

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

n.º 9
ENERO
JUNIO

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

MARIANO LANCH AZAÑA

Sección de Derecho militar:

Eduardo de Nó Louis

José M.^o 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. 300 >

Precio de un número suelto:

ESPAÑA. 80 pesetas.

EXTRANJERO. 160 >

REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR

INSTITUTO FRANCISCO DE VITORIA

SECCION DE DERECHO MILITAR



*La Dirección de la Revista no se identifica con las
opiniones o juicios que los autores expongan en uso de
la libertad intelectual que cordialmente se les brinda.*

REVISTA ESPAÑOLA
DE
DERECHO MILITAR

NUMERO

9

MADRID
ENERO-JUNIO
1960

F S P R O P I E D A D

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

Reservados todos los derechos

Deposito legal M. 585.-1958

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

SUMARIO

	<u>Páginas</u>
ESTUDIOS	
La protección de los derechos del hombre en caso de guerra, por SIGEKI MIYAZAKI y HANS WIFBRINGHAUS	9
Crimen y castigo de la devastación atómica o de la guerra A. B. C., por ENRIQUE JIMÉNEZ ASENJO	53
El delito de espionaje, por DOMINGO TERUEL CARRALERO	81
El origen de los caballeros de cuantía y los cuantiosos de Jaén en el siglo XV, por JOSÉ MANUEL PÉREZ PRENDES y MUÑOZ DE ARRACO	111
 NOTAS	
El delito militar en el Código de Justicia Militar chileno, por SERGIO M. ROMÁN VIDAL	177
El Código de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Reales de Marruecos, por CELESTINO BARRERA TREVIÑO	211
 RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS	
“Boletín Jurídico Militar”	253
“Límites de la ley penal militar española en territorio extranjero”, de Balbino Teijeiro Piñón	256

"Guerra y Diplomacia en el sistema actual de las relaciones internacionales", de Manuel Fraga Iribarne	261
"Definition de l'agression en droit international penal", de Stefan Glaser	262
"La guerra, ¿pecado colectivo? Las responsabilidades colectivas en casos de guerra: ante el Derecho natural y el Derecho internacional", de José Guallart y Lopez de Goicoechea	262
"La neutralité de la médecine et la guerre subversive", de Jean Des Cilleuls y Raymond de la Pradelle	263
"Le châtiment des villes des Pays-Bas au XVIème siècle", de J. L. Charles	264
"Chronique Annuelle de Jurisprudence militaire 1959", de John Glussen	265
"Elément legal de l'Infraction internationale", de Stefan Glaser	265
"Compendio de Derecho penal, adaptado al Programa de Oposiciones a la Escuela Judicial", de Antonio Quintano Ropollés	266
"Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal", de José Ortega Costales	268
"Tratado de Derecho administrativo", de Fernando Garrido Falla	269
 INFORMACION	 271

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

I.—LEGISLACIÓN:

- A) Convenios sobre doble nacionalidad entre España y Perú y España y Paraguav 283
- B) Reorganización del Cuerpo Jurídico Militar 289

II—JURISPRUDENCIA:

- A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por José M.^a RODRÍGUEZ DEVESA 292
- B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias, por J. H. Ombzo 336
- C) Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por IGNACIO DÍAZ DE AGUIAR 343

LA PROTECCION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN CASO DE GUERRA

por el Dr. Sigeki MIYAZAKI

Profesor titular de Derecho Internacional
de la Universidad Meiji, de Tokio

y el Dr. Hans WIEBRINGHAUS

Miembro del Secretariado General
del Consejo de Europa

I

INTRODUCCION

ASPECTOS GENERALES

Si se examina el conjunto de las normas jurídicas del derecho de la guerra y se incluye en este examen su desenvolvimiento, es decir, la evolución del "Derecho Internacional en tiempo de Guerra", hasta la terminación de la segunda guerra mundial, se puede constatar que este *jus in bello* contenía ya las más importantes reglas destinadas a la protección de los derechos fundamentales del hombre dentro de este campo. Sin embargo, esta situación no es exactamente la del llamado derecho internacional público clásico. Bajo este derecho, y en especial al iniciarse la evolución histórica en la materia, todo Estado tenía, sin restricción alguna, el derecho absoluto de abandonar, en sus relaciones con los otros Estados, el estado de paz y situarse en estado de guerra. Pudiera parecer posible formular algunas objeciones frente a estas afirmaciones, y sobre este punto se fija la atención especialmente en la noción del *bellum justum*. Pero en especial en lo referente a la distinción entre el *bellum justum* y el *bellum injustum*, parece que

nos encontramos ante una materia perteneciente más bien al ámbito de la moral que al del derecho estricto. Desde sus orígenes, la noción misma de la guerra queda fundada esencialmente sobre el hecho de que las dos partes, al poseer el derecho a desencadenar un conflicto armado, se hallan colocadas en pie de perfecta igualdad de derecho. No existía, por tanto, derecho de la guerra que no estuviese basado sobre el principio fundamental de la igualdad en derecho de los Estados adversarios. Por lo tanto, causaría asombro, con justa razón, ver aparecer en las relaciones jurídicas entre Estados beligerantes *derechos* propios de los individuos. Como la noción de la guerra justa, esta aparición de los Derechos del Hombre, a primera vista incluso absurda, revistió, en principio, un carácter más moral que jurídico. Con el desarrollo progresivo del conjunto del derecho internacional público, del derecho de la paz y de la guerra, el concepto de la guerra justa no pudo, al parecer, desembarazarse nunca de esta etiqueta moral (1). Sin embargo, hoy día se tiene la impresión de que sucederá algo absolutamente distinto en lo que a la protección de los derechos del hombre en tiempo de guerra se refiere.

Algunas de las reglas destinadas a la protección de los derechos del hombre en tiempo de guerra parecen corresponder esencialmente, y sobre todo en su nacimiento, en las primeras guerras entre Estados civilizados, a una preocupación de humanidad. Al principio no son ciertamente reglas de derecho, pero se convierten con bastante rapidez en normas jurídicas. La protección de los Derechos fundamentales del individuo tiene su primera concreción en el ámbito del *justum bello*, en las reglas que garantizan un trato humano para los heridos, enfermos y prisioneros. Más tarde, reglas análogas prohibirán sucesivamente la utilización de proyectiles Dum-Dum, gases tóxicos y armas químicas y bacteriológicas. Todas estas reglas pueden definirse como normas limitativas de los medios de combate. Dentro de cierta medida, guardan semejanza con las reglas que deben observarse en los duelos o en ciertas competiciones de esgrima.

Por otra parte, y examinada desde este punto de vista, toda con

(1) Cf., A. PASTOR RIDRUEJO: *Contribución al estudio del derecho humanitario bélico: Concepto, contenido y naturaleza*, en REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núm. 7, 1959, pág. 55.

sideración relativa al "derecho de la guerra" de nuestros días, podría conducirnos rápidamente hacia la cuestión de preguntarse si todavía, en la hora actual, tiene sentido hablar u ocuparse de este derecho, puesto que al examinar la evolución reciente del derecho internacional parece perfectamente justificado estimar que la noción de la guerra se encuentra ya en el camino que en el derecho interno condujo a la prohibición del duelo. Responder a esta cuestión por la negativa, significaría recurrir a la regla *ex injuria jus non oritur*. Semejantes conclusiones en la ciencia del Derecho internacional son unánimemente rechazadas. Desgraciadamente, las guerras siguen siendo posibles. El derecho internacional público actualmente en vigor prevé incluso medidas que llevan consigo para aquel que legitimamente las adopta, un estado, por lo menos, de *quasi beligerancia*. Por lo tanto, no es absurdo dedicarse hoy a un estudio de ciertas reglas jurídicas que podrían ser aplicables en tiempo de guerra, y menos absurdo aún el emprender este estudio cuando tiene como objeto principal y central el determinar el problema de la protección de los Derechos del Hombre (2).

JEAN JACQUES ROUSSEAU ya había afirmado que la guerra es únicamente una relación de Estado a Estado y no de individuo a individuo. También declaró que el hombre no se convierte en enemigo más que cuando, en caso de guerra, es soldado y que, por consiguiente está prohibido el darle muerte cuando ha arrojado las armas y se ha convertido de nuevo únicamente en "hombre" (*Contrato Social*, T. I, cap. IV). La concepción fundamental que se encuentra en la base de este razonamiento fué particularmente reforzada por una corriente ideológica que se ha manifestado destacadamente después de la segunda guerra mundial. Esta corrien-

(2) Numerosas y recientes publicaciones se han enfocado hacia este tema y pueden citarse, entre ellas: A. PASTOR RIDRUEJO: Op. cit.; M. HUBER: *Principes d'action et fondements de l'oeuvre du Comité International de la Croix Rouge*. Ginebra, 1946; H. COURSIER: "Les éléments essentiels au respect de la personne humaine dans la Convention de 1949 relative à la protection des personnes civiles", en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, Ginebra, 1950; J. PICTET: *La Croix Rouge et les Conventions de Genève*, curso dado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, 1950; *Recueil des Cours*, 1950, vol. núm. 1, págs. 1 a 119; J. L. KUNZ: *La problemática actual de las leyes de la guerra*, Valladolid, 1955; W. SCHATZEL: *Luftkrieg und Menschlichkeit*, Bonn, 1957.

te ideológica tomaba como eje el principio de la libertad y de la dignidad del ser humano, manifestando una fe creciente en los Derechos del Hombre y en las libertades fundamentales del individuo, con la preeminencia del interés ligado a su protección. Esta idea así concebida encuentra ya una afirmación destacada en la Carta de las Naciones Unidas y especialmente en su artículo 55 c), que nos habla del "respeto universal y efectivo de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales respecto a todos sin distinciones de raza, sexo, lengua o religión." Disposiciones análogas se insertaron igualmente en los Estatutos de la U. N. E. S. C. O., de la Organización Internacional del Trabajo y de otros Organismos internacionales. El documento más importante en este ámbito es, sin duda, la Declaración universal de los Derechos del Hombre, adoptada por la Asamblea general de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. Hay que resaltar, por otra parte, que las nuevas Constituciones de numerosos Estados civilizados contienen, a partir de la terminación de las hostilidades de la segunda guerra mundial, disposiciones especiales concediendo una garantía expresa de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales (por ejemplo, los arts. 1 y 19 de la Ley Fundamental de la República Federal Alemana y los artículos 11 a 40 de la Constitución del Japón).

En lo que se refiere a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, ciertamente se ha de constatar que este instrumento no posee la fuerza jurídica de un Tratado de derecho internacional, pero no obstante, su valor moral es incuestionable. Y, además, debe resaltarse que actualmente dos Convenios Internacionales de ámbito universal están en preparación en el marco de la Organización de las Naciones Unidas con la finalidad de conceder una protección más eficaz a los Derechos del Hombre desde el punto de vista del derecho formal. En el plano regional, el Derecho internacional convencional ha avanzado igualmente en la materia de Derechos del Hombre con la entrada en vigor, el 3 de septiembre de 1953, del Convenio europeo de Derechos del Hombre y por la Constitución en Estrasburgo, el 21 de enero de de 1959, del Tribunal europeo de los Derechos del Hombre en virtud de dicho Convenio. En América, proyectos semejantes se encuentran en marcha progresiva durante estos últimos años.

Aunque pueda decirse que en el momento actual el respeto de

ciertos Derechos del Hombre y libertades fundamentales del individuo revisten el carácter de normas generales de Derecho Internacional público, esta obligación del respeto a los derechos fundamentales tiene su reflejo en el derecho interno. Y ello por entrar en juego las disposiciones que se encuentran en muchas de las modernas Constituciones y en virtud de las cuales las reglas generales de Derecho internacional son parte integrante del derecho interno. Este proceso puede, por otra parte, realizarse a la inversa, puesto que partiendo de la constatación de que casi todas las legislaciones de los Estados civilizados garantizan hoy de una o de otra manera los Derechos del Hombre, se puede decir que el respeto a estos derechos o, por lo menos, a aquéllos de entre ellos más generalmente reconocidos, forma parte de los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas y, en su consecuencia, son aplicables como de derecho internacional por el Tribunal Internacional de Justicia de La Haya, a tenor de lo dispuesto en el art. 38 de su Estatuto.

La situación que acabamos de describir demuestra que actualmente existe toda una red de reglas jurídicas que aseguran, tanto en derecho internacional como en derecho interno, un máximo de garantías a los Derechos del Hombre. En lo que se refiere más particularmente al derecho internacional, parece imponerse una constatación aún más importante, y es que resulta evidente que en virtud de las reglas de derecho internacional antes citadas relativas a la protección de los Derechos del Hombre, el propio individuo, es decir la persona humana, se ha convertido no solamente de forma mediata, sino también inmediata en sujeto de derechos y de deberes que forman parte del conjunto de reglas del derecho de gentes. Y de ello resulta que la "protección de los Derechos del Hombre" sin haber pasado por la "mediatización" del derecho público interno, se ha convertido, poco a poco, en un problema de derecho internacional.

En lo que se refiere de manera más concreta a la finalidad perseguida por el presente estudio, éste tiene por objeto responder a la cuestión de saber bajo qué forma la idea del respeto de los Derechos del Hombre surge en el derecho de la guerra de nuestros días.

II

ASPECTOS TEORICOS

I. LA INTERDICCION DE RECURRIR A LA GUERRA

1) *La prohibición de la guerra antes de la II Guerra Mundial* (3).—Los esfuerzos realizados antes de la II Guerra Mundial para lograr una limitación o una supresión del derecho de los Estados a recurrir al empleo de la fuerza, se concretaron especialmente en las disposiciones del Pacto de la Sociedad de las Naciones de 1919, del Pacto de la Paz de Ginebra (1924) que, sin embargo, no tuvo vigor en razón de la resistencia británica, del Tratado de Locarno (1925), del Pacto Kellogg (1928), del Pacto Interamericano de Conciliación y no Agresión (1933) y del Tratado para la definición de la agresión (1933). Entre estos instrumentos convencionales, fué, sobre todo, el Pacto Kellogg el que intentó dar realidad a la idea de la paz internacional con toda su amplitud universal, pero hay que subrayar que aunque la puesta fuera de la ley de la guerra fuese reconocida, todavía resultaba legítimo el recurrir a ella bajo la forma de autodefensa. Pero el derecho internacional de la guerra subsistía, no sólo en esta guerra de autodefensa, sino también en cualquier otro género de guerra. Por lo tanto, el colocar la guerra fuera de la ley no había hecho desaparecer el *jus in bello*.

2) *La prohibición de la guerra después de la II Guerra Mundial* (4).—Según la Carta de las Naciones Unidas, toda guerra está, en principio, prohibida e igualmente el empleo de la fuerza o la amenaza de recurrir a ella. El art. 2.º, párrafo 4.º de la Carta de San Francisco, dispone: "Los miembros de la Organización de

(3) Cf., especialmente H. WEHBERG: *Le Problème de la mise de la guerre hors la loi*, curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1928: *Recueil des Cours* de 1928, vol. IV, págs. 147 a 306.

(4) Cf., especialmente H. WEHBERG: *L'interdiction du recours à la force. Le principe et les problèmes qui se posent*. Curso pronunciado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1951: *Recueil des Cours*, 1951, vol. I, págs. 1 a 121.

las Naciones Unidas, en sus relaciones internacionales, se abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier forma incompatible con los propósitos de las Naciones Unidas". Si los Estados miembros de la O. N. U. perdieron así, en principio, su derecho a desencadenar una guerra, es decir, el *jus ad bellum*, conservaron, no obstante, el derecho de recurrir a una guerra de autodefensa en caso de agresión. Pero este derecho no es absoluto, sino que se encuentra sometido a ciertas limitaciones. Estas se desprenden del texto del art. 51 de la Carta que dice así: "Ninguna disposición de esta Carta menos cabará el derecho inmanente de legítima defensa individual o colectiva en caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales".

La Carta de las Naciones Unidas desconoce ya la noción de "guerra"; queda solamente la de "conflicto armado". Pero resulta indudable que el "derecho de la guerra", es decir el *jus in bello* continúa siendo aplicable en la eventualidad de una guerra "que ya no existe" como tal y que es solamente un "conflicto armado".

Por consiguiente, el "derecho de la guerra" subsiste y con él las reglas de derecho internacional relativas a la protección de heridos, enfermos, etc., reglas que pertenecen a este derecho de la guerra *stricto sensu*. Desde 1949 estas normas se encuentran elaboradas y codificadas en los cuatro Convenios de Ginebra que, por otra parte, tienen en cuenta de manera implícita el hecho de la desaparición, al menos formal, de la guerra entendida en su sentido clásico. De acuerdo con las disposiciones del artículo 2.º de todos y cada uno de los Convenios de Ginebra de 1949 éstos serán aplicables no sólo en caso de guerra formalmente declarada, sino también cuando se produzca cualquier conflicto armado surgido

entre dos o más Estados contratantes, incluso cuando uno de estos Estados no reconoce la existencia del estado de guerra. Resumiendo las posibilidades de un conflicto armado legítimo en el momento actual, hemos de señalar tres casos:

- a) Acción de policía internacional.
- b) Legítima defensa dentro del marco de la comunidad de los Estados.
- c) El acto de agresión.

2 LA INTERVENCIÓN Y LA GUERRA Y LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

(Consideraciones teóricas)

1) La acción de policía internacional se encuentra prevista en el art. 42 de la Carta de San Francisco. Este artículo es del tenor siguiente: "Si el Consejo de Seguridad estimare que las medidas de que trata el art. 41 (5) pueden ser inadecuadas o han demostrado serlo, podrá ejercer por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres, la acción que sea necesaria para restablecer la paz y la seguridad internacionales. Tal acción podrá comprender demostraciones, bloqueos y otras operaciones ejecutadas por fuerzas aéreas, navales o terrestres, de Miembros de las Naciones Unidas". Estas acciones de policía internacional pueden llevarse a cabo también por fuerzas armadas propias de las Naciones Unidas, por un "ejército de las Naciones Unidas". De hecho, sin embargo, la constitución y el empleo de estas fuerzas armadas no ha tenido lugar nunca con arreglo a las reglas estrictas previstas a tales efectos por la Carta de las Naciones Unidas.

En el plano puramente teórico, el examen de la cuestión relativa a la ejecución de medidas de policía internacional podría conducir a realizar una comparación analógica. Puede, en efecto, compararse esta medida internacional con la acción de policía en derecho interno. Considerada desde el punto de vista de los derechos

(5) Se trata de medidas "que no implican el empleo de la fuerza armada".

del hombre, la comparación es susceptible de hacer resaltar situaciones idénticas respecto a la "policía" internacional y respecto a la policía nacional. En derecho interno, por lo menos, los actos que pueden ser realizados por la policía tienen que respetar las leyes existentes y señaladamente ciertas prescripciones de derecho administrativo. Recordemos en este orden que en la esencia misma de la protección de los Derechos del Hombre se encuentra el detener el empleo del poder público ante ciertos límites de la esfera privada. Dentro del derecho interno, el uso de las fuerzas de policía se encuentra, incluso en ausencia de prescripciones legislativas apropiadas, limitado en consideración a los tres criterios siguientes:

- a) La responsabilidad de la policía.
- b) El carácter público de la función, y
- c) El criterio de proporcionalidad o de relatividad.

Es evidente que verificando la transposición al ámbito del derecho internacional público, estos criterios no pierden su vigencia. La acción de la policía internacional deberá, por consiguiente, estar de acuerdo con ellos. Y esto es cierto no sólo en cuanto a la constitución y al empleo de las fuerzas de policía o de un ejército de las Naciones Unidas, sino igualmente para las realizaciones análogas en el plano regional. No es preciso insistir en que en estas reglas fundamentales que está obligada a respetar toda acción coercitiva internacional o nacional, se encuentra incluido también el principio del respeto de los Derechos del Hombre.

2) Los actos de legítima defensa son lícitos en el marco del derecho de la comunidad internacional, como lo son en el ámbito del derecho interno. La misma analogía se da, por otra parte, respecto a la ilicitud de los excesos en la legítima defensa. Es decir, cuando ésta sobrepasa el marco estricto de los límites de la necesidad de autodefensa. Estos excesos son ilícitos tanto en la sociedad nacional como en la Comunidad internacional de los Estados. Los actos de autodefensa deben respetar igualmente los Derechos del Hombre, y muy especialmente los derechos fundamentales de las "víctimas de la guerra" en orden a su dignidad humana. La violación de estos derechos equivaldría a un exceso de la autodefensa, y, como acabamos de exponer, resultaría ilícita. Es particular-

mente importante en este aspecto el observar el principio de la proporcionalidad del acto que tiene su lugar no sólo en la acción de policía, sino también en la legítima defensa. Por otra parte, hace surgir la noción del exceso y habrá de ser observado *last but not least*, por el interés superior de la protección de los Derechos del Hombre. Esta observancia se requiere, no sólo en la actuación de la autodefensa de un Estado en relación a otros Estados, sino también en la acción revolucionaria licita y en el acto lícito contrarrevolucionario, puesto que éstos también deben someterse a los principios del respeto a los derechos fundamentales del hombre.

3) El acto de agresión cometido en el orden internacional por un Estado contra otro Estado puede actualmente ser considerado como ilícito aunque no existan todavía reglas de derecho penal internacional a este respecto. Se habló ya en la Sociedad de las Naciones (6) de que la guerra de agresión constituía un crimen internacional. Del mismo modo, el acto de agresión fué considerado por los Tribunales militares internacionales reunidos a la terminación de la segunda guerra mundial, como un hecho punible (7) y si ésta es la situación, parece que puede, con justa razón, preguntarse si resulta admisible el hacer beneficiario a un agresor de una garantía de los Derechos del Hombre. A esta pregunta nos dan una respuesta bastante significativa las disposiciones contenidas en el art. 3.º de todos los Convenios de Ginebra de 1949. Ciertamente en el derecho interno la sublevación, la revolución o los actos que conducen al desencadenamiento de una guerra civil tienen generalmente la consideración de crímenes, es decir, de actos punibles. Pero, incluso en presencia de estos actos, el derecho internacional moderno prevé una protección de los Derechos del Hombre en favor de los inculpados. El art. 3.º de todos los Convenios antes citados, dispone, en efecto, que incluso en el caso de conflictos sin carácter internacional y que se produzcan sobre el territorio de uno de los Estados contratantes, por ejemplo, en caso de guerra civil, cada una de las partes en conflicto está obligada a respetar en favor de la parte adversa un *minimum* de dere-

(6) Sesiones de la Asamblea del 27 de septiembre de 1927.

(7) Cf., los procesos ante los Tribunales militares aliados de Nuremberg y Tokio.

chos (del hombre). J. S. Pictet ha dicho a este respecto que "la Cruz Roja... (se ha)... preocupado desde hace tiempo en aportar su socorro a las víctimas de los conflictos internos, conflictos cuyos horrores sobrepasan, a veces, los de las guerras internacionales a causa del odio fratricida que los caracteriza. Pero a las dificultades que en este terreno encontraba la Cruz Roja... se añadían obstáculos especiales nacidos de la política interior del Estado donde el conflicto se producía. En una guerra civil, el Gobierno legal... tiene tendencia a ver en sus adversarios, únicamente, criminales vulgares. Esta tendencia ha llevado, a veces, a las autoridades gubernamentales a considerar los socorros aportados por la Cruz Roja a las víctimas pertenecientes al bando adversario, como una ayuda indirecta a unos culpables." (*Commentaire I, La Convention de Genève*, J. S. PICTET, pág. 41). Teniendo en cuenta el actual estadio de desarrollo del derecho internacional en esta materia, parece posible afirmar que en una cierta situación general en la que existe conflicto armado internacional o interno, el hecho de que esta situación haya sido producida por un acto ilícito, agresión o levantamiento, no produce la abolición ni por parte del "culpable" ni por parte de la víctima del derecho a una garantía mínima de los más esenciales Derechos del Hombre. Esta afirmación encuentra, por otra parte, una muy importante base convencional en las disposiciones contenidas en el art. 1.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, relativos al mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos, prisioneros y personas civiles en tiempo de guerra. Según estos artículos, los Estados contratantes se comprometen a respetar y a hacer cumplir las prescripciones de los Convenios *en toda circunstancia*.

3. EL PELIGRO DE GUERRA. LAS POSIBILIDADES DE UNA GUERRA

(Consideraciones positivas)

En el momento actual no puede afirmarse sin reservas que la guerra deba ser considerada como completamente prohibida en el derecho internacional general. En la realidad política de nuestros días subsiste la posibilidad de que una guerra estalle subitamente.

Incluso bajo el régimen de las disposiciones de la carta de las Naciones Unidas, una guerra puede aún tener lugar:

- a) Entre Estados no miembros de la O. N. U.
- b) Entre Estados que ya no sean miembros de esta Organización; y
- c) Por paralización del Consejo de Seguridad.

Ciertamente, en este último caso, el conflicto armado es sólo una guerra de transición entre el Estado que ejercita su derecho de legítima defensa y el Estado agresor, pero ello no impide el que en realidad nos encontremos frente a un verdadero estado de guerra. En la situación actual de la política mundial el peligro de una guerra no se ha apartado en absoluto. Este peligro potencial se encuentra incluso agravado en su alcance por el peligro real y material inherente a la guerra en sí misma. Resulta casi imposible actualmente imaginarse una guerra que, por el estado de integración de la sociedad internacional, no se convierta necesariamente en guerra total. Si añadimos a esta perspectiva el peligro de una guerra atómica, no es abrir un camino al optimismo. Cierto que el hecho de que varias grandes potencias posean *stock* de bombas nucleares suficientes para borrar de nuestro planeta toda la vida humana, evitará quizá por el temor de las represalias una guerra atómica, pero toda guerra moderna se terminaría, no obstante, en un desastre para la humanidad entera. En el plano de la política general o de la "Weltanschauung" el peligro de una guerra mundial se encuentra, por otra parte, agravado por la bipolaridad de la constelación política mundial y por la creencia de la necesidad de una "guerra justa", de un *bellum justum*.

En efecto, la bipolaridad empujará a los dos bloques en presencia a reforzar cada vez más sus armamentos en una gigantesca carrera contra reloj, y el convencimiento que en este caso uno de los bloques pudiera tener, en un determinado momento, de su momentánea superioridad y del hecho de que tal situación pudiera no volverse a presentar jamás, llevan en sí indudablemente el gran peligro de que este bloque de Estados se decida a declarar la guerra. Lo mismo sucede en relación con la creencia de un *bellum justum* que desdobra igualmente el peligro de guerra, como sucede en lo que se refiere a las guerras de religión.

Se puede pensar que en esta situación la prohibición general y sin reserva de la guerra se encontraría más que nunca justificada. Pero es permisible mantener dudas respecto a la puesta en práctica de esta prohibición por medios intergubernamentales. Esta interdicción, en efecto, sólo podrá realizarse a partir del momento en que los pueblos de todos los Estados civilizados hayan obligado a sus Gobiernos a renunciar solemnemente en el plano constitucional y en el del derecho internacional general al "derecho de recurrir a la guerra". La realización de este fin pertenece todavía al porvenir y al menos, por el momento, el peligro de guerra subsiste siempre, como lo demuestran, por otra parte, los ejemplos de la guerra de Corea, de la guerra de Indochina, de la intervención de Suez y de la guerra civil de Argelia. En su consecuencia, parece justificado el plantearse la cuestión de saber qué es lo que debe de hacerse hasta que llegue la prohibición total y efectiva de toda guerra.

A esta cuestión, el General G. H. DUFOUR y GUSTAVO MOYNIER, dieron ya una respuesta a raíz del Congreso de la Cruz Roja el 23 de octubre de 1863, y más recientemente la resolución núm. 8 de la Conferencia Diplomática de Ginebra de 1949, se produce en el mismo sentido, puesto que se encuentra redactada en la siguiente forma: "La Conferencia tiene interés en afirmar ante todos los pueblos que habiendo sido sus trabajos inspirados únicamente por preocupaciones humanitarias, formula el ardiente voto de que jamás los gobiernos tengan necesidad en el porvenir de aplicar los Convenios de Ginebra para la protección de las víctimas de la guerra..." (Véase *Commentaire I: La Convention de Genève*, J. S. PIETTER, op. cit.). Por tanto, son la esperanza y la acción humanitaria las que parecen imponerse en la espera...

En cuanto a la protección de los Derechos del Hombre en la persona de las víctimas de la guerra, ha de recordarse aquí que el llamado derecho internacional clásico de la guerra aseguró la garantía de estos derechos fundamentales sólo de manera muy esporádica. De cualquier modo, la protección no era jamás directa, sino que se llevaba a cabo siempre indirectamente por la mediación a través del derecho interno de los Estados beligerantes. La protección de los Derechos del Hombre cedía, incluso, con mucha frecuencia ante el interés nacional, la razón de estado y las

“necesidades de la guerra” y, por añadidura, las sanciones por violación de los Derechos del Hombre brillaban, en general, por su ausencia, al menos en lo que se refería al Estado vencedor (8).

4) LA RAZÓN DE SER DE LA PROTECCIÓN DE DERECHOS DEL HOMBRE EN EL DERECHO DE LA GUERRA

Como se ha dicho anteriormente, la obligación de respetar ciertos derechos fundamentales del individuo incluso en el caso de conflicto armado, puede ser considerada como una norma del derecho internacional de la guerra hoy en vigor. En cuanto al motivo de este respeto, incluso en las guerras anteriores al siglo xx, habría que recordar en primer término que por lo común el derecho internacional público tuvo sus orígenes en reglas convencionales y consuetudinarias. Por ello, los Estados jugaron un papel principal, y esto, por otra parte, es igualmente cierto en lo que se refiere a los orígenes y a la razón de ser del respeto de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra. El interés nacional ha pesado también mucho.

1) *La razón de cálculo.*—Conviene a este respecto tener en cuenta desde un principio el hecho de que incluso en este terreno los Estados parecen haber tenido un cierto interés egoísta en la protección de los Derechos del Hombre. Este interés se manifiesta por el deseo de los Estados de ver protegidos tales derechos, sobre todo en las personas de sus respectivos súbditos. El Estado, por lo tanto, obtenía un cierto beneficio. Aunque este motivo no sea el único que pueda encontrarse en la base del respeto de los derechos fundamentales del individuo en caso de guerra, es ciertamente uno de los más importantes, aunque sea lamentable tener que reconocerlo así. Se encuentra una expresión de esta razón especialmente en los principios de la *General Participation Clause* y en el de la reciprocidad. Se ha hecho aplicación de estos principios en la mayor parte de los Convenios internacionales sobre derechos de la guerra anteriores a la II Guerra Mundial, como, por ejemplo, en el Protocolo de Ginebra de 1925 sobre el

(8) Cf., sin embargo, el art. 3.º del Convenio de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre.

empleo de gases tóxicos. Este mismo interés egoísta de los Estados se percibe, por otra parte, en el temor de los Gobiernos de ver a los componentes de sus respectivas fuerzas armadas expuestos a las medidas de represalia que los Estados enemigos podrían considerarse con derecho a tomar para el caso de violación de ciertas normas humanitarias, y en el mismo sentido ha de hacerse alusión a las repercusiones a que pudieran dar lugar sobre la opinión pública nacional o sobre la de los países neutrales las violaciones de los Derechos del Hombre cometidas por los ejércitos de un Estado beligerante. La eventualidad de verse obligados, después del fin de las hostilidades, al pago de indemnizaciones por violaciones cometidas durante la guerra, es quizá otra razón por la cual los Estados aceptaron muy pronto el respetar ciertos derechos fundamentales del individuo en tiempo de guerra.

Estas reflexiones sobre los móviles que impulsaron a los Estados a conceder en tiempo de guerra una cierta protección de los Derechos del Hombre, nos conduce igualmente a pensar que una norma jurídica con tal base corre el riesgo de resultar extremadamente vulnerable en su aplicación concreta. A propósito del derecho contenido en los Convenios de Ginebra de 1959 sobre protección de las víctimas de la guerra, la vulnerabilidad del sistema nos es confirmada por J. S. Pieter cuando dice: "El derecho de Ginebra lleva en sí una debilidad inherente a su naturaleza: forma parte del derecho de la guerra. Como la guerra pone en peligro la existencia misma de los Estados, las reglas jurídicas en una guerra convertida en total corren el riesgo de ser pisoteadas bajo el pretexto de que la necesidad sirve de ley" (op. cit., página 10).

2) *La razón religiosa*.—Resulta evidente que la norma jurídica que impone el respeto de ciertos derechos del hombre, incluso en tiempo de guerra, no puede justificarse únicamente por motivos de interés puramente egoísta. Puede haber igualmente otro interés, basado éste en motivos religiosos. La base de esta razón, al menos en parte, es esencialmente de origen cristiano. Un examen de los antecedentes históricos nos lo prueba. No hay duda de que el cristiano amor al prójimo es el motor que anima en primer lugar las actuaciones de Florencia Nightingale y de la Gran Duquesa Elena Paulovna durante la guerra de Crimea, y el que inspira los primeros pasos de la Cruz Roja. No hay duda de que

antes de la guerra de los Treinta Años, la iglesia pretendió que aquéllos que no eran cristianos no tenían ningún derecho a ver respetada su vida, dignidad o libertad, y que, por otra parte, no beneficiaban de garantía de sus Derechos del Hombre en virtud del derecho de la guerra de la época: pero esta concepción fué rápidamente abandonada.

3) *La razón humanitaria*.—Desde el punto de vista puramente histórico parece posible afirmar que los motivos humanitarios invocados y que militan en favor de los Decretos del Hombre en caso de guerra representan, en realidad, el resultado de la extensión a los hombres de todas las religiones del principio fundamental del cristianismo que exige el amor al prójimo. El motivo humanitario se basa, por tanto, en el amor al prójimo sin discriminación religiosa sobre la noción de la igualdad de todos los hombres y sobre la piedad.

El leimotiv actual de la Cruz Roja sigue siendo el lema *inter arma caritas*. Por otra parte, hay que subrayar que el más importante fundamento de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra es en nuestros días el de la humanidad. A este respecto, conviene igualmente citar, a título de confirmación, un pasaje recogido en la obra ya citada de PICTET (pág. 41). Este autor nos dice: "Los Convenios de Ginebra... son considerados cada vez menos como contratos de reciprocidad concluidos en razón del interés nacional de cada una de las partes y, en cambio, cada vez más como afirmaciones solemnes de principios respetados por sí mismos, como una serie de compromisos incondicionales de cada uno de los contratantes en relación a los demás. Un Estado no proclama la protección debida a los militares heridos o enfermos con la esperanza de salvar un cierto número de sus súbditos, sino en razón al respeto que le merece *la persona humana como tal*... El principio del respeto de la persona humana que constituye la base de todos los Convenios de Ginebra, no ha sido creado por éstos: es anterior y exterior. Si hasta 1949 no había sido formulado en los Convenios más que en favor de los militares, no era en razón a su condición militar. Más allá de esta condición apunta a la persona por su sola cualidad de ser humano, sin consideración de uniforme, de ciudadanía, de raza o de creencia, sin consideración incluso a los compromisos que la autoridad de la que depende haya podido to-

mar en su nombre o en su favor. Herido o enfermo, tiene como persona humana el derecho de recibir los cuidados o la asistencia que ordena el respeto a la persona humana.

50 LA POSICIÓN GENERAL DEL PROBLEMA DE LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE

(Relación del problema con los principios del derecho internacional general)

El problema de la protección jurídica de los Derechos del Hombre en derecho internacional nos lleva necesariamente a la cuestión de saber si el individuo puede ser considerado como sujeto de este derecho, es decir, como sometido de forma inmediata a las normas de derecho internacional. En el derecho internacional público denominado clásico, sólo los Estados eran reconocidos como sujetos del derecho internacional. El individuo era sólo un objeto y no solamente en relación con ciertas reglas de derecho internacional, pero también, a veces, en sus relaciones con el Estado o los Estados. En el derecho internacional moderno se puede comprobar que un número bastante crecido de actos internacionales y especialmente de Tratados, garantizan al individuo determinados derechos fundamentales. Teniendo en cuenta este hecho, numerosos autores afirman hoy que el individuo se ha convertido ya en sujeto del derecho internacional. Otros autores añaden a este reconocimiento de la personalidad jurídica del individuo en el orden internacional la reserva de que el individuo puede ser considerado únicamente como un "sujeto negativo de derecho internacional" y no como sujeto en el pleno sentido de la palabra, dado que solamente los Estados pueden ser partes en los Tratados internacionales, fuente principal del derecho internacional. Sea de ello lo que se quiera, es posible afirmar en el momento presente que el individuo, por lo menos, se encuentra a punto de convertirse en sujeto de este derecho.

Por otra parte, cabe preguntarse si el argumento obtenido del hecho de que el individuo no sea nunca parte en los Convenios internacionales, es verdaderamente decisivo. Con frecuencia es posible encontrar en el marco del derecho interno situaciones aná-

logas. Y así sucede que incluso el derecho interno, es decir la legislación nacional, emana corrientemente de la actuación de ciertos órganos, de ciertas "personas morales", tales como las Cámaras o el Parlamento, y esta situación se torna particularmente clara cuando se trata de un Estado federal del que puede decirse que el derecho interno es siempre obra de determinadas personas morales, del Parlamento, de la Alta Cámara y de los Estados federados. El caso de una Confederación o de una Unión nos ofrece ejemplos suplementarios en el mismo sentido. El derecho así elaborado (como el derecho internacional por un tratado) no es, sin embargo, válido en el orden positivo más que en cuanto beneficia del apoyo de los ciudadanos del Estado en cuestión o, por lo menos, de su mayoría. Si una de las principales fuentes del derecho internacional son los tratados, hay que poner de manifiesto, incluso en este campo, que este derecho puede ser considerado como creado por personas morales, en esta ocasión los Estados sujetos del orden jurídico internacional. Ahondando más puede constatarse aquí también la colaboración en el interior de estos Estados de los partidos políticos, de los parlamentos y eventualmente de los Estados federados para la elaboración de la norma convencional internacional. Y entonces resulta posible afirmar en el plano internacional la presencia de las mismas orientaciones generales que en el derecho interno. La regla convencional internacional no tiene valor más que en tanto en cuanto corresponde al deseo de los pueblos y beneficia del apoyo de éstos.

Como el interés del pueblo, y a través de éste el interés del hombre, constituye la verdadera razón de ser del Estado (9), la finalidad última y más esencial del derecho interno, como la del derecho internacional, no puede ser otra que la realización en la mayor medida posible de la protección más eficaz e integral de los derechos fundamentales del hombre que constituyen el mínimo de reivindicaciones del individuo frente a la Sociedad.

Esta tendencia que describimos puede percibirse ya en los desarrollos más recientes del derecho internacional. La protección de los Derechos del Hombre constituye, en efecto, el objeto de varios actos internacionales y señaladamente del Convenio eu-

(9) Cf. en este sentido la recientísima obra de A. P. SERENI: *Diritto Internazionale, II Sezione Prima*, Milán, 1958, pág. 681.

ropeo para la salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las libertades fundamentales. Ya hicimos alusión anteriormente a este estado de cosas.

En lo que se refiere más particularmente a otro género de participación del individuo en la vida pública internacional, habría que mencionar ciertas disposiciones del Estatuto de la Organización Internacional del Trabajo, que conceden a los simples particulares un derecho especial en defensa de sus intereses. A este respecto han de citarse las normas del art. 37, párrafo 1.º del Estatuto (redacción de 1948), que prevé, junto a los Delegados gubernamentales, una representación patronal y obrera, así como los párrafos 1 al 5 del art. 19 del mismo Estatuto que se refieren a la posibilidad de un acuerdo internacional bajo la forma de un género particular de tratado internacional. Por otra parte y en este mismo sentido puede también mencionarse la capital importancia del papel jugado por el Comité Internacional de la Cruz Roja en la elaboración de los nuevos Convenios de Ginebra de 1949.

Resulta de todo lo que precede que la protección de los intereses del individuo y señaladamente la garantía eficaz de sus derechos fundamentales, es de capital importancia tanto en el ámbito del derecho interno como en el del derecho internacional. En lo que afecta al problema de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra, su estudio es susceptible de aportarnos aún más claramente una prueba de la existencia de esta nueva tendencia de la que venimos hablando y que parece marcar de manera muy profunda toda la evolución del derecho internacional moderno, tendencia que se dirige en el sentido de un reconocimiento progresivo de la personalidad jurídica del individuo en derecho internacional. La protección de los Derechos del Hombre tal y como se encuentra hoy asegurada por los cuatro nuevos Convenios de Ginebra puede considerarse en relación directa con estas nuevas orientaciones.

III

PROBLEMAS ESPECIALES: LA PROTECCION CONCRETA
DE LOS MAS ESENCIALES DERECHOS DEL HOMBRE
EN TIEMPO DE GUERRA

La importancia de una protección eficaz de los Derechos del Hombre más esenciales es tal, que resulta necesario asegurarla incluso en tiempo de guerra. Así se afirma por DRAPER en su libro *The Red Cross Conventions* (Londres, 1958), que los Convenios de Ginebra de 1949 son "... *an emphatic avowal before the world that the humanitarian principles of justice and compassion must govern and determine the treatment of man if our civilisation is to be worthy of the name...*"

Son, en efecto, los cuatro Convenios de Ginebra una parte esencial del derecho internacional de la guerra actualmente en vigor, y su finalidad principal no es otra que la protección del individuo en caso de guerra.

Los cuatro Convenios fueron firmados el 12 de agosto de 1949 y llevan, respectivamente, los títulos siguientes:

PRIMER CONVENIO: *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los heridos y enfermos de las fuerzas armadas en campaña.*

SEGUNDO CONVENIO: *Convenio para el mejoramiento de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar.*

TERCER CONVENIO: *Convenio relativo al trato de los prisioneros de guerra.*

CUARTO CONVENIO: *Convenio relativo a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra.*

Junto a estos nuevos Convenios otros instrumentos internacionales tienen todavía una cierta importancia no solamente en lo que se refiere al derecho de la guerra en general, sino también en cuanto a la protección de los Derechos del Hombre en caso de guerra. Los iremos mencionando en el curso de las siguientes explicaciones. De cualquier manera, para el tema principal del presente

artículo, los instrumentos convencionales de mayor importancia son los Convenios de Ginebra.

Las características más señaladas de los nuevos Convenios de Ginebra son las siguientes:

— El principio de su aplicabilidad en todos los casos en que se da conflicto armado, aunque no se produzca guerra declarada (art. 2 de todos los Convenios).

— La exclusión de la *General Participation Clause* (artículo 2 de todos los Convenios).

— La garantía de aplicación de las disposiciones más importantes de los cuatro Convenios relativas a la protección de algunos Derechos fundamentales del individuo, aun en el supuesto de un conflicto armado sin carácter internacional y, por consiguiente, y señaladamente en caso de guerra civil.

— El reconocimiento de un *mínimum* de derechos en todas las circunstancias, derechos entre los que merecen señalarse los siguientes:

— El derecho a la vida y al respeto de la persona humana, prohibiéndose la muerte, las mutilaciones y tratos crueles, los suplicios y torturas.

— La prohibición de la toma de rehenes.

— El derecho al respeto de la dignidad de la persona humana.

— El derecho a ser juzgado por tribunal regularmente constituido.

— El derecho de los heridos y enfermos a ser asistidos en forma conveniente.

— La garantía contra las penas excesivas para caso de infracciones.

— El derecho a la protección internacional por intermedio de las Potencias Protectoras y por los organismos internacionales, y muy especialmente de la Cruz Roja Internacional.

Si se quiere trazar un cuadro general de los más esenciales derechos fundamentales garantizados por el derecho de la guerra actual, debemos mencionar los siguientes:

A) EL DERECHO A LA VIDA Y AL RESPETO DE LA PERSONA HUMANA

Resulta evidente que en caso de guerra el derecho antes enunciado tiene que sufrir muy importantes limitaciones, pero estas limitaciones no son tampoco absolutas, y esto se daba ya en el derecho de la guerra denominado clásico. En el Reglamento de La Haya de 1907 relativo a las leyes y costumbres de la guerra encontramos disposiciones que prohíben el matar o el mutilar a un soldado enemigo que ha depuesto las armas (art. 23 c), así como las normas que prohíben la negativa al perdón (art. 23 d). En cuanto al derecho a la vida, hay que mencionar entre las nuevas reglas de Ginebra las disposiciones del art. 3 de los Cuatro Convenios de 1949, estando también garantizado este derecho en el art. 13, párrafo primero del III Convenio, y en el art. 32 del IV Convenio, de aplicación a las personas civiles. Por otra parte, conviene recordar las normas del art. 46 del Reglamento de La Haya antes citado relativo a los territorios ocupados, y una cierta garantía de respeto a la vida puede encontrarse también en el Protocolo de Londres (aún en vigor) en lo que se refiere a las actividades de guerra de los submarinos. Una protección indirecta del derecho a la vida puede igualmente percibirse en los artículos 12 del I y II Convenios de Ginebra de 1949, relativos a heridos y enfermos, y en el mismo sentido pudieran citarse las disposiciones que en relación a la protección y amparo de establecimientos sanitarios se contienen en el art. 27 del ya citado Reglamento de La Haya sobre las leyes y costumbres de la guerra, en el art. 19 del I Convenio de 1949, en el art. 18 del IV Convenio y en los arts. 22, 24 y 52 del II Convenio de 1949, relativo a las fuerzas navales. Por último, conviene señalar que, ya con anterioridad a 1949, las reglas generales de derecho internacional y el derecho consuetudinario internacional prohibían las acciones militares exclusiva o esencialmente dirigidas contra la población civil.

