de guerra, según el criterio expuesto en el anterior considerando, confirmación debidamente publicada en el "Boletín" o "Diario Oficial", sin que en ninguna de estas dos alternativas se halle el recurrente, por cuanto ni ha asistido a los referidos cursos ni fué confirmado su ascenso por méritos de guerra.

Que como la situación de retirado es de aplicación exclusiva al personal profesional de los Ejércitos con arreglo a lo dispuesto en el art. 55 del Estatuto de Clases Pasivas, se llega a la conclusión de que el interesado, por no haber alcanzado el empleo de Sargento con carácter profesional, carece de derecho a lo que solicita.

En su consecuencia, oído el Consejo de Estado, se ha resuelto desestimar el recurso, declarando firme y ajustada a derecho la resolución del Ministerio del Ejército de 12 de marzo de 1956 por la que se deniega al recurrente la rectificación de su situación de licenciado por la de retirado.

EUGENIO MIÑÓN FERREIRO.

**ACABAN
DE APARECER**

LOS

INDICES

Correspondientes a los números 1 al 6

(Años 1956-1958)

DE LA

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

Indispensable instrumento de trabajo destinado a facilitar la búsqueda y aprovechamiento de cuantos datos, jurisprudencia e información se contienen en los seis primeros números de la Revista.

INDICES: } GENERAL
 } DE MATERIAS
 } DE LEGISLACION
 } DE JURISPRUDENCIA
 } DE AUTORES

Un volumen de 80 páginas ● Precio: 30 pesetas

PEDIDOS A

SECCION DE DERECHO MILITAR

Duque de Medinaceli, 4, 4.º - Madrid - 14

HAN COLABORADO DURANTE EL PRESENTE AÑO:

Ignacio DIAZ DE AGUILAR Y DE ELIZAGA. — *Salvador ESTEBAN RAMOS.* — *Saturnino ESTEVEZ RODRIGUEZ.* — *Gratien GARDON.* — *John GILISSEN.* — *F. GOERENS.* — *Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO.* — *Juan GOMEZ CALERO.* — *Olegario GONZALEZ GARCIA.* — *Joaquín HERNANDEZ OROZCO.* — *Onofrio JANNUZZI.* — *Luis María LORENTE RODRIGANEZ.* — *Antonio MARTÍ COLL.* — *Eugenio MIÑON FERREIRO.* — *Eduardo DE NO LOUIS.* — *Antonio PASTOR RIDRUEJO.* — *José María RODRIGUEZ DEVESA.* — *Leandro RUBIO GARCIA.* — *Vittorio VEUTRO.* — *Sergio M. VIDAL ROMAN.*

La
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR
se publica con la cooperación de los siguientes corresponsales:

En España:

Luis HERTOGS ECHEMENDIA, Sevilla. — *Ramón TAIJ PLANAS,* Valencia. — *Enrique QUEROL DURAN,* Barcelona. — *Pedro HERRERO SANCHEZ,* Zaragoza. — *Narciso ALONSO OLMEDO,* Burgos. — *Virgilio PEÑA PEÑA,* Valladolid. — *Rafael VAAMONDE MALLO,* La Coruña. — *Francisco MORALES SOUVIRON,* Granada. — *Francisco JIMENEZ JIMENEZ,* Palma de Mallorca. — *José ASCANIO LEON HUERTAS,* Santa Cruz de Tenerife. — *Mario LANZ PINIES,* Ceuta.

En el extranjero:

Janine VANDER MOUSEN, Bélgica. — *Mario Tiburcio GOMES CARNEIRO,* Brasil. — *Alirio CAYCEDO,* Colombia. — *AUDITORIA GENERAL DEL EJERCITO,* Chile. — *Hugo GAVILANES SALTO,* Ecuador. — *Ricardo ALVARADO RAFAEL,* Estados Unidos de América. — *W. H. VERMEER,* Holanda. — *Charles D'OLIVIER FARRAN,* Inglaterra. — *Gildo RODIGARSIA,* Italia. — *F. GOERENS,* Luxemburgo. — *Renato LACAYO GUILDRIST,* Nicaragua. — *Luis DE LA JARA,* Perú. — *René DEPIERRE,* Suiza. — *J. G. SARMIENTO NUÑEZ,* Venezuela.

FRANCISCO
• O T I L I S M I •
• D E V I T O R I A •



SECCION DE
DERECHO
MILITAR