En cuanto al respeto a la persona humana, el derecho consuetudinario internacional concedía importantes posibilidades de intervención en la esfera de los derechos fundamentales de la persona humana en tiempo de guerra. Este derecho otorgado al Estado, aunque discutido por una parte de la doctrina, se ejercía tanto sobre los súbditos de los Estados beligerantes como respecto a los

neutrales y fué confirmado por una práctica generalmente admitida en la II Guerra Mundial. Una sola excepción había sido reconocida en este aspecto y se refería a las medidas de represalia (10). El derecho al respeto y a la persona humana comprende igualmente la prohibición del trato inhumano, prohibición que se encuentra ya consagrada por ciertas reglas del llamado derecho internacional clásico. Así, el IV Convenio de La Haya de 1907 prohibió ciertas armas por ser contrarias a las "normas de humanidad". El derecho al respeto a la persona humana tiene hoy una amplia regulación en las disposiciones correspondientes de los Convenios de Ginebra de 1949. Hemos de señalar a este respecto el artículo 12 del I y del II Convenios, relativos a heridos y enfermos, y el art. 27 del IV Convenio, relativo a las personas civiles, en el que se garantiza de manera expresa el "respeto a la persona". Contrarios a este respeto a la persona humana son las torturas y otras atrocidades prohibidas por las disposiciones antes citadas de los arts. 12 del I y II Convenios de 1949. En el mismo sentido se producen los arts. 3 de todos los Convenios de Ginebra de 1949, e igualmente se prescribe el otorgamiento de un trato humanitario en las disposiciones del art. 15, párrafo primero del I Convenio, art. 18 del II y art. 13, párrafos uno y dos, del III Convenio, todos ellos de Ginebra de 1949. A este respecto tenemos que hacer constar que en los arts. 4.º, párrafo segundo, y 7.º del Reglamento de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra se preveía ya un trato humano para los prisioneros de guerra, y que garantías en orden a conceder el mismo trato a los prisioneros de guerra condenados a penas privativas de libertad, se contienen hoy en el artículo 108 del III Convenio de 1949. El art. 87, párrafo tercero, protege igualmente contra la tortura y los castigos crueles. En cuanto a la protección de las personas civiles en tiempo de guerra alcanza igualmente a garantizar un trato humano en virtud del art. 27 del IV Convenio en el que los arts. 32, 118 y 119 protegen también contra la crueldad y la tortura. Un trato humano se garantiza a los particulares detenidos preventivamente por el art. 37 del IV

(10) En cuanto a la prohibición de las represalias, de las penas colectivas y de la toma de rehenes, puede verse el apartado N) de este trabajo y, además, el art. 13 del III Convenio de 1949, los arts. 33 y 34 del IV Convenio, y art. 3 de todos los Convenios de Ginebra de 1949.

Convenio, y el art. 85 del mismo texto otorga una amplia protección de este derecho a las personas civiles internadas.

Parece, por otra parte, que resulta posible asimilar la protección concedida al individuo contra los tratos inhumanos en tiempo de guerra con las medidas que tienen por finalidad la prohibición de armas susceptibles de producir sufrimientos superfluos. Históricamente, tal prohibición recayó, en principio, sobre los proyectiles Dum-Dum y procedía de la declaración de La Haya de 29 de julio de 1899, que puede ser relacionada con la declaración de San Petersburgo de 1868 en vigor hoy entre 17 Estados y que no contiene únicamente normas prohibitivas de ciertas armas susceptibles de producir sufrimientos inútiles, sino que constituye también un compromiso de los Estados que la aceptaron de trabajar para que esta clase de armas sean objeto de una prohibición general (11).

De un modo general, se puede señalar que también resultarían inhumanas las consecuencias de la violación de las disposiciones siguientes: Artículo 27 del Reglamento de La Haya sobre leyes y costumbres de la guerra; art. 19 del I y II Convenios de Ginebra de 1949, y art. 18 del IV Convenio de Ginebra, así como los artículos 22, 24 y 25 del II Convenio de Ginebra que atañen a la inviolabilidad de los barcos hospitales. Semejante alcance tienen las disposiciones del art. 23 del IV Convenio de 1949 que prescriben ciertas excepciones para el bloqueo de guerra. En lo que atañe a la validez jurídica de las reglas protectoras del derecho a la vida y al respeto de la persona humana en tiempo de guerra, conviene señalar que esta validez se encuentra reforzada en cierta manera por lo dispuesto en el art. 15 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (actualmente en vigor para 14 países europeos) en el que se estipula expresamente que incluso "en caso de guerra o de cualquier otro peligro público que amenace la vida de la nación" un Estado carece del derecho a derogar las prescripciones prohibitivas de la aplicación de penas o tratos inhumanos (artículo 3.º del Convenio), ni aquéllas que garantizan (art. 2.º) "el derecho de toda persona a la vida..., salvo caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra". Y aquí hemos de destacar que

(11) Cf. también art. 23, e) del Reglamento de La Haya sobre Leyes y costumbres de la guerra.

las disposiciones de este Convenio están dotadas de un sistema de recursos eficaces ante órganos internacionales.

Por otra parte, es preciso igualmente hacer constar que el artículo 1.º del Convenio sobre genocidio de 1948 contiene normas con arreglo a las cuales los Estados contratantes reconocen que el genocidio tanto en tiempo de paz como "en caso de guerra" tiene la consideración ante el derecho internacional de un crimen que ha de evitarse y, en su caso, castigarse. Estas prescripciones constituyen en su consecuencia una garantía suplementaria del derecho del individuo a la vida. Y en el mismo sentido podríamos citar la resolución núm. 13 de la XIX Conferencia Internacional de la Cruz Roja, que se refiere a las reglas limitando los peligros de la población civil en tiempo de guerra y el "Proyecto de reglas" cuyas principales disposiciones son las siguientes:

Artículo 1.º "No teniendo un derecho ilimitado en cuanto a la elección de los medios para dañar al adversario, las Partes en conflicto deben limitar sus operaciones a la destrucción del poder militar de aquél, quedando la población fuera del alcance de las armas (12).

Art. 2.º "Las presentes reglas son aplicables: a) En caso de guerra declarada o en cualquier otro conflicto armado, incluso si el estado de guerra no es reconocido por una de las Partes en conflicto; b) En caso de conflicto armado que no presente carácter internacional."

Art. 6.º "Se prohíben los ataques dirigidos contra la población civil, como tal, para aterrorizarla o por cualquier otra razón. Esta prohibición se aplica tanto a los ataques dirigidos contra individuos aislados como a los dirigidos contra grupos."

Art. 7.º "A fin de limitar los peligros que corre la población civil, los ataques sólo podrán ser dirigidos contra objetivos militares" (13).

Art. 14. "Sin perjuicio de las prohibiciones actuales o futuras de determinadas armas, está prohibido emplear aquellas cuya acción nociva —especialmente por diseminación de

(12) Cf. también cuanto expusimos en el apartado A), primer párrafo.

(13) Cf. también el proyecto de reglas relativas a la guerra aérea del año 1922.

agentes incendiarios, químicos, bacteriológicos, radioactivos u otros— pudiera extenderse de una manera imprevista o quedar en el espacio o en el tiempo fuera del control de los que las emplean, poniendo así en peligro a la población civil.”

Es evidente que estas últimas disposiciones podrían, llegado el caso, revestir una importancia particular en el marco de una reglamentación o de una prohibición para el empleo de las armas atómicas. Más tarde (14) volveremos sobre este punto.

B) EL DERECHO A LA LIBERTAD Y A LA INTERFERENCIA DEL TRABAJO FORZADO U OBLIGATORIO

En tiempo de guerra las reglas que garantizan la integridad del individuo y que prohíben el trabajo forzado sufren necesariamente serias limitaciones.

En lo que se refiere al problema de la transferencia de ciertas personas civiles a campos de internamiento o concentración, es medida que el derecho internacional consuetudinario parece admitir desde hace tiempo como legítima. Una confirmación de principio de esta afirmación la encontramos en el art. 5.º en relación con el art. 15, ambos del Convenio europeo antes citado. Un reconocimiento expreso de la posibilidad de adoptar medidas de internamiento se encuentra hoy contenido en las disposiciones de los arts. 41 y siguientes del IV Convenio de Ginebra de 1949 (15).

En cuanto al principio de la prohibición del trabajo forzado, esta regla del “derecho de la paz” se encuentra fuertemente limitada en tiempo de guerra. Ya el derecho internacional consuetudinario anterior a la II Guerra Mundial admitía la posibilidad del empleo de los súbditos de los Estados beligerantes o neutrales en trabajos realizados en las regiones donde se desarrollaban las operaciones militares. En lo que concierne a los prisioneros de guerra, tenemos normas en el art. 49 del III Convenio de Ginebra de 1949 y en el art. 6.º del Reglamento de La Haya de 1907 sobre Leyes y costumbres de la guerra, exceptuándose de los tra-

(14) Cf. en este trabajo el apartado N. c).

(15) Para los territorios ocupados: art. 78 del mismo Convenio, y en cuanto a la prohibición de la toma de rehenes, arts. 3 y 34.

oajos los oficiales prisioneros. Los arts. 40 y 41 del IV Convenio de 1949 contienen, por otra parte, una autorización bastante amplia que permite el obligar a personas civiles a realizar ciertos trabajos en tiempo de guerra. Este estado de cosas se encuentra, por otra parte, confirmado por las normas del art. 15 (en conexión con el 4.º) del Convenio europeo tantas veces citado, que reconoce de manera explícita la legitimidad de la imposición en caso de guerra de trabajos forzados u obligatorios prohibiendo solamente la "esclavitud" y la "servidumbre".

El problema relativo al derecho a la libertad y a la prohibición del trabajo obligatorio y forzado puede tener también una cierta importancia para las relaciones entre un Estado y sus propios súbditos o su pueblo en tiempo de guerra. Ciertamente que es en principio una cuestión de derecho interno, pero como sucede en lo que se refiere a la mayor parte de los Derechos del Hombre, esta cuestión se plantea igualmente en el derecho internacional. Si de un lado, los Derechos del Hombre deben ser protegidos por el derecho internacional y por otro "el Estado" y "el individuo" poseen una existencia diferenciada el uno del otro como se reconoció desde Juan Jacobo Rousseau, resulta adecuado plantearse la cuestión de si el servicio militar obligatorio puede ser reemplazado por un servicio obligatorio sin armas. En derecho internacional general este problema no tiene aún una respuesta válida. El derecho internacional regional europeo prevé, sin embargo, algunas reglas que son de aplicación. Así, por ejemplo, el Convenio europeo de los Derechos del Hombre dispone, en su art. 4.º, que "... todo servicio de carácter militar, o en el caso de objetores de conciencia en los países que reconocen la objeción de conciencia como legítima, cualquier otro servicio que reemplace el servicio militar obligatorio... no es considerado como... trabajo forzado u obligatorio...". Se da, por lo tanto, en este caso, un reenvío al derecho interno. Este mismo problema tiene, por otra parte, una cierta relación con otro, que es el de saber si un desertor puede ser considerado como prisionero de guerra por el adversario de su país de origen, pregunta a la que se puede encontrar una respuesta afirmativa en el artículo 4.º del III Convenio de Ginebra de 1949 que cubriría este caso si le concedemos una interpretación de carácter amplio. En efecto, esta disposición dice: "... las personas que... han caído

en poder del enemigo...". Otro problema próximo al anterior es el que hace referencia a la posibilidad del paso del Estatuto de prisionero de guerra al de internado, problema que aún se encuentra sin solución. Sólo hallamos a este respecto el art. 84 del IV Convenio que está concebido en estos términos: "Los internados han de ser alojados y administrados con separación de los prisioneros de guerra..." Sobre este punto, el artículo no es más explícito.

C) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DEL HONOR

A este respecto, conviene citar, especialmente, las disposiciones de los arts. 3, 1, c) de todos los Convenios de Ginebra de 1949, así como el art. 13 del III Convenio. La primera de estas disposiciones prohíbe, en lo que se refiere a los heridos, enfermos, prisioneros o personas civiles en tiempo de guerra, todo "atentado a la dignidad de las personas y en especial el trato humillante o degradante". Las disposiciones pertinentes del segundo artículo citado estipulan lo que sigue: "Los prisioneros de guerra deberán... en todo tiempo ser protegidos contra los insultos y la curiosidad pública". Disposiciones destinadas a proteger el honor del individuo en tiempo de guerra se encuentran igualmente contenidas en los siguientes artículos: 14 y 39 del III Convenio de Ginebra de 1949; 27 del IV Convenio, y 95 del mismo en lo que se refiere a los trabajos que las personas civiles internadas pueden verse obligadas a realizar; art. 130 del mismo Convenio, que dispone que "las autoridades en cuyo poder se encuentren velarán a fin de que sean enterrados honorablemente los internados fallecidos durante la cautividad". Aparte de los nuevos Convenios de Ginebra, la obligación de todo Estado de respetar incluso en tiempo de guerra el honor y la dignidad de la persona humana encuentra confirmación en las prescripciones del art. 15 (en conexión con el art. 3.º) del Convenio europeo antes citado, según el cual "... nadie puede ser sometido... a penas o tratamientos... degradantes..." y que ninguna derogación es admisible a este respecto, incluso "en caso de guerra".

D) EL DERECHO AL RESPETO A LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El ejercicio de este derecho se encuentra también ampliamente limitado en tiempo de guerra y muy especialmente en lo que se refiere a los prisioneros de guerra y a los internados. Sin embargo, esta limitación debe mantenerse en sus justos límites, y a tales fines, los nuevos Convenios de Ginebra contienen determinadas garantías. Estas garantías se refieren especialmente al intercambio de informaciones de carácter personal y familiar sobre los prisioneros de guerra y sus familias, así como respecto a los internados civiles, por medio de las Potencias Protectoras. También para la población civil las necesidades de la guerra implican frecuentemente graves restricciones en los derechos relativos al respeto de la vida privada y familiar. Puede citarse como ejemplo el art. 49 del IV Convenio de Ginebra que prevé, entre otras medidas, la evacuación de la población civil, lo que ciertamente no podrá verificarse sin grave perturbación de la vida privada y familiar. Sin embargo, este mismo artículo contiene una serie de normas que deben ser respetadas en estos casos. La mayor parte de las demás disposiciones de los Convenios de Ginebra que se refieren al derecho al respeto de la vida privada y familiar garantizan, en realidad, un "derecho de comunicación", aunque tal derecho sea únicamente un servidor o corolario del primero. Las más importantes de estas disposiciones son: los artículos 122 y siguientes del III Convenio; arts. 25, 26, 107 y siguientes, 125, 136 y siguientes del IV Convenio. En lo que concierne a las comunicaciones postales propiamente dichas de los prisioneros de guerra, hay que citar igualmente el art. 16 del Reglamento de La Haya de 1906 sobre leyes y costumbres de la guerra, y el artículo 71 del III Convenio de 1949. Como disposiciones de carácter general, el art. 27 del IV Convenio de 1949, que estipula expresamente que las personas civiles tienen, en tiempo de guerra, "derecho, en cualquier circunstancia, al respeto... de sus derechos familiares".

Aún podría citarse en esta materia el art. 46 del referido Reglamento de La Haya, que contenía ya una garantía de respeto a la vida familiar para las poblaciones de territorio ocupado. Como se acaba de decir, tal garantía puede verse afectada por las nece-

sidades de la guerra, sufriendo algunas, y a veces muy importantes restricciones, pero se encuentra prohibida la derogación total. Así, el derecho de comunicarse por escrito con los miembros de su familia, podrá ser sometido a ciertas condiciones (16), pero no podrá ser negado en absoluto a un prisionero de guerra.

El Derecho al Respeto de la Libertad de Religión

Este derecho tiene una amplia protección en las reglas hoy vigentes del derecho de la guerra. Pueden citarse, especialmente, las disposiciones siguientes: artículo 27 del Reglamento de La Haya que concede protección y respeto a los edificios destinados al culto; art. 23 del IV Convenio de Ginebra, que prevé ciertas excepciones para objetos destinados al culto, respecto al bloqueo de guerra; art. 46 del Reglamento de La Haya, que garantiza la libertad de religión en territorio ocupado; art. 18 del mismo Reglamento, y 33 y siguientes del III Convenio de 1949 sobre derecho de los prisioneros de guerra a la libertad religiosa y libre ejercicio de su culto, y art. 130 del IV Convenio de Ginebra, disponiendo que los internados fallecidos deben de ser enterrados "siempre que sea posible de acuerdo con los ritos de la religión a la que pertenecían". Además, el art. 27 del mismo Convenio otorga una garantía expresa a las "ideas y prácticas religiosas" en favor de las personas civiles en tiempo de guerra. La libertad de religión se encuentra igualmente protegida por las disposiciones de los arts. 38 y 58 de este Convenio, así como por el art. 76 del mismo, que hace referencia a la ejecución de las penas privativas

(16) Una especie particular de la garantía de los derechos familiares se encuentra en la disposición del art. 82 del IV Convenio de Ginebra que concede a las personas civiles internadas el derecho a que las medidas de internamiento prevean y respeten un cierto reagrupamiento de las familias. En lo que concierne al Estatuto de los refugiados, pueden confrontarse el Acuerdo relativo al funcionamiento de los Servicios del Alto Comisario de la Sociedad de Naciones para los refugiados de 1928; la Constitución de la Organización Internacional para los Refugiados, 1946 a 1952; el Estatuto de la Oficina del Alto Comisario de las Naciones Unidas (a partir de 1951), y el Acta final y Convenio relativos al Estatuto de los Refugiados (1951). Por lo que se refiere a los huérfanos, el art. 24 del IV Convenio de Ginebra de 1949 y las Normas dictadas por la UNICEF.

de libertad en territorio ocupado, y por los arts. 86 y 93 respecto a las personas civiles internadas. En este mismo orden de ideas pudiera señalarse el Estatuto de los Capellanes militares que acompañan a las fuerzas armadas (17).

F) EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS

Este derecho se encuentra también ampliamente garantizado y respetado por las normas contenidas en los arts. 24 y 50 del IV Convenio de Ginebra de 1949. Sus reglas aseguran incluso una cierta protección a los intereses de los padres en cuanto a la orientación de la educación de sus hijos, punto tratado de forma más explícita por el art. 2.º del Protocolo adicional al Convenio europeo de los Derechos del Hombre.

G) EL DERECHO AL RESPETO A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DE OPINIÓN

Las garantías sobre la libertad de expresión sufren, naturalmente, una reducción muy considerable en tiempo de guerra, y, por otra parte, las reglas del derecho de la guerra silencian, por así decirlo, esta materia. No encontramos, en efecto, más que una sola disposición que revista alguna importancia relativa a esta materia, y esta disposición es la del art. 78 del III Convenio de Ginebra de 1949 que concede a los prisioneros de guerra el derecho de dirigir peticiones a las autoridades competentes en relación a las condiciones en las que sufren cautividad. Por otra parte, cabe preguntarse en qué medida una Potencia ocupante puede proceder a determinados actos destinados a ejercer sobre el pueblo enemigo una cierta influencia o incluso una presión tendente a la modificación de las ideas, opiniones o ideología de la población. El derecho internacional actual no contiene regla alguna

(17) La libertad de religión desempeña también un cierto papel en cuanto al principio de no discriminación. Véase apartado M).

sobre la materia. Sin embargo, ciertos sucesos acaecidos al terminar la II Guerra Mundial podrán quizá orientar una futura legislación internacional en la materia (18).

H) EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Este derecho abarca tanto el derecho de acceso a los tribunales como el derecho de toda persona a que su causa sea juzgada equitativamente y con observancia de ciertas reglas procesales mínimas. De un modo general, el derecho a una administración de justicia regular aparece en el derecho de la guerra actual, muy especialmente por el hecho de que los nuevos Convenios de Ginebra prevén, por ejemplo, para los prisioneros de guerra y personas civiles que se encuentran en territorio enemigo, la posibilidad de hacerse asistir en los procesos penales o civiles por una Potencia Protectora.

Este derecho se encuentra, además, reforzado por todo un sistema de protección jurídica peculiar y suplementario, basado en la posibilidad otorgada en muchos casos por los Convenios de Ginebra, de que las Potencias Protectoras o el Comité Internacional de la Cruz Roja procedan a una especie de intervenciones humanitarias relativas a la aplicación de los derechos reconocidos por los Convenios. En el marco europeo, en virtud del Convenio de Roma ya citado, existe un sistema jurídico muy parecido, aunque más perfeccionado, y cuyo funcionamiento no se excluye para tiempo de guerra.

En lo que se refiere más particularmente al derecho de acceso a los tribunales, parece que es posible afirmar que ya antes de la II Guerra Mundial el derecho internacional consuetudinario aseguraba, en tiempo de guerra, a todos los súbditos enemigos el derecho de comparecer ante los tribunales y de beneficiarse a estos efectos con la asistencia de la Potencia Protectora. Según la práctica observada durante las dos Guerras Mundiales, este derecho puede ser, sin embargo, sometido a ciertas condiciones y restricciones. No obstante, hay una excepción y ésta se refiere a

(18) Véase en lo que se refiere a la libertad de opinión en relación al principio de no discriminación, el apartado M).

los Tribunales de presas, ante los cuales los extranjeros interesados conservar siempre el derecho de hacerse oír, de acuerdo con las reglas generalmente admitidas del derecho internacional (19).

Por lo que atañe a las nuevas normas convencionales de Ginebra, relativas al derecho a una administración de justicia regular, conviene hacer referencia, en primer lugar, a los arts. 3, apartado d) de todos los Convenios de 1949, en virtud de los cuales están "... prohibidas en cualquier tiempo y lugar... las condenas dictadas o ejecuciones efectuadas sin juicio previo ante un tribunal regularmente constituido y dotado con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados...". También tiene cierta importancia a este respecto la prohibición de la toma de rehenes dictada por los mismos artículos y por el art. 34 del IV Convenio de Ginebra, así como las disposiciones de los arts. 8 y 9 de los tres primeros Convenios, del artículo 126 del III y de los arts. 9, 10 y 30 del IV, en los que se establece el sistema de protección suplementaria al que antes aludimos. Idénticas garantías se otorgan para las personas civiles internadas en los arts. 43, 78, 101, 115 y 126 del IV Convenio en relación al examen judicial de las medidas de internamiento y a las reglas generales de procedimiento. En el mismo orden conviene mencionar igualmente las siguientes disposiciones: art. 78 del III Convenio de Ginebra, concediendo a los prisioneros el derecho de queja en relación con el régimen que se les aplica; el art. 84 del mismo Convenio que impone la existencia de tribunales militares que ofrezcan las garantías esenciales de independencia e imparcialidad generalmente admitidas, y muy particularmente un procedimiento adecuado; el art. 87, párrafo tercero, que prohíbe las penas colectivas; los arts. 96, 99, 105 y siguientes que contienen disposiciones muy detalladas respecto a los procedimientos judiciales de aplicación en su caso a los prisioneros de guerra, y, en fin, el art. 33, párrafo primero del IV Convenio de Ginebra, que también prohíbe las penas colectivas. Este mismo Convenio contiene, por otra parte, garantías especiales de orden procesal en relación con los procedimientos disciplinarios que pueden ser aplicados a los internados civiles.

(19) Cf. la declaración de Londres de 1900.

En el marco del examen de este derecho a una adecuada administración de la Justicia en tiempo de guerra, hay que reservar lugar especial al problema de los espías y saboteadores. A este respecto ya por el art. 30 del Reglamento de La Haya de 1907 sobre leyes y costumbres de la guerra, se prohibía la ejecución del espía capturado sin juicio previo. Hoy esta cuestión se encuentra regulada por el art. 5 del IV Convenio de 1949 que dispone que en estos casos pueden no tener aplicación a los espías y saboteadores algunas de las garantías del Convenio, pero hace constar, al propio tiempo que estas personas "no se verán privadas de su derecho a un juicio regular y equitativo".

1) EL DERECHO AL RESPETO DEL PRINCIPIO "NULLA POENA SINE LEGE"

En el ámbito del derecho internacional general de guerra, este principio se encuentra reconocido por el art. 99 del III Convenio de Ginebra y el art. 65 del IV Convenio de 1949. El primero de estos artículos dispone que "ningún prisionero de guerra podrá ser perseguido o condenado por hechos que no estén expresamente castigados por la legislación de la Potencia que lo tiene en su poder o por el derecho internacional vigente el día en que se cometió el acto". En cuanto al segundo artículo, tiene aplicación en relación a la población civil del territorio ocupado y se produce en estos términos: "Las disposiciones penales dictadas por la Potencia ocupante... no pueden tener efectos retroactivos".

En el marco del derecho internacional regional europeo merece mención particular el art. 7 del Convenio Europeo de los Derechos del Hombre (en relación con el art. 15 del mismo Convenio). En virtud de estas disposiciones "nadie puede ser condenado por una acción u omisión que en el momento de cometerse no constituía infracción con arreglo al derecho nacional o internacional". También se previene que nunca se podrá imponer una "... pena mayor que la aplicable en el momento en que la infracción fué cometida" y que ninguna derogación puede admitirse para esta regla ni siquiera "en tiempo de guerra". Señalemos, además, que estas disposiciones son aplicables a todas las perso-

nas dependientes de la jurisdicción de los Estados Partes del Convenio de Roma y que son igualmente susceptibles de aplicación extraeuropea (20).

J) EL DERECHO A LA LIBERTAD PROFESIONAL

También este derecho sufre, en tiempo de guerra, numerosas restricciones, a veces extremadamente profundas y aplicables, en particular, a las profesiones comerciales. Por otra parte, especiales posibilidades de restricción se encuentran previstas por el artículo 54 del IV Convenio de Ginebra de 1949 respecto a determinados funcionarios o magistrados del territorio ocupado.

K) LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

En el derecho internacional de guerra, apenas se encuentran garantías relativas a los derechos sociales, y ello se explica puesto que esta clase de derechos fundamentales tiene una importancia menos acusada. Sin embargo, en los arts. 39 y siguientes del IV Convenio de Ginebra de 1949 se encuentran algunas disposiciones relativas al trabajo y asistencia aplicables a los extranjeros que se encuentren en tiempo de guerra en territorio de una de las Partes en conflicto. Hay que señalar, además, que el derecho internacional consuetudinario anterior a la II Guerra Mundial parecía reconocer un cierto derecho de las personas civiles a obtener la ayuda y asistencia por intermedio de la Potencia Protectora. Este derecho, en todo caso, podrá también beneficiarse con las disposiciones relativas a los derechos de un trato humano y del respeto de la dignidad.

L) EL DERECHO AL RESPETO DE LA PROPIEDAD PRIVADA

El derecho internacional consuetudinario no prevé, en principio, ninguna protección contra las medidas de incautación o de confiscación tomadas en tiempo de guerra. Pudiera también, en

(20) Cf. *Die Friedenswarte*, vol. 54, núm. 3, 1958, págs. 257, 258 y 272.

este sentido, invocarse dentro del ámbito del derecho convencional las disposiciones del art. 1 del Protocolo adicional al Convenio Europeo de Derechos del Hombre en relación con el art. 15 de dicho Convenio.

Pero este estado de cosas no excluye, sin embargo, la obligación de conceder después del fin de las hostilidades una indemnización a las víctimas de tales medidas. Tal obligación, por otra parte, fué reconocida en diversos tratados de paz. La obligación de indemnizar se desprende también de algunas disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907 sobre Leyes y Costumbres de la Guerra, como los arts. 46 y párrafo segundo del art. 53. Hoy en día, esta obligación tiene un reconocimiento expreso en el art. 55 del IV Convenio de Ginebra de 1949 que impone, en ciertos casos, la concesión de una indemnización equitativa.

Por lo que se refiere a la protección directa de la propiedad privada en sentido estricto durante el tiempo de guerra, podemos encontrar numerosas disposiciones, y entre ellas han de citarse como más destacadas las siguientes: art. 46 del Reglamento de La Haya que protege la propiedad privada en territorio ocupado; artículo 23 apartado g) del mismo Reglamento, prohibiendo la destrucción o las medidas contra la propiedad privada cuando no resulten estrictamente necesarias para las necesidades de la guerra; art. 22 del mismo Reglamento, que prohíbe los ataques aéreos que tengan como finalidad la destrucción de la propiedad privada; los arts. 3, 4, 52 y 53, siempre del mismo Reglamento, de los que se deriva una cierta protección de la propiedad privada sobre determinados bienes que no tienen interés militar; el art. 33 del IV Convenio de Ginebra de 1949, que protege contra la destrucción la propiedad privada que se encuentra en territorio ocupado; el art. 97 del mismo Convenio, relativo a bienes de propiedad privada pertenecientes a personas civiles internadas; los artículos 15 del I Convenio y 18 del II Convenio, ambos de 1949, que protegen los heridos, enfermos o náufragos contra el pillaje y el despojo de los muertos; los artículos 18 y 59 del III Convenio de Ginebra, que otorgan una protección particular a objetos de propiedad privada pertenecientes a los prisioneros de guerra. En lo que se refiere más particularmente a la prohibición del pillaje, resulta evidente que constituye también una importante garantía para la propiedad privada en tiempo de guerra. Esta garantía se

«encontraba ya en el Reglamento de La Haya de 1907 y especialmente en sus artículos 28 y 47. Hoy en día, una prohibición semejante se encuentra en el art. 33, párrafo segundo del IV Convenio de Ginebra de 1949. Además, hay que resaltar que la prohibición de las represalias se extiende expresamente a las medidas que pudieran afectar a la propiedad privada. En efecto, el artículo 33, párrafo tercero de IV Convenio de Ginebra de 1949 dispone que “las medidas de represalia respecto a las personas protegidas *y sus bienes*, quedan prohibidas”. Señalemos, además, que diferentes reglas del derecho internacional general aplicables a la guerra marítima, protegen, en determinados casos, la propiedad privada contra el apresamiento, el secuestro o la confiscación. En el mismo sentido conviene citar algunas reglas del derecho internacional general relacionadas con el contrabando. Por otra parte, una mención especial merecen las disposiciones sobre la propiedad privada que se encuentra en la zona de operaciones militares. Trátese de bienes de neutrales o de bienes pertenecientes a súbditos de los Estados beligerantes, su confiscación y destrucción está permitida con arreglo al derecho consuetudinario, aunque pueda subsistir la obligación de indemnizar. Y, por fin, encontramos, dentro de este ámbito del respeto de la propiedad en tiempo de guerra, aunque un poco marginalmente, el Convenio de La Haya de 1954, y el Protocolo correspondiente, relativo a la protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, Convenio que puede tener una cierta importancia respecto a determinados bienes de propiedad privada.

M) EL DERECHO A LA PROTECCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Las reglas más importantes del actual derecho de la guerra destinadas a otorgar una protección contra las medidas discriminatorias, se encuentran indudablemente en el art. 3.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, que protegen, en tiempo de guerra, los heridos, enfermos, náufragos, prisioneros y personas civiles “... sin ninguna distinción de carácter desfavorable basada sobre la raza, el color, la religión o creencia, el sexo, el nacimiento, la fortuna o cualquier otro criterio análogo...”. Parecida importancia tienen los arts. 12 de los dos primeros Con-

venios y el 16 del III, que prohíben toda discriminación basada en criterios "de raza, nacionalidad, religión, opiniones políticas u otras basadas sobre criterios análogos". En el mismo sentido han de citarse las normas del art. 13 del IV Convenio de 1949, según las cuales las prescripciones del Título II de este Convenio destinado a la protección de las personas civiles, "... abarcan al conjunto de la población de los países en conflicto, sin ninguna distinción desfavorable, especialmente por la raza, la nacionalidad, la religión o las opiniones políticas y tienden a atenuar los sufrimientos engendrados por la guerra". Sin embargo, una cierta discriminación se admite en el art. 4.º de este mismo Convenio, que distingue entre ciertos grupos de población civil y que prevé una protección a todos los extranjeros e incluso a los apátridas, pero que no abarca a los neutrales (con excepción de lo que exige su Estatuto en territorio ocupado), ni a los súbditos de un Estado beligerante ni a los súbditos de los Estados no ligados por el Convenio.

En cuanto a las disposiciones especiales que aseguran en el marco del derecho de la guerra actual, una protección contra medidas discriminatorias, se pueden citar como más destacadas: el art. 27, párrafo tercero del IV Convenio de Ginebra de 1949 que prohíbe todo trato discriminatorio de personas civiles, tanto en el territorio de los beligerantes como en territorio ocupado y especialmente el basado en criterios "de raza, religión u opiniones políticas"; los arts. 14, párrafo segundo, y 16 del mismo Convenio, que prohíben las discriminaciones en cuanto al régimen de cautividad entre hombres y mujeres; el art. 25 del III Convenio, que dispone que las condiciones de alojamiento de los prisioneros de guerra deberán ser tan favorables como las reservadas a las tropas de la Potencia que los tiene en su poder que se encuentren acantonadas en la misma Región; los arts. 87 y 88 del mismo Convenio, que hacen relación a la forma de dictar y ejecutarse las penas; los arts. 95 y 103 del propio III Convenio, que fijan para la prisión preventiva o detención provisional de los prisioneros de guerra condiciones análogas a las que en dicho caso se emplean por cada país para sus propias fuerzas armadas; y el artículo 106 del mismo Convenio, que excluye la discriminación en cuanto a las posibilidades de recursos en el ámbito del derecho penal militar.

N) ALGUNOS ASPECTOS PARTICULARES DE LA PROTECCIÓN
DE DERECHOS DEL HOMBRE EN CASO DE GUERRA

Parecen merecer algunas consideraciones especiales los problemas de la toma de rehenes, de las represalias y de las penas colectivas.

a) *Prohibición de la toma de rehenes.*—Como ya indicamos, la toma de rehenes se encuentra prohibida por el derecho de la guerra actual. Las disposiciones más importantes en este sentido se encuentran en el art. 3.º de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, así como en el art. 34 del IV Convenio. De un modo general, la toma, y señaladamente la ejecución de rehenes, se considera contraria a las leyes de la humanidad. Además, hay que considerar que tales medidas infringen, como ya se hizo notar, de manera muy especial ciertas garantías de los Derechos del Hombre. Se trata, en efecto, del derecho a la vida, a la libertad y a una administración de justicia regular que exigen, entre otras cosas, que nadie sea castigado por un crimen que no ha cometido personalmente y respecto al cual no ha sido declarado culpable por tribunal legalmente constituido. Por lo tanto y en este punto podemos hacer referencia a las explicaciones que preceden. (Véase A. B. H. de la parte tercera del presente estudio.)

b) *Prohibición de penas colectivas.*—Esta prohibición se encuentra en parte fundamentada sobre los mismos principios que justifican la de la toma de rehenes. Aunque en este ámbito se trate de verdaderas “penas”, su aplicación no sólo violentaría el derecho fundamental a una normal administración de la justicia, sino también quebrantaría el principio de *nulla poena sine lege*. Por otra parte, hacemos referencia en la materia a las explicaciones que proceden (Apartados H) e I), así como el art. 33 del IV Convenio de 1949).

c) *Prohibición de las represalias.*—Esta prohibición se basa hoy día sobre textos convencionales expresos, como son el art. 46 del I Convenio, el 47 del II, el 13 párrafo tercero del III y el 33 párrafo tercero del IV, todos ellos de Ginebra de 1949 (Véanse también apartados A) y L) de la tercera parte de este estudio). El problema de las represalias reviste, en nuestros días, una par-

ticular importancia ante la posibilidad de una guerra atómica o nuclear. Numerosos autores han tomado posición respecto al problema de la legitimidad de las "represalias atómicas", y así, LAUTERPACHT se pronuncia en la siguiente forma: "There is room for consideration whether the destruction and suffering —both immediate and consequential— entailed by the use of atomic weapon are not such as to plade it, in the words of the Geneva Conventions of 1949, outside the principles of the law of nations, as they result from the usages established among civilised peoples, from the laws of humanity and the dictates of public consciencie... For these reasons it is difficult to express a clear view as to whether an explicit prohibition of the use of the atomic weapon in warfare would be merely declaratory of existing principles of International Law... In the firts instance, its use must be regarded as permissible as a reprisal for its actual prior use by the enemy or his allies..." (cf.: Oppenheim, International Law, vol. II, 7th edition, p. 350). Aunque estimando que el uso de las bombas A y H es ilícito, SCHWARZENBERGER, en su libro "The Legality of Nuclear Weapons" (Londres, 1958, pág. 40), se pronuncia en cuanto a las represalias atómicas en idéntico sentido que LAUTERPACHT. Entre los autores que hasta ahora se han pronunciado considerando ilícitas las represalias atómicas, podemos citar a DRAPER (obra citada, pág. 100). Por nuestra parte pensamos también que la utilización de armas nucleares en la medida en que su empleo no puede ser limitado estrictamente a objetivos militares aislados, resulta ilícita, tanto por su empleo en forma directa como bajo la forma de represalias más o menos definidas. En la mayor parte de los casos hay que considerar el empleo de bombas A o H como contrario al derecho internacional existente, puesto que también en la mayoría de los casos la explosión de tales bombas llevará consigo consecuencias catastróficas para la población civil que no podrá ser protegida contra sus efectos. Un argumento jurídico que puede servir de base para esta postura se encuentra, por otra parte, en las normas de los arts. 1 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, según los cuales los Estados Contratantes se han comprometido "a respetar y a hacer respetar" las nuevas reglas de derecho internacional de la guerra "en toda circunstancia". Razonablemente no podrá excluirse la norma prohibitiva de las represalias, aun en lo que se refiere a la guerra atómica.

IV

EL PROBLEMA DEL CONTROL DE LA PROTECCION
DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE EN TIEMPO
DE GUERRA

El problema de un control eficaz de la protección de los derechos fundamentales en tiempo de guerra ha encontrado hasta ahora solamente soluciones esporádicas y muchas veces poco satisfactorias. Se puede distinguir entre un control de orden general y un control judicial.

En cuanto al control general, se puede constatar que se lleva a efecto en el derecho actualmente en vigor por medio de la intervención de tres categorías de órganos diferentes: a) Organos nacionales de control, b) Potencias Protectoras, c) Cruz Roja Internacional. En el primer caso nos encontramos ante un supuesto típico de desdoblamiento funcional que presenta todas las debilidades del sistema descrito por el profesor francés Georges SCHEER. Encontramos, por otra parte, este mismo supuesto en diversas disposiciones de los nuevos Convenios de Ginebra. La actuación de las Potencias Protectoras descansa, teóricamente, sobre el mismo principio. Sin embargo, la existencia de una diferencia profunda en el terreno de los intereses, en relación con la primera solución, conduce frecuentemente a resultados satisfactorios. La actuación de la Cruz Roja aparta completamente toda intervención o actuación unilateral. Cabe lamentar que la actuación llevada a cabo por este Organismo humanitario no pueda basarse, en la mayoría de los casos, más que en apoyos o influencias morales, que por importantes que puedan ser, llegado el caso, no pueden hacernos olvidar la ausencia de un poder ejecutivo internacional.

En cuanto al control judicial de la protección de los Derechos del Hombre en tiempo de guerra se imponen muy parecidas reflexiones. Al menos, por lo que se refiere a los nuevos Convenios de Ginebra, son numerosas las disposiciones que se refieren únicamente a los tribunales nacionales de los Estados controlados. Sólo en el ámbito del derecho convencional europeo es donde la situación puede considerarse como más favorable para soluciones

verdaderamente internacionales. El ya citado Convenio de Roma tiene aplicación incluso en tiempo de guerra. Su art. 15 incorpora las nuevas reglas de Ginebra al marco de las garantías ofrecidas por el Convenio, reconociendo, para caso de guerra y de manera expresa, "... las demás obligaciones que derivan del derecho internacional...". Como el Convenio de Roma prevé, por otra parte, un sistema muy completo de control judicial internacional por medio de una Comisión internacional, de un Tribunal europeo de los Derechos del Hombre, y, en su caso, del Comité de Ministros de una Organización internacional, así, como instituye un recurso individual abierto a todos, cualquiera que sea su nacionalidad, su domicilio o su residencia, la fiscalización ejercida en estos casos ofrece todas las probabilidades de resultar eficaz. Por lo que se refiere al derecho internacional general, resulta, por el contrario, que la aplicabilidad de un control judicial aparece como altamente dudosa. Se encuentra, en efecto, limitada por la competencia, notoriamente restrictiva, del Tribunal Internacional de Justicia. Sólo el art. 6.º del Convenio sobre genocidio ofrece mejores perspectivas. Hay que decir, además, que en la práctica del derecho de la guerra, al terminar la II Guerra Mundial, de los tribunales militares internacionales de Nuremberg y de Tokio, no obstante el progreso considerable marcado por su institución, no resultó satisfactorio para todos. Por otra parte, ciertos procesos de menor importancia fueron vistos más tarde ante los tribunales nacionales. El profesor GUSTAVO RADBRUCH ha dado a la institución de los tribunales militares internacionales de la II Guerra Mundial su justa apreciación, al afirmar que el proceso de Nuremberg abre para el porvenir, y sobre todo para la salvaguardia de la paz, perspectivas más eficaces que las que radican en la Organización de las Naciones Unidas. Según este gran filósofo, el valor de este proceso para el porvenir del derecho internacional público puede concretarse en tres ideas:

— La toma en consideración del hecho de que el derecho internacional no obliga solamente a los Estados como tales, sino también a los gobernantes como personas y a los ciudadanos de cada Estado; lo que contribuye, de forma decisiva, a la evolución del derecho de gentes, que marcha así de un

estadio de derecho simplemente interestatal hacia el estadio de derecho mundial.

— El proceso de Nuremberg ha creado también, junto a los actos delictivos tradicionalmente admitidos por el llamado Derecho de Gentes clásico, es decir, junto a los crímenes de guerra, dos nuevos tipos de crímenes internacionales, que son el desencadenamiento de la guerra de agresión y los crímenes contra la humanidad, lo que constituye igualmente un paso adelante en el sentido de la evolución del derecho internacional en derecho mundial, y constituye una prueba de que por el derecho de intervención internacional y por el establecimiento de una jurisdicción internacional competente para conocer de los crímenes contra la humanidad, se ha reconocido que los actos contrarios a las leyes de humanidad, incluso cuando se cometen respecto a los conciudadanos, interesan a la humanidad entera.

— En fin, el proceso de Nuremberg ha dado lugar a la creación de un derecho internacional penal aplicable a delitos internacionales realizados por los gobernantes, hombres de Estado y otras personas (Cf.: G. RADBRUCH: *Vorschule der Rechtsphilosophie*, 1948, págs. 107 y siguientes).

Es evidente que las instituciones creadas al finalizar la II Guerra Mundial para la represión de los crímenes de guerra y de los crímenes contra la humanidad, sólo constituyen una iniciación y que su desarrollo necesitaría para el porvenir bases de aplicación más generales. Pero, sin embargo, en el marco del derecho material de las reglas destinadas a salvaguardar las leyes de la humanidad y de los Derechos fundamentales de la persona humana, el derecho internacional, y en especial el derecho de la guerra han tenido un desarrollo realmente extraordinario. En el momento actual, los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 han sido ratificados por setenta y cinco Estados; es decir, la casi totalidad de los miembros de la Comunidad de los Estados. En consecuencia, parece que es posible asegurar que las nuevas reglas del derecho de la guerra de Ginebra se han convertido en reglas generales del Derecho de Gentes. Añadamos, por otra parte, que las disposiciones del Reglamento de La Haya de 1907, sobre leyes y costumbres de la guerra, en la parte en que junto a los Convenios de Ginebra conservan su

vigor siguen ligando a más de cuarenta Estados, y que la ya citada Declaración de San Petersburgo es aún obligatoria para diecisiete Estados. En la constelación general de la actual política mundial se da, sin embargo, un hecho que merece una atención particular, y es el de que entre los setenta y cinco Estados que han ratificado hasta ahora los cuatro Convenios de Ginebra, figuran representantes de los dos grandes bloques, tales como los Estados Unidos de América, la U. R. S. S., España, Polonia, Francia, Checoslovaquia, el Reino Unido de Gran Bretaña, Corea del Norte, Vietnam del Norte, Vietnam del Sur y las dos Alemanias. Obtengamos de este hecho un juicio optimista y positivo sobre estos Convenios. Optimismo tanto más justificado cuanto se trata de preocupaciones fundamentales para el porvenir de la humanidad: del respeto a las leyes de la humanidad y la salvaguardia de los Derechos fundamentales del Hombre. Y es sobre este punto sobre el que queremos terminar este estudio. De su lectura, ¿no se comprueba que (por extraño que pueda parecer al primer golpe de vista, la mayor parte de las reglas actualmente en vigor en el derecho internacional de guerra tienen por finalidad... la protección de los Derechos del Hombre?

CRIMEN Y CASTIGO DE LA DEVASTACION ATOMICA O DE LA GUERRA A. B. C.

por Enrique JIMENEZ ASENJO

Magistrado del Tribunal Supremo

SUMARIO: I Significado de la guerra A. B. C.—II. Enfoque jurídico, como devastación atómica.—III. Clases de devastación militar: la neorica, la táctica, la criminal.—IV. Fases de la guerra: a) La natural o prejurídica. b) Jurídica o humanitaria: 1.º Textos de nuestro derecho. 2.º Textos internacionales o externos. c) Fase totalitaria o atómica.—V. Solución por el derecho.—VI. La guerra crimen: Pio XII. Vitoria.—VII. Problemas técnicos sobre su prevención jurídica: 1.º Código penal internacional. 2.º Jurisdicción internacional penal.—VIII. Invocación final.

I

SIGNIFICADO DE LA GUERRA A. B. C.

Con tanta o más razón que hace más de cien años, en que MARX y ENGELS declaraban, en su famoso manifiesto, que el fantasma del Comunismo recorre Europa llenando de miedo a las Cancillerías, se puede hoy afirmar que otro fantasma tan peligroso como aquél y, desde luego, más mortífero, porque es su aliado, recorre el mundo infundiendo terror, no sólo a las Cancillerías, sino a todos los individuos egregios o sencillos de la Humanidad. Se trata de la guerra atómica, la más trágica hasta ahora imaginada y, singularmente, su especie la guerra A. B. C., siglas internacionales que se corresponden con atómica, bacteriológica y química. La guerra absoluta y total. En ella no se pretende vencer al ene-

migo en el campo del honor superándole en tenacidad, astucia y valor, sino lograr, mediante la sorpresa alevosa, una victoria aniquiladora sobre todo lo que viva en la tierra, desencadenando los poderes que le proporciona al hombre la liberación de las fuerzas o energías nucleares.

La preocupación por esta amenaza apocalíptica ha sido reiteradamente expuesta por S. S. Pío XII en sus periódicos mensajes al mundo. En el de 1954 (18 de abril), advierte el peligro de las armas nuevas, "aptas para producir en todo el planeta una peligrosa catástrofe capaz de llegar al exterminio de la vida animal y vegetal y de todas las obras humanas a regiones más vastas; armas capaces hoy, con los isótopos artificiales radioactivos, de inficionar en forma duradera la atmósfera, el suelo, los océanos mismos, incluso lejos de las zonas atacadas directamente y contaminadas por las explosiones nucleares... Además, pueden producirse consecuencias biológicas por los cambios introducidos en los genes, en la descendencia, poblando el mundo de monstruos". En el de 1955 vuelve a insistir sobre esta su gran preocupación que ya no deja de repetir en los posteriores.

¿Pero es posible que moral y jurídicamente pueda ocurrir tal catástrofe? Plantearnos el problema de la licitud de la guerra atómica o A. B. C. es plantearnos el más trascendental de cuantos se ha planteado nunca la Humanidad. Se trata de ser o no ser, de la subsistencia de la creación divina sobre la tierra. No caben, por consiguiente, efugios egoístas para esquivarlo. Hoy todos dependemos de todos y nada de lo que ocurre en un hemisferio del globo terráqueo puede sernos indiferente. El problema de la guerra atómica es universal y está al rojo vivo. Nuestra generación se lo ha encontrado planteado con toda su significación y ha de afrontarlo con valor y resolución heroica, tal como corresponde a la gran responsabilidad que tiene contraída con el futuro.

En efecto, la responsabilidad humana no se agota con el suceso personal del día, sino que se prorroga en cuanto forma parte de un grupo social de una nación, incluso de una raza o de una cultura y de una época. Si los actos exigen decisión proyectados en el futuro, la responsabilidad se fija en las generaciones, que no son sino grupos humanos unidos por la común circunstancia de pertenecer a un ciclo histórico vital unitario. Así ocurre que las generaciones tienen, como los individuos, obligaciones que cum-

plir, según su circunstancia, en expresión de ORTEGA, que no es sino el repertorio de problemas o temas que cada una está obligada a estudiar o resolver como genuinas de su tiempo y ocasión vital.

Cierto que la empresa tendrá que luchar con una muralla de falsas oposiciones presentadas por el egoísmo, la rutina, la torpeza o la maldad humana, pero es necesario abatirlas. Jamás hubo un gran movimiento libertador que no tuviera que soportar la prueba del fuego para triunfar. Así empezaron todos, entre la sonrisa maliciosa de los escépticos y superenterados del secreto del destino. La idea, en tanto sea patrimonio de unos pocos será utopía, pero si la adoptan miles, será un programa político, y cuando la patrocinen millones con deseo de hacerla triunfar será una realidad. A formar ambiente, a sumar adeptos, a que la inspiración contagie a unos y otros, a que llegue a hacerse posible algún día el sueño de la paz perpetua en el mundo, es modestamente a lo que aspira esta exposición.

II

ENFOQUE JURÍDICO, COMO DEVASTACIÓN ATÓMICA

La guerra fué siempre una idea terrible y odiosa, y, más que todas, la nuclear o A. B. C. Sin embargo, nunca estuvo prohibida por las leyes, aunque lo estuvieron y lo están sus consecuencias materiales: los daños y los crímenes que se cometen, injustificadamente, a su amparo. Han sido el pillaje, el saqueo, la devastación y el asesinato, los actos humanos reprimidos por el derecho. Sobre todos, la devastación fué la que más impresionó la conciencia de los legisladores, como consecuencia final en que la guerra se materializa. Por ello hemos considerado que, haciendo abstracción de los altos problemas de la filosofía bélica, deberíamos seguir las huellas de estos hechos en los textos legales viejos, por ello sabios, y luego, siguiendo su consejo, abordar la calificación del tema, la devastación atómica y su castigo ante las Leyes y la jurisprudencia actual de carácter internacional. Esto es, pensamos en la devastación serenamente, cuando se han extinguido el

humo de los cañones o el trompeteo de los clarines triunfales y no queda más que un campo sembrado de cadáveres sombreado con los cuervos que acuden al festín de la batalla.

III

CLASES DE DEVASTACIÓN MILITAR: LA HEROICA Y LA TÁCTICA

Devastación equivale a destrucción de cuanto noble o vivo existe en la tierra o ha sido levantado por el esfuerzo secular del hombre. Es la asolación del país, su ruina. El triunfo definitivo de los jinetes apocalípticos cabalgando sobre un campo desolado. Es la victoria de la muerte.

Esta catástrofe suele, a veces, ser obra de la furia incontenida e incontrolada de las fuerzas naturales. Ante ella, no cabe otra actitud que la resignación y procurar la asistencia y el auxilio social en un alarde de solidaridad humana o la satisfacción del seguro si hubo ocasión de concertarle.

La única devastación que nos puede interesar criminológicamente, desde el punto de vista de la responsabilidad colectiva, es la devastación de guerra, que tratada en las Leyes militares se halla totalmente preterida en los Códigos de la Justicia civil como un hecho ajeno a su competencia.

Fácil es suponer lo que ésta sería en los tiempos primitivos, con sólo pensar en las "razzias", modo rudimentario de guerrear, que, sin embargo, ha llegado hasta nosotros bajo la forma de "tierra quemada". La devastación fué el instrumento utilizado para obligar a capitular al enemigo acosado por el hambre y la miseria, los dos generales hasta hoy imbatidos. El propio mito de Moloch, dios sanguinario y cruel, cuyas ansias, siempre insatisfechas, de venganza y sangre había que calmar con sacrificios de vidas humanas, ha tenido su máxima representación en la última guerra, donde se han empleado refinamientos destructivos no superados.

Tal devastación puede, sin embargo, ser consecuencia, como un gesto de honor del vencido, del valor, sacrificio y heroísmo. Es la consecuencia ideal de los que no saben rendirse porque no admiten capitulación honrosa y prefieren sucumbir calcinados

en la pira de su fortaleza. La historia está llena de ejemplos de esta naturaleza, como Sagunto y Numancia, o más cercana a nosotros, el incendio de Moscú, que alumbró el fracaso de la "Grand Armée" de Napoleón a través de un paisaje desolado y cubierto de harapos, nieve y sangre; en el mar, el hundimiento del "Cervera" español, el de la flota alemana Scapa Flow o la francesa en Tolón para evitar caer presa del enemigo. La política de tierra devastada es, aún, recurso de guerra, utilizado sin escándalo por las más ilustres cabezas políticas y militares, que incluso la patrocinan tácticamente en determinadas ocasiones.

Tres fases bien características se pueden distinguir en su evolución a través de la historia: la anterior a la de los ejércitos permanentes, de milenaria edad; la siguiente, que aún vivimos, de nación armada en perpetua transformación, ya sólo centenaria, y en último extremo la totalitaria o atómica, aún niña, cuyos comienzos estamos padeciendo.

IV

FASES DE LA GUERRA

a) *La natural o prejurídica*

Durante siglos no existió la técnica de guerrear, o fué tan sencilla que bastaba someterse a la intuición natural del Jefe. Las guerras fueron riñas o peleas grandes. Entonces sólo existían prácticos o artesanos de la guerra. La técnica es consecuencia de los tiempos modernos, en que se ha hecho una profesión, un arte y una ciencia de la misma.

Sin embargo, siempre fué feroz y despiadada. A su amparo la rapacidad y la devastación lograron su máximo esplendor, como lo acreditan el paso de las hordas bárbaras de Atila por la Historia. El ejemplo de *San León I (siglo V)*, saliendo a su encuentro y ofreciéndose como mediador a los invasores para evitar que Roma fuera pasada a cuchillo, es aún ejemplar. El concilio de Letran —1139— (Canon 29) condenó "las armas mortíferas en la guerra y el uso de ballestas y saetas contra cristianos, por ser

contrarias a la piedad cristiana, al quedar incrustadas en las carnes de los pacientes en combate". ¡Santa ingenuidad!

"Las Partidas" nos ofrecen un cuadro sencillo y curioso de la guerra en sus tiempos. "Para tomar los castillos y fortalezas, recomendaba el Rey Sabio, que se les cercabase, más aún, que ficiesen palancas y cercasen toda en su rededor... *Que las heredades de los que estaban cercados se las repartan a los de la hueste... Para meter miedo a los de dentro y truerlos mejor...*" En la Partida segunda, título 23, Ley 25 se declara las cosas que con mayor daño podrá hacer a los enemigos... cuidándose de distinguir entre combatientes y no combatientes en el trato que deberían recibir según las leyes. Así, disponían que cuando "los enemigos se podían vencer con guerra ligera, no se metieren en hacer aquélla que les facie peligro..." y ordenaban que lo "primero se les ficiera daño en aquellas cosas en que mayor se les podría hacer, así como en los pomes... Esto mesmo, es el agua ca esta es la cosa del mundo que antes les deben toller... porque muy menos pueden sufrir los hombres la sed que la fambre..." De lo que después pasó, casi no es preciso hablar, por ser conocido. La guerra fué una diversión de gran caballería y oficio de muchos que se prolongó hasta Napoleón, cuyo ejército es la apoteosis de la caballería guerrera. De esta etapa son expresiones simbólicas la rendición de Breda del cuadro de *Las Lanzas*, de Velázquez, y la cortesana invitación del Conde d'Anterroches, Comandante de los Guardias franceses al comienzo de la batalla de Fontenoy (1745): "Señores ingleses, tirad los primeros". Sedan —con los dos emperadores francés y alemán frente a frente— es, sin duda, la última estampa romántica de esta guerra caballeresca. También hubo romanticismo en el Marne, Verdun o las trincheras del 14, pero de otro estilo. En la 1940, sólo lo mantuvo Lili Marlén. Sin embargo, MARFIL, tratadista de Derecho Militar, asegura que los pueblos antiguos y aun los bárbaros, como los primitivos de la Edad Media, no conocieron las reglas de humanidad, y el país ocupado militarmente era víctima de devastaciones, saqueos y pillajes. El derecho, tenía que resentirse porque las tropas eran mercenarias y hacían de la guerra la profesión, sin más meta que saciar sus instintos de rapia, sadismo o crueldad, cuando las

débiles reglas del honor no se lo impedian. El dios Marte tuvo que ser duramente sujetado a la ley cuando las armas mortíferas en masa aparecieron. Una nueva etapa militar nace.

b) *La fase jurídica o humanitaria*

Empieza con la Revolución francesa, si el dato no es incierto, cuando acosada por la coalición de las potencias monárquicas contemporáneas, arma al pueblo de Paris, y más tarde a toda Francia para defenderse. Napoleón encarna el genio revolucionario y hace de su ejército la base de los futuros ejércitos permanentes. La sociedad se militariza y la guerra se codifica. Aparecen los Reglamentos militares, las Ordenanzas de guerra, las Leyes de Justicia Militar... y los cuadros de mando.

La nación se "pone a punto" para una inmediata acción bélica. En el ejército, poco a poco, se sustituye o combina el genio del Jefe con los cuadros de mando de un Estado Mayor. Un equipo de técnicos será, en lo sucesivo, quien fragüe en las oficinas y lleve el peso oscuro de las operaciones militares y de la victoria o derrota. Hoy, dice Eisenhower, los laboratorios son los futuros estados mayores de nuestras guerras.

Todo es consecuencia de que en el siglo XIX la balística se revoluciona. En 1814, los ejércitos no disponían nada más que de pólvora, de fusiles de piedra y cañones que se cargaban por la boca. Armas de tan poca eficacia que no impedían a las columnas avanzar en masas profundas y cargar a la bayoneta. (Entonces se descubrieron el fulminato de mercurio, que sugiere la invención de la cápsulas y el de las propiedades explosivas de los compuestos nítricos que prepara el de la dinamita (1864), que se emplearía en armas guerreras.) Se inventaron el fusil de percusión central, aplicado al fusil de aguja (Dreyse), que adopta la artillería e infantería prusiana en 1847, y después de su victoria pasa a ser el arma de toda Europa. La pólvora de guerra fué reemplazada por los fusiles de pólvora sin humo (1860) y en la artillería por compuestos de ácido nítrico y pítrico. Se inventan los cañones rayados, que perfeccionados en Alemania (Krupp), dan lugar a los cañones de acero y obuses. Luego vienen las armas de repetición ametralladoras. En 1893 se perfecciona el fusil Máuser. Lo

ocurrido hasta nuestra guerra motorizada es conocido. El ejército camina, como el caballero de la Edad Media, cubierto por una invulnerable coraza de acero y alas del propio metal hacia la devastación de la victoria.

Aterrados los espíritus más sensibles de aquella época por los estragos de las nuevas armas en las guerras franco prusianas de 1870 y de la Crimea de 1854, condujo a la conciencia jurídica a humanizarlas. Se multiplican las reuniones internacionales y se promulgan numerosas resoluciones en este sentido. Su historia es la de una gran ilusión fracasada (1).

1.° *Textos de nuestro derecho.*

Los textos legales nacionales, o son trasunto de aquellos acuerdos o están inspirados en ellos. Como antecedente, el Reglamento para servicios de campaña de 1882, inspirado en las conclusiones del Congreso de Bruselas de 1874, declara, bajo el expresivo título de "Nociones del derecho de gentes y leyes de guerra. Sitios de plaza": *"En ningún caso está autorizado el saqueo, ni aun después del ataque más sangriento. Al contrario, deberán destinarse fuerzas para que protejan a los habitantes y sus propiedades, implicando todo desorden y violencia. (Art. 937.) Sitiado y sitiador, tienen, en general, derecho a destruir todo lo que en el radio de acción de la zona polémica puede ser obstáculo para sus planes. La destrucción de una ciudad por el bombardeo es un medio extremo que sólo puede consentirse en la carencia absoluta de otro para reducir una fortaleza importante. Según los tratadistas, es inmoral y contrario a los usos de la civilización moderna bombardear una ciudad con el exclusivo objeto de que la población atacada ejerza presión sobre el Gobernador y le obligue a rendirse. (Art. 935.) Es medio reprobado en nuestros días amenazar*

(1) El problema de humanización de la guerra fué emprendido en 1906, en ocasión de la revisión de la Convención de Ginebra, votándose, con gran mayoría, el principio de que se insertare una estipulación en la convención para obligar a los Estados contratantes a la adopción de medidas cooperativas a la represión de determinadas infracciones en la esfera de las normas humanitarias. CONSTANT JEAN: *Les sanctions penales des conventions Humanitaires Internationales*. Lieja, 1954. Rec. "Rev. Española de Derecho Internacional" núm. 23, 1954.

a la guarnición con ser pasada a cuchillo si opone una resistencia prolongada.” (Art. 932.)

El Código de Justicia Militar manifiesta igual tendencia humanitaria al distinguir una devastación táctica justificada de la injustificada o criminal. Así en el título de “Delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo”, declara que lo verifica el “militar o agregado de los ejércitos que, sin orden expresa de sus Jefes, incendie, destruya buques, aeronaves, edificios u otras propiedades, saquee a los habitantes de los pueblos o caseríos, o cometa actos de violencia en las personas”. (Reclusión a muerte.) En el Código francés se habla también del pillaje, la destrucción y la devastación de edificios como precepto correlativo al español.

La devastación no táctica está, pues, reprobada por las leyes militares. Se considera que estos actos son arrastre del vandalismo de los tiempos de la guerra sin cuartel, en que se hallaban impunes, normalmente, el robo o el asesinato perpetrado al amparo de las circunstancias. Aunque el Código los catalogue como delitos contra la Patria, como la traición y el espionaje, son claros crímenes contra el derecho de gentes. “*Delicta Iuris Gentium.*”

El artículo 281, vuelve a insistir y sancionar “al militar o agregado a los ejércitos, que en tiempo de guerra... ataque directamente y *sin necesidad*, hospitales, asilos de beneficencia, buques, aeronaves o medios de transporte dedicados a idénticos fines, dados a conocer por los signos establecidos para tales efectos, y destruir en terreno amigo o enemigo, templos, bibliotecas, museos, archivos, acueductos u obras notables de arte, así como vías de comunicación, telegráficas o de otra clase, *sin crígrilo las operaciones de guerra*. Se salva, pues, de la condena, la devastación táctica o estratégica, esto es, la ordenada por los Jefes, la necesaria o la que exijan las operaciones de guerra.

He aquí el nudo de la cuestión. Si la táctica guerrera autoriza a devastar una comarca, una ciudad o una nación se está justificando el “blitz” alemán y los bombardeos en masa, e incluso las devastaciones de Hiroshima y Nagasaki. ¿Es la atómica! Si lo que importa es vencer, y no a qué precio, ¿qué puede detenernos en el camino? La aspiración de humanizar la guerra fracasa en su esencial razón de ser: preservar la vida. Si queremos evitar esto, tenemos que condenarlo.

2.º *Textos internacionales o externos.*

En una sociedad técnicamente militarizada, al estilo del pasado siglo, se concebía la lucha como una relación de Estado a Estado. Los particulares sólo eran enemigos ocasionales y bastaba con situarlos fuera de combate. No era preciso matar, bastaba con herir con el menor estrago, procurando vencer con honor. "El extranjero, sea rey o particular, que robe, o mate, o detenga a los súbditos sin declarar la guerra, no es un enemigo, es un ladrón." El Emperador Guillermo I decía a este efecto: "nosotros no hacemos la guerra a los ciudadanos franceses, sino a sus soldados. El primer deber de un soldado es el de respetar la propiedad privada". Era el 1870.

Sin embargo, la forma sangrienta que empezaron a adquirir sacudió la conciencia universal, y un movimiento pro humanización de la guerra se puso en marcha, concentrándose en varias conferencias internacionales. Esta era se abre con el *Congreso de París de 1856*, convocado para liquidar la guerra de Crimea, fué el suyo el primero de los grandes tratados declarativos del Derecho Internacional sobre Derecho Marítimo que, aún no ratificado por los respectivos gobiernos, quedó como ejemplo de un ideal de posible realización.

En 1864 se acuerda la *Convención de Ginebra* sobre enfermos y heridos en guerra terrestre, comunmente representada por los signos externos de la Cruz Roja. Sigue la primera gran Conferencia de La Haya (1899), reunida a instigación del Zar para estudiar los medios de perpetuar la paz y procurar el desarme de las potencias. Se enfocó fundamentalmente sobre los usos de guerra, acordándose una convención para el arreglo pacífico de las diferencias entre Estados. Más tarde, en 1907, se vuelve a convocar la segunda gran Conferencia de La Haya a iniciativa del Presidente de los EE. UU. Mas aplazada por la guerra ruso-japonesa, de nuevo, el Zar, pidió al Gobierno de Holanda la reanudación de la convocatoria de otra conferencia para el estudio de las futuras leyes de guerra, acordándose hasta trece convenciones. Todo este movimiento dió por resultado el suscribir una serie de acuerdos sobre los buenos usos en las guerras terrestre, marítima y aérea, que aún se conservan, aunque con un gran fondo platónico.

En ellas se declaró el principio universal de que *las leyes de guerra no reconocen a los beligerantes un poder ilimitado en cuanto a la elección de los armamentos y los medios de dañar al enemigo*. Se prohibió el empleo de las balas "dum-dum", el uso de medios químicos o bacteriológicos, así como el de armas aéreas "como medio de combatir las poblaciones civiles o los objetivos no militares" e incluso los lugares señalizados con la Cruz Roja. Procurando la desmilitarización de la química se prohíbe el empleo de los proyectiles con gases asfixiantes o deletéreos. La guerra submarina se regula en la Conferencia de Londres de 1909, que no fué ratificada. Allí se interfirió el colocar minas que no estén amarradas, se fijan las condiciones en que el submarino podía hundir un barco mercante, salvando antes la tripulación y el pasaje. Mas el camuflaje de éstos con armas mató en flor tales recomendaciones. Los prisioneros y heridos son también objeto de recomendaciones humanitarias. La Cruz Roja nació al impulso de estas aspiraciones humanitarias (2).

El cuadro de la guerra humanizada vive aún en el recuerdo de los no muy viejos, con sus hospitales de sangre, en las naves vacías de las iglesias, protegidos por gigantescas cruces rojas oliendo a seroformo y servidos por enfermeras recién acuñadas, que acuden de una a otra camilla, solícitas, con botes de bilas de gasas hidrófilas a contener las hemorragias de los heridos del frente no lejano y mitigar su dolor.

Según ULLOA, las violaciones de este Derecho Internacional convencional, en la segunda Gran Guerra se acusaron singularmente: a) Por la *invasión y ocupación* de los territorios de las potencias neutrales, pretextando necesidades militares (Polonia, Bélgica, Holanda, Dinamarca, Noruega, Luxemburgo). b) *Campaña submarina sin restricciones* derogando todas las antiguas costumbres y

(2) La batalla de Solferino (24-VI-1859). Inspiró a Enrique Dunant la fundación de la Cruz Roja. Cinco cuerpos de ejército y una división de Caballería, al mando del Conde húngaro Gyulay atraviesan las fronteras del Tesino. En tanto los franceses cruzan los Alpes y desembocan en Génova. El choque entre ambos fué de frente y duró cerca de doce horas bajo un sol de plomo. La lucha se prolongó encarnizadamente. La confusión y el desorden de los vencidos, con la tormenta de agua y granizo, hizo más lúgubre el final. Fué de las más sangrientas batallas de la historia que impresionó al mismo Napoleón.

normas de guerra marítima, relativas a visitas, registro, contrabando, captura (así los submarinos alemanes e italianos y japoneses y, en menor escala, los americanos e ingleses). c) *Bombardeo con fines de destrucción y abatimiento* moral de ciudades abiertas y centros industriales no bélicos, causando innecesarias y terribles matanzas, incendios, derrumbamientos. d) *Represalias y actos de terror, sobre todo* con fusilamientos de rehenes, aniquilamiento de los habitantes de pueblos, y martirios inhumanos, asesinatos individuales y colectivos, torturas, desplazamientos de poblaciones, etcétera.

e) *Fase totalitaria o atómica*

La guerra humanizada se desvaneció el día en que las divisiones "panzers" alemanas combinadas con las rusas se pusieron en movimiento camino de Varsovia. La capital mártir de Polonia recibió el bautismo del "blitz" y la guerra totalitaria había comenzado. Las honorables leyes para humanizarla de nuestros padres fueron repudiadas como estorbos estúpidos. Lo que importaba era la victoria a costa de lo que fuese.

CHURCHILL hace el comentario siguiente: "Habíamos asistido, con la caída de Polonia, a una exhibición perfecta de la "blitzkrieg" moderna, a la estrecha cooperación del ejército y la aviación en el frente, al violento bombardeo de todas las comunicaciones y a cualquier población que ofreciese un objetivo apetecible, a la actuación de una activa quinta columna, al uso en masa de espías paracaídas y, sobre todo, al empuje irresistible de grandes columnas blindadas. No habían de ser los polacos los últimos en conocer semejante experiencia".

En efecto, más tarde, entran en el turno devastador las pacíficas ciudades de Holanda, y Amsterdam es materialmente planchada. El raid salta el Canal de la Mancha, en otoño del año 1940 y se ceba en Londres, con el torpe propósito de hacerle capitular. El 14 de noviembre Coventry padeció el ataque concentrado de quinientos bombarderos en una sola noche, quedando la ciudad "coventryzada", pues el estrago fué de tal magnitud que el barbarismo ha quedado como expresión gráfica en el mundo.

La guerra totalitaria crecía en intensidad y crueldad. El genio apocalíptico de la muerte a mansalva iba ganando día a día en de-

sesperación. El mundo jamás asistió a demostración semejante de la locura humana. La guerra científica sustituyó a la mecanizada y monstruo por monstruo el nuevo era infinitamente más demoleedor que ninguno. Alemania es, después, masacrada con el mismo furor y sus centros industriales y más florecientes ciudades se ven arrasadas por la guerra totalitaria.

El ángulo conceptual del problema ha cambiado totalmente. Ya no existen beligerantes ni neutrales, vanguardia y retaguardia. No son hombres los que luchan contra hombres, sino máquinas contra máquinas, pueblos contra pueblos, economías contra economías, soberbias contra soberbias. Todo lucha contra todo y nada ni nadie puede sentirse seguro en su inocente pacifismo. Si es lícito abatir objetivos militares bastará considerar como tal cualquier cosa para justificar su destrucción. Si éste es un pueblo o una ciudad, se habrá decretado fatalmente su bautismo de fuego. La propia feminidad pierde veneración y respeto y puede decretarse su exterminio so pretexto de que en el seno de las madres se fraguan los futuros artilleros. En semejante corrupción moral ¿para qué el derecho?

La guerra totalitaria vivió pocas, pero terribles, horas. Murió a manos de la misma crueldad que la engendró. Descubierta un nuevo artefacto bélico, la bomba atómica, se abre a la historia su propia era. Esta entra cortejada por la siniestra pareja de bombas que fueron lanzadas el 5 y 9 de agosto de 1945 sobre las inocentes ciudades japonesas de Hiroshima y Nagasaki. El mito de la destrucción y devastación apocalíptica, se hizo realidad bajo el signo de la bestia científica. En octubre del mismo año, el Presidente Truman fija en el Congreso las líneas generales de su política atómica, y el 27 del mismo mes, día de la Marina americana, afirma la necesidad de guardar el "secreto sagrado" al conocimiento público. Vana ilusión. Diez años después es un secreto universal.

El genio inquieto del hombre logra superar su propia marca y descubre la bomba de hidrógeno y la bomba H, mucho más potentes y siniestras que las anteriores. Nuevos ingenios van llegando día a día con una potencia aniquiladora que espanta. El mundo está labrando su propia tumba como un titán ebrio de orgullo y poder. No es extraño que los cerebros privilegiados de la Humanidad adviertan este peligro y que sea el testamento de EINSTEIN su última voz, aterrada ante el destino de su propia hora.

V

SOLUCIÓN POR EL DERECHO

Llegada esta meta del discurso y ante el dilema terrible de ser o no ser, ¿qué actitud debe adoptar el hombre de la generación presente? Naturalmente, no voy a brindar al mundo la fórmula mágica de la paz perpetua. Nada de lo que yo diga está inédito. Me contento con alentar ideas, o avivarlas sin otro propósito que suscitar, en quienes las conozcan, la emoción con que yo las siento, infundiéndoles la seguridad de que la solución está en manos del hombre. La guerra no es sino un suceso humano enraizado en los más oscuros sentimientos de venganza, represalia, dominación, orgullo, vanidad o ignorancia. Pocas el altruismo, que no se aviene a provocar tan inmensa catástrofe.

Para conjurar el peligro sólo tenemos una fórmula: el derecho. El hombre de la calle posee de él una idea paupérrima por que lo confunde con lo leguleyo, pero es, sin duda, un invento gigantesco. Se descubrió el día en que tuvo que hacerse posible la convivencia humana en paz. Es una fuerza fáustica de vigencia universal y eterna. Un día la Ley no rebasaba la esfera de la caverna o de la tribu, en otro alcanzó la ciudad, más tarde al señorío, a la nación y hoy debe cubrir toda la tierra. Mañana, quién sabe si abarcará los espacios siderales.

Cabe examinar, pues, los dos aspectos jurídicos fundamentales: 1.º La ilicitud de la guerra; y 2.º La organización de la paz, para que ésta no se produzca.

VI

LA GUERRA CRIMEN. PÍO XII. VICTORIA

Aunque se diga que preguntarse si es lícita la guerra es tanto como preguntarse si es lícito el crimen, es un hecho inconfeso que la Humanidad ha tenido que soportarla desde que nació, y aun hoy, todavía fatigada por el baño de sangre que acaba de padecer, vive bajo la angustia de otra posible conflagración apocalíptica.

Ha sido preciso llegar a la era atómica para enfrentarse valientemente con la tesis de su ilicitud, impulsados por el imperio del terror. Es una auténtica revolución moral y política que estamos obligados a estimular.

S. S. Pfo XII, en el mensaje de la Navidad de 1956, declaraba que "es preciso encaminar todos los esfuerzos para proteger la paz de todas las asechanzas, que impiden se cree un clima de paz auténtico en la tierra, procurando no sólo lograr medidas que tiendan a restringir la posibilidad de hacer la guerra, sino también a prevenir, eliminar o mitigar a tiempo las contiendas entre los pueblos que puedan provocarlas".

Para el derecho clásico, siguiendo las inspiraciones de la escolástica, sólo la guerra era lícita si reunía las tres clásicas condiciones de Santo Tomás: 1.º Grave y verdadera causa, 2.º Que la declare el Príncipe (o sea, el que posee la soberanía), y 3.º Que haya recta intención. Por tanto, las guerras movidas por un afán de lucro, de venganza, de dominio, de conquista o, incluso, de estrategia se hallaban proscritas. Lo estaban también las ideológicas, como lo enseña el Padre Vitoria al declarar (en *Relecciones, estudios y Derecho de guerra*, Ed. M. de Olivari) "que no es causa de justa guerra la diferencia de religión". "La única causa de guerra justa es la ofensa recibida (*accepta*)". "Si no podemos esgrimir la espada --continúa-- contra súbditos, si no han cometido un delito, de igual modo no debe hacerse contra extraños..." "De todo ello resulta que no es lícito usar de la espada contra aquéllos que no nos hacen daño, porque matar a los inocentes está vedado al derecho natural..." "Y no lo es cualquier ofensa, de cualquier gravedad y fuerza suficiente para dar lugar a la guerra justa, porque como todo lo que sucede en la guerra es grave, atroz, exterminios, incendios, devastaciones, no es lícito, por delitos leves, acudir a ella para castigar a sus autores. La medida de cuyo castigo ha de ser la misma que de sus pecados". (Deuteronomio 25. Vitoria de derecho de guerra.) Conclusión: sólo la guerra defensiva es legítima, si es necesaria y adecuada a la ofensa recibida y a los estragos que puede producir.

Por tanto, el derecho tradicional de la guerra justa defensiva ha sufrido una crisis esencial ante las proporciones de la guerra atómica o A. B. C. El Papa se preguntaba, en su alocución a los médicos de 9 de octubre de 1954: "¿La guerra total moderna, la

guerra A. B. C. en particular, está permitida? No puede existir duda de que declarada sin justo motivo, constituye un delito digno de las más severas sanciones nacionales e internacionales. Es decir, sin que sea impuesta por una injusticia evidente, extremadamente grave y de todo punto inevitable... No se puede plantear, en principio, la cuestión de la licitud de la guerra atómica, bacteriológica y química, sino en el caso en que deba ser juzgada *indispensable para defenderse*... Sin embargo, cuando puesto en práctica este medio entrañe una extensión del mal que escape por completo al control humano, su utilización debe rechazarse por inmoral. Aquí no se trataría de defensa contra la injusticia y de la salvaguarda de posesiones legítimas, sino de la aniquilación pura y simple de toda la vida humana dentro de su radio de acción y esto no debe permitirse por ningún concepto. No basta tener que defenderse contra cualquier injusticia para utilizar el medio violento de la guerra. Cuando los daños que entraña no son comparables a la injusticia tolerada, *puede haber obligación de sufrir la injusticia*. Lo que acabamos de exponer vale en primer término para la guerra A. B. C."

El pensamiento está claro. La guerra atómica o totalitaria es siempre un crimen, salvo el caso extremo de la defensa propia y siempre que exista proporcionalidad entre la causa y el efecto hoy difícil de concebir. Fue esta desproporción, sin duda, la que condenó a su fracaso la protesta de los patriotas húngaros. Aunque esta declaración no sea totalmente nueva, significa un triunfo moral superlativo en una sociedad tan dada a las componendas de ocasión como la nuestra. Muchos siglos tardó la humanidad de lograr la idea de asesinato: hoy estamos llegando a la guerra crimen, asesinato internacional, bajo el imperio del terror de las nuevas armas nucleares.

VII

PROBLEMAS TÉCNICOS SOBRE SU PREVENCIÓN JURÍDICA

Estamos de acuerdo con QUINTANO cuando afirma en su *Derecho Penal Internacional* que la guerra 1914-1918, canceló para siempre el período secular de la impunidad y de la anarquía internacional, y la de 1939-1945 ha abierto la vía a la responsabilidad su-

praestática. Este hecho obliga a los juristas a preparar el terreno de modo que la justicia internacional sea organizada del modo más perfecto posible ;Cómo hacerlo?

Indudablemente partiendo de la idea de la comunidad universal defendida como fundamental por los Padres VITORIA y SUÁREZ. Sólo desde aquí podemos llegar a su organización jurídica llevados por el sentido normativo del derecho. La teoría de la unidad de origen y naturaleza humana se halla en la raíz de nuestra filosofía, pues el mismo San Pablo considera al género humano como "corpus unus est".

Los españoles poseemos, pues, un equipo de ideas no superado en este orden, que afirman la *comunitas gentium* como una realidad del mundo de las ideas en el que se superan los particularismos nacionales, puesto que posee vida y obligaciones a cumplir fuera y sobre él. Históricamente, esta idea tuvo cierta efectividad en la Edad Media cristiana, considerando al Pontificado como la autoridad suprema internacional, tutela que más tarde pretendió verificar, sin éxito, la Sociedad de las Naciones. Este preclaro *ordo orbis* medieval no poseyó aparato jurídico positivo, fué una consecuencia más vital que formal de derecho internacional.

Ha sido ahora, al conjunto de las consecuencias de la segunda guerra mundial, cuando se ha alzado una opinión muy densa mundial requiriendo un remedio jurídico para evitar catástrofe semejante. Así nació el proceso de Nuremberg, el de máxima trascendencia histórica de los hasta ahora conocidos.

Cierto que el Derecho internacional presente es un derecho imperfecto todavía, pero se han logrado, recientemente, perspectivas y avances muy respetables en relación a tantas centurias de anemía jurídica. En lo sucesivo existirá al menos un cuerpo de doctrina, jurisprudencial y legal, para juzgar los crímenes de lesa humanidad que a nadie puede sorprender.

El pacto Brian Kellogg de 27 de agosto de 1928, es el pionero de esta juricidad. De aquí partirán las bases de la futura ordenación jurisdiccional internacional. Allí se declaró solemnemente que los pueblos condenan el recurso de la guerra para la solución de las controversias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política en sus relaciones mutuas. Su prudencia fué un signo de las cosas aún inmaduras, pero estaba en germen el próximo futuro. En Nuremberg se declaró en uno de sus considerandos

que "desencadenar una guerra de agresión, no solamente constituye un crimen de índole internacional, sino que es asimismo el crimen internacional supremo, diferenciándose de los demás en el hecho de que contiene a todos... Una guerra de agresión es un crimen que, como todo crimen, ataca a la comunidad internacional.

Sobre estas ideas poseemos, además, como textos vigentes, la declaración sobre crímenes de guerra formulada en la conferencia interaliada de Moscú de 10 de noviembre de 1953, que completa la Ley del Consejo del Control aliado de Alemania de 20 de diciembre de 1945, ambas fundadas en los principios orgánicos del acuerdo de Londres precedente, de 8 de agosto de 1945 y fueron base de la organización del Tribunal. En tales textos se definieron los:

- *Crímenes contra la paz* (preparar y hacer la guerra de agresión violando los tratados de acuerdos internacionales).
- *Crímenes de guerra* (actos de fuerza contra el cuerpo, la vida o la propiedad realizados con lesión de las leyes o usos de guerra, principalmente las convenciones de La Haya y de Ginebra).
- *Crímenes contra la Humanidad* (actos que, siendo criminales por sí, se ejecutan al amparo del poder: como homicidios, vejaciones so pretextos políticos, sociales, religiosos etc.).

¡Qué lejos ya el viejo derecho de la auteguerrea! ; Y qué lejos aún el final!

El genocidio es la primera criatura viable salida de las N. U. Por virtud de la resolución acordada el 9 de diciembre de 1948 (número 260) se considera como crimen contra el derecho de gentes y se comete mediante cualquier acto realizado con intención de destruir, en todo o en parte, un grupo nacional étnico, racial o religioso, remitiéndose su conocimiento a los tribunales nacionales y se le despoja del derecho de asilo.

Reconocida por la Asamblea General como materia propia la Jurisprudencia de Nuremberg, sólo queda ya alumbrar el Código Penal Internacional, tan trabajado por los técnicos de la materia, para dar el primer paso fundamental de esta jurisdicción. Ya en la 3.ª sesión de la Comisión de Derecho Internacional se logró re-

·dactar un proyecto del futuro Código (1953) que hubo de ser modificado más tarde (1954) sin lograr ver la sanción, pues aplazada ésta para contrastar su definición de agresor con la aplicación de los arts. 29 y 51 de la Carta, nos hallamos en este "impasse", esperando que como a un nuevo Lázaro alguien le diga: levántate y anda (3).

(3) Don José Agustín Martínez ha divulgado el texto del Proyecto del nuevo Código Internacional de delitos contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, aprobado por la Comisión de Derecho Internacional, que dice así:

Artículo 1.º—Prescribe que las ofensas contra la Paz y la Seguridad de la Humanidad, a que se refiere el Código, se consideran como crímenes por el Derecho Internacional, y los individuos responsables de los mismos serán castigados.

Art. 2.º—Contiene el catálogo de los delitos internacionales, considerándose como ofensas contra la Paz y Seguridad de la Humanidad:

1.º Cualquier acto de agresión, incluyendo el empleo por las autoridades de un Estado, de fuerzas armadas contra otro Estado con cualquier propósito que no sea la defensa propia nacional o colectiva, o la ejecución de un acuerdo o recomendación de un órgano competente de las Naciones Unidas.

2.º Cualquier amenaza por parte de la autoridad de un Estado, de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado.

3.º La preparación de fuerzas armadas por las autoridades de un Estado contra otro Estado con cualquier propósito que no sea la defensa propia nacional o colectiva o la ejecución de un acuerdo o recomendación de las Naciones Unidas.

4.º La organización o el apoyo para la organización, por las autoridades de un Estado, de bandas armadas dentro de su territorio o de otro territorio, con el propósito de efectuar incursiones dentro del territorio de otro Estado, o la tolerancia con respecto a la organización de tales bandas dentro del territorio propio o la tolerancia del uso de dicho territorio por tales bandas armadas, como base de operaciones o como punto de partida para incursiones dentro del territorio de otro Estado, así como el apoyo para semejantes incursiones.

5.º La acción o el apoyo por parte de las autoridades de un Estado de actividades encaminadas a fomentar discordias civiles dentro de otro Estado o la tolerancia por parte de las autoridades de un Estado de actividades organizadas encaminadas a fomentar una discordia civil en otro Estado.

6.º La acción o apoyo por parte de las autoridades de un Estado de actividades terroristas dentro de otro Estado o la tolerancia por parte de las autoridades de actividades organizadas encaminadas a perpetrar actos terroristas en otro Estado.

7.º Hechos por parte de las autoridades de un Estado en violación

En el Código se proscriben como delitos contra la paz y seguridad de la Humanidad: "cualquier acto de agresión a un Estado

de sus obligaciones contraídas en un tratado encaminado a asegurar la paz internacional o la seguridad por medio de restricciones o limitaciones sobre armamentos o sobre entrenamiento militar o sobre fortificaciones u otras restricciones del mismo carácter.

8.º Anexión, por parte de las autoridades de un Estado, de territorios pertenecientes a otro Estado por medio de actos contrarios al Derecho Internacional.

9.º La intervención, por parte de las autoridades de un Estado en asuntos internos o externos de otro Estado por medio de medidas coactivas de carácter económico o político con el propósito de forzar su voluntad y obtener de ellos ventajas de cualquier clase.

10. Actos por las autoridades de un Estado o por particulares cometidos con intención de destruir en todo o en parte un grupo nacional étnico (;), racial o religioso tales como: dar muerte a miembros del grupo; causar grave daño mental o corporal a miembros del grupo; infligir deliberadamente al grupo condiciones de vida encaminadas a su destrucción física, total o parcialmente. Imponer medidas encaminadas a prevenir nacimientos dentro del grupo. Migración forzada de los niños de un grupo a otro grupo.

11. Actos inhumanos, tales como asesinato, exterminación, esclavizamiento, deportación o persecuciones cometidas con pretexto social, político, racial religioso, cultural, realizados por las autoridades de un Estado o por particulares, actuando estos últimos bajo la instigación o con tolerancia de tales autoridades, contra la población civil.

12. Actos de violación de las Leyes o usos de guerra.

13. Actos que constituyan conspiración a la comisión de alguno de los delitos comprendidos en los precedentes párrafos de este artículo, o excitación directa a cometer cualquiera de los delitos comprendidos en los párrafos precedentes de este artículo, o complicidad en la comisión o tentativas para cometerlos.

Art. 3.º—El hecho de que una persona actúe como Jefe del Estado o como funcionario responsable del Gobierno, no le exime de responsabilidad por la comisión de los delitos comprendidos en este Código.

Art. 4.º—El hecho de que una persona acusada de la comisión de un delito previsto en este Código haya procedido siguiendo una orden de su gobierno o de un superior, no le exime de responsabilidad ante el Derecho Internacional, si en las circunstancias prevalentes al tiempo de la ofensa le fué posible no dar cumplimiento a esta orden.

La Comisión decidió omitir el art. 5.º del texto original que señalaba las penas aplicables a los infractores mientras no se determine cuál es la autoridad o el Tribunal de Justicia que, en definitiva, ha de aplicar el Código por estimarlo prematuro ...

(En *Criminalia*. Vol. XX, México, 1954. págs. 676-684.)

que no sea con propósito de defensa propia o recomendación colectiva; cualquier acto de amenaza de un Estado de recurrir a un acto de agresión contra otro Estado; preparación de fuerzas armadas con propósitos distintos de los indicados; organización o apoyo a la organización de fuerzas armadas dentro del territorio para hacer incursiones en otro; fomento de las discordias civiles dentro de un Estado por otros; apoyo a las actividades terroristas dentro de otro Estado; violación de las obligaciones contraídas en tratados encaminados a asegurar la paz...

Evidentemente el aplazamiento está justificado porque las declaraciones que contiene son de tal trascendencia que, incontroladas, pueden conducir precisamente a lo que se pretende evitar.

Tres son los rasgos fundamentales del proyecto:

a) Responsabilidad personal conforme a las clásicas premisas del hombre libre y ligado a los altos deberes supranacionales con la Humanidad.

b) Declaración y clasificación de los delitos contra la paz coincidente con el Tribunal de Nuremberg.

c) La obediencia debida o órdenes superiores no justifica el acto. No exime de pena. (ULLOA, Alberto, *D. Internacional Público*, 1959. Madrid.)

Correlativamente se ha producido una nutrida e interesante colaboración doctrinal que no es posible exponer "in extenso", bastando con indicar que en ella figuran con gran fortuna, nombres españoles como los de SALDAÑA, CASTEJÓN, CUELLO, QUINTANO, LUNA, P. CARRO, ROSAL..., los que junto con los hispanoamericanos BUR- TAMANTE, ULLOA, ofrecen una aportación muy estimable en esta hora crucial para decidir la paz por la justicia del mundo.

Jurisdicción internacional.—Sobre la imperfección sustantiva del Derecho Internacional, pesa la ausencia de una jurisdicción articulada para su efectividad. En tanto no se consiga esto, apenas si habremos logrado más que una divagación académica. Es preciso proseguir.

No dudamos que la solución jurídica ha de venir del brazo de la solución política. Está en el dietario de las cancillerías viva la cuestión del desarme y prohibición de las armas nucleares. Es decir, volvemos a los inefables tiempos de Herriot y MacDonalld de los años 30 y siguientes, en que preocupados por salvaguardar la

paz de Europa, ofrecían su mágica y triple fórmula de "arbitraje, seguridad y desarme". Estamos, pues, donde hace veinticinco años, con la diferencia de que entonces no existían bombas H, ni "sputniks", ni proyectiles dirigidos, que se pueden lanzar tranquilamente desde la butaca de la plataforma y aniquilar, a miles de kilómetros de distancia, ciudades enteras. Lo que vino después, en brazos de la torpeza humana, fué tan catastrófico que bien merece la pena de no olvidarlo.

S. S. Pío XII se refería, en 1955, a la cuestión candente de la *pacificación preventiva* indicando como remedios, la renuncia a las experiencias nucleares, renuncia al uso bélico de las mismas y control general de los armamentos. "Nos no dudamos en afirmar aún, en el sentido de nuestras anteriores alocuciones, que el conjunto de esas tres medidas como objeto de acuerdo internacional es un deber de conciencia de los pueblos y sus gobernantes." Ciertamente que existe una muralla de recelos, desconfianza y deslealtad que impide el paso franco a su maravillosa meta, de un "statu quo" pacífico, sincero, rápido y eficaz.

Más aún, sobre bases tan débiles tenemos la obligación de no abandonar la tarea y procurar un orden tranquilo en el mundo internacional. Quiérase o no, existe otra fórmula que la propugnada por nuestros padres hoy superada: desarme, control y justicia. La última parte es de nuestra exclusiva competencia y, sobre todo, el fundamento de una organización jurisdiccional auténtica penal.

Aunque parecía natural, tras la experiencia de la guerra pasada, que una organización de la paz se preocupase por su restauración, no ha sido así. A estas fechas, la Humanidad se encuentra en el punto muerto de Nuremberg y Tokio. Hoy como ayer, asevera QUINTANO, carecemos de una estructura procesal y orgánica eficiente con carácter de permanencia. Una jurisdicción internacional exige tribunales internacionales efectivos con alcance universal.

La idea no puede hoy pretender surgir perfecta, como Venus, de entre las olas de la vida, sino que ya posee antecedentes prácticos y doctrinales, viables. El primer intento de constituir esta corte data de la conferencia de la paz de 1919, la última paz romántica, como lo acreditan Wilson y sus 14 puntos. Mas fracasó al negarse los Países Bajos, digna y enérgicamente, a entregar a los vencedores a su presunto responsable de la guerra: el Kaiser Guillermo II. Varios años después moría tranquilo en el seno familiar.

En 1920 el Comité de Juristas de la Sociedad de Naciones redactó un proyecto muy aceptable de "Estatuto de una Alta Corte de Justicia Internacional" bajo la ponencia del barón de DESCAMPS, compuesta por un miembro de cada Estado, siéndole atribuída competencia para conocer de los crímenes contra el Orden Público Internacional y el Derecho de Gentes Universal, que le atribuyeran el Pleno o el Consejo. La corte podía calificar el delito, fijar la pena, el procedimiento y la ejecución.

Creada al fin una Corte (1921) fué inaugurada el día 15 de febrero de 1922. Se cumplió así el deseo del Tratado de Versalles y vivió hasta que *tras la guerra se planteó de nuevo en la O. N. U. la concurrencia de crear un nuevo Tribunal, o bien conservar el antiguo*. Esta tesis francesa prevaleció. Compuesta por 15 jueces nombrados por nueve años mediante un ingenioso sistema de presentación por los países miembros y el de elección por la Asamblea y el Consejo, posee sólo un poder o competencia opcional o voluntaria, consultiva o contenciosa. La sentencia se logra por el sistema del "votum separatum".

Naturalmente, esta jurisdicción no puede satisfacer los anhelos de la doctrina criminológica internacional, ya que, sobre ser jurisdicción voluntaria o rogada y sólo activa "inter status", carece de vocación penal.

El problema arranca "velis nolis" del Tribunal Militar de Nuremberg, por su significación política universal y porque en él se fijan las líneas fundamentales de una futura organización Jurisdiccional Internacional. En su sentencia se afirma que, "el estatuto no constituye el ejercicio arbitrario de su supremacía por parte de las potencias victoriosas, sino que expresa el derecho Internacional en vigor, en el momento de su creación y contribuye, por eso mismo, al desenvolvimiento de dicho derecho".

Aceptemos lo que tiene de doctrinal la consideración y proyectemos el ideal al futuro, sin perder de vista que la O. N. U. confirmó en su sesión 55 de la Asamblea General de 11 de diciembre de 1946 los principios de la jurisprudencia de Nuremberg como incorporados al Derecho Internacional y que en la Asamblea General de 12 de diciembre de 1950 (Resolución 489.V) se acordó el nombramiento de un comité especial formado por representantes de 17 Estados miembros para la confección de textos precisos y concretos concernientes a la jurisdicción criminal internacional. En 1.º de

agosto de 1951 y en Ginebra, se redacta el proyecto que se halla en trance de discusión.

Técnicamente la organización de este Tribunal ofrece una serie de difíciles problemas que merecen alguna indicación:

1.º *La Jurisdicción*, ha de ser necesaria contra el principio hasta ahora predominante, de rogada u ordenada. Como en los crímenes internos, el delincuente debe tener la convicción previa de que tarde o temprano será irremisiblemente atraído ante el Tribunal a rendir cuentas de sus actos. Es un presunto criminal pregonado. Este fatalismo vindicativo posee un valor moral y preventivo inestimable. Un delincuente de guerra o contra la Humanidad debe tener presente que si desencadena los acontecimientos desencadena sobre su cabeza un terrible poder de responsabilidad, tan seguro que bien merece la pena de considerar si debe correr tal riesgo. Es natural que todavía la jurisdicción rogada o al menos autorizada por el Consejo o la Asamblea libre batallas con visos de ganarlas. Mas el paso del tiempo resolverá toda dificultad al triunfo del principio opuesto.

2.º *La Jurisdicción ha de ser universal*: Tanto territorial como personalmente. Ante la Corte Suprema no existen fueros. El Fuero universal es absoluto e inderogable. Por ello debe hallarse emplazada en el seno de la Organización de las Naciones Unidas, que representa la comunidad universal.

Es un tribunal del amparo de todos los hombres y de todos los pueblos del orbe, sean grande o pequeños, poderosos o débiles. Como un remedo de la Justicia Divina, todos los que sufran injusticias o persecuciones deben poseer confianza en ella y encontrar protección a su desventura.

Naturalmente que ahora nos sale al paso la primera dificultad. Es la impenetrabilidad del absolutismo de las soberanías nacionales clásicas. Los mensajes pontificales no se cansan de reprochar tal sectarismo y abogar porque las banderas nacionales cedan ante la común, lo que sea preciso para lograr la pacífica convivencia internacional en una ley universal. Nos hallamos todavía en periodo formativo de la conciencia jurídica contemporánea y, por ello, estas ideas aparecen como utópicas o peligrosas, sobre todo para los pueblos poderosos o imperialistas que no se avienen gratamente a ceder un ápice de su absolutismo. Pero el tiempo trabaja

por nosotros y hoy, en la era de los viajes interplanetarios, ¿que puede sorprendernos ni arredrarnos? Hay que seguir adelante.

3.° *Los jueces han de ser libres*, si se quiere que sean respetados, y su justicia eficaz. La libertad es la sola garantía de la imparcialidad y debe presidir no sólo su designación, sino su organización y funcionamiento. Ningún interés que no sea el estricto de servir al supremo bien de la Humanidad debe inspirar su fallo. Por ello han de hallarse desligados de todo compromiso moral o material, humano o patriótico, de todo deber de protección u obediencia a determinadas potencias interesadas en la cuestión. Al adoptarse su estatuto orgánico hay que procurar preservar al Juez internacional de cualquier causa de recusación fundada en los clásicos motivos de interés, amistad, odio o agradecimiento.

Si no es totalmente exacta la objeción que hiciera CARNELETTI al proceso de Nuremberg, al decir de que había estado formado, como el de Jesús, por sus propios enemigos, no es posible desconocer que posee un gran fondo de verdad. Podrá decirse que los jueces, no obstante sus dependencias nacionales, pudieron situarse por encima de las circunstancias y hacer justicia. Sin embargo, la regla selectiva del "iudex suspectus" se hallaba en entredicho. Y esto hay que evitarlo. Ciertamente que el Juez que haya de juzgar en trances tan trascendentales para la Humanidad se hallará, como hombre, inmerso en la realidad existencial del mundo en que viva, y hasta habrá tomado parte idealmente en la beligerancia; pero esto no le despoja de su dignidad profesional para poder juzgar con juicio certero a la hora de la verdad. Tal ocurre en la vida común, en donde ni porque se sea peatón, inquilino, cliente, asalariado... se carece de capacidad para ser buen juez en los casos en que entran en juego los valores jurídicos sometidos a su consideración profesional, bajo una estimativa legal predeterminada. Todos estos problemas los resuelve la magistratura técnica.

4.° *Jueces técnicos*: La condición viene exigida por imperio de la evolución general de todos los valores del mundo en que, superada la fase "amateur", el ejercicio de las actividades sociales se profesionaliza y luego se tecnifica. La tecnocracia no es una palabra caída al azar del cielo sin sentido, sino una realidad vital evidente, por consecuencia de la complicación de las relaciones sociales, acentuada en la etapa de esta segunda revolución científica que estamos viviendo. Los jueces de esta ideal Corte Universal de

Justicia, han de seguir la norma de todas las Cortes Nacionales y componerse de magistrados que, junto a su titularidad técnica jurídica, hayan destacado en el ejercicio profesional, como autoridades en el difícil arte de comprender con alteza de miras las grandezas y miserias de la vida. Se necesitan espíritus egregios del derecho en función de la gran responsabilidad histórica que les compete.

El sistema de elección actualmente en vigor en la Corte Internacional de Justicia pudiera servir de base aceptable para lo futuro. La composición de su tribunal podría ser mixta procurando la máxima representación de los sectores raciales y culturales de la Humanidad para ofrecer el máximo de prestigio y confianza posible al mundo.

5.º *Sistema procesal*: Indudablemente mixto, ya que aparece prestigiado por el ejemplo histórico de mundo. Instrucción y tramitación acelerada y lo menos secreta posible. Plenario francamente acusatorio y a puerta plena abierta, teniendo al mundo entero como salón de sesiones. Hacer realidad la consigna de MAURA, luz y taquígrafos. Es la máxima garantía de justicia y un ejemplo de moral y política ciudadana inmenso, que no puede ser despreciado. Nuestro sistema de Juicio Oral puede ser un modelo de muy difícil superación, visto el ejemplo mundial.

Naturalmente que, confiriéndose un amplio derecho de defensa personal, es preciso establecer un Ministerio Público internacional tan capacitado y selecto como lo sea su Magistratura. Si hubiera discrepancia en cuanto a su elección, ésta pudiera verificarse ocasionalmente entre las figuras más destacadas de cada país. Mas estos son detalles de última hora y para entonces se remiten.

6.º *Recursos*: ¿Es posible articularlos en el plano internacional? No parece que exista grave inconveniente en ello, pues no puede llamarse acabado un sistema si falta un derecho de revisión. Cosa humana es el error, y sólo los hombres rectifican. ¿Mas, don de acudir? Sólo ante la autoridad suprema, la Asamblea General de la O. N. U., parlamento del mundo y depositario nominal de su soberanía. No se desconoce que la Organización internacional no se amolda estrictamente al modelo estatal clásico de la división de poderes, aunque sus inspiraciones no hayan estado ausentes de ello y que la Asamblea General e incluso el Consejo, más que con poderes puros legislativos, actúan, la mayoría de las veces, como

comités de arbitraje y composición. Como auténticas cortes de Justicia en último grado sobre los sucesos ocasionales que se le presenta. Mas esto no obstante, existe base suficiente para organizar un recurso eventual ante dicho órgano, en casos muy definidos de presunta injusticia notoria, y singularmente en los casos de penas capitales irreversibles. Justo que sanción de tanta significación vaya respaldada por el simbólico poder universal que la Asamblea ostenta. Con ello se justifica al tiempo el derecho de gracia o indulto que es el don supremo que los hombres poseen en la tierra a semejanza divina para templar el rigor de la estricta justicia legal.

Con ello quedan indicados los principales problemas que plantea una soñada jurisdicción penal internacional que quiera Dios no sea preciso ejercitar nunca.

VIII

INVOCACIÓN FINAL

Voy a terminar con una invocación final. Quiero dirigirme a todos, y singularmente a la juventud que padece, sin duda, un acceso bien patente y justificado de escepticismo. Ha recibido de nosotros una herencia poco edificante, un mundo deshecho entre ruinas y desesperación y apenas si le hemos podido compensar con una aurora de esperanza y paz feliz. Las cosas han venido demasiado rápidas y se han complicado mucho más de lo que hubiéramos deseado. Pero al joven nada debe importarle. Por encima de todo la vida existe y quien, como dijo RICARDO LEÓN: ¿si es varón, mozo y poeta a gozarla se resiste?

Nada, en verdad, justifica el desánimo en esta hora tan llena de posibilidades, seguramente la más interesante de cuantas ha vivido el hombre. La experiencia de que la hora atómica ha sonado no es un "slogan" publicitario, sino una realidad esplendente, si los hombres no se empeñan, con sus torpezas y errores, en malograrla. Nunca, como en el futuro, el trabajo humano logrará más estimación y valor. Todo lo que está ocurriendo en torno nuestro, en este mundo de maravillas, es para bien de la Humanidad. No lo dudemos. Dios está presente en esta fabulosa batalla que los hombres han em-

preudido, por dominar el secreto de la esfinge, de la desintegración nuclear y su aprovechamiento pacífico.

Singularmente es a la juventud española a la que le está reservado un puesto de honor en esta futura empresa de ilusión y esperanza por la paz del mundo. Poseemos una tradición internacionalista egregia: un equipo magnífico de ideas para ordenarla sin rencores ni sectarismos ancestrales que la empañen, una realidad histórico-vital esplendente. Convive con nosotros compartiendo estas inquietudes, el mundo iberoamericano, que nos ofrece el tesoro de su juventud llena de vigor formativo y creador y, sobre todo un porvenir grandioso fundado en la comunidad cultural y racial, único que sin rencores ni recelos puede ofrecer al mundo, cansado de pelear, el ejemplo de su fraternidad esperanzada para afrontar el programa de la paz universal con garantías de éxito.

¿Por qué desesperar al iniciar el camino? Miremos atrás y encontraremos ejemplos de fe creadora infinitos. ¿Qué mayor ni mejor ejemplo que el esfuerzo titánico realizado por la generación de la guerra pasada, donde los ejemplos de abnegación y sacrificio superaron a todo lo imaginado y nunca visto por el mundo anterior?

No podemos dudar en una empresa de la que depende nada menos que el porvenir de la Humanidad, la subsistencia de la creación divina en la tierra, que hoy se sostiene sólo a expensas del precario equilibrio del terror. Tenemos que creer en el poder ilimitado de la inteligencia del hombre, tanto para el bien como para el mal, en la capacidad benéfica de los nuevos inventos y en la comprensión pacífica de los criterios más dispares. Toca ahora sustituir la "pax balística" por la "pax romana", la que todos los días se invoca en oficio divino: "paz en la tierra a los hombres de buena voluntad". A todos los que viven bajo el dosel del cielo.

EL DELITO DE ESPIONAJE

por Domingo TERUEL CARRALERO

Magistrado

SUMARIO: I. *La cuestión y su actualidad.*—II. *Historia:* A) China. B) Grecia clásica. C) Roma. D) Germanía primitiva. E) Europa feudal. F) Estatutos de las ciudades italianas. G) España medieval. H) Ordenanzas reales francesas. I) Ordenanzas de Carlos V de Alemania. J) Ordenanzas militares de Carlos III de España.—III. *El Código de Napoleón.*—IV. *La multiplicidad legislativa:* A) La dualidad de Códigos. B) Los reglamentos de campaña. C) Los convenios internacionales. D) Las leyes especiales.—V. *Los Códigos penales españoles ya históricos:* A) Los Códigos penales comunes u ordinarios: a) El de 1822. b) El de 1848-1850. c) Los de 1870 y 1932. d) El de 1928. B) Los Códigos penales militares: a) El Código penal para el Ejército de Tierra de 1884. b) El Código de Justicia militar de 1890. c) El Código penal de la Marina de guerra de 1888.—VI. *Naturaleza.*—VII. *Su tipificación en la vigente legislación española:* A) La previa diferenciación de los delitos afines. B) La casuística en nuestra legislación: a) Espionaje propiamente dicho. b) Espionaje culposo. c) Actos o conductas peligrosos. d) Sospecha de espionaje. e) Prestación de auxilio a los espías. C) El procedimiento para su castigo.—VIII. *tesis y conclusión.*—IX. *Bibliografía.*

I

LA CUESTIÓN Y SU ACTUALIDAD

No habrá materia que haya servido con más frecuencia de tema a la novela y al cinema que el de las actividades de los espías. El fácil efecto producido sobre un público ingenuo con el relato de las andanzas de estos hombres a los que se presenta como excepcionales: excepcionalmente repulsivo el agente enemigo, excepcionalmente caballeroso y valiente el agente propio. Aquéllos son los trastos y dragones modernos: éstos, los actuales caballeros andan-

tes. Cuando el personaje de la trama es femenino, la tensión dramática llega al límite y se consigue mejor el efecto emocional buscado y siempre conseguido.

Poco importa al buen público el detalle de su actividad, que frecuentemente sólo se añade con la vaguedad de una "misión especial" o "misión secreta" y que es el apoderamiento o recuperación de unos "planos" o "planes" de trascendental, pero inconcretado efecto. Esto basta para que la pasión se encienda y el interés de un público, que busca su evasión de lo cotidiano a lo maravilloso, se sostenga hasta el final de la novela o película, que es el fin buscado por el autor o guionista.

Este clima no está creado artificialmente. Las novelas y películas de "espías" no son sólo una fácil evasión individual a lo extraordinario; esta evasión es el paso a primer plano de las preocupaciones colectivas a las que individualmente sólo puede prestarse una atención secundaria. Raro es el día que la prensa no da la noticia de que en algún país se ha descubierto una red de espionaje. Se atribuyen los más sorprendentes cambios políticos, no a la lógica y oculta gestación de fuerzas sociales o de cambios de opinión, que inesperadamente afloran, sino a los manejos de agentes extranjeros que tienen interés en producirlos. Se atribuye, a veces con muchas probabilidades de certeza, tras de sensacionales descubrimientos en un país, el progreso científico de otro a que los agentes de éste captan los progresos en aquél realizados, mientras guardan celosamente los suyos. ¿Qué más es necesario para crear un clima de intranquilidad colectiva? El hombre cualquiera, el hombre de la calle, se cree amenazado por misteriosos peligros de los que otros hombres no menos misteriosos habrán de salvarle.

Esto es una realidad y revela la actualidad de la cuestión, que merece, fuera de toda imaginación y pasión, un estudio científico, una consideración jurídica, una investigación y exposición del delito de espionaje, del que yo sepa no se ha hecho en nuestro país, en el que sólo de pasada, como sobre ascuas, se dice algo de él por tratadistas y comentaristas al tratar del delito de traición, con sólo la honrosa excepción de una excelente exposición al llegar al vocablo correspondiente en una enciclopedia jurídica, pero en ella, por las limitaciones impuestas por la naturaleza de tal trabajo, no se llega a diferenciar la especie dentro del género a dis-

tinguir como delitos distintos el espionaje de la traición, en los delitos contra el Estado, aunque con la petición, única cosa que puede hacer el monografista, de su diferenciación (1).

II

HISTORIA

Bien es verdad que tal diferenciación no se ha producido en las legislaciones. Los antecedentes históricos como delito diferenciado de los demás son difíciles de rastrear y sólo por excepción se encuentra en las legislaciones pasadas algún precepto sancionador de lo que hoy se considera espionaje, aunque abundan hasta hacer imposible una exposición, que no resulte farragosa, de los delitos de que se ha de diferenciar.

A) En el *Ta Tsín Leu Le*, el Código de la dinastía de los Ming de la China remota en el tiempo y en el espacio (2), se establecía que cuando una persona posea los secretos de Estado, tales como el empleo de tropas y toda otra medida tomada por el Emperador o por el Comandante en Jefe para atacar o vencer por sorpresa a tropas extranjeras o insurgentes, si es traidor, dando a conocer estos secretos de Estado de forma que sean conocidos del enemigo o de los revoltosos, será destituido y sufrirá la prisión durante el tiempo ordinario (3), y que cuando una persona vende o divul

(1) Nos referimos al trabajo que RODRÍGUEZ DE VERA publica en la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española* al desarrollar la voz "Espionaje".

(2) Aunque dicho Código fué dado en 1647 por Sun Chèe, primer Emperador de la dinastía de los Ta Tsín, fué sólo una recopilación de las leyes de la dinastía Ming, que empezó a reinar en 1355. Las leyes penales fundamentales, el *Leu*, fueron dictadas por las dinastías anteriores, en orden inverso las *Yeung, Sung, Tung, Suwé, Tse, Tsín* y *Wee* sobre una recopilación o extracto hecho en tiempo de la dinastía Han, que empezó a reinar el año 206 antes de Jesucristo, de las leyes de las dinastías anteriores. Tal como llegó a nosotros en su traducción de STAUTON, si varió algo el *Le* o disposiciones administrativas, permaneció invariable el *Leu* desde su promulgación hasta que el triunfo de la revolución de 1912 destronó a los Ta Tsín, y con profundas modificaciones hasta que se dió el primer Código penal en China.

(3) El tiempo ordinario era hasta principio de otoño, en que todos los castigos corporales impuestos desde el otoño anterior se ejecutaban

ga de algún modo el contenido de los informes dirigidos al Emperador por los Generales de las tropas en términos que el enemigo adquiriera conocimiento de ellos, sufrirá cien golpes de bambú (4) y destierro de tres años, y que cuando en este caso como en el anterior obre por motivos perversos, sufrirá una pena más severa (5), castigando con diversas penas más leves, golpes de bambú o inhabilitación, las demás revelaciones de secreto de Estado, distinguiendo entre el primero que lo hiciese y los que lo extendieren, así como la violación del sobre sellado y la divulgación de los secretos de la Corte.

B) En la *Grecia clásica* se encuentran pocos antecedentes de este delito: sólo sabemos que en Atenas se castigaba como traición la entrega a un Estado extranjero de los planos de la ciudad (6).

C) En Roma, el envío de noticias al enemigo era una forma de la *proditio*, insidiosa hostilidad del romano contra Roma, que lo era del *perduellio* (*malum duellum, malum bellum*, guerra mala) abierta hostilidad del romano contra Roma, que lo era de la perfidia, falta a la fidelidad que el romano debía a Roma y a sus magistrados. Se consideraba como tal la forma insidiosa, tramada, de hacer la guerra a Roma, faltando a la fidelidad que sus ciudadanos le debían. Cuando en tiempo del Imperio todos los delitos que entonces existían contra lo que hoy llamamos seguridad del Estado, son absorbidos en el de *Lex maiestatis*, se castigaba como tal al que mandaba al enemigo mensajes o datos y al que revelaba la consigna: *Quire hostibus populi romani nuntium litterarum signumbe dederit federisque adversus republican se* lee en los textos y también *Exploratores qui secreta de re nuntiaverunt hostibus et capitum poenas sunt* (7).

en uno o varios días, sin duda para impresionar a la multitud que los presenciaba como un regocijo.

(4) Los golpes de bambú no eran golpeando con la caña, sino pinchando con la punta endurecida al fuego.

(5) La pena más grave que los golpes de bambú solo era la muerte, ya por la simple decapitación, ya de alguna de las cuatro horribles maneras (sic) que enumera: a golpes de bambú, quemado vivo, enterrado vivo salvo la cabeza, o comida la cabeza, que se metía en una jaula, por ratas hambrientas.

(6) ERMOCEN: Del 14 invenz., 12.

(7) Frag. 66, *De Re Militare*, XXIX.

D) Sólo puede imaginarse su consideración en la *Germania primitiva* deduciéndola de la vida social y de las ideas y sentimientos de aquellos pueblos caracterizados por la fidelidad al grupo y al jefe de la banda de guerra. Sólo queda referido a ellos la noticia que con elegante concisión nos da Tácito: *Proditores et transfugas arboribus suspendum* (8).

E) También ha de imaginarse la consideración que los hechos que hoy constituyen espionaje tenían en la *Europa feudal*, deduciéndola de la que tuvo la violación de la fidelidad al Rey o al Duque personificación del Estado, como un delito de infidelidad, como felonía y coexistiendo esta concepción germánica con la supervivencia de la cruel *Lex Quisquis* de ARCADIO y HONORIO, los últimos Emperadores de Occidente sobre la *lex maiestatis*.

F) En los *estatutos* y legislaciones particulares de las *ciudades italianas* ya empieza a destacarse este delito: el estatuto de Pisa castigaba como traidor al pisano que se conviniese con el extranjero o tuviese inteligencia con traidores o rebeldes (9); el de Milán castigaba con muerte al rebelde, y son castigados como tales los que tenían inteligencia con ellos o con el enemigo del Estado, mandando, recibiendo cartas o mensajes (10); en Florencia se conminaron diversas penas para los que tuvieran relación con los enemigos del Estado, pero éstos eran los miembros del partido vencido en la lucha de guelfos y gibelinos; es en Venecia donde este delito produce los mayores daños y es una preocupación constante que da lugar a la creación de tribunales especiales para averiguarlo y castigarlo (11), y en lo que pudiéramos

(8) *Aunali*, III, 22.

(9) *Statuto Criminalis Mediolani*. Bérgamo. Cap. CLXX.

(10) *Statuto Criminalis Mediolani*. Bérgamo. Cap. CLXVIII.

(11) Según MANZINI (tomo IV, página 168), en 15 de julio de 1310 se constituyó provisionalmente la Magistratura del Consejo de los Diez, de los inquisidores de propagadores de secretos, que fué restablecida en 1449 y toma la denominación de Tribunal de los Inquisidores de Estado hacia 1570 y dura ya hasta la caída del Estado veneciano. Estaba constituido por tres Magistrados, dos del Consejo de los Diez y uno del Dux. Las denuncias, si bien las secretas, no se procedía por ellas hasta que habían sido comprobadas, y las sentencias eran publicadas en el Consejo Mayor.

llamar sus anales judiciales, que aún se conservan, hay registrados casos de comisión y castigo de él (12).

G) En la *España medieval*, la diferenciación empieza a marcarse en Las Partidas, que lo considera como una de las formas de la traición que enumera... "la segunda manera es si alguno les vendia a los enemigos del Rey o del Reino carta o mandato, por que les apereiba de algunas cosas contra el Rey o dueño de la tierra... la sexta es si descubriese a los enemigos los secretos del Rey en daño de el" (13).

H) Esta diferenciación no vuelve a advertirse hasta bien avanzada la *Edad Moderna en las Ordenanzas Reales francesas*, que consideran delito de lesa majestad de primer grado, es decir, de los más graves: el hecho de recibir alguna carta o mensaje de cualquier príncipe o señor enemigo (14); el tener inteligencia, enviar o recibir cartas cifradas a príncipes extranjeros sobre cosas concernientes al Estado (15); el hecho de entrar en alguna asociación, inteligencia, participación o liga defensiva u ofensiva los príncipes y magnates o repúblicas en contra del Rey (16); y el hecho de recibir de príncipes extranjeros donativos, presentes, cartas o correspondencia (17).

I) En las *Ordenanzas que Carlos V de Alemania* (I de España) da para el Sacro Imperio Romano Germánico, ratificadas en la Dieta de Ratisbona en 1532, se establecía la pena de descuartizamiento para el que hubiese revelado al enemigo noticias o secretos útiles, entre las que se combinaban para el *perduellio* y la *proditio*, y, por tanto, sin diferenciar de ellos (18).

J) En las *Ordenanzas militares de Carlos III*, que han sido en

(12) Por vía de ejemplo: Cuasi, capturado por espía, murió en el tormento (Consejo de los Diez, número XXII); Canepa fué supliciado por haber mandado información al jefe de los húngaros en guerra con Venecia (Consejo de los Diez, número IX); Marcos Corner —aunque aquí se trata más bien de una abierta y frustrada traición— fué ahogado por entrar en relación con los hunos para entregarles Creta (Consejo de los Diez de 18 de septiembre de 1500).

(13) LI, tit. 2.º, P. VII.

(14) Art. 87 de la Ordenanza de 4 de julio de 1534.

(15) Arts. 7.º y 9.º de las *Ordenanzas de Carlos X de 1577*.

(16) Art. 183 de la Ordenanza de Blois.

(17) Art. 14 de Luis XIII.

(18) Cap. CXXIV, *Poenia perduellionis suum proditionis*

España base de su legislación militar hasta época muy reciente y en ciertos aspectos aún siguen vigentes, se trata ya de los espías, y, si no los define, los describe y establece la pena de muerte en la horca para ellos, sin excepción de fuero, sexo o calidad (19).

III

El Código de Napoleón

Al estallar la revolución francesa se había llegado por la doctrina, sobre la interpretación de textos de ULPIANO (20), a una nueva consideración de los delitos de traición, examinando el género más alto del que se consideraba especie el *crimen maiestatis*, que se vió no se cometía sólo contra el Rey y sus representantes sólo por serlo, sino contra el Estado del que aquél era el representante, y empieza a hablarse de delitos contra el Estado y de delitos contra la seguridad del Estado (21); en FILANGIERI se diferencia contra la seguridad interior y exterior, y entre aquéllos, diferenciados el delito de traición y como un caso de éste el espionaje, como comunicación de secretos al enemigo.

Por esto, el Código penal francés de 1791 castigaba entre delitos contra la seguridad exterior del Estado la traición, y como tal, la comunicación de un secreto a potencia extranjera por un funcionario público, relativo a un negocio político, expedición u

(19) Art. 18. "Para precaver la introducción en un campo de persona que dé recelo de espía, manda el Rey que todo aquel que por su traje, furtamento o respuestas que diere a las preguntas que se le hagan, pareciere sospechoso al prevoste o sus subalternos, que deben rondar, le mande seguir por algunos soldados y arrestarle siempre que los pasos que diere motiven desconfianza."

(20) "Maiestatis crimen illud est quod adversus populum romanum vel securitatem eius committitur" (Fr. I, Dig. ad leg. sul maiestatis ..., XXXVIII).

(21) MATEO, de la escuela de BARROLO, emplea ya el término seguridad, aunque en el sentido de la que se debía al que tenía un salvoconducto del Magistrado (*De criminibus*, lib. XLVIII, III, 2.º, *De lexa maiestate*). Otros de la misma escuela entendieron por seguridad la paz pública, la tranquilidad pública, como efecto de la protección estatal, como se había conocido en tiempo de Trajano.

operación militar o de planos o fortalezas, arsenales, puentes o radas (arts. 6.º y 7.º), y olvidando la ley de sospechosos de la Convención que había sido la pesadilla de Francia (22): el Código de 1795 repitió sustancialmente en esta materia los principios del Código anterior.

Con estos antecedentes inmediatos se forma el Código de Napoleón de 1810, que dedica el título I del libro II a los delitos contra la cosa pública, y dentro de este título el capítulo X a los delitos contra la seguridad del Estado, cuya primera sección comprende los contra la seguridad exterior y en ella sin subrúbrica, subdivisión o subepígrafe que lo diferencie, desde el francés que tome las armas contra Francia (art. 75) al que con un acto no autorizado por el Gobierno exponga a los franceses a represalia (art. 85), y de uno a otro están descritos tipos de traición sin comunicación de secretos, como el de entenderse con potencias extranjeras o sus agentes para provocar una declaración de guerra a Francia (art. 76), o para facilitar la entrada en Francia de un ejército enemigo o entregarle plazas, armas, bastimentos, etc. (artículo 77) y la comunicación de noticias a enemigos o extranjeros, sobre la situación militar o política de Francia (art. 78), o de una negociación o expedición (art. 80), o plazas de carácter militar (artículos 81 y 82), el encubrimiento u ocultación de espías o soldados enemigos en servicio de descubierta (art. 83), y el provocar, con actos no autorizados, la declaración de guerra a Francia (artículo 84).

Como este modelo influye directamente a los Códigos europeos, a los españoles entre ellos, y directamente o a través de los españoles a los hispanoamericanos, la indiferenciación de este delito de

(22) Se ha llamado así a la de 29 de mayo de 1793, que creaba un Tribunal revolucionario para aplicar la pena de muerte a los "enemigos del pueblo", considerando como tales: "a los comandantes de plaza y ejércitos que de acuerdo con los enemigos intenten que falten aprovisionamientos a las tropas o a París; a los que con el mismo acuerdo traten de salvar a los conspiradores, a los aristócratas y a los calumniadores de los "patriotas"; a los que intenten la desmoralización de éstos; a los que para favorecer a los enemigos traten de corromper las costumbres o la pureza de los principios revolucionarios, y a los que circulen noticias falsas para dividir a los franceses."

los afines es característica común, y sobre esta casi unanimidad legislativa es escasa la doctrina que se elabora y confusos los comentarios que tratan de explicarla.

IV

LA MULTIPLICIDAD LEGISLATIVA

AL LA LEY PENAL DE CÓDIGOS.—Por si fuese poco, en la propia Francia no se creyó bastante esta sanción, y al darse el Código de Justicia Militar para el Ejército de Tierra en 1857 se vuelven a tipificar estos delitos bajo la rúbrica "traición, espionaje y reclutamiento (embauchage) de tropas", que es la del capítulo I del título II "De los crímenes, delitos y su sanción" de su libro IV, rubricado también "De los crímenes, de los delitos y de las penas", y sin más diferenciación se comprende en este capítulo actos de traición, como el hacer armas contra Francia (art. 204), actos de ayuda o suministro de noticias o informes (núms. 1.º y 2.º del artículo 205) y de derrotismo (núms. 3.º y 4.º del art. 205), para después de decir que son espías, señalando la pena de muerte para ellos, los que entren en una plaza o establecimiento militar, para procurarse documentos o informes para el enemigo, los que procuren al enemigo documentos o noticias capaces de perjudicar al ejército o a su seguridad, y los que protejan o escondan a los espías (art. 206); para terminar con la sanción de los que recluten tropas para enemigos o rebeldes, o induzcan a las propias a sumarse a ellas (art. 208).

Aún más, el Código penal de la Marina de Guerra, dado un año después (4 de julio de 1858), repite la rúbrica y los tipos del Código penal del Ejército de Tierra, aunque referidos a los marineros de guerra y embarcados en naves de guerra (arts. 262 a 268 inclusive).

Estos Códigos ejercen también influencia sobre los Códigos penales militares que se dan en diversos países de Europa, y si llegan tarde a influenciar nuestro Código penal de 1870, que en este aspecto no varía en sus sucesivos avatares, llegan a tiempo de ejercer influencia sobre las Leyes Penales Militares de nuestra Patria.

B) LOS REGLAMENTOS DE CAMPAÑA.—Además, los reglamentos de campaña han de tratar de esta materia dirigiéndose, sobre todo, a diferenciar los exploradores, vigías o serviolas de los espías. El más antiguo, que yo sepa, las Instrucciones para el Ejército de los Estados Unidos de América de 1863, parece encontrarlo en el empleo o no de disfraz o del uniforme del ejército que se espía por el militar (23), criterio que influencia a los que se dan después en los diversos países.

El de nuestro Ejército, aprobado por Ley de 5 de enero de 1872, dedica a esta materia su capítulo XXVII, bajo la rúbrica "Nociones del derecho de gentes y leyes de Guerra", que sienta los siguientes principios básicos que adelantamos: el espionaje para que sea lícito se precisa que esté exento de la perfidia que destruye toda confianza y debe reservarse para los casos de necesidad absoluta (art. 895); el oficio nada tiene de infame, fuera de los casos en que el espía sirve al enemigo contra la causa de su propio país, traición que se castiga con la muerte, o de que preste sus servicios por dinero (párr. 2.º del art. 896), no se debe confundir el espionaje con el servicio puramente militar de reconocimiento (párr. 3.º del art. 896).

C) LOS CONVENIOS INTERNACIONALES (24).—Al tratar de unificar y codificar el Derecho de la Guerra, esta difícil cuestión había de ocupar la atención de las reuniones internacionales para lograrlo, y aunque la Conferencia Internacional de Bruselas de 1874 no logró su propósito de llegar a esta codificación, sí llegó a acuerdos que sirvieron de base a la primera Conferencia de la Paz de La Haya de 1899, que ya define que "espía es el individuo que obrando clandestinamente o con falsos pretextos, recoge o trata de recoger informaciones en lugares ocupados por el enemigo, con intención de comunicarlas a la parte contraria" (art. 19), que ya sirve de base al reglamento que sale de la segunda con-

(23) Los exploradores y soldados aislados que, vestidos con trajes de los habitantes del país, o bajo los uniformes del ejército enemigo, están encargados de adquirir noticias sobre la importancia de éste, serán tratados como espías y conderados a muerte cuando sean sorprendidos observando alrededor del ejército que los capture.

(24) Sirven de base a la redacción de este epígrafe los datos facilitados por RODRÍGUEZ DE VESPA al redactar la voz de "Espionaje" para la *Nueva Enciclopedia Jurídica Española*.

ferencia internacional, también de La Haya, de 1907, no ratificado por España (25).

D) LAS LEYES ESPECIALES.—Por sí fuera poco, en determinadas circunstancias no se cree bastante el arsenal legislativo existente, y se dictan leyes especiales que crean nuevos tipos o agravan los existentes, como la Ley Francesa de 18 de abril de 1886 (26), que sirvió de antecedente a las de 26 de agosto de 1889 y 26 de enero de 1934 (27).

(25) El *Manual de las leyes de guerra terrestre*, publicado en 1890 por el Instituto de Derecho Internacional de Oxford, excluye a los espías del trato de prisioneros de guerra (art. 23); pero no considera tal al que perteneciendo a un ejército penetra en el territorio ocupado por el contrario sin disfraz alguno, ni a los mensajeros que cumplen abiertamente su función, ni a los aeronautas (art. 20), y establece una curiosa causa de prescripción al decir "que el espía que consigue salir del territorio ocupado por el enemigo, no incurre, si cae de nuevo en poder de este, en ninguna responsabilidad por sus actos anteriores" (artículo 24).

(26) En ella se castigan con penas que no exceden de cinco años de prisión y multa que no excede de 5.000 francos diversos supuestos de entrega a persona no autorizada (*qualifié*) de planos, escritos, documentos, etc., referentes a la defensa del territorio o a la seguridad del Estado (art. 1.º); el procurarse dichos planos, o documentos, o su divulgación (arts. 2.º y 3.º); la negligencia del encargado de su custodia que permite su sustracción o destrucción (art. 4.º); la introducción disimulando su estado, condición o nacionalidad, en establecimientos militares y el levantamiento de planos de los mismos por el que se disfraza para ello (artículo 5.º); el sacar fotografías a menos de diez kilómetros de establecimiento militar o marítimo sin autorización para realizarlo (art. 6.º); el pasar las barreras o escalar los muros de establecimientos militares (artículo 7.º).

Castigaba la tentativa con la pena de la consumación (art. 8.º); extendía los límites de la complicidad (art. 9.º); castigaba la omisión de denuncia (art. 10), y establecía la competencia de los tribunales correccionales para conocer de estos delitos, salvo para los militares, marinos y asimilados, que quedaban sujetos a la suya especial y habían de ser castigados con las penas establecidas en los Códigos de Justicia Militar del Ejército y de la Marina.

(27) No tuvo este carácter la ley española de 26 de julio de 1935, por haberse limitado a dar una nueva redacción en esta materia el Código de Justicia Militar; pero sí lo tuvo la ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, hasta la promulgación del vigente Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, que recogió los tipos en ella creados, y aun en términos generales puede estimarse subsistente en

V

LOS CÓDIGOS PENALES ESPAÑOLES YA HISTÓRICOS

La duplicidad legislativa existente en nuestro país, a que ya hemos aludido; la doble regulación de este y de estos delitos en un Código penal común u ordinario y en las leyes penales de los ejércitos, desconociéndose unos y otros, vueltos de espaldas, como las dos caras de Jano, que pueden verlo todo menos la una a la otra, sin influirse entre sí, salvo cuando se entremezclan las fechas de los retoques que las leyes primitivas de cada esfera sufren (28), obligan a un recuento por separado.

A) LOS CÓDIGOS PENALES COMUNES U ORDINARIOS.—a) *El Código penal de 1822* no separa, no ya el espionaje de la traición, sino la traición de los demás delitos afines que agrupa todos en el capítulo I dedicado a "los que comprometen la existencia de la Nación o exponen al Estado a los ataques de una potencia extranjera", del título II dedicado a los delitos contra la seguridad del Estado, capítulo que empieza con una conminación especial para los prófugos (29) y termina con la fijación de pena para los que cometiesen hostilidades contra los súbditos de una potencia extranjera aliada o neutral, exponiendo a España por esta causa a sufrir una declaración de guerra (30). Son en él delitos de espionaje el del art. 257 (31), y mejor delimitado el del 256 (32).

algunas materias, por declaración expresa del Código penal ordinario, hasta que fué expresamente derogada por la ley para la represión del delito de bandidaje y terrorismo de 18 de abril de 1947.

(28) Es excepción el Código penal de 1928, que aceptó la influencia de las leyes penales militares vigentes a su promulgación, pero fué exiguo el tiempo de su vigencia y escasa su influencia.

(29) Art. 249.

(30) Art. 258.

(31) Art. 257: "Cualquier funcionario público que estando encargado por razón de su oficio del depósito de planos o diseños de fortificaciones, puertos o arsenales, entregare a sabiendas alguno a los agentes de una potencia extranjera, aunque sea neutral o aliada... será declarado infame y condenado a la deportación. Cualquier otra persona no encargada por razón de su oficio de dichos planos o diseños... que por soborno, se-

b) *El Código penal del 1848-50* distingue entre los delitos que agrupa su título II de su libro II, bajo la rúbrica de *contra la seguridad exterior del Estado*, los de *traición* (33), los “que comprometen la paz y la independencia del Estado” (34) y los “contra el derecho de gentes” (35), teniendo entre aquéllos dos preceptos, uno de *abierta entrega al enemigo de planos, documentos o noticias que conduzcan directamente a hostilizar a España* (36), que por la ausencia de *petición de medio péfido para lograrlo* y por su colocación no puede decirse que sea *espionaje*, y otro de *comunicación al enemigo de documentos o negociaciones en que este medio de adquisición pueda darse* (37), y aún contiene entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado un precepto (38) castigando la *comunicación con territorio enemigo u ocupado por él, que puede constituirlo y que transcrito de Código en Código es el art. 134 del vigente*.

c) *Los Códigos penales de 1870-1932* sostienen la diferenciación de delitos contra la seguridad exterior del Estado y contienen los tipos de *entrega de planos y noticias* (39), que han de transcribirse sin alteración en el núm. 4.º del art. 122 del vigente

ducción, fraude o violencia, lograre sustraer o descubrir alguno de ellos, e incurriese en el propio delito, será también infame y sufrirá la pena de diez a veinte años de obras públicas.”

(32) Art. 256: “Los que sirvieren de espías a los enemigos de España o de sus aliados sufrirán la pena de muerte, y si los reos fueren españoles o estuvieren al servicio de España, aunque sin carta de naturaleza, serán considerados como traidores. Iguales penas sufrirán respectivamente los que acogieren, ocultaren, protegieren o auxiliaren voluntariamente a los espías del enemigo sabiendo que lo son.”

(33) Cap. I.

(34) Cap. II.

(35) Cap. III.

(36) Núm. 3.º del art. 142.

(37) Art. 144: “El que comunicare o revelare directa o indirectamente al enemigo documentos o negociaciones reservadas de que tuviese noticia por razón de su oficio, o por algún medio reprobado, incurrirá en la pena de cadena temporal en su grado máximo a la de muerte. Si hubiere adquirido los documentos o las noticias de las negociaciones por otro medio, será castigado con la pena de presidio menor, a no ser que la revelación o comunicación se halle comprendida en el núm. 3.º del artículo 142.”

(38) Art. 152.

(39) Núm. 4.º de los arts. 133 y 125, respectivamente.

te, y la comunicación con territorio enemigo u ocupado por él (40) que ha de transcribir el vigente en su art. 134, también entre los delitos que comprometen la paz y la independencia del Estado y la fórmula de traición impropia (41), que han de dar origen a los 124 y 125 del vigente.

d) *El Código penal de 1928*, con mejor sistematización y rubricación, comprende en su capítulo I "Delitos contra la Patria" de su título I, "Delitos contra la seguridad exterior del Estado", la abierta entrega de planos y noticias al enemigo (42), la forma de traición impropia (43) y la comunicación con territorio enemigo u ocupado por él (44) de sus antecesores, y además, sin referirlos al español, formas más próximas al espionaje, como la revelación de secretos (45), publicación de documentos referentes a la defensa nacional (46) y los claros tipos de él también, sin pedir la condición de español, para el autor del levantamiento de planos, obtención de fotografías, etc., de lugares de interés militar o relativos a la defensa nacional (47) y la ilícita introducción en dichos lugares (48), procedentes de las leyes militares, cuyo influjo ya hemos dicho recibe.

B) LOS CÓDIGOS PENALES MILITARES.—a) *El Código penal para el Ejército de Tierra de 1884*, primero en España, está inspirado, como observa MUGA LÓPEZ, en las Ordenanzas de Carlos III, que a su vez lo estuvieron, como resalta FERRER DE LA PEÑA, en el Fuero Juzgo. Quizá por esta influencia son los Códigos españoles de este orden los primeros que diferencian el delito de espionaje de los a fines, cuya diferenciación pasa al vigente, dedicándole, como él, el capítulo II (el I lo es a la traición, y el III, a los delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo) del título que aquél rubricaba como delitos contra la seguridad del Estado, y el vigente, contra la seguridad de la Patria.

(40) Arts. 151 del de 1870 y 138 del de 1932.

(41) Arts. 140 y 141 del de 1870 y 127 y 128 del de 1932.

(42) Núm. 4.º del art. 217.

(43) Arts. 218 y 219.

(44) Art. 225.

(45) Art. 220.

(46) Art. 221.

(47) Art. 222.

(48) Art. 223.

b) *El Código de Justicia Militar de 1890* repite la fórmula de su inmediato anterior y comprendía en el capítulo dedicado al espionaje el que subrepticamente o con disfraz se introdujese sin objeto justificado en las plazas de guerra o puestos militares, o entre las tropas que operan en campaña (49); al que en tiempo de guerra, sin la competente autorización, practicare reconocimientos, levantare planos o sacare croquis de las plazas, puestos militares, sea cualquiera la forma en que lo ejecute (50); el que condujere comunicaciones, pliegos o partes del enemigo, no siendo obligado a ello, o caso de serlo no los entregare a las autoridades o jefes del Ejército nacional al encontrarse en lugar seguro, o los ocultare para que no le sean ocupados (51); y el que dejare de llevar a su destino, pudiendo hacerlo, los pliegos que se le confien sobre operaciones de guerra (52).

Entre los agrupados como de traición: el mantener directa o indirectamente relaciones con el enemigo sobre las operaciones de guerra (53), facilitársele por un militar el santo, seña y contraseña, plano, estado de fuerza u otros datos o noticias que puedan favorecer sus operaciones o perjudicar las del Ejército nacional (54); actos del llamado sabotaje (55) y del llamado posteriormente derrotismo (56).

c) *El Código penal de la Marina de guerra de 1888* describe como espionaje los mismos tipos que el del Ejército de 1884 con una adaptación evidente a la Marina (57), y además, como tipo autónomo, proteger a sabiendas, directa o indirectamente, a los espías o a los enemigos enviados a cualquier exploración, así como encubrirlos u ocultarlos (58); repite con la adaptación mencionada los tipos de traición señalados del Código de Justicia Mili-

(49) Núm. 1.º de los arts. 101 y del 228, respectivamente.

(50) Núm. 2.º de los arts. 101 y 128, respectivamente.

(51) Núm. 3.º de los arts. 101 y del 228, respectivamente.

(52) Arts. 102 y 229, respectivamente.

(53) Núms. 7.º del art. 94 y 2.º del 222, respectivamente.

(54) Núm. 1.º de los arts. 95 y del 223, respectivamente.

(55) Núms. 4.º y 5.º de los arts. 95 y 223, respectivamente, y 1.º del 97 y del 224 de dichos Códigos.

(56) Núm. 2.º de los arts. 97 y 224 de dichos Códigos.

(57) Núms. 1.º, 2.º, 4.º y 5.º de los arts. 123 y 124.

(58) Núm. 3.º del art. 123.

tar (59) y añade el destruir en campaña las armas o provisiones (60) o los medios de defensa (61). prestarse a dirigir embarcación enemiga (62) o indicarse por el práctico dirección distinta de la que se debe seguir.

VI

NATURALEZA

Hemos visto por el examen de la legislación, ya histórica, que pudo influir e influyó en la vigente española, que la confusión e indeterminación del delito de espionaje perdura en ella. Sólo se ha conseguido tratar de diferenciarlo del delito de traición en los Códigos penales militares; pero el logro sólo ha llegado a darle un capítulo en el que no puede decirse, como después veremos, que son delitos de espionaje todos los comprendidos en él, ni que no hay en dichos cuerpos legales más delito de esta clase que los en dicho capítulo comprendidos. Es decir, que la confusión e indeterminación perduraban en la época en que se promulgaron los Códigos españoles vigentes, tanto el común como el de Justicia Militar.

Ello es así porque la codificación sobrevino sin que se hubiese elaborado sobre estos delitos, a diferencia de lo que había ocurrido con los demás, una doctrina que la codificación articulase. Sólo estaba preparado el terreno para sustituir el título de lesa majestad por el de contra la seguridad del Estado, que fué en este terreno el avance que realizó. Luego en los Códigos posteriores, no se hizo más que sobre los entremezclados tipos de traición procedentes de la legislación anterior, ir acumulando otros nuevos que surgían de las circunstancias de cada momento y que llegaban a los Códigos por el camino de las leyes especiales de urgencia en que aparecían.

A replantear esta doctrina o al menos a llamar la atención

(59) Núms. 8.º del art. 116; 1.º, 3.º y 14 de los arts. 117 y 118, y 1.º del 119.

(60) Núm. 5.º del art. 117.

(61) Núm. 6.º del art. 117.

(62) Art. 118.

sobre su falta tiende este trabajo. Para tal intento hay que volver a las fuentes romanas, de ellas a la codificación, ya hemos visto, se avanzó bien poco en este camino, sólo se observa una aportación de casos que trataron de ser lo que hoy llamamos tipos de delito que engendraron en los preludios de la codificación, la confusión que hemos observado en una materia que empezaba a clarificarse en el Derecho romano.

Hemos visto que Roma, un pueblo que todo lo fiaba a las armas y por ellas se engrandeció, vió una especie de guerra reprochable, de guerra mala, el *perduclio*, en el que se comprendía la *traditio*, entrega de algo que se debía defender, y la perfidia, falta de fe, el faltar a la fe prometida, el simular una fidelidad para faltar a ella, la forma pérfida por insidiosa de hacer la guerra diciéndose amigo de Roma para favorecer a sus enemigos, y la mejor manera de hacerlo era enviarle noticias militares, que es perdurablemente el tipo central del espionaje. El enemigo abierto, que abiertamente se procuraba la información que necesitaba, era un explorador u observador que hacía la guerra buena, por lo que el romano no le tenía animadversión. También hemos visto que en la Europa feudal hay algo como la distinción entre guerra buena y guerra mala, pero ésta es la falta de fidelidad al Rey o al jefe del Ejército.

Arraucando del concepto de guerra mala de los romanos, polarizado por el de felonía medieval, se puede llegar a la diferenciación de espionaje y traición. Aquél está caracterizado por la insidia o asechanza que ha de referirse, al medio de adquirir lo que se entrega o la noticia que se comunica, o al modo de entregarse o comunicarse, no al combate abierto, ni a la entrega abierta de lo que abiertamente se poseyó, que es lícito para el que no está ligado con fidelidad alguna al Ejército o al Estado perjudicado con ello; el medio insidioso, encubierto, de favorecer a un enemigo entregándole encubierta e insidiosamente lo que por tal modo se consigue, casi siempre secreto, es espionaje, que no está caracterizado por la acción, sino por el medio; cuando este espionaje lo realiza el nacional contra su propia Patria, su propio Ejército o su propio Estado se añade la insidia a la falta de fe jurada y debida, la felonía y entonces es traición (63)

(63) Históricamente la mayor gravedad de la traición ha borrado, me-

Otra diferenciación en su forma pura es que la entrega o comunicación sea de algún secreto originariamente militar. Tan característico se ha considerado este elemento, que RODRÍGUEZ DE VESA, siguiendo a AHPER, LISZ, VAN CALKER y GUTMANN, lo ha considerado tan esencial que ve en el espionaje una forma del delito de revelación de secreto, la que perjudica o afecta a la defensa de la nación, en su concepción militar a la defensa armada. Pero aunque casi siempre sea un secreto puede no serlo, sino sólo una noticia reservada (64), poco conocida o de difícil conocimiento en el país donde se espía y desconocida en aquel en cuyo favor se ejerce el espionaje, o en comunicar anticipadamente una noticia, como el descubrimiento de un arma que el enemigo ha de conocer cuando se emplee, pero que comunicada anticipadamente puede dar tiempo a preparar la contra arma, o las consecuencias en valoración bélica o política de un acto conocido, como comunicar al enemigo que el estado de postración producido por una derrota o acontecimiento es tal que un nuevo ataque o su simulación ocasionaría una rendición o la petición de paz a cualquier precio.

Casi abandonado el problema a las leyes especiales dadas en tiempo o temor de guerra o a las leyes militares, la guerra mala, la manera insidiosa de hacerla sólo se ha sancionado detalladamente en los cuerpos legales el aspecto puramente militar. Pero la transformación continua del mundo, el adelanto de los medios técnicos, el empleo de medios no militares que influyen en la victoria o derrota, la aparición de la guerra total y lo que se ha dado en llamar la guerra fría, la continua actualidad de lo que se ha llamado la guerra revolucionaria, han, si no impuesto si generalizado otros medios insidiosos de combate: la introducción y difusión del desaliento en las líneas enemigas, el promover tras sus líneas de

por absorbido, el espionaje cuando el nacional espía para el enemigo, pero esta mayor gravedad del espionaje del traidor no debe enturbiar el concepto. Este gana claridad sosteniendo en la doctrina y en la legislación la diferenciación y autonomía del delito de espionaje, sin perjuicio de que al llegar en ésta a la conminación de penas se remita a la señalada para la traición cuando se realice por el nacional contra su Estado. El sistema propuesto es el contrario al seguido por el Código penal ordinario para la traición.

(64) MANZINI, tomo IV, 861, pág. 169.

combate el recelo y desconfianza de unos en otros, la sublevación, la construcción desde dentro de los medios de combate, etc., entre los que el espionaje, en su figura clásica, no es más que uno de esos medios, aunque en la generación y empleo de los demás medios insidiosos el agente enemigo ocupe un papel central y se le comprenda con la denominación de espía.

Dicho esto, podemos decir que el espionaje es uno de los medios insidiosos de hacer o preparar la guerra, consistente en apoderarse por dicho medio o de comunicar por él noticias, informes o documentos que los contengan, que sean desconocidos por el enemigo o más enfocado al campo penal, el apoderamiento, entrega o comunicación, con el fin de influir en una guerra empezada o en preparación, de noticias, informes o documentos que los contengan, desconocidos por la parte a que se entregan. Si se tiene de él un concepto más amplio que comprenda todos los *medios insidiosos de combatir había de intercalarse, el ejecutar, o inducir, o provocar insidiosamente actos dirigidos al mismo fin (65).*

VII

SU TIPIFICACIÓN EN LA VIGENTE LEGISLACIÓN ESPAÑOLA

Es obligado en esta clase de trabajos, aunque no sea su fin primordial, estudiar el reflejo de la doctrina expuesta en la legislación vigente, o hacer una exposición de ésta, por sucinta que sea, a través de aquélla, aunque sólo se utilice por vía de ejemplo.

En el análisis de la nuestra tenemos que realizarlo conjugando las dos leyes vigentes en la materia, el Código penal ordinario y el Código de Justicia Militar, ya que, por fortuna, los tipos que

(65) Se puede objetar a esta definición que el medio insidioso al envolver la petición de dolo excluye de ella la forma culposa: pero esto en nuestro sistema penal no es objeción cuando se ha extendido el concepto de culpa a otros delitos en que el dolo se pedía en el tipo y *de lege ferenda* podría salvarse la dificultad de interpretación describiendo el delito como genérico, del que por su imprudencia o negligencia favoreciese el espionaje, con lo que se comprendería en ella la culpa referida al mismo en sentido estricto, y a las figuras de derrotismo, bulismo o sabotaje si se consideraban comprendidas en él.

la ley de seguridad del Estado han sido absorbidos, en lo que al delito de espionaje en sentido práctico se refiere, por la ley penal castrense, y posteriormente, como hemos dicho, ha sido derogada aquella ley. Lo vamos a realizar reconociendo esta realidad legislativa y sobre ella en un intento de unidad, que es el fin concreto de la exposición, que la simplifique, haciendo ver que si este Jano legislativo tiene dos caras son reflejo de un mismo cerebro que sirve a un mismo cuerpo.

AL LA PREVIA DIFERENCIACIÓN DE LOS DELITOS AFINES.—Si en los delitos que delimitan o reprimen la guerra mala separamos los clásicos de traición, esto es, la lesa hostilidad del español contra España, progresión del clásico *perduellio* romano, del art. 120 del C. P. O. (66) y núm. 2.º del art. 258 del C. J. M., de inducir a una potencia extranjera o concertarse con ella para el mismo fin, y las formas culposas de los artículos 127 y 128 y aun del 131 del C. P. O.; el del núm. 3.º del art. 121 del C. P. O., núm. 11 del 258 y 3.º del 259 del C. J. M., de reclutar gente para hacer la guerra a España, y el de reclutamiento de gente para el servicio de una potencia que no sea para que tome las armas contra España; del núm. 2.º del art. 122 del C. P. O. y 1.º del 259 del C. J. M.; el más claro de tomar las armas contra España, del núm. 1.º del artículo 122 del C. P. O., de los núms. 1.º y 9.º de los arts. 258 y 259 del C. J. M.; el del núm. 3.º del art. 122 del C. P. O. y número 10 del art. 258, de suministrar enemigos, sediciosos o separatistas, banderas, armas, caudales para hacer la guerra a España reduciríamos grandemente el campo de nuestro estudio.

Para reducirlo más habrán ahora de examinarse los preceptos que describen actos, que si no puede decirse no sean de abierta hostilidad contra España, sino que esta hostilidad se manifiesta tras de una conducta o preparación insidiosa, no son, sin embargo, *actos de espionaje en sentido estricto, como los delitos descritos en el núm. 1.º del art. 121 del C. P. O. y 5.º y 6.º del 258 del C. J. M., de entrega al enemigo de plaza, puesto militar, buque, etc., sea o no para facilitarle la entrada en España, y el del 2.º del art. 121 del C. P. O. y núm. 10 del art. 258 del C. J. M., de seducir tropa*

(66) Emplearemos en lo sucesivo las abreviaturas C. P. O. para designar el Código penal ordinario, y C. J. M. para citar el Código de Justicia Militar.

española o que se halle al servicio de España, para que se pase a las filas enemigas o deserte de sus banderas, imposible de concebir e imaginar sean realizables por quien no tenga acuerdo previo con el enemigo, y mando civil o militar en el país a que traicionare.

Aún pueden separarse los que podían agruparse como el derrotismo, de los núms. 7.º, 13 y 14 del art. 258 del C. J. M.; promover desórdenes o ejercer coacciones o realizar otros actos que obliguen la rendición de la plaza sitiada o bloqueada, arríe o mande arriar la bandera de un buque durante el combate sin orden del jefe, y el núm. 5.º del artículo 122 del C. P. O., y 11 del 259 del C. J. M., de impedir llegue a fuerzas nacionales el auxilio esperado; el núm. 7.º del art. 259 del C. J. M., de falsificar documentos o hacer uso de los falsificados con el fin de perjudicar o perturbar las operaciones de guerra o provocar la entrega de plaza, buque o establecimiento militar, y los de derrotismo por bulismo del art. 132 del C. P. O., y núm. 1.º del art. 260 y 264 del C. J. M., de propalar noticias que puedan perjudicar el crédito del Estado, produzcan pánico en las tropas o depresión en el ánimo público.

Otra eliminación había de ser la de los actos o conductas que sin que sean propiamente traición, por no pedirse en su tipificación la intención de influir directamente en las operaciones del ejército propio, ni la connivencia con el enemigo, se tipifican como traición por el daño que, sin embargo, producen en dichas operaciones y que pueden ser generados por el ánimo de lucro, como el delito del núm. 6.º del art. 259 del C. J. M., de malversar caudales e efectos del Ejército en campaña, o su suministro defectuoso, y los del núm. 9.º del art. 259 del C. J. M. de informar falsa y maliciosamente a sus jefes sobre operaciones de guerra, y 2.º del artículo 260 de dicho cuerpo legal, del guía o práctico que en operaciones de guerra desvíe intencionadamente a las tropas o buques del camino que se le ordenó condujera, que pueden estar generados por el deseo de comodidad, de retrasar o evitar operaciones de guerra en que ha de tomar parte o por el de encubrir errores propios anteriores que el informe rendido, de ser verídico, había de descubrir.

Aún quedan delitos comprendidos en la misma rúbrica general de difícil clasificación, pero que desde luego no son de espionaje,

aunque puedan considerarse como actos y conductas de la guerra mala, como el del número 4.º del art. 258, de enajenar indebidamente o extraer ilegítimamente del territorio patrio el tesoro nacional, nacido de la experiencia de nuestra Cruzada, y el del núm. 5.º del art. 259, también del C. J. M., de causar ilícitamente, con ánimo de lucro, un grave daño en la economía de la Patria, que bien pueden considerarse de traición económica, dolosa y culposa, aunque no se pida en el tipo que se hagan en beneficio de una nación extranjera, ni para ayudar a un enemigo abierto o potencial.

También los tendentes a describir lo que han llamado de traición impropia, actos del extranjero cometidos contra España, considerados como traición, del art. 124 del C. P. O. y del art. 270 del C. J. M., y de los del español que los cometiese contra una potencia aliada de España, y en campaña, contra un enemigo común, del art. 125 del C. P. O. y 261 del C. J. M.; el de omisión del deber de denunciar la preparación de la traición referida al militar, del art. 267 del C. J. M., y el de faltar el prisionero de guerra a la palabra empeñada de no hacer armas contra España, del artículo 271 del C. J. M.

Por último hemos de hacernos cargo para eliminarlos de nuestro estudio de la excusa absolutoria y de las reglas para la punición de la conspiración y proposición para cometer la traición de los arts. 268 y 269 del C. J. M. y aun del ultraje a la Nación, al sentimiento de su unidad y a sus símbolos, banderas o emblemas, del art. 123 del C. P. O. de tan extraña colocación.

B) LA CASUÍSTICA EN NUESTRA LEGISLACIÓN.—Quedan así como delitos de espionaje ya diferenciados:

a) *Los de espionaje propiamente dichos*.—Del núm. 4.º del artículo 121 del C. P. O., de suministrar al enemigo planos de fortalezas o de terrenos, documentos o noticias que conduzcan al fin de hostilizar a España o de favorecer el progreso de las armas enemigas y su correlativo el núm. 2.º del art. 259 del C. J. M., de facilitar al enemigo con el mismo fin el santo, seña o contraseña, planos, órdenes recibidas, estados de fuerza u otros datos o noticias. El del art. 129 del C. P. O., de mantener inteligencia o relación de cualquier género con gobiernos extranjeros, con sus agentes o con grupos u organismos o asociaciones internacionales y extranjeras, con el fin de comprometer la dignidad y los intereses

de España, y su correlativo del art. 274 del C. J. M., de sostener dicha inteligencia para facilitar datos o noticias, que aun no siendo reservados ni militares, puedan referirse a la defensa nacional, y el de proporcionar dichos datos y noticias; y los de los cinco casos del art. 272 del C. J. M. sin correlativo alguno en el C. P. O.

b) *Los de espionaje culposo.*—Del núm. 6.º del artículo 122 del C. P. O., de revelar secretos políticos y militares o de otro género que interesen a la seguridad del Estado, y procurarse dichos secretos u obtener su revelación y su correlativo del art. 262 del C. J. M. descrito, como un delito de peligro al pedirse para su existencia que hubiese posibilidad de perjuicio para la Patria. El del núm. 9.º del art. 258 del C. J. M., de mantener relaciones con el enemigo sobre operaciones de guerra; y el del art. 275 de este cuerpo legal, de descuido o negligencia, en el que tuviese en su poder o conociese por razón de su cargo documentos o datos reservados que dé lugar a que lleguen a mano de persona no autorizada, sean reproducidos, divulgados o publicados.

c) *Actos o conductas peligrosas respecto al espionaje.*—La descrita en el art. 134 del C. P. O., de sostener correspondencia en tiempo de guerra con país enemigo u ocupado por sus tropas y su correlativo del art. 265 del C. J. M., y la tentativa para pasar a país enemigo cuando lo hubiese prohibido el Gobierno. Del artículo 135 del C. P. O. y su correlativo del art. 266 y núm. 12 del art. 258 del C. J. M.

d) *Sospecha de espionaje.*—No es otra cosa el delito previsto en el art. 276 del C. J. M. de poseer sin autorización objetos, documentos o datos relativos a la defensa nacional.

e) *Prestación de auxilio a los espías.*—Establecido en el párrafo 1.º del art. 275 del C. J. M. como delito autónomo para el que a sabiendas proteja, oculte o de otro modo auxilie a los espías.

Aún hemos de recoger lo que se suele llamar espionaje impropio o realizado por extranjeros contra España o por españoles contra potencia aliada de España que se encuentre en campaña contra un enemigo común de los arts. 124 y 125 del C. P. O. y el cometido en España en tiempo de paz en beneficio de una nación beligerante del art. 277 del C. P. O.

También se establece, aunque sólo en la Ley Penal Militar, una excusa absolutoria para los que comprometidos para realizar el delito de espionaje lo descubrieren antes de consumarse, y a juicio de

los tribunales, cuando denunciado después de consumarse y antes de haberse iniciado la diligencia para su persecución y como consecuencia de la denuncia, se lograra evitar todos o algunos de los efectos del delito, conseguir la detención de los culpables o el descubrimiento de los delitos u organizaciones que tengan como finalidad el espionaje a que dicho cuerpo legal dedica el párrafo 2.º de su art. 278.

C) EL PROCEDIMIENTO PARA SU CASTIGO.—En el caso improbable, o al menos poco frecuente, en que su enjuiciamiento y sanción correspondiese a la jurisdicción ordinaria, el secreto impuesto por la naturaleza del delito podía estar protegido en la fase sumarial por tener este carácter las actuaciones judiciales en este periodo, según el art. 301 de la ley de Enjuiciamiento criminal, ya que la única excepción establecida en el art. 302 de dicha ley, de poder dar vista al procesado de lo actuado cuando sirva de base al ejercicio de cualquier derecho que pudiera corresponderle, o para que inste lo que estime conveniente para su rapidez cuando el sumario dure más de dos meses, aparte de ser facultativa su concesión, tiene la limitación de que no se perjudiquen con ello los fines del sumario, y en la fase de juicio oral podía y habría de acordarse su celebración a puerta cerrada, por existir las razones de orden público, entendiéndose por tal interés público e interés general, que pide para ello el art. 680 de la ley Rituaria penal.

Para cuando el proceso se sigue ante la jurisdicción militar, la ley penal castrense provee no sólo a guardar el secreto del procedimiento ordenando que el consejo se celebre siempre a puerta cerrada (art. 772), sino que dicta normas encaminadas a la rapidez de su punición, pudiéndose prescindir de la elevación de la causa al Consejo Supremo de Justicia Militar, aunque la pena impuesta sea la de muerte (núm. 10 de su art. 52), y para impedir el retraso en la celebración del consejo de guerra que ha de conocer de su castigo en las fuerzas o unidades separadas de la autoridad judicial militar, que dicho consejo pueda celebrarse con sólo dos vocales en vez de cuatro, que incluso pueden ser de graduación inferior a la del encartado y sustituirse el ponente, que ordinariamente ha de pertenecer a la Magistratura militar, por un letrado o funcionario del orden civil que actúe de asesor, y aun sin la asistencia de letrado alguno.

VIII

TESIS Y CONCLUSIÓN

Hemos visto cómo el delito de espionaje ha sido siempre castigado, cómo su morfología en los textos legales ha repetido una constante de tipos al lado de los cuales otros han variado según las circunstancias de lugar y tiempo, cómo aun en lo que son tipos *constantés ha venido confundido con otros que atacan lo que* aún hoy impropriadamente se llama la seguridad del Estado, y cómo en una difícil diferenciación, cuando los delitos así llamados se han agrupado en contra de la seguridad interior y la exterior han ido al grupo formado por los que atacaban aquélla, si bien en nuestras leyes penales militares se ha conseguido una diferenciación de los más afines de traición dentro de lo que con menor imperfección se han llamado delitos contra la seguridad de la Patria.

Sin embargo, su descripción en los textos legales españoles no sólo no es perfecta, sino que, por el contrario, es la más confusa y falta de sistema de nuestro ordenamiento jurídico penal. Esto se debe a la carencia de una elaboración científica que diese al legislador el presupuesto doctrinal necesario para una sistematización más perfecta. Ha dificultado grandemente este estudio su dispersión en diversos textos legales, que ha hecho que los tratadistas, ante las dificultades que presenta el problema, rehuyesen la reelaboración de esta doctrina, y los comentaristas hiciesen el del precepto de la ley, que comentaban sin referencia a la paralela existencia en otro texto de igual vigencia que el comentado, y en leyes especiales, cuyo territorio o ámbito de aplicación no se delimitaba exactamente, soslayando así un difícil problema de aparente concurso de leyes, y esto en una materia cuya codificación se hizo por yuxtaposición, sin orden alguno, de preceptos contenidos en leyes anteriores de las que se sacaron apresuradamente, a veces con su sola transcripción, y sobre estos tipos que *se repiten de código en código, formando lo que he llamado su morfología constante*, se han añadido con menos método aun, en aluvión, otros que forman su morfología variable.

Esto ha dado lugar al caos legislativo que lamentamos, y que

hace insegura la determinación del precepto aplicable a un caso concreto, que puede estar diversamente previsto en los dos Códigos actuales, que hemos visto repiten fórmulas comunes, aunque con alguna variante, y fórmulas de descripción no contenidas en su paralelo y si es insegura esta elección para el técnico del Derecho ha de resultar misteriosa para el que no lo es, con toda la atracción que el misterio ejerce, porque para uno y otro esta determinación tiene la consecuencia de absolución o gravedad de la condena del que realizó el acto examinado.

Por esto en esta materia es más urgente que en otras que también lo necesitan, la articulación de su punición en preceptos claros, concisos y conocidos que eliminen toda inseguridad en la determinación del precepto y de la sanción aplicable, porque la mejor prevención de un delito —prevención general— es que su existencia y sanción sean conocidas, y mientras cualquiera sabe aproximadamente qué es un asesinato y cuál su pena, pocos son los que tienen el mismo conocimiento respecto a qué actos constituyen espionaje y cuál la sanción que según su naturaleza puede corresponderle, sobre todo en las formas culposas de él, en que puede incurrir incluso el fatuo sin malicia que revela secretos que debía guardar, por el solo placer de sentirse importante ante sus oyentes.

Para que exista esta claridad bastaba con una reelaboración legislativa en busca de ella, que comprendiese los tipos de la morfología constante, en fórmulas tan amplias que hiciesen innecesaria la creación de tipos que formasen la variable.

Su mejor y general conocimiento se conseguiría con la consignación en la ley penal militar, la menos manejada y conocida, de los delitos, cada vez en número más exiguo, que sólo pudiese cometer el militar, consignándose en el C. P. O., como ley penal general más conocida, los que puede cometer el militar y el que no reúne tal carácter, que han de ser los más, ya que con la modalidad de la guerra total nadie quedará al margen de una contienda y con la de la guerra revolucionaria que tan magistralmente describe el General DÍAZ DE VILLEGAS (67), serán más los no

(67) En *La guerra revolucionaria*, prologada por el Excmo. Sr. D. LUIS CARRERO BLANCO. Aunque obra y prólogo no tienen desperdicio, por su reciente aparición y por su fin sólo han influido el final de este trabajo, pero los señalo como documentación para un trabajo sobre las especies de "bulismo" y "derrotismo", a las que sólo pude aludir.

militares que tomen parte en ella y en su preparación y, por tanto, incurran en los delitos que para prevenir y sancionar esta clase de guerras, que el Contralmirante CARRERO BLANCO encuentra fundamentada en una teoría que califica de elementalmente perversa, sin que tal consignación en un texto determinado prejuzgue la competencia para su sanción, que es problema distinto, aunque conexo.

Claro y conocido el precepto que describiese los delitos de espionaje y prefijase su sanción, necesariamente, sin duda, el aspecto novelesco de la cuestión desaparecería de la imaginación de las gentes, y más en los casos en que fuese posible se enjuiciasen tan públicamente como en cualquier otro delito. Entonces éste tendría el mismo interés que el robo por fractura o el parricidio frustrado, un interés graduado sólo por la repulsión que produciría en ellas el conocimiento de su perpetración, que sería, repetimos, la mejor prevención, como lo es para cualquier otro.

IX

BIBLIOGRAFIA

- ALTEISAC, Jean: *La Loi du 26 Janvier 1934 sur la repression de l'espionage*. Lyon, 1935.
- BALBO: *Storia d'Italia sotto i barbari*. Firenze, 1853.
- BECCARIA, Marqués de. *Tratado de los delitos y de las penas*. Editorial Atalaya. Buenos Aires, 1945.
- BENTHAM, Jerónimo: *Tratado de legislación civil y penal*. Traducción de Baltasar AZUAGA Y ESPINOSA. Madrid, 1841.
- BLACKSTONE, W.: *Commentaires sur les lois anglaises*. Traducida al francés por M. CHOMPRE. París, 1822.
- BLUNTSCHLI: *Droit international codifié*. París, 1870.
- BUCELLATI: *Cesare Beccaria e l'abolizione della pena di morte*. Milán, 1872.
- CARMIGNANI: *Elementa iuris criminalis. Teoria delle leggi della sicurezza sociale*. Pisa, 1931-32.
- CARRARA, Francisco: *Derecho criminal*. Buenos Aires, 1944-1947. Traducción de Soler Cavier y Núñez.
- CUELLO CALÓN, Eugenio: *Derecho penal*. Bosch. Barcelona, 1951-52. 10.ª edición.
- CHAVEAU ET HELIE: *Teorie du Code Penal*. París, 1872.
- DEBBRET: *L'espionage et la trahison*. París, 1900.

- DÍAZ DE VILLEGAS, General: *La guerra revolucionaria*. Prologo del Excelentísimo Sr. D. Luis Carrero Blanco. Ediciones Europa. Madrid, 1959.
- DÍAZ LLANOS, R.: *Leyes penales militares*.
- DONNEDIEU DE VABRES, H.: *Les relations du droit interne et de Droit international dans la repression de l'espionage*. Dalloz Hebo, 1948.
- FELIU DE LA PEÑA, Francisco: *Fundamento de un nuevo Código militar*. Barcelona, 1950.
- FERNANDEZ RUA, José Luis: *Historia del espionaje*. 1953.
- FERRER SAMA, Antonio: *Comentarios al Código penal*. Murcia, 1946-48. Madrid, 1956.
- FILANGIERI: *La scienza della legislazione*. Livorno, 1827.
- FLORIÁN, Eugenio: *Delitti contra la sicurezza dello Stato*. Milán, 1915. Vallardi, editor.
- GHOIZARD, Alejandro: *El Código penal del 70 comentado y concordado*. Madrid, 1902-14.
- GUICCIARDINI: *Storia*. Milan, 1803.
- GUIZOT: *De la peine de mort en matière politique*. Paris, 1822.
- GUTJAR: *Diplomatischer landesverrat*. LSWF. 1929.
- HAPTER: *Lehrbuch besonderteil*.
- HUBER, VALLEROUX: *Analyse de la loi du 26 août 1889*. "Annuaire de Legislation étrangère" 1890.
- LA MARMORA: *I segreti di Stato*. Firenze, 1857.
- LOMBROSO E LASCHI: *Il delitto politico*. Turin, 1890.
- LLORENTE, Manuel: *Proyecto de Código penal militar*. Madrid, 1850.
- MAGNOL, J.: *Commentaire de la loi de 26 janvier 1934*. "Lois nouvelles". 1934.
- MANZINI, Vincenzo: *Diritto penale militare*, 2.ª edición. Padova, 1932.
- — *Diritto penale italiano*. Turin 1939.
- MAUPAS, Jacques: *La repression de l'espionage et l'interdiction des organisations politiques en Suisse*. "Rev. Droit International Pub.", 1930.
- MICHELET: *Histoire de la France*. Paris, 1878-79.
- MUGA LÓPEZ, Faustino: *Antecedentes del Código penal militar de 1894*. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, núms. 1 y 2, 1956.
- NÚÑEZ DE ARENAS, Isaac: *Bases y motivos en que se funda la reforma del tratado de justicia para la nueva Ordenanza militar*. Madrid, 1856.
- NÚÑEZ DE PRADO, José: *Código penal militar*. Madrid, 1885.
- PACHECO, Francisco: *Comentarios al Código penal*. Madrid, 1956.
- NOCITO, Pedro: *Alto tradimento*. Digesto italiano. Milan, Roma, Napoli, 1943.
- PALANDRINI, Rafael Rómulo: *Tipificación contemporánea de los delitos de espionaje*. "Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", 1947.
- PESSINA, Enrique: *Elementos de Derecho penal*. Traducción Pérez del Castillo, 3.ª edición. Reus, 1919.
- QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio: *Compendio de Derecho penal*. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958.
- — *Comentarios al Código penal*. Prólogo del Excmo. Sr. D. Manuel de la Plaza. Edit. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1946.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María: *Espionaje*. "Nueva Enciclopedia Jurídico-Española". Seix, editor. Barcelona.

EL DELITO DE ESPIONAJE

- RUEDA SÁNCHEZ MALO, Antonio: *Notas para la construcción de un concepto del espionaje*. "Revista de Legislación y Jurisprudencia", número 1.º de 1944.
- SALTELLI Y ROMANO DI FALCO: *Commento teorico pratico del nuovo Codice penale*. 2.ª edición. Turín, 1940.
- STAUNTON, Jorge Thomas: *Traducción del "Ta tsing leu ho"*. Traducido al español por VICO Y BRAVO. Madrid, 1884.
- TISSUT: *Le Droit penal*. Paris, 1860.
- UGARTE, Javier de: *Código penal del Ejército*. Prólogo del General don Antonio Ros de Olano.
- VAN CALKER: *Hochverrat und landesverrat*. V. B. B., I
- VON LIST: *Derecho penal*. Traducción de JIMÉNEZ ASÚA. Adiciones de SARDANA. Reus, Madrid, 1914.
- VOFF: *De jure militari*. 1670.

EL ORIGEN DE LOS CABALLEROS DE CUANTIA Y LOS CUANTIOSOS DE JAEN EN EL SIGLO XV

(NOTAS PARA SU ESTUDIO)

por José Manuel PEREZ PRENDES
Y MUÑOZ DE ARRACO

Profesor de la Universidad de Madrid

•Andaluces, arread vuestras monturas:
el quedarse aquí es un error.

•Los vestidos suelen empezar a desh-
lacharse por las puntas, mas veo que el
vestido de la Península se ha roto desde
el principio por el centro»

Abū Muhammad 'Abd Allāh Al-Assal

SUMARIO: I. Introducción.—II. Miguel Lucas de Iranzo, en Jaén.—
III. Los caballeros de cuantía. Concepto y Bibliografía.—IV. Los
precedentes del sistema.—V. El origen de la caballería cuantiosa.—
VI. Evolución de los cuantiosos hasta Alfonso XI.—VII. Las re-
formas de Alfonso XI.—VIII. Situación en Jaén antes del gobierno
por el Condestable.—IX. Las reformas de Miguel Lucas. Regula-
ción general de la prestación.—X. Las reformas de Miguel Lucas.
Los alardes.—XI. Las reformas de Miguel Lucas. Intervención de
los cuantiosos en el gobierno de la ciudad.—XII. Evolución poste-
rior de los caballeros de cuantía.

I

INTRODUCCIÓN

La crónica llamada "Relación de los fechos del muy magnífico
e más virtuoso señor, el señor don Miguel Lucas muy digno Con-
destable de Castilla", redacción anónima de fines del siglo xv, es
una de las fuentes más interesantes para conocer las peculiari-

NOTA.—Índice de obras y revistas citadas abreviadamente.

AHDE = *Anuario de Historia del Derecho Español*. AUM = *Anales de
la Universidad de Murcia*. BFDUC = *Boletim da Faculdade de Direito da*

dades del, en exceso desprestigiado, reinado de Enrique IV (1). Pero pese a ello no se ha sacado del citado texto, que yo sepa, no ya todo, sino ni una mínima parte de su valor si exceptuamos a TORRES FONTES (2). Únicamente GARCÍA DE VALDEAVELLANO (3) ha señalado, someramente, cuáles sean su valor y utilidad.

En las presentes líneas me propongo realizar un estudio sobre una de las materias más interesantes que encierra nuestro texto, desconocida por los que se han ocupado de la crónica, los llamados "caballeros de cuantía", sobre los cuales, en general, no se registra tampoco, hasta ahora, como ya veremos, una aportación de los especialistas digna de tenerse en cuenta.

No pretendemos aquí resolver, pero ni siquiera entrar en el campo erizado de discusiones de la caballería en general, aun cuando nuestra particular convicción se trasluzca en algún momento, sino únicamente trazar unas líneas generales sobre las reformas llevadas a cabo por Miguel Lucas, y relacionar éstas con la situación de la institución a que nos referimos, en el resto del reino castellano-leonés.

Universidade de Coimbra. BRAH = *Bolctin de la Real Academia de la Historia*. CHE = *Cuadernos de Historia de España*. Col. Cortes = *Cortes de los antiguos Reinos de León y de Castilla*. Real Academia de la Historia. Madrid, 1884; Hisp. = *Hispania. Revista española de Historia*. Hinojosa: *Documentos* = Eduardo de HINOJOSA, *Documentos para la Historia de las instituciones de León y de Castilla*. Madrid, 1919. Menéndez Pidal: *Documentos* = Ramón MENÉNDEZ PIDAL, *Documentos lingüísticos de España. I. Reino de Castilla*. Madrid, 1919. MGHLL = *Monumenta Germaniae Historica. Sectio Leges*. MHE = *Memorial Histórico Español*. Colección de Antigüedades, etc., que publica la Real Academia de las Historia. PMHDC = *Portugaliae Monumenta Historica. Diplomatae et Chartae*. Lisboa, 1867. PMHLC = *Portugaliae Monumenta Historica. Leges et Consuetudines*. Lisboa, 1867. RABM = *Revista de Archivos, Bibliotecas y Museos*. RCJS = *Revista de Ciencias jurídicas y sociales*.

(1) La crónica de Miguel Lucas ha sido editada por GAYANGOS, en *MHE*. VIII, 1855, págs. 1-521. Más recientemente por CARRIAZO (Juan de Mata): *Hechos del Condestable Don Miguel Lucas de Iranzo*. Madrid 1940, con estudio preliminar. Las citas de este trabajo se hacen con referencia a esta última edición. Vid. sobre ellas la reseña crítica de BALLESTEROS (A.), en "Hisp." 1943, XI.

(2) *Itinerario de Enrique IV de Castilla*. C. S. I. C. s/a.

(3) GARCÍA DE VALDEAVELLANO (L.): *Historia de España. De los orígenes a la baja Edad Media*. Madrid 1952, pág. 76.

II

MIGUEL LUCAS DE IRANZO, EN JAÉN

Conquistada la ciudad de Jaén tras penosos esfuerzos y largos avatares, como fruto de las campañas de Fernando III (4), entre el 23 y 31 de marzo de 1246, según la minuciosa exposición de BALLESTEROS (5), queda incorporada la ciudad a la corona del Rey Santo, y hasta el término *de facto* de la Reconquista pertenecerá a la comprometida zona de la "frontera", teatro de pequeñas pero constantes escaramuzas devastadoras que obligaban, de una parte, a un gobierno férreo, y de otra, a un estado de alarma y guerra casi perenne entre los habitantes de ella. La falta del primero suponía una desorganización del segundo, y así, la ciudad estaba empobrecida y desolada. El mismo cronista de Miguel Lucas insiste en ello diciendo: "con estos desastres ⁊ vencimientos los moros se avien contra ellos tanto atreuido, ⁊ ellos avian venido en tanto decaimiento, que non es cosa de poderse creer; ⁊ verdaderamente se podía decir que la dicha çibdad era fecha miserable por tantas desuenturas" (6). Si bien el propósito patente en toda la crónica de elogiar a su protagonista puede hacer considerar como exageradas estas palabras, ya que a la mayor gloria del Condestable Lucas de Iranzo convenía presentar un panorama deprimente del Jaén que encuentra para ensalzar mejor, por vía de comparación, el que él deja al morir, no creemos que haya aquí mucha imaginación; el cronista concreta mucho las devastaciones que se recuerdan como más inmediatas, y por otra parte, algún texto de Cortes nos va a presentar un panorama similar. Así, en las Cortes de Burgos de 1367 se pide ayuda para Jaén, que se encontraba sin defensas, yerma y despoblada (7).

(4) GONZÁLEZ (J.): *Las campañas de Fernando III en Andalucía*. En "Hispania" Tomo VI, núm. XXV.

(5) BALLESTEROS (M.): *La conquista de Jaén por Fernando III el Santo*. CHE, XX. Buenos Aires 1953, pág. 133.

(6) *Crónica*, págs. 66-67.

(7) "Otrossy alo que nos dixieron que los procuradores dela çibdat de Jahen e de Lorca e de Medina çelím queles dixieran e mostraran el er-

En este mismo sentido se manifiesta una *Historia de Jaén* que se conserva manuscrita en la Biblioteca Nacional (8), y que al igual que la crónica, elogia grandemente la gestión gubernativa que nuestro personaje llevó a cabo.

En estas condiciones, Miguel Lucas de Iranzo, que había sido elevado a la nobleza en junio de 1455 en el Real sobre Granada (9), nombrado corregidor de Baeza en agosto del mismo año (10), e investido con la dignidad de Condestable de Castilla (11), y que según nos informa la crónica (12) era, entre otras preeminencias y honores, alcalde de Jaén y Alcalá la Real, fija su residencia en Jaén a su regreso de la *desnaturatio* que por desavenencias con el rey Enrique IV lleva a cabo en 1460 (13).

mamiento e despoblamiento que han en los dichos lugares, lo vno porque Jahen e Lorca están en ffrontera de moros... et que estauan mal çercadas e mal rreparadas et que ssy alguna guerra rrecreçiese, podria venir por ende grand dapno en la nuestra tierra: e que nos pedien por merçed que les ficlesemos merçed en tal manera porque se ellos podliesen rreparar e deffender." En "Col. Cortes", II, Madrid 1863, págs. 151-152.

(8) *Historia de la Ciudad de Jaén*. 1.^a y 2.^a partes. S/a. S/l. Ms. 178 de la Biblioteca Nacional. 1.^a parte, capítulo 8. Fols. 70 (algo roto) a 78.

(9) TORRES FONTES: *Itinerario*. Pág. 42.

(10) *Ib.* Pág. 45.

(11) *Crónica*. Págs. 9-13. "Condestable" era un término romance nacido de "comes stabuli". Desde luego, en el siglo XII no existía todavía el término en Castilla, como lo prueba que al romancearse el *Liber Iudiciorum*, se tradujese por "los que mandan los rapaces que guarden las bestias", como ocurre en la versión de la ley II-4-4 (Vid. nuestra tesis doctoral *La version romaneada del "Liber Iudiciorum"* Madrid 1958). Fué introducido por Enrique II en 1382. Miguel Lucas sucede en dicho cargo a D. Alvaro de Luna, según dice la crónica "Vsen con vos... en todas las cosas anexas e pertenescientes al dicho oficio, ç cumplan vuestros mandamientos ç seayan ç con vos según ç por la forma ç manera ç como mejor. ç mas conplidamente vsaron ç se ouieron con el dicho maestre don Alvaro de Luna", página 11. Esta referencia a las atribuciones del antecesor para determinar claramente el alcance del cargo, es frecuente en la documentación de la época: recuérdense, por ejem., las Capitulaciones de Santa Fe de 1492 entre los Reyes Católicos y Colón. Nos parece, además, que el discurso contenido en la crónica, págs. 9-12, es un texto fundamental para conocer las funciones y prerrogativas del cargo de Condestable, pero nada sabemos de su uso en tal sentido.

(12) La *Crónica* repite esto varias veces: págs. 6, 7, 11, 12.

(13) Nos parece la estancia de Miguel Lucas en Aragón durante una buena parte del año 1460 un auténtico intento de desnaturación, del cual

De esta ciudad ya no había de salir la insigne figura que nos ocupa, permaneciendo aislada, ya que no ignorante, de las intrigas que en la Corte del desdichado Enrique IV se sucedían (14), hasta su muerte violenta ocurrida en el año 1473 en el mismo Jaén.

Lo que podíamos llamar causa inmediata de la permanencia del Condestable de Castilla en Jaén, alejado de toda actividad política en sentido jurídico, se encuentra no tanto en el hecho del avocamiento de la familia de su esposa y de la suya propia en esta zona (15), ni en su cargo harto menguado al lado del Canciller mayor, miembro del Consejo del rey o Condestable, de Alcaide de la citada ciudad, sino en que él mismo elige este territorio para residencia vitalicia cuando Enrique IV le pide que se encierre en donde prefiera, a fin de terminar con sus intentos de desnaturación en Aragón, a donde había enviado sus bienes muebles, Lucas de Iranzo (16).

Con ello presenciarnos, de una parte, cómo el Condestable de Castilla asume de hecho unas funciones que no son suyas y actúa de modo parecido más bien a un adelantado de frontera, y todo ello con independencia que encaja bien en el fraccionamiento del reino en este momento (17), fraccionamiento que se agudiza

el rey no quiere darse por enterado. El Condestable se va por sentirse agraviado y pospuesto por el rey, se despide de él mediante carta, le acompañan los suyos, etc. Por su parte, Enrique IV, emplea una enorme gama de procedimientos para detenerle, exigiéndole juramento de no marcharse, haciéndole vigilar y por fin apelando a la eficaz mediación del Obispo de Cuenca para lograr su regreso. Todo esto no se explicaría si no fuera porque Enrique IV quiere evitar lo que el Condestable busca, es decir, el efecto psicológico de una desnaturación nada menos que del titular de tan importante cargo.

(14) Carta de Miguel a Enrique IV. Ms. 1619, fol. 66: "pues su Alteza se quiere a sabiendas perder que se haga su voluntad y se esté perdido como agora está y todavía lo estará más según el camino que sigue". B. N. Madrid.

(15) *Crónica*. Págs. 15, 18, 19 y 31. Este afincamiento continuó una vez muerto Miguel Lucas, aparte los datos que recuerda CARRIAZO, cabe indicar que el Ms. 3328 de la B. N. presenta a Don Luis Lucas de Torres, hijo del Condestable, viviendo en 1495 y en Jaén, de acoastamiento "con sus Altezas", fol. 102 r.

(16) *Crónica*. Págs. 30-31.

(17) Sobre el fraccionamiento del reino Vid. TORRES FONTES: Op. cit.,

cada vez más en los últimos años del extraño monarca. De otra parte vemos también que, sin dejar de ser tal Condestable, no lleva a efecto ninguna función de las que como tal le están encomendadas. Ciertamente es que tal cargo suponía una actividad esencialmente guerrera, en sentido nacional, que no se da verdaderamente en el reinado de Enrique IV, y menos en esta época: que las pocas veces que el rey tomó las armas, Miguel Lucas suele aparecer a su lado. Todo esto puede ser cierto; pero también lo es que aparece bien menguada la actividad en cuanto Condestable de Miguel Lucas. Por ello quizá esta inactividad contribuye al vaciamiento de contenido efectivo del cargo, quedando reducido en época relativamente próxima a un puro honor sin trascendencia en la organización política del reino en vez de encerrar, como con don Alvaro de Luna, posibilidades de transformarse en una fortísima palanca dentro de la constitución política castellana (18).

Sea lo que fuere, la gestión de Miguel Lucas en Jaén se nos aparece orlada de aciertos, y esto es lo que aquí interesa. Su cronista señala que se ocupó de organizar la recta administración de justicia, de guarnecer la ciudad y de "reformular, reducir en mayor número de caualleros que le falló y tanto en esto trabajó, que los llegó a mill 72000 caualleros de enantía" (19), habiendo encontrado al llegar que "no avia... ciento 75000 rocines para salir al campo" (20). Sobre este segundo aspecto vamos a interesarnos aquí.

página 6. Concretamente de la anarquía en Andalucía nos habla la carta de Miguel Lucas cit. sup. nota (14), "para allanar las divisiones y diferencias desta andaluzia", fol. 65 v.

(18) El expediente, sin embargo, no es muy nuevo: recuérdese el caso del Infante Don Juan Manuel en el Adelantamiento de Murcia, que puede presentar similitud con éste de Miguel Lucas, aunque no una absoluta semejanza, ya que entre otras diferencias no se nombra a nadie para desempeñar de hecho las funciones del Condestable, cosa que se hará con el Infante.

(19) *Crónica*. Pág. 68.

(20) *ib.*, pág. 66.

III

LOS CABALLEROS DE CUANTÍA. CONCEPTO Y BIBLIOGRAFÍA

Entendemos por "caballeros de cuantía" aquellos individuos que por poseer una riqueza base determinada por la ley ("cuantía"), vienen obligados a prestar el servicio militar a caballo y a su costa.

Los términos con que en las diversas fuentes se les designa son variables: "cuantiosos", "continuos", "de cuantía", "de alarde", "de premia", "de gracia", con leves variantes ortográficas, pero debe advertirse que estos términos no son siempre unívocos (21).

(21) Si bien cuando se habla de "cuantiosos" o "de cuantía" no se alude con ello más que a los obligados a la forma de prestación del servicio militar que hemos descrito, el empleo de los demás términos se hace en ocasiones aludiendo con ellos a distintos tipos, ya de guerreros, ya de funcionarios. Ejemplo claro es el término "continuos" que muchos escritores del siglo XIX toman por similar del de "cuantiosos" empleándolo como derivado de la voz "contía". Sin embargo, este nombre debe reservarse a fin de no incurrir en confusiones, a unos funcionarios que en la baja Edad Media formaban una especie de guardia personal de los reyes con el nombre de "caballeros continos de la casa del rey". El nombre no hace referencia a su "contía" de bienes, sino a que prestaban dicho servicio de modo permanente, "continuamente", formando un tipo especial de funcionarios palatinos. En este sentido los define COVARRUBIAS: *Tesoro de la lengua castellana*. Ed. Riquer, Barcelona 1943, voz "Continuar", diciendo: "Contínuo, oficio en la casa del rey", y MARTÍN DE ARRÚE: *Curso de Historia militar*. Toledo 1898, quien dice en la pág. 85: "Los continuos, escuderos a caballo de los últimos reyes de Castilla". No conocemos sobre estos individuos estudio detallado. Vid. una referencia de LUCAS CORTES a DORMER sobre esto, en nuestro trabajo *En torno a la más antigua historiografía jurídica española*. "Rev. Fac. Derecho", Madrid, vol. III, número 5, nota 4). El texto más antiguo en que aparecen se remonta a la época de Juan II. En la *Crónica inédita de los Reyes Católicos* y en la *Crónica de Pedro Carrillo de Huete, el halconero de Juan II*, ambas editadas por CARRIAZO y en diversos textos de Cortes, especialmente las de Toledo de 1538 y Valladolid de 1544, se encuentran una serie de alusiones a estos individuos, que a nuestro entender permiten afirmar que su naturaleza jurídica es una manifestación del régimen llamado de "acostamiento" mediante el cual los reyes libraban ciertas cantidades de dinero a individuos que habrían de servirles por ellas. A lo largo del período citado la situación de estos servidores rea-

Acercas de su origen, características y desenvolvimiento no se registra, salvo las contadas alusiones que indicamos a continuación, ningún estudio serio ni completo. De entre las obras dedicadas al estudio de la caballería, sólo CLONARD (22) ofrece algunos datos sobre ellos; pero circunscribiéndose a la organización posterior a los Reyes Católicos, siendo precisamente esta época, una vez terminada la Reconquista, la que menos interés presenta para el estudio de este tipo de prestación militar.

Para obtener información acerca de estos caballeros es preciso recurrir, aparte de algún manual de Historia del Derecho (23), a los trabajos de TEXEIRO (24), CARANDE (25) (que no se refieren al tema de modo directo, sino que lo tratan incidentalmente), PALOMQUE (26) y a la nota publicada por Pilar LOSCERTALES en

les se vuelve cada vez más grave al no serles pagados los libramientos que se les adeudan, pese a las reiteradas demandas de las Cortes en tal sentido. Estos funcionarios debían pertenecer a la nobleza; ingresando jóvenes en este servicio (en algunas de las fuentes citadas se les denomina "mancebos"). Su número era de cien y posiblemente su cargo era vitalicio o por tiempo muy dilatado. A lo largo del año disfrutaban una "licencia ordinaria" de tres meses de duración. Por imitación, también en las casas de los nobles más poderosos se designa con el nombre de "continuos" o los criados que presentan una similitud con estos funcionarios: ello ocurre con el propio Miguel Lucas

El término caballeros "pardos" que algún autor como PADILLA identifica con los "cuantiosos", como enseguida veremos, debe reservarse para los caballeros "villanos" o "ciudadanos" que no son precisamente iguales a aquellos, ya que en su nacimiento no interviene la nota de obligatoriedad, de coacción ("premia") característica de los "cuantiosos". A su vez, la expresión "Caballero de gracia" alude, propiamente hablando, a los caballeros "villanos", ya sean de cuantía o no, que han sido armados caballeros.

(22) CLONARD (Conde de): *Historia orgánica de las armas de infantería y caballería*. Vol. IV, cap. XX, págs. 158-159. Además de referirse solo al tiempo citado, tampoco se ocupa más que de los cuantiosos de Andalucía y Murcia.

(23) Fundamentalmente: RIAZA Y GARCÍA-GALLO, *Manual de Historia del Derecho español*. Madrid 1934, pág. 602. GARCÍA-GALLO: *Curso de Historia del Derecho español*. Tomo I, 5.ª ed. Madrid, 1950. Pág. 454.

(24) *Las Milicias de Sevilla*. RABM. 1907, págs. 222-243

(25) *Sevilla, fortaleza y mercado*. AHDE, II, págs. 278-280.

(26) *Contribución al estudio del Ejército en los estados de la Reconquista*. AHDE, V, págs. 299 y sigs.

el *Diccionario de Historia de España* (27). Además de estas referencias monográficas cabe citar algún autor antiguo que también de pasada alude al tema: entre ellos no queremos olvidar a PABILLA (28).

Dada esta escasez de estudios sobre los caballeros cuantiosos en general, parece adecuado dedicar unas líneas, una vez fijado el concepto, a diseñar, siquiera sea brevemente, su origen y evolución, ya que sobre todo el primer punto aparece inédito para la historiografía jurídica española.

Antes de comenzar a exponer los resultados de nuestro análisis de las fuentes, convendrá hacer alguna consideración justificativa de la forma que hemos creído conveniente imprimir a este trabajo. La caballería villana, los cuantiosos, son, dejando aparte ahora las consecuencias políticas que su presencia engendra, un producto de las circunstancias impuestas por la vida de la Reconquista. En las zonas de "frontera", a las que antes hemos aludido, la vida se desarrollaba con una enorme inseguridad: en cualquier momento la morisma andaluza podía irrumpir en ellas, en incursiones cuya mejor ventaja era su rapidez. Para prevenirse de tal peligro no podía pensarse en otro expediente que el de hacer de cada habitante de esa zona un guerrero para cuando la ocasión lo requiriese. De esta forma los pequeños agricultores y habitantes de las ciudades limítrofes, dejaban su arado o su industria por la espada, y acabado el combate volvían a ella. Hay, pues, una necesidad, la forma que el Derecho le da es lo que vamos a indagar a continuación. Para ello será preciso revisar, como es natural, las fuentes relativas al espacio geográfico en el cual esa circunstancia se daba, ya que para tener una idea exacta, no podemos contentarnos con

(27) Vol. I, voz *Caballería villana*. Págs. 480-481.

(28) "Anotaciones a las leyes de España" (Ed. Bonet Ramón. *La Historiografía jurídica española de los siglos XVI y XVII*. RCJS. Madrid, 1933, núm. 59, entre otros lugares, pág. 364): "Antiguamente los reyes a villanos que eran obligados a mantener armas por cuantías que tenían de haciendas, cuando hacían alguna cosa señalada en batalla o guerra contra moros, donde el rey estaba presente, armábalos caballeros y tenían ellos y sus hijos las mismas preeminencias que los hijosdalgo cuanto a sus personas, pero cuanto al estado eran menores, y así, en Portugal, donde al presente se usa, tienen por menor en estado el de éstos que el de hijodalgo, y así lo tuvieron en Castilla, donde son llamados Caballeros Pardos".

sistematizar las disposiciones de una sola fuente, ni siquiera tomarla como principal para relacionar con ella algunos datos complementarios.

Pero una vez que ha pasado el peligro y la necesidad no se siente, la forma jurídica de prestación que esa necesidad llevaba implícita, se convierte en una vana cáscara, en una norbia vacía sin aplicación práctica contra la cual lucha la costumbre. Eso es lo que aconteció con la caballería cuantiosa una vez terminada la Reconquista. Los esfuerzos legislativos encaminados a que los pudientes, que ahora no tenían peligro inmediato ninguno, sostuviesen un caballo, hubieron de caer en el desuso; la institución había perdido su vida, su razón de ser y, por consiguiente, su interés. Ello se produce, precisamente, en el momento en que, a consecuencia de una serie de disposiciones que en su lugar detallaremos, se descentralizará el cumplimiento de la obligación que estudiamos, en manos de las administraciones locales. Desde el momento en que esto ocurre la caballería cuantiosa, manteniendo su carácter de obligación para determinados súbditos en todo el reino, habrá de ser estudiada en el marco concreto de cada ciudad, presentando notables variantes de una a otra. La consecuencia de ello será que, para tener idea de cómo se desarrolla en este segundo momento el tema objeto de nuestro estudio, habrá que estudiarlo ciudad por ciudad y punto por punto, manteniendo su individualismo y no pudiéndose trazar líneas generales y comunes con el ensamblaje de las noticias que de ellas procedan. En una palabra, que si para estudiar el origen y desenvolvimiento de los cuantiosos hasta el siglo XV, se hace preciso adquirir una visión sobre amplios territorios, con posterioridad a esa fecha el panorama se quiebra en múltiples recipientes que, conteniendo una idea similar, la formalizan jurídicamente de diversa manera.

Este proceso evolutivo nos impone una forma expositiva especial en lo que concierne, sobre todo, al siglo XV y años posteriores. En efecto, en gran número de ciudades (me remito a lo que más abajo se dirá) la obligación de prestar servicio militar a caballo, según los bienes, fué una olvidada disposición que no se cumplió o se cumplió simbólicamente; en otras nada original se aportó, se fijó un tope de bienes, se vigiló por el cumplimiento de los aceptados, y en el mejor de los casos, que no en todos, se les respetaron sus derechos a intervenir en el gobierno de la vida municipal. A

nuestro entender una enumeración erudita de datos de este tipo, sin carecer de interés, parece que tendría muy poco. Por esto ha parecido mejor para estudiar la caballería cuantiosa desde el siglo xv hasta su extinción, seguir un procedimiento algo diferente del empleado para analizar sus orígenes. Para ello hemos recogido la mejor regulación que las fuentes nos ofrecían, la de Miguel Lucas de Iranzo, en Jaén: en ella se dará, como ya veremos, una gran visión política, militar y administrativa, así como un perfecto conocimiento del Derecho; una vez examinada la hemos puesto en relación con la acromía reinante en este punto en las más florecientes ciudades que aún conservaban cierta práctica de la caballería cuantiosa. Y de esta forma, creemos haber presentado, en realidad, la verdadera faz que ofrece en estos años la caballería cuantiosa: Una atonía general que llega a desembocar en la consunción y frente a ella, la única reglamentación que encierra cierta personalidad y alguna ambición de contenido.

IV

LOS PRECEDENTES DEL SISTEMA

Prescindiendo ahora de la discusión acerca de si los visigodos tenían o no una fuerte porción de caballería en su ejército (29), cabe señalar que siendo, como advierte SÁNCHEZ-ALBORNOZ, "inútil todo empeño de establecer, ni siquiera adivinar, quiénes servían a caballo en el ejército visigodo" (30), nada podemos indicar acerca de las relaciones que entre ellos pudiera guardar la cuantía particular de bienes con el servicio militar a caballo, ni de la forma en que plasmasen en el problemático caso de existir tal relación.

(29) Negan la importancia de la caballería visigótica, si no en absoluto, por lo menos disminuyendo bastante su alcance, dos de los autores que mejor conocen este periodo: DAHN (F.): *Die Könige der Germanen*, vol. VI, páginas 217-218, y TORRES LÓPEZ (M.): *Lecciones de Historia del Derecho Español*, vol. II, 2.ª ed., págs. 281-282. Frente a ellos la afirma otro especialista, SÁNCHEZ-ALBORNOZ: *En torno a los orígenes del feudalismo*, tomo III, Mendoza 1942, págs. 83-103.

(30) Ap. SÁNCHEZ-ALBORNOZ: *Op. cit.*, pág. 101.

Sin embargo, es un pueblo de estirpe germánica el que por primera vez nos ofrece un sistema similar al que nos ocupa. En la legislación del monarca lombardo Liutprando, en 726, se encuentran preceptos que permiten deducir que en su ejército servían a caballo los que poseían casas y tierras (31), ya que permite a una serie de funcionarios eximir de tal deber a ciertos súbditos.

Más clara que en este texto aparece dicha obligación en el edicto de Aistulfo, de 750, donde se dispone que los que tengan una fortuna elevada o regular, tanto si son propietarios rurales como comerciantes, sirvan a caballo en el ejército (32).

BRUNNER, en un trabajo famoso (33), ha sostenido la existen-

(31) "De omnibus iudicibus, quando in exercito ambolare necessitas fuerit, non dimittant alios homenis, nisi tantummodo qui unum cavallum habent, hoc est hominis sex, et tollant ad saumas suas ipsos cavallos sex: et de minibus hominibus qui nec casas nec terras suas habent, dimittant homenis decem: et ipse homenis ad ipsum iudicem faciant per ebdomada una operas tres usque dum ipse iudex de exercitu revertitur. Sculdahis vero dimittat tres, qui cavallus habent, ut tollant ad saumas suas cavallus tres: et de minoribus hominibus dimittant hominis quinque qui faciant operas tres, dum ipse reversus fuerit, sicut ad iudicent dixemus per ebdomadata una operas tres. Saltarius quidem tollat cavallo uno, et de minoribus qui ei operas faciat, tollat homine uno, et faciat ei operas, sicut supra legitur. Et si amplius iudex vel sculdahis aut saltarius dimittere presumpserit homines sine regis permissio aut lussione, qui in exercitu ambolare debent componat wirgild suum in sagro palatio."

(Liutprandi Leges, De Anno XIV, núm. XIII. MGHLL, IV, págs. 140-141.)

(32) "De illos homines qui possunt loricam et minime habent vel minores homines qui possunt habere cavallum et scutum et lanceam et minime habent, vel illi homines qui non possunt habere nec habent undi congregare, debeant habere scutum et coccura. Et steit ut ille homo, qui habet septem casas massarias, habeat loricam suam cum reliqua conclatura sua, debeat habere et cavallos; et si super habuerit per isto numero debeat habere cavallos et reliqua armatura. Item placuit, ut illi homines, qui non habent casas massarias et habent quadraginta iugis terrae, habeat cavallum et scutum et lanceam; item de minoribus, principi placuit, ut si possunt habere scutum, habeant cocora cum sagittas et arcum.

Item de illis hominibus qui negotiantes sunt, et pecunias non habent: qui sunt maiores et potentes habeant loricam et cavallos, scutum et lanceam; qui sunt sequentis, habeant cavallos, scutum et lanceam; et qui sunt minores, habeant coccoras cum saggittas et arcum."

(Ahistulfi Leges, 3 y 4. MGHLL, IV, pág. 196.)

(33) "Der Rittersdienst und die Anfänge des Lehenwesens" en Zeit-

cia de esta obligación entre los francos y en la época carolingia, suponiendo que su promulgación tuvo lugar en el Capitular de Carlomagno sobre el armamento del ejército, hoy perdido. Pero frente a esta opinión se ha alzado SÁNCHEZ-ALBORNOZ (34), quien apoyándose en el absoluto silencio que sobre esta pretendida prescripción guardan los restantes capitulares de Carlomagno y su hijo Ludovico Pio, y en que esta suposición brunneriana se contradice con su propia tesis fundamental (que es la concesión de beneficios por los reyes francos para con ello lograr que los agraciados presten el servicio militar a caballo, niega la existencia de esta forma de prestación de servicio en la organización franca del siglo XI, al menos en su primera parte.

Más tarde sí encontramos esta obligación, como lo demuestra un texto titulado *Constitutio de Expeditione romana*, falsificación tardía de la cual se desprende que en el siglo XI prestaban servicio a caballo los dueños de una fortuna evaluable en diez "hufen".

Si bien, a mi entender, no cabe pretender con sólo estos datos una influencia franca en la organización del ejército de los Estados hispánicos de la Reconquista (35), sí es lícito señalar que la relación entre una determinada fortuna y el servicio militar a caballo de los poseedores de la misma, que es, en síntesis, la estructura jurídica de los caballeros cuantiosos, no es una ins-

schrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Band 8-21, 1887, pág. 26. Se funda de un modo primordial en la disposición de Aistulfo, reproducida en la nota anterior, diciendo al hilo de ella: "Bei dem Franken wird es unter Karl dem Grossen kaum anders gewesen sein", a lo cual apostilla agudamente SÁNCHEZ-ALBORNOZ en su obra ya citada, sobre los orígenes del feudalismo, que es dudoso que BRUNNER hubiera podido responder con argumentos de peso en caso de que alguien le hubiese preguntado el porqué de tan rotunda afirmación.

(34) Op. cit., pág. 71, nota (102). SÁNCHEZ-ALBORNOZ es el único autor que puntualiza estos extremos, las críticas que a la tesis de BRUNNER han hecho otros autores como DOPSCH y DELBRÜCK se refieren al tema central de la relación entre beneficio y caballería sostenida por el famoso historiador del Derecho germánico.

(35) Sobre un posible influjo franco en el Derecho medieval español, se ha ocupado D'ORS en una conferencia pronunciada en el Ateneo de Madrid en 1956, si bien se circunscribió casi solamente a las instituciones del Derecho privado. Vid. sobre esto G. DE VALDEAVELLANO: *El desarrollo del Derecho en la Península Ibérica hasta alrededor del año 1300*, en "Cahiers d'Histoire Mondiale", Vol. III, núm. 4, 1957, pág. 845.

tiación originaria del medievo español en su misma, ya que un poco antes que en Castilla o León aparece en Francia. Lo que se tiene de diferente la organización española es su vertebralidad en la constitución política del reino, que le dará una fisonomía distinta del resto de los Estados europeos basados en un patrón feudal.

V

EL ORIGEN DE LA CABALLERÍA CUANTIOSA

La evolución de la caballería de cuantía en España, y concretamente en los Estados occidentales de la Reconquista, está íntimamente ligada al desarrollo de la caballería en general: es una pieza más de todo el mosaico, riquísimo en matices, de dicha institución, y al hilo de ella hay que estudiarla. Los cuantiosos no son sino una manifestación de aquel fenómeno conocido por el nombre de "caballería villana" que tanto determinó a la organización política castellana. Como con certeras frases indicaron HINOJOSA y DIEZ CANSECO, los caballeros eran "burgueses de los que, poseyendo cierta fortuna costeaban caballo y armas (36) y, por consiguiente, "no era como tal un grado de la nobleza, sino sencillamente quien tenía caballo y con él iba a la guerra" (37).

Si bien en otros Estados medievales de la época de la Reconquista se nos va a aparecer una institución similar, como ocurre en Aragón con los llamados "infanzones de carta" (38) o en Valencia con las disposiciones sobre caballería de Jaime I (39), en

(36) HINOJOSA: "El Derecho en el poema del Cid", en *Estudios sobre la Historia del Derecho español*, Madrid 1903, pág. 80.

(37) DIEZ CANSECO: *Sobre los fueros del Valle de Fenar, Castrocalbon y Pajares*, AHDE, I, pág. 369.

(38) RIAZA y GARCÍA-GALLO: Op. Cit., págs. 207 y 322. SÁNCHEZ-ALBORNOZ: *España, Un enigma histórico*, Buenos Aires, 1956, vol. II, pág. 53.

(39) QUEROL y ROSO: *Las milicias valencianas desde el siglo XIII al XV. Contribución al estudio de la organización militar del antiguo reino de Valencia*, Castellón de la Plana 1935, págs. 183-184 y 187. Recoge privilegios de Jaime I en 1266 y su confirmación por Pedro III en 1283, insertos en la *Aurem opus*.

estas líneas nos vamos a limitar al estudio de la institución en León y Castilla, para concluir con su punto culminante en la Edad Moderna; las reformas del Condestable Lucas de Iranzo en Jaén.

Las líneas fundamentales del proceso evolutivo de la caballería en León y Castilla han sido diseñadas por SANCHEZ ALBORNOZ en unas de las más bellas páginas dedicadas jamás a la Historia de España (40), resumiendo en suave síntesis armónica los resultados de sus propias investigaciones con el resto de las demás aportaciones a la historia de la caballería villana. Sólo falta tejer y precisar matices sobre ese cañamazo magistral.

Se suele fijar el origen de los caballeros de cuantía en las disposiciones dictadas por Alfonso XI en las Cortes de Alcalá de 1348. Tal es el criterio de TENORIO y de CARANDE que le sigue (41). En estas líneas voy a intentar una postura distinta: a mi entender, el citado monarca no hizo sino reglamentar y extender para su mejor cumplimiento una prestación ya existente y nacida mediante el transcurso natural de las cosas. La misma naturaleza que la legislación de Alfonso XI tendrán las distintas regulaciones que los reyes posteriores a él dictarán sobre el mismo tema. El origen de esta prestación militar a caballo hay que buscarlo en los más antiguos textos locales que plantan las bases jurídicas de la repoblación castellano-leonesa.

Dado el interés de los reyes leoneses y castellanos por fomentar un ejército de caballería fuerte y del que se pudiese disponer con rapidez, se otorgaron una serie de privilegios a aquellos que por sus propios medios mantuviesen un caballo apto para la guerra y armas para combatir sobre él. Así resultó que la caballería se integraba por aquellos que peleaban a caballo en virtud de una dotación económica que el mismo rey les otorgaba para ello y por los que se agregaban a dicho grupo costeándose solos tres medios guerreros. Para fomentar este segundo sector se dan

(40) España. *Un enigma histórico*. Págs. 51 y sigs. Los estudios a que en ella se alude son la tesis doctoral de Carmela PISCADOR, inédita, y el de Adriana Bo y María del Carmen CARLÉ: *Cuando empieza a reservarse a los caballeros el gobierno de las ciudades castellanas*. CHE. XX, págs. 114 y siguientes. De este estudio nos ocupamos más abajo.

(41) CARANDE: Op. cit., pág. 229.

en los textos locales una serie de exenciones y privilegios a los individuos que mantengan caballo y armas. Tal es el caso de Castrojeriz (42), Palenzuela (43), Castroalbón (44), Vilavaruz de Rioseco (45), Sanabria (46), Santo Tirso y Castrillino (47), Salamanca (48), Ledesma (49), Santa Cristina (50), Castrotorafe (51). Mi-

(42) *F. Castrojeriz*: "et firment super infanzones de foras Castro". Ed. MUÑOZ ROMERO, "Colección de fueros municipales y cartas pueblas", I, Madrid 1847, pag. 37.

(43) *F. Palenzuela*: "Miles de Palenzuela qui habuerint eorum et scutum, et lanceam, et arma, et exierit cum vicinis de Palenciola, aut cum seniore, in apellido non faciat ullam facenderam". Ed. MUÑOZ, pag. 276.

(44) *F. Castroalbón*: "Qui habuerit casam in castro galuon in solare de seniore uille, si habuerit caballum et habuerit ortum et prestimonium de domino soli III solidos in offertione et duabus uicibus eat cum domino suo in anno ad junctam... Et si non habuerit caballum det domino soli III solidos et eat V diebus in anno ad laborem domini". Vid. DIEZ CANSECO: Op. cit., en la nota (37) de este trabajo, pag. 362, nota (2).

(45) *F. Vilavaruz de Rioseco*: "pedones faciant serna de mense in mense... et cavaleros faciant serna sex diebus in anno ad laborem domini". Ib. pag. 371, nota 1.

(46) *F. Sanabria*: "todos los vecinos de Sanabria que tovieren cavallos non fagan facendera". Ed. GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, vol. II, pag. 511. Estos fueros no se conservan en su forma original sino romanizada y confirmados por Alfonso X.

(47) *F. Santo Tirso y Castrillino*: "Qui caballum de infestos haouerit, non colligat passatores, nec vadat ad sernam cum bobus". Vid. DIEZ CANSECO: Op. cit., pag. 366, nota (1).

(48) *F. Salamanca*: "CCCII. De cauallero qui tener cauallo Cauallero qui tovier cauallo de X marauedis non peche". Ed. SÁNCHEZ RUANO, pag. 87.

(49) *F. Ledesma*: "358. Todo cauallero que morar en Ledesma e ouier cauallo e lança e escudo e loriga e capillo de fierro e tienda redonda lieue VIII escusados. 359. Todo cauallero que ouier cauallo e lança e escudo e capiello de tierro II escusados lieue 360. Todo cauallero que ouier caualla e lança e escudo e capiello de fierro e loriga, si non ouier tienda redonda lieue quatro escusados". Ed. ONIS Y CASTRO: *Fueros Leoneses*, pag. 279.

(50) *F. Santa Cristina*: "Cavallario de Sancta Cristina non habeat a dire in fonsado, nec dare nuncio, nec maneria, nec pausatario non pausat in sua casa de cavallario nec de mulier vidua". Ed. MUÑOZ, pag. 222.

(51) *F. Castrotorafe*: "et cassa de clerigo, et de cavallero et de vidua, non posse ninguno sin suo grado". Ib., pag. 481.

guelturra (52), Villavicencio (53), Toledo (54), Aceca (55), Lara (56), Toro (57), Sepúlveda (58), Añador (59).

Estas citas podrían multiplicarse sin esfuerzo, mas, en verdad, no es necesario; este florilegio de fueros, entremezclados a propósito, procedentes de territorios diversos, nos muestran cómo se intenta favorecer la existencia de una caballería villana por los medios más sencillos y rápidos: la liberación de aquellos servicios y prestaciones que más odiosos parecen. La diversidad que estos textos presentan en cuanto al alcance de cada privilegio se explica bien considerando la distinta situación en cada caso; tal fenómeno es frecuente no sólo en este acaecer concreto de la caballería, sino en otras cuestiones, como por ejemplo, el hallazgo

(52) *F. Miguelturra*: "... e todo cauallero que touviere cauallo de ueynte maravedis arriba non peche". Ed. HISOJOSA: *Documentos*, pág. 143.

(53) *F. Villavicencio*: "Qui ovier cavalo, o egua, escudo e lanza non de fumaiga, ne pose nengun en sua casa". Ed. MUÑOZ, pag. 179.

(54) *F. Toledo*: "Sic vero dedit libertatem militibus a portatico de caballis et mulis in civitate Toletu". *Ib.*, pag. 364.

(55) *F. Aceca*: "Dispone que sea franco y honrado el que tuviese caballo". Vid. MUÑOZ y ROMERO: *Catálogo de fueros municipales*. Madrid, 1837, pág. 12.

(56) *F. Lara*: "Et qui caballum habuerit non pectet Anubda". Ed. MUÑOZ, pág. 518.

(57) *F. Toro*: "Homo qui levaverit recundam et caballum in hostem liberet quator excusatos". Ed. GONZÁLEZ: *Op. cit.* II, pág. 536.

(58) *F. Sepúlveda*: "Del que morare en arraval, que no sea menestral. Todo morador de arraval que non sea menestral, que toviere cavallo que vala XX mrs. o dent arriba, que non sea ataharrado ç tenga escudo ç lança perpunte ç capiello, non peche pecho ninguno, sinon moneda. Es escusse sus aportellados como los de la villa". Ed. SÁEZ, GIBERT, ALVAR, pág. 133.

(59) *F. Añador*: "Et demas mandamosvos que tod aquel vezino que toviere cavallo al fuero, que sea excusado". *Ib.*, pág. 190. Debe entenderse que la voz "al fuero" se refiere al fuero de Sepúlveda. En esta edición que hemos citado pueden verse unas observaciones de GIBERT sobre la expansión de los privilegios de caballería del *F. Sepúlveda* a través de *F. Uclés*, y, además del caso del *F. Añador*, citado en esta nota se encuentra en *F. Puebla de Don Fadrique*: "cualquier que en la villa morare e caballo e armas mantoviene, que sea excusado de pecho". *Op. cit.*, pág. 419.

Recuérdese también, aunque insisto en que esta enumeración de textos no tiene carácter exhaustivo, *F. Guadalajara*, ed. QUENISTON, pág. 51, *F. Cuenca*, ed. UREÑA, I, 16; *F. Arguedas*, ed. MUÑOZ, pág. 330.

del tesoro. Si hubiese uniformidad en los privilegios, éstos dejarían de ser tales *privatae leges* para convertirse en leyes generales donde la misma esencia del privilegio no puede manifestarse. Y respecto a que el tal privilegio sea más o menos amplio que el de otro lugar, juega ya la necesidad de cada momento y de cada sitio.

Pero pronto se reveló ineficaz este solo sistema de fomento de la caballería. Sin embargo, antes de convertirse en obligatoria la tenencia de caballo según la cuantía de bienes, se fueron ampliando las facultades sociales y políticas de los caballeros al compás que se reducían las de aquellos que no dispusiesen de iguales medios de fortuna. El panorama de los privilegios concedidos a la caballería aparece claro en la redacción y fijación del *Fuero de Sepúlveda*, centro creador del Derecho de la Extremadura castellana, en opinión de GIBERT (60). De la obligación que tienen las autoridades de las ciudades de mantener caballo, punto que antes documentamos ampliamente, se va a pasar en seguida a dejar reservado para los caballeros ciudadanos el gobierno de los concejos, formándose así una clase social predominante en el gobierno de las entidades locales. Pero no llegó más allá la regulación de la caballería villana contenida en los textos castellanos. Únicamente, y a fin de dar una cierta estabilidad a esta clase social, se fijará un valor mínimo del caballo para que pueda otorgar a su mantenedor la condición de caba-

(60) Op. cit., pag. 548. "Dentro del Derecho castellano, Sepúlveda es el centro creador de su especialidad de Extremadura, que modela la organización jurídica de toda Castilla directamente o mediante el fuero de Cuenca." En el punto concreto que aquí estudiamos, la observación no puede ser más exacta: en Sepúlveda aparece una manifestación completa de todo este conjunto de pequeños privilegios parciales que hemos visto ir aflorando en los diversos textos citados con anterioridad. Vid. sobre esto GIBERT: Op. cit., págs. 417-419 y 459-461.

Queremos insistir, además, en que no es lo primero el reservar a los caballeros el gobierno, como parece desprenderse del trabajo de Bo y CARLÉ cit. sup., nota (40). Tampoco aparece muy claro que sea en los fueros de la familia de Cuenca donde primero aparezca este privilegio, pronto vamos a encontrarlos similares en textos de la Extremadura leonesa que no guardan relación con Cuenca en este aspecto. Sobre esto vid. también GONZÁLEZ SERRANO: *Los oficios municipales en los fueros de León y Castilla*. RCJS. núms. 16, 17 y 18.

llero con los privilegios a ella inherentes. Esta tasación mínima variará según las épocas y los lugares; en Salamanca se fijaran diez maravedies, quince en Sanabria y veinte en Sepúlveda (61). Carecemos desgraciadamente de datos que nos permitan señalar en cada época y en cada uno de esos lugares concretos la relación que existía entre el precio normal de un caballo y este valor mínimo.

En mi opinión es en la repoblación de la Extremadura leonesa donde aparece por primera vez la obligación de que todo el que tenga una fortuna, cuya base mínima se especifica *ex lege*, preste el servicio militar a caballo costeándose por sí mismo, quiera o no, de modo coactivo, el mantenimiento de dicho animal y las armas necesarias en caso de guerra.

Los textos locales conservados de la Extremadura leonesa son, como es sabido, los *fueros de la zona portuguesa del río Coa* (Castell-Rodrigo, Castello-Melhor, Castello Bom, Alfayates) y los de Coria, Cáceres y Usagre. Todas estas fuentes forman un área concreta y bien definida cuyo germen sospecha GARCÍA-GALLO en el perdido fuero de Avila (62).

He aquí los textos locales de la Extremadura leonesa, en que nacen los que más tarde se llamarán caballeros cuantiosos:

F. CASTEL-RODRIGO (63).

f) Liber VIII.—*Qui ouer ualia e non tener caualo.*

LVI.—Tod ome que ouer ualia de C morabitanos e non ouer caualo non tome portelo nin le responda nada e el responda a otre. E si dixier —non e la ualia— iure eum III^o. Et si dixier —caualo he— iura cum III^o e sin arte. E qui mula ouere dela por caualo, e qui la quesser tener compre caualo. Tod ome que caualo dere a outro por escusarse da pellido o de fonsado cortenle el rabo al caualo si de la uila fore, e qui mula dere per escusarse non le preste e peyte.

(61) Vid. sup., nota (58), inf. nota (110) y GIBERT, Op. cit., pag. 459.

(62) GARCÍA-GALLO: *Aportación al estudio de los fueros*, AHDE, XXVI, páginas 441-442.

(63) Ed. PMHLC, Vol. I, pág. 894.

F CASTELO-MELHOR (64).

1) *Qui ouer ualia et non totier cau...*

Todo ome que auer ualia de C morabiditinos e non ouer caualo non tome portelo ni la resposta nade e el resposta a otre. E si dixier —non he la ualia— iure cum III°. Et si dixier —caualo he— iure cum III° e sin arte. Todo ome qui cauallo diere a otro por escusarse de apellido o de fonsado cortene el rabo al caballo si de la villa fore, e qui mula diere por escusarse se non le preste e peyte.

F. ALFAIATES (65).

1) *Qui robare aut furtare.*

Qui robare aut furtare et qui ualia habuerit et non habuerit cauallo non tome portielo nec non li respondeat nadi, et respondeat ille ad otre et si dixerit —non habeo ualia de CCCC morabiditinos— iuret cum III°. Et si dixerit —caballo habeo— iuret cum III°, et sine arte et qui (m)ulla habuerit de la per caballo, et si quesierit tener compre cauallo.

2) *De toto cauallo habuerit.*

Toto homine qui cauallo habuerit et altero lo dederit per excusarse de apellido aut de fonsado corten le el rabo si de nilla fuerit et qui (m)ulla dederit per excusarse se non le prestet et pectet per cauallero.

3) *Cauallero aldeano.*

Todo cauallero aldeano de CCC morabiditinos sea cauallero...

4) *Todo cauallero uicino.*

Todo cauallero vizino o aldeano de CCC morabiditinos sea cauallero (66).

5) *Totos homines qui ualia hab...*

Totos homines qui ualia habuerint de C morabiditinos et non habuerint caualos, ipsos dent el comer al rege quando uiniere a la nilla (67).

(64) Ib., pag. 937.

(65) Ib., pág. 812. La numeración correlativa inicial seguida de un parentesis, y la ordenación de los textos, es nuestra.

(66) Ib., pag. 829.

(67) Ib., pag. 847.

F. CASTELO-BOM (68).

1) *Qui habuerit ualia de CCC morabitinos.*

Toto homine qui ualia habuerit de CCC morabitinos, fueras suos uestido del et de sua mulier, et non habuerit cauallo non tome portiello nie no li responda nadi. Et responda ille ad alter. Et si dixerit non habeo la ualia iure cum IIII°. Et si dixerit cauallo habeo iure cum IIII° et sine arte: et qui mula habuerit de la por cauallo. Et que la quisier tener compre cauallo. Todo cauallo cotidianamente ad albarda non sea cauallo, et non sea suo domino excusado por cauallo. Toto qui cauallo dederit ad alterum per excusarse de apellido aut de fonsado corten le el rabo al cauallo si de nilla fuerit: et qui mula dederit por excusarse non le preste et pectet.

F. CORIA (69).

1) 179. *Qui ualia ouier de CCC marauedis.*

Tod ome qui ualia ouier de CCC marauedis, fueras sus vestidos del e de su muger e no ouier cauallo non tome portiello ni le responda nadi e el responda a todos. E si disier "non he la ualia" iure con IIII. E si dixere "cauallo he" que lo ha sin arte. E qui mula ouier dela por cauallo e qui la quisiere tener compre cauallo. Todo cauallo cotidianamente fuere de albarda non sea cauallo (a fuero) e non sea su duenno excusado por cauallo. Todo ome que cauallo diere a otro por excusar se de apellido o de fonsado cortenle el rabo al cauallo si de la uilla fuere. E qui mula diere por excusarse nol preste e peche.

F. USAGRE (70).

1) 184. *De que ualia compre cauallo.*

Tod ome qui ualia auiere de trezientos moreuetis fueras en de sus uestidos del et de su mugier, et non ouiere cauallo, non tome portiello nil responda nadi, et responda el a todos, et si dixerit "non e ualia" iure con IIII° et el VI. Et aquel

(68) Ib., pág. 706.

(69) *Fuero de Coria*. Ed. SÁEZ-MALDONADO, pág. 59.

(70) *Fuero de Usagre*. Ed. UREÑA-BONILLA, pág. 70-1.

que se echare tras cauallo meta la uerdad que lo non faze per otra escatima si non por que sabe ha ualia de caualo. Et si dixier "caualo e a fuero" iure con III^o et sin arte. Et qui mular onier de la per cauallo si la ualia ouer. Et qui la quisier tener compre cauallo (70 bis).

2) 185. *Qui cauallo diere por escusarse.*

Tod ome que cauallo diere a otro per escusarse de apellido o de fonsado, cortente el rabo al cauallo. Et qui mula diere per escusarse non le preste et pectet. Et si el non pudier ir embie omne de finca. Tod cauallo cotidianamente ad albarda o que fuere tafarrado non sea so duenno escusado por cauallo... (71).

F. ROMANCEADO DE CACERES.

1) 194. *De comprar cauallo.*

Tod ome que valia ouiere de ciento e cinquenta moravetis sus vestid del et de su mugier, et non ouiere caballo, non tome protielo nil responda nadi et el responda a todos et si dixerit "non a valia" iure con III^o et el VI. Et aquel que se le echare tras cauallo meta la uerdad que lo non faze per otra escatima si non porque sabe que ha valia de caualo. Et si dixier "cauallo e a fuero" iure con III^o et sin arte. Et quien ouier valia de trescientos moravetis, faga fonsado por cavallero et el peon faga fonsado quarenta maravedis. Tod ome qui cauallo diere a otro por escusarse de apellido o de fonsado cortente el rabo al cauallo. Et qui mula diere per escusarse non le preste et pectet, et se el non pudier ir, enbie omne de finca. Tod cauallo que andare cotidianamente a albarda o fuere tafarrado non sea su duenno escusado por cauallo...

Esta es la regulaci3n general de la prestaci3n, consideremos ahora, en los mismos textos una serie de disposiciones comple-

(70 bis) Ib., pág. 71.

(71) Ib., págs. 70-1 (notas). El fuero latino de Cáceres conserva la forma anterior de privilegio "Cauallarius etiam, qui equum alentem quindecim morabetinos aut amplius, in domo sua in uilla tenuerit, et non atarratum, non pectet, neque in muribus, neque in turribus, neque in nullis aliis causis in perpetuum". Ed. GONZÁLEZ *Alfonso IX*, tomo II, núm. 692.

mentarias que es preciso tener en cuenta para matizar las anteriores:

F. CASTEL-RODRIGO (72).

2) *LVII Alcalde que non ouer cauallo.*

Todo alcalde que non ouer cauallo non iuyge nin preste seu iuyzio (73).

F. CASTELO-MELHOR (74).

2) *Alcalde que non ouer cauallo.*

Todo alcalde que non ouer cauallo non iudge nin preste su iuyzio (75).

F. ALFAIATES (76).

6) *Toto alcal que caualo.*

Toto lacayde qui cauallo non habuerit non inducet nec prestat suo iudicio, et sit periurus...

7) *Toto homine qui cauallo murir.*

Toto homine qui cauallo muriere fasta primero anno respondeat (77).

8) *Toto caualero a quien caualo.*

Toto caualero a quien caualo muriere respondante fasta primero anno (78).

F. CASTELO-BOM (79).

2) *Qui non habuerit cauallo.*

Toto alcalde qui non habuerit cauallo non iudicat nec prestat suo iudicio.

(72) Ed. PMHLC, I. pág. 894.

(73) Falta texto que encaje con *F. Alfaiates* 7) y 8), *F. Castelo Bom* 3), *F. Coria* 2) y *F. Usagre* 3) y 4).

(74) PMHLC, pág. 937.

(75) Falta texto igual que en *F. Castel-Rodrigo*. Vid. sup. nota (73).

(76) Ed. PMHLC., I. pág. 829.

(77) *Ib.*, pág. 812.

(78) *Ib.*, pág. 847.

(79) *Ib.*, pág. 783.

3) *A qui morire cauallo:*

A qui morire cauallo sea escusado por I anno. et respondante (80).

F. CORIA (81).

2) *A qui morier cauallo.*

A qui morier cauallo sea escusado por un anno de cauallo e respondante (82).

F. USAGRE (83).

3) 193. *Los alcaldes iudgen un anno*

...Et alcaldes et montarazes que cauалlos non ouieren, non prenda ninguno suo iuzio, ni les respondan por ninguna calouna, ni al iuez...

4) 344. *Alcalde qui non ouier cauallo.*

Alcalde qui non ouiere cauallo a fuero, nin iudge nin preste suo iudicio, sicut dictum est desursum (84).

5) 187. *Qui cauallo dixit per escusarse.*

... Et a quien cauallo muriere, sea escusado per I anno de cauallo et respondante (85).

F. ROMANCEADO DE CACERES (86).

2) 191. *Quando entraren alcaldes.*

... Et alcalde et montarazes que cauалlos non ouieren, non prenda ninguno suo iuzio, nin les respondan por alguna calouna, ni al iuez..

(80) *Ib.*, pág. 766

(81) No hay texto correspondiente con *F. Castel-Rodrigo* 2), *F. Castelo-Melhor* 2), *F. Alfaiates* 6), *F. Castelo-Bom* 2), *F. Usagre* 2) y 4) y *F. R. Cáceres*, 2) y 3).

(82) Ed. SÁIZ-MALDONADO, pág. 59.

(83) Ed. UREÑA-BONILLA, pág. 74.

(84) *Ib.*, pag. 123

(85) *Ib.*, pag. 71

(86) *Ib.*, pág. 74.

3) 324. *Quien non ouire equus.*

Alcalde que non ouiere cauallo a fuero, non preste suo iudicio, sicut dictum est desursum (87).

4) 183. *De comprar cauallo.*

... Et a quien cauallo muriere, sea escusado por I anno et respondante (88).

Para precisar de un modo definitivo hay que tener en cuenta la concesión de *F. Coria* a Salvaleón por Alfonso IX de León (89). Por otra parte hay que añadir lo que indica MALDONADO acerca de que es muy probable que las villas de Sabugal, Almeida, Vi-lar-Maior y Almendra tuvieran, como señaló MEREÁ, textos aná-logos (90).

La Extremadura leonesa estaba formada por la zona que, al sur de Zamora y Toro, se extiende entre los ríos Duero y su afluente el Coa y las sierras de Gata y Peña de Francia; su se-paración de la Extremadura castellana no responde a criterio topográfico visible, y en esta época aparece sin practicar. Den-tro de este amplio territorio, los lugares que a nosotros nos in-teresan corresponden a la región oriental, esto es, la margen de-recha del Coa, límite en esta época de los reinos de León y Por-tugal, y lo que se denominó *Transierra*, que viene a ser la zona natural de expansión de la Extremadura leonesa. Esta última extensión de terreno comprende los campos situados al sur de las sierras citadas, es decir, el valle del Tajo en la parte que hoy en España se denomina Cáceres y, en Portugal, "Beira baixa".

Al primero de estos dos sectores, la zona situada entre los ríos Coa y Agueda, pertenecen los fueros de Castelo-Melhor, Cas-

(87) Ib., pág. 123.

(88) Ib., pág. 71.

(89) "Concedo omnibus populoribus presentibus et futuris predicta populationis forum de Cauria", GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, vol II, doc. núm. 515. Es de 15 de noviembre de 1227 y se conserva en una confirmación de Fernando III.

(90) MALDONADO: *El fuero de Coria*, Madrid, 1949, pág. XIX. BARTHE PORCEL: *Fueros que sirvieron de base a los de Cáceres-Usagre*. AUM, 1945-46, páginas 449-454. MEREÁ: *Sobre os foros da região de Cima-Coa*. PFDUC, XXIII, 1947, págs. 147-151.

tell-Rodrigo, Castelo-Bom y Alfaiates, de Norte a Sur. Al segundo, los de Coria, Cáceres, Usagre y Salvaleón.

En todos estos cuerpos legales aparece clara la obligación de mantener caballo de guerra para aquellos vecinos que tengan una determinada cantidad de bienes (ualia). La riqueza base oscila desde los C maravedies, que señalan Castell-Rodrigo y Castelo-Melhor, hasta los CCCC que exige Alfaiates; la cuantía más corriente es la de Castelo-Bom, Coria, Usagre, que fijan trescientos maravedies. Diversos preceptos de Alfaiates, a la vez que marcan el proceso de fijación del texto, recogen la evolución ascendente de la riqueza a la que se obliga a mantener caballo, desde cien maravedies (texto 5.º), trescientos (textos 3.º y 4.º y, por fin, cuatrocientos (texto 1.º). Pero esta última cantidad puede ser también un error de copista y que en realidad la cuantía ascendiese sólo a trescientos maravedies, que, como hemos dicho, es el tope más común. En el fuero romanceado de Cáceres, la cantidad es de ciento cincuenta maravedies, que resulta exactamente el producto de la multiplicación por diez del valor del caballo, que se fija como mínimo en el fuero latino de la misma localidad (91), para que el que mantenga caballo goce de los privilegios concedidos por esa razón. Pero esta pervivencia de la cuantía anterior se anuló pronto y, antes de terminar el párrafo correspondiente, ya se habla de la cantidad corriente de trescientos maravedies (texto 4.º).

Casi podemos calcular exactamente el tanto por ciento que representa el valor del caballo en esta época respecto del total de las fortunas citadas. De acuerdo con las conclusiones a que llega María Pilar Laguzzi (92), se puede afirmar que en esta zona en que nos movemos y en el mismo período más o menos en que se conceden los textos que examinamos, se sigue un proceso paralelo al puesto de relieve por SÁNCHEZ-ALBORNOZ para Asturias y León (93). Durante el siglo XI se registra una elevación de precios de la ganadería caballar, y en el período que comprende el último decenio de dicho siglo deducimos un precio medio de ciento

(91) Vid. sup. nota (71).

(92) María Pilar LAGUZZI: *El precio de la vida en Portugal durante los siglos X y XI*. CHE, V., 1946, págs. 140-147.

(93) SÁNCHEZ-ALBORNOZ: *El precio de la vida en el reino astur-leonés hace mil años*, en "Logos", VI. Buenos Aires, 1945, págs. 225-264.

veintisiete a ciento veintiocho sueldos por caballo, según los precios que la citada autora recoge de datos contenidos en diplomas más cercanos geográficamente a la zona que estudiamos (94).

Teniendo en cuenta la equivalencia que entre sueldo y maravedí establece un documento de 1184 a razón de ocho sueldos por maravedí (95) —relación que quizá haya que suponer ligeramente devaluada en los últimos años del reinado de Alfonso IX, en los cuales se verifica el movimiento que aquí estudiamos (96), cosa por otra parte no absolutamente segura—, el precio medio del caballo en esta época es de unos quince a dieciséis maravedíes. Esto supone que la relación que se fija entre la fortuna mínima obligada a mantener caballo y el precio de éste equivale, en los textos que estudiamos, de un cinco a un seis por ciento de la base imponible.

No se limita la disposición que analizamos a ordenar la tenencia de caballo por los acaudalados, sino que establece dos tipos diferentes de sanciones para los que faltan a dicha obligación. De una parte se aplica una *inhabilitación para el desempeño de cargo público* ("non tome portiello"), que está en perfecta consonancia con la obligación que se establece para las autoridades locales de mantener caballo, sea cual fuere su fortuna. (Vid. textos de la tabla II.) De otra, *se priva de la legitimación activa* para actuar en juicio al culpable de esta infracción, si

(94) Op. cit. pág. 141. Nosotros extraemos esa valoración media, de los datos contenidos en la Tabla de la pág. 145 del cit. trabajo que en la época más próxima a la aquí tratada y según datos de PMHDCH, es como sigue:

- Año 1091, Kavallo rosello: 100 sueldos.
- " 1092, Kavallo: 90 modios. III Kavallas: 400 sueldos.
- " 1095, I Kavallo: 44 modios
- " 1096, I Kavallo: 18 modios.
- " 1097, Caballum: 50 sueldos (en dos ocasiones). Caballo amarillo: 40 sueldos.
- " 1098, Kavallo: 65 modios.
- " 1099, V Kavallas: 1.000 sueldos. Kavallo colore rovane: 150 sueldos.

(95) "Ut CCL morabítnos legionensis monete scilicet VIII solidos legionensis pro kuolibet morabetino... persolverent" MATEU LLOPIS: *Glosario hispanico de numismática*. Barcelona MCMXLVI. pág. 119.

(96) Recuérdese que Fernando III tuvo que realizar un reajuste.

bien conserva la pasiva en beneficio de los posibles demandantes que quieran plantear frente a él alguna pretensión ("nin le responde e el responde a otre"). Por su parte, las autoridades que infringiendo esta disposición actúen como tales, desempeñando alguna función de las que al cargo correspondan, ven recaer una nulidad (no anulabilidad) sobre sus actos en cuanto tales.

La infracción de estas disposiciones tiene carácter de delito de omisión, pero fuera de ésta no parece adecuado adaptarle ninguna otra designación de las que integran la actual tipología del delito. En los fueros de Usagre y romanceado de Cáceres, e implícitamente creo que también en los demás, puede acusar de su incumplimiento cualquiera, con el previo requisito procesal de que el denunciante jure la manquadra (97).

Tanto en el caso de que se responda que no se tiene la riqueza base para mantener caballo, no estando, por tanto, incluido el denunciado en el precepto de que se trata, como en el de que se alegue que tiene el caballo prescrito (a fuero), el demandado por esta causa necesita jurar acompañado de cuatro cojuradores para que el proceso inicial termine con su liberación. Esto está en consonancia con lo prescrito en el fuero de Coria acerca de que desde tres maravedies en adelante deberá jurarse con cuatro vecinos (98). Como más adelante veremos en la última manifestación de la caballería cuantiosa, este proceso se nos aparece degenerado en una simple declaración del obligado a esta prestación ante la autoridad acompañado de cierto número de testigos.

La expresión *sit periturus* del fuero de Alfayates (texto 6.º) debe entenderse en el sentido de que las autoridades locales que venían obligadas al mantenimiento del caballo juraban al tomar posesión de su cargo, que así lo tenían. Esta obligación, que

(97) Me parece que la expresión "meta la uerdad" corresponde plenamente al sentido y contenido del juramento de manquadra. Cfr. GARCÍA GONZÁLEZ: *El juramento de manquadra*, en AHDE, XXV, 1956, pág. 225. "El contenido del juramento de manquadra, es, por tanto, la afirmación pública de la creencia en el fundamento jurídico de la propia actuación." Vid. ib., pág. 254, la fórmula de prestación de dicho juramento en el fuero de Usagre y obsérvense los términos empleados.

(98) *Fuero de Coria*, Cap. 228.

pronto se transformará en un privilegio que reserva a los caballeros el gobierno de las ciudades, aparece también en los fueros de la familia de Cuenca, como son Iznatoraz, Zorita de los Canes, Soria, y los textos leoneses de Ledesma, Sahagún, Llanes y Salamanca, que al establecer una fortuna elevada para desempeñar oficios municipales vienen a suponer en cierto modo la obligación que nos ocupa (99).

En el caso de que el caballo muriese y debe entenderse que no en acción bélica, pues en estos mismos fueros se dispone que el que así lo pierda será dotado con otro, la privación de la legitimación activa queda en suspenso durante un año, pero sin que pueda el que se encuentra en tales condiciones ocupar cargo público, o al menos ésta nos parece que debe ser la consecuencia de jurar que se tiene caballo al tomar posesión de él.

Después de esta minuciosa reglamentación se extienden los *Fueros sobre las condiciones que debe reunir el caballo para ser admitido* y considerar que su dueño cumple la obligación (caballo a fuero). De su valor en metálico ya hemos hablado. El animal ha de ser específicamente de guerra; el fuero de Coria rechaza aquel que cotidianamente se emplee en faenas agrícolas o similares ("andare ad albarda") y en ello le acompañan los fueros de Usagre y romanceado de Cáceres. Estos, además, excluyen como apto el caballo que tenga ataharre. Por último se dispone que sea confiscada una mula a aquel que la tenga para sus labores y necesidades y no mantega un caballo pese a tener la cuantía mínima obligada a ello. Esto es consecuencia de que no esté permitido el mantener una mula en lugar de un caballo. Si consideramos el precio de mulas y mulos en esta época, podemos deducir que oscilaba entre ciento setenta y tres y ciento setenta y cuatro sueldos con su aparejo, y unos ciento veinte sin aparejar; esto es, unos quince maravedíes, precio sensiblemente igual al del caballo (100). Resulta, por tanto, un poco extraño esta radical exclusión de las mulas.

(99) BO y CARLE: Op. cit., págs. 122-124.

(100) LAGUZZI: Op. cit., acerca del precio de las mulas proporciona los siguientes datos, procedentes de los documentos recogidos en PHMDCH.

Año 1075, una mula: 120 sueldos.

" 1090, uno mulo cum una sella et cum suo freno: 200 sueldos.

" 1098, una mula: 200 sueldos.

Terminamos aquí nuestro rápido análisis de los textos. ¿Nos tendrá alguien, con justicia, por precipitados si retrasamos en más de siglo y medio el momento en que la tenencia de caballo deja de ser un privilegio para convertirse en una obligación? No es Alfonso XI, como se afirma, quien crea esta forma de prestación militar; estaba ya mucho antes en el esfuerzo repoblador de sus antecesores leoneses. La política clarividente de éstos hace nacer esta forma de prestación que va a tener una fundamental importancia en el desarrollo de la caballería villana.

Los textos legales que hemos revisado se fijan en su mayoría y se extienden al calor de la labor repobladora de Alfonso IX de León; pero esta repoblación no es idéntica en toda la Extremadura leonesa, sino que se manifiesta de modo diverso en sus distintas zonas. Así, esta regulación coactiva de la tenencia de caballo sólo aparece en el sector occidental y en la Transierra. Algo vislumbró este fenómeno HERCULANO cuando subrayó el hecho de que aparecen fechados los fueros de la región de Cima Coa en el período de 1208 a 1210, en que el monarca se dedicó a cubrir de poblaciones fortificadas los terrenos de las márgenes del Coa (101). Alfonso IX, como parte del esfuerzo defensivo que lleva a cabo, favorece la transformación en obligatoria de la tenencia de caballo, que estratos anteriores recogidos en la fijación de los fueros citados nos presentan basada en menor cuantía patrimonial o como voluntaria (creo que este es el único sentido que cabe dar a la prestación del yantar impuesta en el texto número 5 del fuero de Alfayates.) Era natural que el leonés tomara estas medidas; de una parte existe el peligro portugués, ya en 1190 Sancho I atraviesa el Coa y ataca el reino de León por esta parte de la frontera (102). A su vez estaba también en peligro León

(101) HERCULANO: *Historia de Portugal*, 8.ª ed. III, págs. 275-276.

(102) GONZÁLEZ: *Alfonso IX*. Vol I., pág. 103. Sobre la repoblación de la Extremadura, aun cuando no se ocupa del aspecto que aquí estudiamos, vid. su trabajo: *Repoblación de la Extremadura leonesa*, en "Hispania", 1943, número XI, págs. 195-273, además del capítulo correspondiente de su biografía del monarca.

Quizá pueda interpretarse como síntoma de la obligatoriedad de la tenencia de caballo, la solicitud con que el rey declara que no tiene deber alguno de hacerlo la catedral de Astorga. "Profiteor et recognosco quod non ex debito aliquo quod mihi vel regno meo spiscopus vel ecclesia As-

porque desde la Transierra, zona de frontera en esta comprometidísima circunstancia de la lucha contra los almohades, se puede llegar fácilmente cruzando la "Beira baixa" por entre las sierras de la Estrella y las Mesas, a esta región fronteriza del Coa por Alfayates y Castelo-Bom. Una doble amenaza se cernía, pues, sobre la tierra intermedia entre los ríos Coa y Agueda al sur del Duero, la musulmana y la portuguesa que amenazaba directamente Castel-Rodrigo y Castelo-Melhor. Esta tenencia de caballo que aquí había nacido será extendida por el mismo monarca o por la misma necesidad de las cosas a la Transierra, cuya situación no era menos peligrosa, y así tenemos certeza de su vigencia en Coria, Salvaleón, Usagre y Cáceres.

No es en absoluto la situación y dificultades entre León y Castilla como para extrañar el que no se encuentre una regulación similar en la zona fronteriza entre ambas: allí no está limitado con claridad lo que es de cada monarca y, además, no es una zona de repoblación intensiva ni que tropiece con peligros. Por otra parte, un rápido recorrer la labor legislativa alfonsina nos muestra su mayor preocupación por el Oeste y Sur de su reino y, en segundo término, por el Norte. Se fijan con Alfonso IX los fueros que hemos hecho mención, pero dadas las características del terreno y sus vicisitudes, y por otra parte los textos, esta obligación no pudo nacer en el momento de la fecha de los fueros, sino que era anterior a ella, y resultado de la labor de este monarca fué el aumentar la base patrimonial de la obligación indicada, de prestación del servicio militar en caballo propio.

El esfuerzo repoblador castellano acogió pronto, aunque no con carácter general, la forma de prestación del servicio militar que aparece en los textos que hemos estudiado. Sirva de ejemplo lo ocurrido en los textos en que se fija el derecho local de Molina y de Uclés.

En el segundo no se encuentra en la primitiva redacción del fuero, establecida la obligación de tener un caballo, según la for-

toricensis tenerentur, duxit dominus Petrus quartus, eisdem ecclesia episcopus milites in exercitum de Cazeris et in alium quem postea contra sarracenos feci, sed tantum ex mera gratia et libertate propria et peccatorum suorum remissione". Ed. GONZÁLEZ: Op. cit., vol. II, núm. 467.

tuna, sino que, por el contrario, se nos aparece configurado bajo el tipo de privilegio a los que voluntariamente lo sostengan y con él vayan a la guerra. En la redacción extensa se puede encontrar ya una situación de obligatoriedad muy similar a la desarrollada en los textos leoneses arriba estudiados (103).

En lo relativo al fuero de Molina, la cuestión es más delicada. Dadas las fechas de la reconquista y repoblación de esta zona y aquellas otras, más tardías, en que se fija el derecho a que hemos aludido, de la Extremadura leonesa (fecha de formación, no de fijación, insistió en ello), podría dudarse de si la obligación de mantener caballo no hubiera visto por primera vez la luz en el derecho de Molina. Con ello el lugar originario de esta forma de prestación del servicio militar se trasladaría de la Extremadura leonesa a la castellana, y en un sentido geográfico quedaría modificada la línea de ideas que he venido defendiendo, aunque no en su conclusión fundamental, que es, vuelvo a repetirlo, la observación de que los "cuantiosos" nacieron mucho antes de lo que tradicionalmente se les ha venido asignando como punto de partida. La modificación sería, pues, meramente locativa, pero no cuantitativa, ya que seguiría siendo en los fueros municipales y en los esfuerzos por la aseguración de zonas fronterizas y amenazadas donde habría que buscar los balbucesos de nuestra institución.

Los textos del fuero de Molina en que se habla de caballeros en el sentido que aquí nos interesa son varios, pero especialmente el contenido en el capítulo 11: "*Vecino de Molina que oriere dos ieros con su heredad et e ovcius, tenga cavallo de siella et si no oriere ganado et oriere heredad que vala mil menceles, tenga cavallo de siella.*" "*Qui oriere un jubo de bueyes con su heredad et cinquenta ovcius, tenga cavallo qual pudiere*" (104); establece la obligación del servicio militar a caballo según el patrimonio de forma parecida a los fueros leoneses arriba citados.

Prescindiendo ahora de los demás textos relativos a cuantio-

(103) Su fecha, 1179. Publicado por SÁEZ: *Los fueros de Sepúlveda*. Segovia, 1953, págs. 178-183. Fuero extenso, publicado por FITA en BRAH., número 14, 1889, págs. 305-341.

(104) *Fuero de Molina*. Ed. SANCHO IZQUIERDO, Madrid, 1916. Págs. 77-78.

sos en el fuero de Molina (105), no me parece que apoyándose en sólo este párrafo, que además no es seguido por el resto de la legislación castellana, como ya hice notar y documenté anteriormente, se puede dudar del origen que en el territorio he asignado a los cuantiosos. En efecto, el fuero de Molina original, y fechado poco seguramente en 1154, se ha perdido y sólo conservamos de él no ya copias, sino adaptaciones en romance fechable en el siglo XIII. Con toda seguridad se dió en Molina lo que hemos visto que en Uclés ocurre, es decir, que nuestra institución no apareció en el original latino y fué introducida más tarde al ir evolucionando el contenido del fuero. Mientras no se demuestre lo contrario fué el influjo de los textos leoneses el que se recogió en los castellanos, en esta cuestión y no viceversa.

VI

EVOLUCIÓN DE LOS CUANTIOSOS HASTA ALFONSO XI

¿Qué suerte corrió esta forma de prestación militar hasta las reformas de Alfonso XI de Castilla y León?

De un lado cabe distinguir la actividad real en este sentido. Así, Fernando III dará diversos privilegios de caballería a distintas partes que implícitamente nos revelan que la obligación de mantener caballo se sigue abriendo paso. En un privilegio de 1222 se habla *per contrapositionem* de los que tienen obligación de mantener caballo (106). En 1231 se concede otro privilegio sobre caballería a Salamanca (107). También es de este monarca

(105) Especialmente como residuo del periodo de voluntariedad, vid. página 64: vid. también págs. 84, 89 y 90, esta última sobre los oficios municipales reservados a los caballeros y su sorteo. Vid. también págs. 107, 150, 151, 154, etc. Sobre la fecha que cabe asignar a las copias conservadas, págs. 37 y sigs.

(106) Privilegio a León "Illi excusatis selat de illis, qui non habere debent caballo de directo". DIEZ CANSECO: Op. cit., AHDF. I. pág. 370, y MUÑOZ: Op. cit., pág. 127.

(107) "Santa maría habeat suos excusatos sicut habere solebat dum modo non habeat excusatum qui debeat habere caballum", ed. CASTRO Y ONIS: *Fueros leoneses*. Vol. I. Madrid, 1916, pág. 7.

la confirmación del fuero de Cáceres con las características ya estudiadas (108).

Junto con la iniciativa real hemos de considerar las medidas de diversos personajes o de funcionarios reales: Don Pelayo Correa da fuero a Usagre (109) con las notas que más arriba hemos visto como idénticas a las de los textos de Alfonso IX. Otros magnates favorecen simplemente el desarrollo de la caballería, como ocurre con la carta de población que se da en 1224 a Añador y que supone la expansión del fuero de Sepúlveda a través del de Uclés (110); pero como hemos visto, estos últimos textos no son precisamente relativos a la caballería cuantiosa, sino a la villana en general.

Finalmente cabe señalar que, según GIBERT, el Derecho de Sepúlveda, es decir, el de la Extremadura castellana, va a obtener una fijación definitiva en el periodo que media entre Alfonso X y Alfonso XI, pero recogiendo diversos elementos desde la época de Alfonso VI. En este cuerpo legal se fijará un valor mínimo del caballo para que su mantenedor pueda adquirir la condición de caballero con los privilegios a ella inherentes.

Sobre todo este substrato: tenencia obligatoria de caballo en la zona occidental de la Extremadura leonesa, extensión de dicha obligación por la Transierra, superación de la simple forma de privilegio con la fijación de tipos mínimos de valor en los caballos de la Extremadura castellana, se moverá la labor que en pro del desarrollo de la caballería realiza Alfonso el Sabio, "el gran rey reformador que puso mano en muchos y muy graves de los problemas nacionales", según frase de SÁNCHEZ-ALBORNOZ.

Así, sobre un aspecto u otro, pero siempre con idéntico móvil político y en muchas ocasiones con idénticas fórmulas de redacción y contenido, dió privilegios y franquezas sobre caballería a Segovia (1250), Ledesma (1255), Carmona (1256), Peñafiel (1256), Buitrago, Burgos, Avila, Escalona (todos en 1256), Toledo (1259, 1260, 1264), Soria (1259), Agreda (1260), Madrid (1262), Almoguer (1263), Alvares (1263), Valladolid (1265), Ciudad Rodrigo y

(108) UREÑA y BONILLA: Op. cit., pág. XIII.

(109) Ib., pág. XIV.

(110) Vid. SÁEZ, GIBERT, ALBAR, RUIZ ZORRILLA: *Los fueros de Sepúlveda*, pág. 419, y MUÑOZ: *Catálogo*, pág. 24.

Jerez (1268), Requena (1264), Palencia (1270), Cáceres (1273), Salamanca (1273), Badajoz, Catedral de Zamora, Sevilla, Salamanca (todos en 1276), Alcalá de Henares y Alba (1277), Córdoba (1280), Alcalá del Río (1283)... (111). Otras veces Alfonso X reforma concesiones anteriores: tal es el caso de los fueros de Sanabria, que se romancean y reforman indicando: "tenemos por bien que vala el caballo quince maravedis e non sea sardinero niu pase puerto" (112).

De entre todo el conjunto documental de la época nos interesan fundamentalmente tres documentos que contienen disposiciones referentes al tema que nos ocupa, concedidas a Alcalá de Henares, Oropesa y Maqueda. Son cronológicamente:

A) Privilegio de Alfonso X a los criados de los caballeros de Alcalá de Henares, *si tienen éstos caballo en la forma que los mantienen en Extremadura* (113) (26-VI-1276).

B) Concesión por el infante Don Juan, hijo de Alfonso X, a los vecinos de Oropesa de los *privilegios de los caballeros de las Extremaduras*, siempre que mantuviesen armas y caballo (114) (26-VII-1303).

C) Concesión a Maqueda por Alfonso XI, en 1303, de los "privilegios que el rey D. Alfonso su abuelo otorgó a las *ciudades e villas de la Extremadura e del regno de Toledo* en razón de los caballeros e de las armas que han de tener para ser franqueados" (115).

Todos ellos tienen una característica común, nos transmiten una tenencia de caballo según la forma de Extremadura, que el Rey Sabio fomenta y extiende. A mi juicio, esta forma de man-

(111) Vid. una completísima referencia cronológica de los documentos de Alfonso X en la obra de BALLESTEROS BERETTA: *Alfonso X*, de inminente aparición.

(112) Vid. GONZÁLEZ: *Alfonso IX*, tomo II, pág. 514.

(113) PORTILLA Y ESQUIVEL: *Historia de Compluto*, Alcalá de Henares, 1725.

(114) MUÑOZ: *Catálogo*, pág. 172, y SALAZAR Y CASTRO: *Historia de la casa de Lara*, tomo IV, pág. 648.

(115) MUÑOZ: *Catálogo*, pág. 139. Dice, además, "este privilegio viene a ser el mismo que D. Alfonso otorgó a varios pueblos juntamente con el Fuero Real".

tener caballo, no es, no puede ser otra que la que hemos estudiado en los fueros de la Extremadura leonesa. Mediante la concepción del mismo tipo de fuero a distintas localidades se ha "comercializado" (no territorializado todavía) al combás de la extensión de los fueros de la región de Cima-Coa. Esta costumbre en la tenencia de caballo, nacida para la inestable vida de una frontera particularmente insegura, pervive y se extiende de este modo dentro del cuadro de medidas que Alfonso X adopta para el fomento de la caballería en sus reinos.

Si bien los reinados de Sancho IV y Fernando el Emplazado no son por sus especiales circunstancias tiempo propicio al sereno quehacer político, lo cual se aprovecha en algunos casos para zafarse de la obligación de mantener caballo (116), podemos encontrar testimonios acerca de la extensión de la tenencia de caballo de forma coactiva, por la zona leonesa, siguiendo las líneas generales de los fueros leoneses que hemos estudiado (117).

(116) Durante la menor edad de Fernando IV se pide que se suprima la vigencia del privilegio que su abuelo dió en 1265, sobre caballería, a Valladolid, y así se concede: pero el decrecimiento de la caballería es tan rápido y alarmante que Doña María de Molina se ve obligada a confirmarlo *casí inmediatamente*.

(117) Acuerdo del Concejo de Béjar, 1293: "Ordenamos e ponemos que todo vezino de Beiar e de su termino que oviere valia de tres mill de la moneda de la primera guerra [se refiere a la que hizo acuñar Alfonso X entre 1261 y 1266 para los gastos de la guerra contra los sublevados de Granada y Murcia], que tenga todavía bestia de siella de cavalgar, cavallo o rocín o mulo o mula, que vala cient maravedís de la moneda dicha o mas; e que non sea ataffarrada, et qualquier que la bestia perdiere o se le muriere, que la compre fata quatro meses del día que la perdiere o se le muriere... et qualquier que fuere valioso en cualquier de las quantias dichas e non toviere el guisamiento assi como sobre dicho es, que le non responda ninguno por querella que del aya mientre non toviere el guisamiento; e el que responda a todos quantos querella del ovieren sacado el tiempo de los quatro meses que les es dado para comprar la bestia. Et de los pueblos que toviere bestia de siella de la quantía sobredicha que pueda cada uno defender sus prados, así como los cavalleros de la villa. Et que ninguno non peche en pecho ninguno por la bestia de siella nin por las armas que toviere. Et defendemos que ninguno non peche bestia de siella nin armas ningunas de cavallero. . por pecho nin por debdo nin *fiadura nin por debdo de Concejo*, fallando otros bienes muebles o raveses a cumplimiento del pecho o del debdo que deviere o de la fiadura que ovier fecho; et qual quier que los prendare que torne la prenda doblara

También es de Fernando IV, en el último año de su reinado, otro privilegio sobre caballería a Ledesma.

VII

LAS REFORMAS DE ALFONSO XI

Las características con que se enfrenta el enérgico Alfonso XI van a hacer necesaria la creación de un fuerte ejército de caballería o, si se quiere, de un apreciable núcleo de caballería dentro del ejército. En las peticiones de las Cortes se advierte la degeneración a que había llegado lo que desde ahora llamaremos "sistema castellano" de fomento de la caballería, esto es, la concesión de privilegios a los que voluntariamente sostengan caballo, y que hemos visto desarrollarse como un estadio anterior en el nacimiento, pero que convive con el que podemos llamar "sistema leonés" de tenencia obligatoria (118). Así, en las Cortes de Palencia, de 1313 (119); Burgos, de 1315 (120); Valladolid, de

a su dueño... Et esta postura tenemos por bien que vala a todo tiempo". Ed. MENÉNDEZ PIDAL: *Documentos*, núm. 331.

(118) Quede bien claro que esta diferenciación y la terminología empleada tienen como único fin y valor, el ahorrar repeticiones innecesarias al hablar de uno u otro estadio del desarrollo de la caballería, y no se la den desorbitados cauces ni impensadas consecuencias que están por completo fuera de mi ánimo.

(119) "Otro si nos pidieron que los pecheros que dan por cuantiosos a los escusados a los caualleros de mayores quantías de quanto les deuen auer por escusados, e por esto dicen que deuen pechar, e en esto que non les sea recebido a los pecheros pues que son parte, ssaluo ssilos abonaren en mayor quantía de quanto los deuen auer." "Col Cortes". Vol. I, página 243.

(120) "otrossi que nengun enffante nin rico ome nin rrica hembra nin perlado nin inffançon nin inffançona nin cauallero nin escudero nin duenna nin doncella nin clerigo nin otro ome de rreligión non ayen daquí en adelante nin tomen escusados ningunos... en mayor quantía en ningunas ullas, nin de las aldeas ni de suos terminos, ssí non por el ffuero o por el priutlelo que an los caualleros de aquel logar dola jurisdicción ffuere". Además, en la pét. 44 se repite la de las Cortes de Palencia que transcribimos en la nota anterior. "Col. Cortes" I, pág. 228.

1315 (121) y 1325 (122). Estos textos nos presentan el lado sombrío de una institución de la cual sólo ha resultado puesto de relieve en general el aspecto brillante.

El caso es que Alfonso XI, enfrentado con dos medios distintos de fomentar la caballería, se decide por el leonés, y en las Cortes de Alcalá de Henares de 1348 territorializa una institución que tenía sólo, como hemos visto, ámbito comarcal algo extenso. Se dispone que todos los que tengan determinadas cuantías de fortuna vengan obligados al sostenimiento de un caballo. Vamos a entrar en su análisis, pero antes conviene que nos fijemos en las prescripciones de las Cortes de Burgos de 1338.

Al comienzo de este estudio indicábamos que en la caballería hay dos grandes grupos en cuanto al origen de los caballeros: los que militan en tal sector del ejército porque sostienen el caballo con los heredamientos que el rey les otorga para ello, y los que se facilitan por su cuenta el medio de sostener el citado animal. Pues bien, Alfonso XI en estas Cortes de Burgos se dirige a los primeros y señala taxativamente la forma en que según su cuantía de bienes, su "acostamiento", vienen obligados a sostener la cabalgadura. La base imponible se delimita fijando como tal las dos terceras partes del total de lo pagado por acostamiento; de ella se hacen fracciones de mil cien maravedies y por cada una de éstas se viene obligado a mantener un hombre a caballo. Este ha de valer, al menos, de ochocientos maravedies para arriba, valor que se declara bajo juramento.

En las Cortes de Alcalá de 1348 se repite este ordenamiento elevando las porciones citadas a mil doscientos maravedies, detallando más las armas que se han de llevar y ampliando una exención que en 1338 se hiciera para los tenentes de tierra en la frontera (123).

Junto a esta regulación, el monarca legisla acerca de cómo deben mantener caballo los que tengan por sí la riqueza sufi-

(121) En la pát. 70 se repite literalmente la de las Cortes de Burgos que reproducimos en la nota anterior. "Col. Cortes" I, pág. 359.

(122) Cortes de Burgos de 1338, núms. 14 y sigs. "Col. Cortes" I, páginas 460-451.

(123) Cortes de Alcalá de Henares de 1348, núms. 56 y sigs. "Col. Cortes", I, págs. 613-621.

ciento (124). En primer lugar el rey se ocupa de los que mantienen caballos según la costumbre de Extremadura: "primeramente por que las ciudades e villas de las Extremaduras e del regno de Toledo (125) e otros y en las villas del regno de Aragon han franquezas e libertades de los reyes porque son tenudos de mantener cauallos, que estos atales que sean tenudos de los mantener et nos que demos ommes ciertos de quien fiemos por las comarcas que los rrequieran porque los compren e tengan fasta el dia de San Miguel de setiembre primero que viene, e que sean los cauallos que cada uno ouier a mantener de quantia de seyscientos maravedis cada uno o dende arriba" (126).

En segundo término se impone la obligación de mantener caballos dentro del reino distinguiendo los matices de la disposición las distintas zonas que se pueden marcar con arreglo a la diferente situación económica de cada una.

En nuestra opinión, el sistema ahora adoptado, que desde este momento se va a llamar por las fuentes "caballería cuantiosa", frenará el proceso ascensional de la caballería villana y será la causa de su eliminación como vertebral fuerza política. Si como ha indicado SÁNCHEZ-ALBORNOZ, la posesión de un caballo y armas "permitía a cada hijo de vecino ascender a una posición social superior y al patriariado gobernante del concejo: dos ascensos que al cabo de las décadas acababan incorporándole a la clase nobiliaria", desde el mismo momento en que la tenencia de caballo no es mérito recompensable, sino obligación imponible, la fuente se ciega y el camino se corta. De ello nos hablará una muche dumbre de textos: desde los literarios que señalan la necesidad de ser armado caballero para poder contarse en la caballería (127).

(124) Ib., nums. 77 y sigs.

(125) Se refiere al documento de que nos hemos ocupado en la página 32 de este trabajo señalándolo con la letra C).

(126) "Col. Cortes", I, pág. 613.

(127) "Non es cavallero quien continua cabalga una cabalgadura, nin el que cabalga cavallo non es por eso cavallero: el que hace el hexercicio este es con berdad llamado cavallero." *Crónica de D. Pero Niño*, ed. CARRIAZO: *Crónicas españolas*, I, Madrid, 1949, pág. 40. Es el mismo criterio que inspira las obras *Proverbis y Llibre del orde de cavalleria*, de RAIMUNDO LULIO, y el *Libro del caballero y del escudero*, del Infante DON JUAN MANUEL, por no citar más que los más conocidos.

hasta las disposiciones locales que no reconocerán privilegio alguno por la tenencia de caballo (128), y los textos de Cortes, a los que en seguida aludiremos y que nos transmiten el eco de una obligación incumplida, de las burlas que se hacen en los alardes, del hundimiento, en fin, de la caballería, y ello hará nacer una legislación cada día más destinada a estrechar el cerco legal que se cierra en torno al que se escabulla de la obligación impuesta y llegará a la humillación y al desdoro social imponiéndole restricciones en el modo de vestir de él y de su familia (129).

Con las disposiciones de Alfonso XI en estas Cortes se puede formar la tabla, por orden alfabético de lugares, que insertamos en la página siguiente, teniendo en cuenta que el valor del caballo debe ser seiscientos maravedies o cuatrocientos si se trata de potro mínim. 78).

La cuantía fijada en esta tabla será modificada para algunas ciudades y puntos concretos y en Cortes sucesivas, como más adelante veremos, luego en las Cortes de Valladolid de 1385, se ordenará que todo el que posea un mínimo de riqueza de veinte mil maravedies, en Andalucía, viene obligado a sostener las armas precisas para combatir a caballo, so pena de prisión y multa.

La obligación impuesta por Alfonso XI se entiende en todos los casos descontando de la riqueza particular, "las casas de su morada". En algún pasaje (130) se advierte que se fomenta la acusación de cualquiera contra el infractor de estas disposiciones. En el número 85 se dispone que haya "omes buenos" encargado de ejecutar las normas dadas al respecto.

En el capítulo 35 de estas Cortes de Alcalá se establece que no podrán ser objeto de procedimiento ejecutivo por deudas las armas y caballos de estos individuos.

En caso de muerte del caballo se dan tres meses para proveerse

(128) Confirmación de los privilegios de Villa mayor por la Orden de Santiago. "Confirmásoles la dicha carta... salvo do dize que sea escusado el que mantoviére cavallo armas fuere en la onra de los omnes fijosdalgos, porque esto nos paresçe que es agravio contra los otros vasallos pecheros. Vid. SÁEZ, GIBERT: Op. cit., pág. 263.

(129) Las disposiciones en este sentido comenzarán con las Cortes de Alcalá y se mantendrán en lo sucesivo. Vid. *inf.*

(130) Este fomento de la acusación aparece claro en varias partes, así caps. 63, 83, 84.

EL ORIGEN DE LOS CABALLEROS DE CUANTIA...

L U G A R	Cuantia	Numero de caballos
Agreda } (villas)	16.000 Mrs.	1
} (términos)	12.000 "	1
Alava	10.000 "	1
Alcaraz	10.000 "	1
Alconchel	6.000 "	1
Alfaro	15.000 "	1
Almazán	12.000 "	1
Badajoz	6.000 "	1
Burguillos	6.000 "	1
Calahorra	15.000 "	1
Ciudad Rodrigo	10.000 "	1
Córdoba y Jaén	4.000 "	1
	10.000 "	2
	40.000 "	3 (131)
Cuenca	12.000 "	1
Huete	12.000 "	1
Jerez	6.000 "	1
Logroño	15.000 "	1
Medinaceli	12.000 "	1
Molina	12.000 "	1
Murcia	8.000 "	1
	20.000 "	2
Noza	60.000 "	3
	12.000 "	1
Requena	15.000 "	1
Salamanca	10.000 "	1
	5.000 "	1 (132)
Sevilla	10.000 "	2
	50.000 "	3
Soria } (villas)	16.000 "	1
	} (términos)	12.000 "
Toro	10.000 "	1
Villarreal	12.000 "	1
Zamora	10.000 "	1 (133)

(131) En el texto que se reproduce en la "Col. Cortes" se dice "Dos caballos" en lo relativo a Jaén, pero sin duda se trata de una sencilla errata, y debe entenderse "tres", como en lo que rige para Córdoba.

(132) En el ordenamiento dado a Sevilla en 1375 se establecía la siguiente graduación:

5.000	mrs.	1 caballo
10.000	"	2 "
30.000	"	3 "
50.000	"	4 "

(TENORIO: Op. cit.).

(133) Elaboramos esta tabla de acuerdo con los datos que proporciona el capítulo 77 de estas Cortes. Se trata, como ya se habrá podido apreciar, de una ley dada en Cortes, no de respuestas a peticiones de procuradores.

de otro; si sólo se trata de pérdida, uno (núm. 71); en el supuesto de venta, el plazo alcanza a dos meses (núm. 80).

Las penas con que se castiga a los infractores creemos que pueden aportar una prueba más a nuestra afirmación de que con estas disposiciones se acepta y extiende la tenencia de caballo, tal como aparece regulada en los fueros leoneses. El número 99 es definitivo en este sentido al castigar a los infractores con que "non pueda acusar nin demandar a ninguno por si nin por otro ffasta un anno et sea tenuto de responder a qual quier que dellos quere llar o le demandar alguna cosa". Subsiste, pues, la pérdida de la legitimación activa en el proceso, expresada con carácter más técnico y limitada temporalmente a un año.

Hay también otra penalización inspirada en un sentido de decoro social y, así, se prohíbe a las esposas e hijas solteras de aquellos que debiendo sostener caballo falten a este deber, el emplear tejidos sumarios en sus atavíos, multándose con quinientos maravedíes por la primera vez a quienes se adornasen con ellos en contra de esta limitación, de fina sutileza coactiva y que se repetirá con insistencia en los ordenamientos que se dan a cada ciudad concreta y en Cortes posteriores (por ejemplo, 1396). En las Cortes de Valladolid de 1385 se dispone que puedan ser presos los que no tengan las armas correspondientes al caballo que por su riqueza han de tener (134).

También dispone Alfonso XI que sean obligados a tener caballo los que tengan, como objeto de lujo, mulas (135), disposición

(134) Cortes de Valladolid de 1385 "Col. Cortes", II, págs. 315-19. Las disposiciones de estas Cortes en esta materia se reiteran en las de 1390. "Col. Cortes", II, págs. 482 y sigs.

(135) Cortes de Alcalá. Vid. "Col. Cortes", I, págs. 613 y sigs. A razón de un caballo por una mula. Están exentos los miembros de las Ordenes de Franciscanos, Dominicos y Agustinos; los azoreros, los mercaderes extranjeros y los demas no nacionales. Hay un régimen especial para los judíos (núm. 75). Los caballos habrán de ser bajo juramento, de 600 mrs. Se establece un alarde cada cuatro meses, dándose un albalá a modo de salvoconducto para viajar por el reino, por los alcaldes del lugar, a los que mantengan caballos en la proporción correcta con el número de mulas. Este documento tiene una validez de cuatro meses, esto es, hasta el alarde siguiente. Se establecen penas pecuniarias equivalentes al valor de la mula tenida indebidamente para el infractor y del triple de este mismo valor para el alcalde que incurra en concusión por este motivo.

que asimismo está en consonancia con lo que sobre ellas dicen los *fueros extremeños* que anteriormente analizábamos. Esta obligación de que quien tenga mula, que mantenga caballo, se reitera en las Cortes de 1385 (136), 1390 (137) y 1396 (138), lo que es una prueba de su inobservancia. En todas estas ocasiones se dictan una serie de normas de derecho transitorio destinadas a poner en vigor real la orden teórica, pero no se alcanza resultado alguno, como no parecen que lo alcanzasen tampoco las regulaciones de idéntica naturaleza que Alfonso XI establece en los capítulos 76 y 81 de las Cortes de Alcalá.

Toda esta regulación se hallaba en germen en el ordenamiento particular que Alfonso XI da a Sevilla en 1337 probablemente después de apreciar la debilidad de la caballería castellana con ocasión de la expedición que realiza por Extremadura contra los portugueses, en verano de este mismo año. Más o menos, este ordenamiento se halla repetido en lo relativo a Sevilla de las Cortes de Alcalá (139): no debió de ser muy respetado porque en 1344 se reiteró su obligatoriedad (140). La regulación de esta prestación militar en Sevilla tiene un doble interés para nosotros aquí, porque en las Cortes de 1348 se extiende el sistema sevillano a Córdoba y Jaén (141).

El precio de un caballo en el periodo que va de Alfonso X a Alfonso XI se puede considerar que oscila entre mil y tres mil maravedíes (142). Pero no debía ser obligación fácil el sostener caba-

(136) Cortes de Valladolid de 1385. En "Col. Cortes", II, págs. 315 y siguientes.

(137) Cortes de Guadalajara de 1390. *Ib.*, II, págs. 467 y sigs.

(138) Cortes de Segovia de 1396. *Ib.*, II, págs. 532-537. Estas Cortes exceptúan de esta obligación a los que habiten en la zona Norte de la Península si no salen de ella (núm. 7).

(139) Su fecha en Sevilla a 30 de noviembre de 1337. Ha sido parcialmente publicado por GUICHOT: *Historia del Ayuntamiento de Sevilla*. Vol. I, páginas 210-211, y por TENORIO: *Op. cit.*, págs. 231-232.

(140) Se conserva, según TENORIO, pág. 232, 1), en el Archivo Municipal de Sevilla y una copia de él que se encuentra en el llamado *Libro del juramento*, de Todelo, ha sido publicada por SÁEZ en AHDE, XVI, páginas 598-599.

(141) Cortes de Alcalá de 1348. Ordenamiento para Sevilla núm. 124, en "Col. Cortes", I, págs. 624-625.

(142) Cortes de Valladolid de 1351. "Col. Cortes". II pág. 9. También se pide la supresión de la obligación de tener un caballo por cada mula e

llo, porque las Cortes de 1351 protestan de la cuantía base, si bien que infructuosamente, alegando una depreciación de las tierras que supone, no una devaluación de la moneda, sino una pérdida de valor y yermamiento de los bienes raíces "las heredades que valían a esa sazón (esto es, bajo Alfonso XI) que el ordenamiento fué fecho quinze mill mr. que non valen agora seys mill mr.". Esta será la primera de una serie de protestas que se van a registrar de ahora en adelante contra esta forma de prestación militar. A esta primera señal de incomodidad seguirán solicitudes de desaparición total: así, en las Cortes de 1371 y, con casi idénticos términos, en las de 1397 (143). De estos textos es posible deducir dos cosas en principio: primero, que la institución es de lo más impopular; segundo, que no se cumple. Esto último aparece particularmente claro en las Cortes de 1371, cuando dicen que los reinos sufrirían grandes daños "si ouiessem a mantener cauallos". Señal cierta de que no los mantenían.

¿Cuál es la reacción del poder central? En principio se reitera la obligatoriedad de la prestación, pero se dan al hacerse estas peticiones de supresión sendos decretos de amnistía para todos los que hubiesen incurrido en penas fijadas para este asunto por los ordenamientos anteriores, que se reducen en sustancia, al de Alfonso XI. Y se trata de organizar esta caballería de nuevo perfeccionando en lo posible el sistema mediante una mayor concreción y minuciosidad de sus prescripciones. En las Cortes de

igualmente se deniega, concediéndose, en cambio, una amnistía. *Ib.*, página 42.

Sobre el precio de los caballos el trabajo de María del Carmen CARLE: *El precio de la vida en Castilla, del rey Sabio al Emplazado*, CHE, XV. Las valoraciones que indicamos se toman de la tabla de la pág. 152.

(143) Corte de Toro de 1371. "Col. Cortes", II, pág. 215. "nos dixieron que bien sabía vuestra merçed en como ffezier ordenamiento que los que oulessem ziertas quantías, que mantoulessem cauallo so pena cierta et que por esta razón que todos los de los nuestros rregnos que aulan rescuidos muy grandes dapnos et pérdidas en los tiempos pasados e que eso mesmo fazlen agora si los ouissem a mantener; e que nos pedían por merçed que mandasemos que non mantouiessem los dichos cauallos e que si en alguna pana auien caydo fasta aqui por esta rrazón, que fuese nuestra merçed de ge la qultar".

Cortes de Burgos de 1379 en "Col. Cortes", II, pág. 239. "nos pidieron que mandaremos desfazer el ordenamiento".

1371, al responderse a la petición de supresión, se unifica la cuidadosa distribución de cuantía hecha por Alfonso XI y se dice: "qual quier que oviere quantia de treynta mill mr. en mueble o en rayz, sacádo la casa de su morada, que mantenga un caballo de tres mill maravedies".

Por otra parte se dan algunos privilegios a los cuantiosos de Andalucía en las Cortes de 1379 (144). Nuevas reiteraciones de todas estas prescripciones en las Cortes de 1385 y 1390 (145). En las de 1387 nos encontramos con una frase significativa que nos demuestra el incumplimiento general "e non se faga en los alardes las burlas que fasta aquí son fechas" (146).

Visto el fracaso de la regulación minuciosa en textos de alcance territorial, ya no se van a trazar más evaluaciones generales, sino que se confiará a cada localidad concreta el indicar las cuantías obligadas al mantenimiento de caballo. Ejemplos de este proceso de descentralización serán las medidas tomadas por Miguel Lucas en Jaén y una ordenanza dada por el concejo de Sevilla en 1432 (147).

A fin de que el cumplimiento de esta obligación, que ahora se ha empezado a confiar a la administración local, sea efectivo, el rey dará algunas disposiciones de carácter general destinadas a velar por el cumplimiento de esta prestación y a facilitar la tarea de los municipios. A esta etapa que se inicia ahora pertenece la disposición de Enrique III que introduce los alardes anuales como obligación general (148).

Por su parte Juan II dicta una pragmática en 1451 que, recogiendo un estado de ánimo que se manifestó en las Cortes de 1451 y 1471, insiste en que se guarde a los caballeros de cuantía su si

(144) Cortes de Burgos de 1379. "Col. Cortes", II, pág. 284.

(145) Cortes de Valladolid de 1385. "Col. Cortes", II, págs. 315 y 319. Cortes de Guadalajara de 1390. *Ib.* II, págs. 462 y sigs.

(146) Cortes de Briviesca de 1387. *Ib.*, II, págs. 391.

(147) En ella se fija la obligatoriedad de un caballo desde 30.000 maravedies y dos desde 100.000, descontando conforme al común criterio, la casa, ropas y demás enseres. Se permite mantener en vez del caballo que habría de valer 1.000 maravedies, un potro de 600. Todo ello so pena de 100 maravedies. Vid. TENORIO: *Op. cit.*, págs. 233-234.

(148) Cortes de Segovia de 1396. "Col. Cortes" II, págs. 532-537. "Otro sí mando que los míos vasallos fagan cad anno alarde desegunt que mas conplidamente se ordenará por los míos contadores".

tuación privilegiada en el gobierno de las ciudades; al estudiar este aspecto de las reformas de Miguel Lucas tendremos ocasión de ocuparnos de todo este problema y situar la pragmática (149).

Este es el panorama que, de acuerdo con nuestros propósitos, convenía presentar antes de estudiar las medidas que para el fomento de la caballería lleva a cabo el Condestable de Castilla al residir en Jaén.

Hemos de movernos en el estudio de las mismas teniendo en cuenta que son una manifestación del proceso descentralizador por que atraviesa hasta los Reyes Católicos, la regulación de la caballería cuantiosa. Además de esto, para proceder con orden, es preciso bosquejar primero la situación que encuentra en Jaén el Condestable.

VIII

SITUACIÓN EN JAÉN ANTES DEL GOBIERNO POR EL CONDESTABLE

Establecida por Enrique II la obligación de hacer un alarde anual, queda, sin embargo, al arbitrio de las autoridades locales, la forma y tiempo de verificarlos. En territorios alejados de la frontera, como es el caso de Madrid, se tiene por bastante la presentación de los obligados ante el escribano del concejo, acompañados de testigos, para prestar juramento de que cumplen las disposiciones vigentes (150). En cambio, en las tierras fronterizas parece que se llevó o intentó llevar con más rigor la vigilancia en los alardes. Tal es el caso de Sevilla, donde los que se celebraron están fielmente transcritos en los libros de actas del cabildo de la ciudad (151). Pero en lo relativo a Jaén no se encuentran alardes anteriores al gobierno de Miguel Lucas, lo que da la razón al cronista de éste cuando afirma que la caballería cuantiosa estaba prácticamente deshecha en esta ciudad (152). Los intere-

(149) Inserta en la nueva recopilación. VI-1-10.

(150) *Libro de acuerdos del concejo madrileño (1464-1600)*, tomo I (1464-1485). Ed. MILLARES CARLO y ARTILES RODRÍGUEZ. Madrid, 1932, págs. 27-29, 34-35.

(151) Han sido publicados por TENORIO como apéndice a su trabajo citado. Págs. 243-263.

(152) *Crónica*, pág. 66.

santísimos libros de actas que del siglo XV se conservan en Jaén importan más que nada para compulsar la fidelidad de las aseveraciones de la crónica y estudiar la evolución posterior al gobierno del Condestable.

Es probable que en Jaén se verificasen alardes parecidos a los que tienen lugar en otras ciudades andaluzas. Pero la escasa cantidad de caballeros que en la ciudad había en los años anteriores a la gestión de Lucas de Iranzo quita interés al estudio de los mismos. Del análisis que he realizado sobre los libros de actas citados, apenas se desprende ninguna originalidad que suponga diferencia en cuanto a la forma habitual de celebrar los alardes en las tierras de frontera. Podemos distinguir en ellos dos tipos: el ordinario, que se celebraba cada seis meses en el año, en marzo y septiembre, y los extraordinarios, que sólo tienen lugar en caso de expedición militar o de regocijo nacional por cualquier acontecimiento fausto en el ámbito del reino. Estos últimos alardes únicamente se debieron celebrar en Jaén con motivo del nacimiento de Juan II en 1405 y del de Enrique IV en 1454. Su forma, en cuanto a los primeros, se asemeja más a la forma que hemos indicado como propia de las zonas no fronterizas, y así se repite una vez pasado el tiempo de Miguel Lucas, según parecen demostrar un par de documentos del Archivo Histórico Provincial de Jaén que insertamos al final de este trabajo, y que a su vez encajan con los alardes que en un libro de actas de 1479 se registran (153). De todas formas, en Sevilla aparece con más determinación y seriedad el sistema de los alardes, y mientras en Jaén sólo se celebran dos, cuando se celebran, en Sevilla se nos testimonian tres (154).

Según el ordenamiento dado a Sevilla por el Infante D. Fernando de Antequera en cuanto tutor de Juan II (155), cuando en los alardes se ponía de manifiesto que no se mantenía caballo por

(153) Véase la *Noticia documental*, al final de este trabajo.

(154) Vid. TENORIO: Op. cit., págs. 235.

(155) Recoge diversas disposiciones dadas a la misma ciudad y no cumplidas por Alfonso XI y Enrique III. El régimen jurídico local sevillano se extendió a Toledo por Juan II en 1422 y se sacó de él una copia para formar el *Libro de privilegios de los jurados de Toledo*. Vid. en ella parte que nos interesa, según se ha publicado por SÁEZ. AHDE XVI, páginas 598-599.

los cuantiosos obligados, los fieles ejecutores elevaban la correspondiente comunicación a los alcaldes mayores y al alguacil de la ciudad a fin de que éstos procediesen a ejecutar la pena establecida en estos casos. Pero si esto ocurre con hombre de caballo del término, la revisión y denuncia, en su caso, se debía hacer por los alcaldes "que el rey dió para requerir la justicia en el término". Nada podemos afirmar acerca de la vigencia de este mismo sistema en Jaén, pero no debía ser, en caso de haber diferencias, muy distinto.

El número de jinetes de cuantía que encontramos en Jaén en el período inmediato anterior al Condestable se puede fijar, de acuerdo con la crónica, en unos ciento cincuenta (156). En este escaso porcentaje influye, además del desorden en que se encuentra Andalucía, en general, en esta época, el proceso de despoblamiento progresivo por que atraviesa Jaén; en concreto, desde el siglo XIV por lo menos (157). Esta situación ocasiona que los moros se ensañen contra los territorios jiennenses en continuas y profundas devastaciones (158). Por otra parte, se nos aparece también esta ciudad como zona insalubre, azotada por epidemias y, por fin, desarrollándose en ella agitaciones políticas de tipo popular que Miguel Lucas sólo consigne difuminar, pero no borrar, y precisamente en una de ellas hubo de encontrar la muerte (159).

Miguel Lucas de Franco permanece en Jaén desde 1460 hasta 1473 en que es asesinado; en total un fecundo período de trece años escasos. De su gobierno revisten peculiar interés las medidas que tomó para asegurar la recta administración de justicia, la defensa de la frontera y algunos otros aspectos, pero sobre todo ello tiene particular interés cuanto legisla y dispone para fomentar la existencia de una caballería fuerte y poderosa. En otro sentido, importa la crónica del Condestable para perfilar la política que lleva a cabo en el agitado período en el que le tocó vivir; en particular, sus relaciones con la causa de Enrique IV y de los Reyes Católicos, y sus tratos con otros nobles en contra de don

(156) *Crónica*, pág. 66.

(157) *Ibid.* sup. nota (7).

(158) *Crónica*, págs. 66-67.

(159) *Ibid.*, pág. 31. "la çibdad de Jahén no estaua bier sana y morian en ella de pestllença".

Beltrán de la Cueva. Aparte de esto nos proporciona esta "Relación" una serie de importantes datos acerca de la vida íntima de un gran señor en el siglo xv. De todo este mosaico de piezas, nosotros vamos a estudiar la que más interés presenta respecto a la vida política general del país; sus medidas en torno a la caballería cuantiosa.

IX

LAS REFORMAS DE MIGUEL LUCAS. REGULACIÓN GENERAL DE LA PRESTACIÓN

La primera medida que toma el Condestable de Castilla en el aspecto que nos ocupa es fijar la cuantía base por la que se está obligado a sostener caballo y armas para ir a la guerra, señalando "facienda de doce mill maravedis arriba, aqebtas las cosas que se deben saluar, segud el rey nuestro señor en tal caso tiene ordenado" (160).

Este tope de la riqueza base es la primera innovación de Miguel Lucas. *En efecto, anteriormente hemos visto que la riqueza obligada a prestar caballos era, según las Cortes de Alcalá y en lo que corresponde a Jaén, de cuatro a cuarenta mil maravedies (161). Como hemos visto, también esta evolución de cuantías varió desde estas Cortes a las de 1371 en que se fija un tipo único de treinta mil maravedies y a la ordenanza dictada por el concejo sevillano en 1432, que señala dos tipos, correspondiendo un caballo a los que tengan treinta mil maravedies y dos a los que posean cien mil (162). Es decir, que la evolución en general para todo el territorio, hecha por el poder central, se ha sustituido en el periodo que nos importa por una tasa realizada por las distintas autoridades locales, y en virtud de este principio Miguel Lucas fija la cuantía que estima como más adecuada a la realidad económica del Jaén que gobierna.*

Cabe ahora indagar cuál era, de acuerdo con el coste de la vida

(160) *Crónica*, pág. 113.

(161) Vid. sup., págs. 38-39.

(162) Vid. sup., pág. 44.

en el Jaén del siglo xv, el precio de un caballo, y cuál el tanto por ciento que su compra representaba, de esta cuantía de doce mil maravedies.

No disponemos de estudios sobre el tema y, por consiguiente, nos hemos de mover, en este aspecto, sobre una base diplomática. Desgraciadamente, el Archivo Histórico Provincial de Jaén no guarda documentación coetánea a Miguel Lucas, sino del período más inmediatamente posterior en todo caso. He aquí los precios que se pagan por un caballo en estos años.

Año	1479	...	Venta de un caballo en 4.300 mrs. (Legajo 1, Fol. 350-1.)
"	1482	...	Venta de un caballo ensillado y enfrenado (debía ser, sin duda, de guerra, pues aparece como vendedor un Alonso de Martos, adalid) en 4.400 mrs. (Legajo 1, Fol. 64-5.)
"	1483	...	Venta de un caballo ensillado en 5.500 maravedies. (Vol. 1, Fol. 83.)
"	1498	...	Venta de un caballo ruano ensillado y enfrenado, calzado de los pies, en 6.000 mrs. (Vol. 9, Fol. 250.)
"	1498	...	Venta de un caballo en 7.500 mrs. (Ib.)

Relacionando estos precios con la Ordevanza de 1432 de Sevilla, que fija el valor del caballo en mil maravedies, cabe indicar que el precio de los caballos ascendió vertiginosamente durante el siglo xv, especialmente en la zona sur de España y que esta subida se acentuó en el último tercio del siglo. El precio más probable para los caballos, en la época de Miguel Lucas, oscilaría alrededor de los mil maravedies, y se nos antoja carga pesada de sostener. En efecto, recordemos que la cantidad que suponía comprar un caballo en los fueros leoneses era de un cinco a un seis por ciento de la fortuna que se tuviese; que en la regulación de Alfonso XI supone un tanto similar; y ahora, aceptando este precio como bueno, resulta que se trata de gastar en un caballo un ocho a nueve por ciento de la riqueza disponible. Ello quizá pueda explicar la inmediata decadencia de la caballería de Jaén una vez muerto Lucas de Iranzo. Por otra parte, cabe deducir que, al igual que en Sevilla, no se trata realmente de caballo, sino que se permite, aun cuando la crónica no especifique esto, tener un potro de menor valor en lugar de un caballo.

Aparece, además con más fuerza, este carácter elevado de la prestación, si consideramos que en una época cercana, en 1461 (163) Enrique IV concede a don Beltrán de la Cueva el poder obligar a los vecinos de Ubeda a que mantuviesen caballo teniendo una cuantía de veinte mil maravedíes.

Con todas estas disposiciones iniciales se conjuga el encargar a unas autoridades especiales la contabilización de las fortunas de los particulares, que la crónica no describe muy explícitamente "ciertos regidores e jurados" (164). Si bien en las Cortes de Alcalá se había confiado esta misión a unos hipotéticos "omes buenos", en las regulaciones posteriores se encarga de ella la autoridad local. Tal aparece en las fuentes estudiadas antes, lo mismo en lo relativo a Sevilla que a otras partes. También se encuentra esta misma formulación en Cazorla en el siglo xv (165). La regulación de Miguel Lucas, en este sentido, cae dentro del mismo sistema sevillano, donde se encarga a determinados regidores de verificar esta función (166).

Una de las materias, de la que nada dice la crónica, es el límite temporal de la obligación de mantener caballo; es decir, hasta qué edad se viene sujeto a esta prestación. En las Cortes de 1385 de Valladolid se circunscribe entre los veinte y los sesenta años (167), y este tope de edad debió de ser vigente, como norma general, en todo momento, porque en 1480 los R. R. C. C. confirman a los cuantiosos de Baeza, en carta de Enrique IV dictada en 1462, amparándoles en el derecho de no sostener caballo ni armas una vez cumplidos los sesenta años (168). Sin embargo, también en zonas cercanas a Jaén nos encontramos con límites de edad distintos; tal es el caso de Cazorla, donde la exención de caballería sólo alcanza a los que tengan más de setenta y cinco años (169).

(163) Vid. TORRES FONTES: *Itinerario*, pág. 153.

(164) Vid. *Crónica*, pág. 113.

(165) *Memorial del pleito sobre el Adelantamiento de Cazorla, entre el Obispo de Toledo y el Marqués de Camarasa*, 1802. Fol. 165.

(166) Vid. TENORIO: *Op. cit.*, pág. 233.

(167) Vid. Cortes de Valladolid en 1385, en "Col. Cortes", II, págs. 462 y siguientes.

(168) Confirmación rechada en 28-III-1480. Arch.º Simancas, núm. 3112 (II) Fol. 116.

(169) *Memorial del pleito....*, Fols. 137 y 144.

Finalmente, el texto que comentamos dice "reçebtas las cosas que se deuen saluar". Creemos que esto no se refiere sólo al precepto dado por Alfonso XI descontando de las riquezas al hacer su evaluación al fin que nos ocupa "las casas de su morada", y que es heredero directo del "fueros ende suos vestidos del e de sus mujer" de los fueros leoneses, sino que hay que considerar vigente, a este respecto, la disposición dictada en las Cortes de Briviesca de 1387 por Juan I, según la cual se debe descontar (170) para determinar la base imponible de todo contribuyente:

- 1.º Sus armas y las de sus familiares.
- 2.º Los caballos.
- 3.º Los libros.
- 4.º Cama, ropa y enseres domésticos del tributante y de su esposa.

Este conjunto de disposiciones es aludido por la *Cronica* diciendo rápidamente "segund quel rey nuestro señor en tal caso tiene ordenado".

Acerea del tipo de caballo que es necesario tener, para que se entienda que mantiene el obligado caballo apto para la guerra, nada dice tampoco la crónica, únicamente unos renglones más abajo de los párrafos que venimos analizando dice que muchos, ante las medidas tomadas por el Condestable, "compraron potros" (171). Nada hay, por otra parte, que se oponga a la vigencia durante este periodo en Jaén, de la disposición adoptada en las Cortes de Segovia de 1396, mediante la cual se prohíbe nadie tenga ni críe asno garañón en todo el territorio comprendido "en Villareal e dende adelante en la frontera, e en el arçobispado de Sevilla e en los obispados de Córdoba e de Jahan e de Cartagena e de Cadiz" (172), bajo pena de seiscientos maravedies y pudiendo incrementarse el arrendador de las rentas reales de las crías de mula que encontrase. Por ello se puede pensar, que en cuanto a su base de sustentación la caballería jiennense, de este momento, se compone de caballos o de potros.

(170) Cortes de Briviesca de 1387, en "Col. Cortes", II, pág. 405.

(171) *Cronica*, pág. 113.

(172) Cortes de Segovia, de 1396, en "Col. Cortes", II, págs. 532-37.

El número de caballeros de cuantía que reunió Miguel Lucas en esta ciudad, varía de un lugar a otro de la Crónica. Por otra parte, sólo un autor, LAFUENTE, ha fijado este número en una determinada cantidad, sin decir, sin embargo, qué le induce a señalar la cifra que propone "Irauzo (*sic*) tenía reconcentrados en Jaén, como un foco peligroso, 1.000 caballos y 10.000 peones" (173). No anda muy descaminado este autor. En efecto, según la *Crónica*, hicieron el primer alarde, del que en seguida nos vamos a ocupar, un total de 1.160 caballeros de Jaén "su tierra" (174), en otro lugar dice: "tenía (el Condestable) mill docientos roçines", y vuelve a insistir en esta cifra en otro pasaje (175). Sea lo que fuere, el caso es que lo que parece indiscutible es que Miguel Lucas reúne consigo una fuerza considerable y desusada, sobre todo, si se considera el núcleo que la integra: los escurridizos cuantiosos, siempre atentos a zafarse de esta prestación. Tenía fuerza el Condestable y estaba orgulloso de ella: esto le permitirá escribir a Enrique IV en 1472: "sí lo que digo su Alteza ouie por vien y en obra lo pusiere non tiene que facer nin que entender en el, saluo en auer e tomar plaaeres [Miguel Lucas proponía al Rey un plan para desembarazarse de los intrigantes enemigos suyos en la Corte] de todas las maneras que tomarlo querrá, así a su agradecimiento y contentamiento, como en tiempo de su vida los ouo, e deje el cargo de lo sobredicho a que me ofrezco con el ayuda de Dios nro. SR. yo tengo tan buen recaudo de ayudadores e personas que desean en tanto grado su servicio, que sus altezas non conuene en algo nada dello entender" (176). En una palabra, que Miguel Lucas de Irauzo estaba consciente de su fuerza política y militar y se ufanaba de ella.

No encontramos en la *Crónica* ni en parte alguna señal que indique que sea distinto el régimen de caballería cuantiosa en la ciudad Jaén y en su tierra. Esta distinción era común en ciertos

(173) LAFUENTE ALCÁNTARA: *Historia de Granada comprendiendo las sus quatro provincias: Almería, Jaén, Granada y Málaga desde remotos tiempos hasta nuestros días*, Granada, 1843-1846. Vol. 3.º, pág. 328.

(174) *Crónica*, pág. 114.

(175) *Ib.*, págs. 68 y 115. En la pág. 206 dice: "era la contía dellos mill caualleros o más".

(176) Carta de Miguel Lucas al rey Enrique IV en el Ms. 1819 de la Bibl. Nac. Fol. 65 v.º

lugares; la fijaron las Cortes de Alcalá de 1348 para las villas de Agreda y Soria (177). Posteriormente esta distinción se nos aparece en las regulaciones que gobiernan esta prestación en Sevilla, por ejemplo, siendo la cuantía obligada a mantener caballo más inferior en el término de la ciudad (178). Por su parte la *Crónica* sólo alude a los cuantiosos no ciudadanos, en pocas ocasiones y no señala la diferencia. Además, como era costumbre, se presentaban en los alardes todos juntos (179).

Las ventajas político-militares de la existencia y fortaleza de la caballería cuantiosa se exponen en la *Crónica* en un párrafo literario exaltando al Condestable Irazzo "escusó al rey nuestro señor de tener un capitán con quinientos o seiscientos roçines de sueldo, gastándole quatro o çinco cuentos cada año" (180). Estas razones parecen el desarrollo de un texto de las Cortes de Toro de 1371 "esto [la caballería cuantiosa] era grand servicio nuestro e pro de la tierra" (181), y en otro lugar, "muchos tenían tierra e dineros e sueldo de nos para ciertos omes de cauallo e que nos non seruien con tantos commo deuien tener segund el sueldo que les demos" (182). Es curioso todo este conjunto de textos, porque en todos ellos se respira el interés que tiene, la forma que ha tomado la caballería villana, para el reino de modo exclusivo y no para los intereses de los particulares en concreto, dado que ambos fines se conjugaban en los primeros tiempos de su existencia. No insiste tanto el cronista del Condestable en los privilegios que su gobierno procuró a los particulares, cuanto en las ventajas que sus medidas causaron al reino.

(177) Vid. sup. la tabla de cuantías para las Cortes citadas.

(178) Vid. TENORIO: Op. cit., págs. 233-234.

(179) *Crónica*, pág. 114.

(180) *Ib.*, pág. 121.

(181) Cortes de Toro de 1371, en "Col. Cortes", II, pág. 251.

(182) *Ib.* págs. 207-208.

X

LAS REFORMAS DE MIGUEL LUCAS. LOS ALARDES

Señalada la necesidad, como en su lugar hemos estudiado, de que los cuantiosos hiciesen alarde de sus caballos y armas (183), no dejó, como es natural, Miguel Lucas descuidado este aspecto y celebró durante su estancia en Jaén, dos alardes anuales que la *Crónica* nos describe con bastante detalle, quizá por prestarse más que otra faceta de la institución al comentario y disquisición literaria, a que tan aficionado es el autor.

Los alardes que describe son los celebrados en: "El domingo primero del mes de marzo" del año 1463, que según la letra dominical correspondió al día 6 de dicho mes (184). El día 3 de septiembre de 1463, también domingo (185); el de 6 de septiembre de 1464 (186), domingo, y por fin, 1 de septiembre de 1471 (187). Realmente sólo están descritos con detalle los dos primeros, los demás son simples menciones. No debe creerse que sólo estos alardes se hiciesen en tiempo del Condestable, sino que ésta fué una costumbre seguida con regularidad en los meses de marzo y septiembre de cada año, si bien su absoluta igualdad hace que la *Crónica* una vez descritos con detalle, no se ocupe más de ellos (188).

En otros lugares de Andalucía se celebran alardes o revistas de caballos y armas cada tres meses; tal acontece, por ejemplo, en Sevilla (189), pero nada significa el tiempo que tarde en realizarse la demostración, en cuanto sus características intrínsecas.

En Jaén puede decirse que constituía un espectáculo público y era motivo de regocijo y festejo popular. Se verificaba fuera de la ciudad con la asistencia, salvo en casos excepcionales, del Con-

(183) Vid. sup., VIII.

(184) *Crónica*, págs. 113-115.

(185) *Ib.*, págs. 137-140.

(186) *Ib.*, pág. 252.

(187) *Ib.*, pág. 466.

(188) *Crónica*, pág. 252. "y porque en otros lugares es asaz por menudo contado la forma y manera que mandava tener dichos alardes... non convlène más esto alargár".

(189) Vid. TENORIO: *Op. cit.*, pág. 235.

destable, que se limitaba en rigor a presenciar el acto, dejando a las autoridades locales la dirección y manejo del mismo (190). Esto encaja con el criterio que el propio Miguel Lucas tenía de cuál era su papel en el gobierno de la ciudad, criterio éste que se manifiesta claramente cuando dice, con motivo de unos alborotos populares, el alguacil mayor: "mirad que soy Condestable de Castilla y que de razón yo no deuo poner las manos en tan poca cosa, pues vos con los míos bastays" (191).

Para verificar el alarde, cada caballero se juntaba con los de su colación o con los de su aldea, formando todos juntos un escuadrón, en el cual se hacían subdivisiones en grupos de diez individuos, estando al frente de cada grupo de éstos un jefe de diez o "decenario" con su insignia. Una vez reunidas todas las agrupaciones (que sumaban por junto quince, siendo once de la ciudad y cuatro de las aldeas), desfilaban ante el Condestable y los regidores y cada decenario presentaba la relación de los otros nueve de su grupo especificando nombre, armas y caballo. En este momento se retiraban aquellas armas que resultaban inútiles o defectuosas, con el fin de sustituirlas o repararlas; aunque la *Crónica* nada dice, en este momento se debían resolver también las dificultades que sobre precio y utilidad de los caballos se planteasen. El primer decenario que pasaba alarde era el jurado de cada colación y tras de él todos los demás. Había un grupo de funcionarios municipales especialmente encargados de tomar razón del alarde y que iban anotando lo que ocurría y presentaba cada colación. Los demás detalles que sobre los alardes facilita la *Crónica* son puramente anecdóticos y sin interés para nuestro estudio.

Esta forma de realizar las revistas anuales supone un sistema de gran eficacia, pero no debió subsistir mucho tiempo después de Miguel Lucas, pues los Reyes Católicos ordenan que se haga un alarde anotando "nombres diziendo el trato e oficio de cada vno e quien es casado e quien es soltero y quien byue con señor y con quien" (192). Sobre todo si comparamos estos alardes con los

(190) *Crónica*, págs. cit. relativas a los alardes, esp. 252.

(191) *Ib.*, pág. 128.

(192) *Vid.* el documento entero en la *Noticia Documental*.

desvaídos que tienen lugar en Madrid (193), en esta misma época, caeremos en la cuenta de cuán profunda es la reforma que Miguel Lucas lleva a cabo. Pronto, sin embargo, veremos realizarse de modo similar los alardes en Jaén a la falta del Condestable (194).

XI

LAS REFORMAS DE MIGUEL LUCAS. INTERVENCIÓN DE LOS CUANTIOSOS EN EL GOBIERNO DE LA CIUDAD

Tenemos que analizar ahora, siguiendo nuestro plan, las reformas que instaura Lucas de Iranzo en lo que respecta a la función que los cuantiosos desempeñan en la esfera de la administración local.

Ya hemos señalado, líneas arriba, cuándo aparece la intervención de los caballeros en el gobierno de los municipios, no porque en un primer momento éste se reserve a los caballeros, sino porque las autoridades locales son las primeras obligadas a mantener un caballo para poder llevar a cabo las funciones que les están encomendadas. Pero tal ascensión al poder no se hizo, como ya decíamos, sin conflictos ni dificultades: hemos reseñado una pragmática de Juan II en la que se afirma a los cuantiosos en todos los privilegios de esta índole que venían disfrutando. Pero precisamente esta disposición nos revela por el mero hecho de que fuese necesaria, las oposiciones que a su actuación política encontraban los cuantiosos. Tal estado de cosas aparece claramente en las Cortes de Valladolid de 1447 y 1451, al indicarse que el rey ha hecho merced a personas no pertenecientes al estamento de los caballeros de cuantía de Córdoba, de los oficios municipales de la misma en su parte más importante "alcaldías de la justicia de la dicha ciudad e alcaldías ordinarias e mayordomías e fielidades e otros ciertos oficios". Cargos éstos que los cuantiosos cordobeses desempeñaban desde la época de Fernando III el Santo. La petición de que dichas mercedes se revoquen y se deje de nuevo a los

(193) Vid. sup. Lo indicado sobre los alardes que registra el *Libro de Acuerdos del Concejo madrileño*.

(194) Vid. inf. la *Noticia documental*.

caballeros en el normal desenvolvimiento de estas funciones, se reitera en las Cortes de 1451 en Valladolid (195) y, por fin, tendrá eco en la Pragmática que recoge la Nueva Recopilación VI-1-10, reservando a los caballeros dichos puestos y anulando las mercedes en contra de este criterio.

Esto no debía ser exclusivo de Córdoba, sino que desórdenes similares se registraban a cada paso en los aciagos años que forman el final del reinado de Enrique IV sobre todo; desde luego una cosa se puede afirmar: que ni las peticiones de las Cortes, ni la pragmática citada, resolvieron el problema. Así veremos cómo los Reyes Católicos tienen que enfrentarse con conflictos similares en 1479 y 1480 (196).

Con todo este trasfondo se encuentra Miguel Lucas en Jaén, y en él, dos facetas distintas; las insignificantes remuneraciones de los cargos reservados a los cuantiosos, y la escasez de puestos a que éstos tenían acceso; sobre ello, además, se producían "muchas cabtelas y colusiones, de lo cual muchas veces nascían algunos escandalos y diuisiones" (197). El proyecto que para reforma de todo esto envía el Condestable al concejo jiennense es realmente digno de alabanza por la amplitud e inteligencia con que está pensado y redactado. La *Crónica* nos los ha transmitido de modo idéntico a como se encuentra en los Libros de Actas de Jaén.

La situación a la llegada de Miguel Lucas era la siguiente: (198)

C A R G O S	Salarios
Cuatro alcaldías ordinarias (cada una)	800 mrs.
Una personería	600 "
Una mayordomía	600 "
Alférez del pendón de la ciudad	600 "
Una alcaldía de alarifadgo	Sin remuneración.
Alcaldía del castillo viejo y una caballería en la sierra	" "
Dos caballerías en la sierra	" "

(195) Cortes de Valladolid de 1451 "Col. Cortes", III, págs. 571-575.

(196) Archivo de Simancas. Registro General del Sello. Doc. de julio de 1479 (26 de) fol. 5 núm. 1739 (II) y doc. de 15 de abril de 1480, fol. 72, número 3.233.

(197) *Crónica*, pág. 203.

(198) *Crónica*, pág. 205.

Cada uno de estos cargos pertenecía a colación distinta, salvo los dos últimos, que se englobaban los cuatro en dos colaciones. Para designar el titular se seguía el procedimiento acostumbrado de sortear el puesto de que se tratase entre los caballeros de la colación a que el cargo corresponde cada año.

Miguel Lucas propone para su aceptación un amplio plan que podemos resumir así (199):

C A R G O S	Salarios
Cuatro alcaldías ordinarias (cada una).	1.000 mrs.
Y anejos a cada una de ellas los siguientes oficios:	
Una personería	1.000 "
Una mayordomía	1.000 "
Alcaldía del castillo viejo. (A repartir por mitad entre el alcalde ordinario y el tenente del castillo nuevo) ...	4.000 "
Alcaldía de la Torre del Campo	4.000 "
Una alcaldía de alarifadgo y aneja la alcaldía del Burrueco	1.000 y 4.000 mrs. resp.
Una alcaldía de aduana y aneja la alcaldía de la Fuente del Rey	2.000 y 4.000 " "
Alcaldía de Cazalilla y aneja una caballería en la sierra	2.000 y 1.000 " "
Alcaldía de Mengibar y aneja una caballería en la sierra	1.000 y 1.000 " "
Alcaldía del castillo de Pegajalar	6.000 mrs. (*)
Alcaldía de Otiñar y aneja una caballería en la sierra	8.000 y 1.000 mrs. resp.

(*) A repartir, 2.000 y 4.000 mrs., respectivamente, entre el que obtuviese la alcaldía y el actual tenente del castillo por merced real.

Como puede apreciarse, la reforma del Condestable de Castilla es amplísima, y con razón se le puede calificar de *gobernante excelente*. Apreciamos aquí, no sólo el aumento de oficios y de remuneraciones, sino un paso que no tenemos noticia que se realice en otra parte; el encomendar la dirección militar del territorio a los *cuantiosos*. Para mejor perfilar este trascendental paso, que hace que esta regulación no tenga mero interés local, se pre-

(199) Ib., pags. 207 y sigs.

viene que los encargados de las alcaldías y tenencias de los puntos y fortalezas comprometidas (Otiñar, concretamente) vendrían obligados a tener continuamente tres individuos en dichos lugares; uno de ellos en funciones de enlace con Jaén y los otros fijos, pudiendo ser el mismo alcaide uno de estos dos. De ello habría que tomar juramento antes de tomar posesión del cargo.

A fin de evitar los fraudes y engaños que se presentaban con el sistema anterior de sorteo, se elimina éste y se traza un plan detallado de rotación de las distintas colaciones en el desempeño de los puestos gubernamentales que hemos reseñado. Este plan, que nos conservan los Libros de Actas y la *Crónica*, se extiende por menudo, fijando la rotación desde 1463 hasta 1469: anualmente una colación queda sin oficio ninguno. Para pagar las remuneraciones indicadas se destinan las rentas de los bienes de propios de Jaén, justificándose esto en una curiosa analogía con el Derecho Canónico "aun los Derechos permiten poderse vender y enagenar los calices y otras cosas sagradas [se refiere a los casos de guerra] diputadas para los diuinales oficios. Pues muy mucho mejor se podían y denían distribuyr las rentas propios de las dichas çibdades en los semejantes y tan provechosos casos". Todo esto hace pensar en la presencia al lado de Miguel Lucas de algún celoso jurista que fuese el autor material del proyecto.

Estos cargos, o mejor dicho, su desempeño, son irrenunciables, no siendo posible ni aun por permuta o traspaso dejarlos (200). El designado dos veces consecutivas para cubrir alguno de estos cargos tiene incompatibilidad para ostentarlo durante los dos años siguientes, pero parece que esto mismo se acostumbraba ya antes del gobierno de Miguel Lucas (201); esto se entiende cuando se desempeñó la segunda vez durante un mínimo de medio año.

Las causas de cese, antes de llegar el plazo reglamentario son, aparte la muerte, la ausencia de más de un año, o la exclusión por el Cabildo en virtud de la conducta del designado (202) debiendo proveerse sustituto mediante sorteo entre los demás cuantiosos de la misma colación.

Los designados están obligados a prestar juramento de fide-

(200) *Crónica*, pág. 227.

(201) *Ib.*, pág. 230.

(202) *Ib.*, pág. 230.

lidad en el desempeño del cargo y tienen que tomar parte en las salidas corporativas del concejo cuando se trate de recibir a los miembros de la familia real o a las diversas personas que la ciudad estimara oportuno recibir solemnemente (203). La percepción del sueldo se hace por trimestres vencidos, teniendo preferencia para cobrar, los puestos de carácter militar.

Miguel Lucas, que no desconocía todo el problema que hemos examinado líneas arriba en torno a las mercedes que los reyes hacían de las cargas municipales a los individuos que no pertenecen al grupo de los cuantiosos de la ciudad, establece para resolver el conflicto, un sistema mucho más real que las vacuas respuestas a las peticiones de los procuradores en Cortes o las incumplidas pragmáticas. Si se enviaba por el rey, un corregidor o pesquisidor a la ciudad, éste no podía percibir los salarios designados a los cargos que ocupaban los caballeros, debiendo percibirlos éstos, aun en el caso de que no ejerciesen de hecho las funciones de tal puesto. Además, el funcionario regio debía jurar antes de comenzar su gestión en la ciudad, que se sometía a esta prescripción (204).

Como puede apreciarse, en esta minuciosa ordenación se tiende a evitar que se reproduzcan en Jaén las discordias, unas internas y otras derivadas de la mayor intervención del poder central en la vida municipal, que iban ahogando los privilegios de los cuantiosos.

En toda esta regulación se aprecia una sutileza legal que, a mi entender, tiene que atribuirse a un jurista. Esto aparece particularmente claro en los recursos empleados para coonestar la creciente intervención real en las ciudades y los privilegios y autonomía de los municipios. El hecho de que entre todo este mosaico de nuevas normas se acepte de vez en cuando alguna ya consagrada por el uso local, no quita originalidad a esta importantísima regulación.

Hemos analizado la más profunda y mejor regulación que texto alguno nos ofrece acerca de la actividad de la caballería de cuantía en las postrimerías de la Reconquista, pero este panorama no sobrevivirá al Condestable.

(203) *Crónica*, pág. 230.

(204) *Ib.*, págs. 227-229.

XII

EVOLUCIÓN POSTERIOR DE LOS CABALLEROS DE CUANTÍA

La evolución posterior de la caballería de cuantía puede estudiarse tanto en la zona local como en la general, pero los resultados de ambos estudios serán los mismos, como ya hemos hecho notar más arriba. En el primer aspecto, en lo relativo concretamente a Jaén, es de notar un privilegio que Enrique IV otorga a los cuantiosos de esta ciudad eximiéndolos de moneda forera en enero de 1473 (205). Una vez muerto el Condestable, el mismo año 1473, por una Real Cédula, se elevará la cuantía base para mantener caballo a 20.000 mrs. (206), merced que será confirmada por los Reyes Católicos en 1475. Era, como he dicho, una carga muy pesada el sostenimiento del caballo para las fortunas que Miguel Lucas había señalado; por ello, una vez desaparecida la mano enérgica del Condestable de Castilla, la caballería de Jaén volverá a su decadencia. En efecto, en la campaña que sobre Cambil llevan a efecto los Reyes Católicos, no se encuentran más de 150 cuantiosos jiennenses, lo que hace que los monarcas dicten una Real Provisión castigando a los ausentes. Entre los asistentes figura el hijo de Miguel Lucas, que tan novelesca vida había de llevar después hasta su profesión como franciscano (207). Los reyes ordenan alarde tras alarde a la gente de Jaén, pero ello no da resultado alguno; cumpliendo estos mandatos se verifican alardes en 1479, tanto en marzo como en septiembre (208), pero pronto se empezará a relajar su celebración y aparecerán aquí las declaraciones de que se tiene caballo, hechas ante testigo como única prueba. Luego nuevas órdenes en 1502, o el eco de algún alarde aislado como el de

(205) MARTÍNEZ MAZAS: *Retrato al natural de la ciudad y término de Jaén*. Jaén, 1749, págs. 97-98.

(206) *Ib.* y Archivo de Simancas. Registro General del Sello. Número 350, fol. 318 2.º

(207) *Vid.* MARTÍNEZ MAZAS: *Op. cit.*, págs. 113 y 492 y sigs.

(208) *Libro de Actas del Cabildo de Jaén de 1479*, vol. I, fols. 56 rº y vº y vol. II sin foliar. Archivo del Ayuntamiento de Jaén.

1583... (209), pero en Jaén, igual que en todas partes, la última manifestación de la caballería villana, los cuantiosos, agonizaba.

En cuanto se refiere al segundo aspecto de los antes citados, cae fuera de nuestro objeto en este trabajo, que sólo ha sido estudiar el origen de la caballería cuantiosa y la que nos ha parecido su regulación más perfecta a lo largo de toda la Edad Media, las disposiciones de Miguel Lucas. Pero no nos parece correcto dejar de señalar las líneas generales al menos de la posterior evolución (mejor sería decir, acabamiento) de esta forma de prestación del servicio militar a caballo en los siglos siguientes a la Reconquista.

Una vez consumidas las causas que hicieron nacer la caballería villana, ésta, falta de razón de ser, dió los últimos y definitivos pasos hacia su fin. Ya hemos visto la tendencia general de los obligados por esta prestación a disfrutar de los privilegios que se les asignan sin realizar los deberes que en contraprestación se les imponen. Hemos presenciado, a lo largo de estas líneas, también, cómo la arbitraria política de reparto de mercedes que adoptan los últimos Trastamaras, coadyuva al decaimiento y falta de interés en que cumpla esta obligación. A partir del fin de la Reconquista, la lucha solapada, iniciada por los caballeros de cuantia para zafarse de esta, para ellos gravosa, situación, adquiere caracteres de clamor nacional, hasta que a petición de las Cortes de 1619, serán suprimidos los cuantiosos a cambio de la prestación económica del servicio de millones. *Pragmática tras pragmática, ley tras ley, habían fracasado en su intento de imponer el mantenimiento de caballo de acuerdo con las prescripciones vigentes.*

Esta es la línea evolutiva de este período. Los textos más representativos, en cuyo análisis concreto no vamos, naturalmente, a entrar, son los siguientes:

Pragmáticas de los Reyes Católicos, Felipe II y Felipe III, recogidas en la Nueva Recopilación VI-1-11, 12, 13, 14, 15 y 18. En todas ellas no se hace otra cosa que poner acorde con la realidad económica del momento, la obligación de mantener caballo, pero se establecen variaciones en la esencia del régimen, tal como nos-

(209) Véanse los documentos que incluimos al final. Hay, además, copia del alarde de 1583 en el Archivo de la Chancillería de Granada. Hildalgua. Leg. 315, núm. 5.

otros lo hemos visto (210). Las peticiones y quejas de las diversas Cortes tienen también interés, pero todas cabe resumirlas bajo el denominador común de pedir y tender al fin de esta prestación. Podemos señalar como importantes a este respecto las Cortes de Valladolid de 1518 (211), las de Segovia de 1532 sobre el incumplimiento de los alardes (212), las de Valladolid de 1548, sobre la reducción de los dos alardes anuales a uno solo (213), y, por fin, la de Madrid de 1617-1618, en las que, como condición de otorgamiento del servicio de millones, se pide a Felipe III la abolición de esta prestación, cosa que el monarca lleva a cabo en la pragmática recogida en la Novísima Recopilación VI-31.

Discordamos de la opinión común que sostiene que los cuantiosos se terminaron en ese momento (214). Felipe V, por una Real Cédula despachada en El Pardo a 27 de febrero de 1734, restablece lo que él llama "Regimiento de Quantiosos restablecido del Andalucía". Esta disposición pasará a los Autos Acordados que se incorporan a la Nueva Recopilación (215), pero no se encuentra en la Novísima, lo que es una prueba de lo pronto que cayó en inobservancia. Ya en 1706 se pudo apreciar, si bien limitado, un paso en tal sentido. Precisamente en el Archivo del Ayuntamiento de Jaén (216) se conserva una Real Provisión destinada a poner sobre las armas a la caballería de Jaén, y se ordena la celebración de un alarde, pero los llamados se excusan (217).

NOTICIA DOCUMENTAL

Incluimos aquí los dos únicos documentos que se conservan en el Archivo Histórico Provincial de Jaén acerca de caballería cuantiosa y que concretamente tratan de alardes.

(210) Salvo volver en cierto modo al sistema centralizado que instaura Alfonso XI en Alcalá.

(211) "Col. Cortes" IV, pág. 283-284. Sobre la desaparición de los caballeros pardos armados por Cisneros.

(212) "Col. Cortes", pág. 572-573.

(213) Ib., V., pág. 456.

(214) Vid. p. ej. TENORIO: Op. cit., pág. 243.

(215) Autos Acordados VI-12. Nueva recopilación.

(216) Sec. Asuntos Varios. Subsección Nobleza. También el Libro de actas de 1706.

(217) El 13 de febrero de 1706. Libro de actas de este mismo año.

Las normas de transcripción son las de la Escuela de Estudios Medievales. Hemos resuelto las abreviaturas y completado las letras que faltan.

DOCUMENTO I

"En Jaen sabado en saliendo de bñsperas X dias del mes de setiembre año de 1502 ante el honorable beintiquatro Alexo Calderón tenyente de la d(icha) çibdad por el Rey e la Reyna nuestros sennores pareçio un ombre que se dixo por nombre Ynnjgo de Albçlo Repostero de Sus Altezas y presento antel dicho tenyente una cédula firmada de la Reyna nuestra sennora por la qual su Alteza manda al corregidor dela dicha çibdad o sus alcaaldes quel dia de San Miguel se faga alarde de todos los caualleros que tienen caualllos en la dicha çibdad y su tierra con las armas que cada uno tuyere poniendo los ombres darmas por sy e los ginetes por sy poniendolos a todos por sus nombres diziendo el trato e oficio de cada vno e quien es casado e quien es soltero y quien hyue con sennor v con quien — E assymismo que faga alarde de todos los peones espingardero e vallesteros e lanceros de la dicha çibdad e de su tierra. E assymismo que informe de todo el pan trigo e cevada que ay en la dicha çibdad e su tierra e en poder de que personas e al precio que vale o que le den las copias al dicho Ynnjgo de Albçlo segund mas largo en la dicha çedula se contiene la qual obedeçio con todo esfuerço el dicho tenyente e dixo estava presto de la conplir como su Alteza Manda.

E otrosy el dicho Ynnjgo de Albçlo dio al dicho tenyente otra çedula de su Alteza para que la enbiase a Don Alonso Fernandes de Montemayor cuia es la uilla de Alcabdete la que el dicho tenyente recibio en su poder para la enviar e el dicho Ynnjgo de Albçlo lo pidio por testimonio a lo qual fueron presentes por testigos Alonso Peres del Arquellada e Rodrigo de Q(ue)sada escriuano publico e Antón Rodrigues de Caçorla Vecinos de Jaén."

(*Archivo Histórico Provincial de Jaén*, Vol. 2, fols. 250-1.)

DOCUMENTO II

(28 noviembre de 1499)

"Este dia pidio testimonio de cauallo Anton R(odríguez) Seuillano y presento por testigos a Fernando de Almarcha e Pedro Fernandes aguje-tero v Juan Fernandes syllero los quales juraron que tiene vn cauallo ruolto tal como sus Altesas mandan e el sennor tenyente Juan de Hormasa de Vera tenyente gela mando dar. testigos Fernan Gomes de Molina e Pero Lopes de Bujalance vecinos de Jaén."

(*Archivo Histórico Provincial de Jaén*, Vol 9, fol. 422.)

EL DELITO MILITAR EN EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR CHILENO

por Sergio M. ROMAN VIDAL

Mayor del Cuerpo Jurídico Militar Chileno

SUMARIO: 1. Ausencia de un concepto legal.—2. Concepto doctrinal.—3. Delitos militares propios e impropios.—4. Delitos dolosos y culposos.—5. Los principios generales y sus particularidades: a) Aspectos negativos del delito. b) Constelación de circunstancias.—6. Participación de no militares en delitos propiamente militares.—7. Concurso de delitos militares y comunes.

1. AUSENCIA DE UN CONCEPTO LEGAL.

El Código de Justicia Militar chileno no define ni da concepto alguno del delito militar.

Es cierto que en sus artículos 5.º, núm. 1.º, y 206 que lo complementa (1), contiene una referencia al delito militar tendiente a su determinación para los efectos de fijar la jurisdicción, de concretar el ámbito funcional de la ley penal militar; pero tal referencia, dado que la jurisdicción está fundamentalmente determinada por la materia, está muy lejos de ser un concepto o noción de aquél.

(1) Dice el artículo 5.º, número 1.º, contenido en el libro I del Código: "Corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento: ... 2.º) De las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los contemplados en este Código o en leyes especiales que someten el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales militares." Y agrega el artículo 206, contenido en el título I del libro III: "La injuria y la calumnia entre militares se considerará siempre delito militar, pero se penará de acuerdo con la ley común, salvo que constituya un delito especialmente penado por este Código."

Mas, al disponer en su art. 205 (2) la aplicación supletoria, en materia militar, de las disposiciones del libro I del Código penal cuyo art. 1.º define el delito (3), el Código de Justicia Militar hace suya, aplicable al delito militar, la definición formal de delito contenida en el referido precepto, desde que no contiene regla especial.

Formalmente, jurídico formalmente, el delito militar no es, pues, un ente distinto del delito común, como adelantábamos ya en la noción del Derecho penal militar; constituye, como el delito común, una acción típicamente antijurídica, culpable y punible, según la concepción técnicojurídica de éste, acorde con la definición legal del mismo contenida en el artículo 1.º del Código penal, iluminado por el artículo 10, que establece las eximentes de responsabilidad criminal y aplicables en materia militar.

Pero si estructuralmente son idénticos delito militar y delito común por el envío que el Código de Justicia Militar hace al Código penal común, la diferencia entre uno y otro, que por cierto no altera su esencia jurídica, y que supone una particularización que el aditamento militar entraña, ha de hallarse entonces en su concepción material de lesión o puesta en peligro de determinados bienes o intereses jurídicos.

Y ahora adquiere valor el precepto del art. 5.º, núm. 1.º Si la ley penal militar tiene una esfera funcional de aplicación con arreglo al art. 1.º del Código (4); si no puede ser aplicada sino por los Tribunales Militares, y el núm. 1.º del art. 5.º nos dice que corresponde a la jurisdicción militar el conocimiento, entre otros, de las causas por delitos militares, entendiéndose por tales los que señala, quiere decir que no hay más delitos militares que los señalados. Por la esfera funcional de aplicación de la ley penal militar, el art. 5.º, núm. 1.º, adquiere un valor sustantivo; nos indica cuáles son los delitos militares.

Dice el precepto que se entiende por delitos militares los contemplados en el Código o en leyes especiales que sometan el conocimiento de sus infracciones a los Tribunales Militares.

Será la ponderación de los bienes jurídicos contra los que atentan las conductas delictivas descritas en el Código y en las leyes

(2) Dice el artículo 205, que encabeza el título 1.º del libro III del Código: "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."

(3) Dice el artículo 1.º del Código penal en su inciso 1.º: "Es delito toda acción u omisión voluntaria penada por la ley."

(4) Dice el artículo 1.º: "La facultad de conocer en las causas civiles y criminales de la jurisdicción militar, de juzgarlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los Tribunales que establece este Código."

especiales aludidas (5), la que nos permita una elaboración doctrinal del concepto material del delito militar que esta particularización reclama.

2. CONCEPTO DOCTRINAL DEL DELITO MILITAR

La rúbrica de los títulos y de los párrafos en que tradicionalmente se dividen las partes especiales de los Códigos penales realiza una importantísima misión, la determinación, con más o menos precisión, de los bienes jurídicos o intereses jurídicos que se protegen con la incriminación de las conductas que en cada uno de ellos se describen y contra los que el delito atenta; importantísima misión por el valor interpretativo que la concreción del bien jurídico protegido tiene en la determinación del verdadero sentido y alcance del precepto punitivo.

Por tanto, la sola atención prestada a la denominación de los títulos y párrafos del libro III del Código de Justicia Militar que contiene la parte especial penal militar y a la denominación de las leyes especiales cuya infracción penalmente trascendente se somete a la jurisdicción militar, y que nos está indicando su contenido, es bastante para, realizando una abstracción aún mayor que la que entraña la determinación del bien jurídico protegido en cada grupo de categorías penales, intentar una definición o concepto doctrinal del delito militar, válido para el ordenamiento positivo chileno, que permita distinguirlo del delito común, no particularizado por la expresión militar.

En este sentido creemos que puede definirse el delito militar como un atentado contra la disciplina o el potencial militar de la nación (6).

Ya dijimos por ello que el contenido del Derecho penal militar venía determinado, primero, por la infracción de deberes militares y, luego, por el atentado contra bienes jurídicos que dicen relación con la existencia y seguridad misma del país y del Ejército.

(5) Leyes especiales de las que no conocemos sino tres: la Ley de Reclutamiento, cuyo texto refundido se fijó por Decreto con número de ley 11.170, de 30 de abril de 1953; el Decreto con fuerza de ley sobre Navegación Aérea, núm. 221, de 15 de mayo de 1931, y la Ley de la Defensa civil de Chile, cuyo número y data no recordamos. (Véase la nota marginal (1) de la publicación del mismo autor aparecida en el núm. 8 de la REVISTA, pág. 115.—N. DE LA R.)

(6) Es conveniente tener presente que en nuestra terminología la expresión delito es comprensiva de la falta penal. La definición legal del delito contenida en el artículo 1.º del Código penal común comprende la falta penal.

3. DELITOS MILITARES PROPIOS E IMPROPIOS

Lo que confiere carácter, pues, al delito militar es su objetividad jurídica, según lo anteriormente expuesto. Es ello lo que le particulariza.

Mas, como esta particular objetividad jurídica está constituida no sólo por la infracción de deberes militares penalmente trascendentes, cuya protección es misión peculiar del Derecho penal militar, sino, además, por el atentado contra el potencial militar de la nación, cuya protección por extensión se viene asignando tradicionalmente al Derecho penal militar, y ese atentado es susceptible de perpetrarse por una serie de conductas que atentan principalmente contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, siquiese de ello una importante consecuencia que viene a incidir en los principios generales que gobiernan el delito, sobre todo en la teoría de la participación y del concurso.

Es ella, y determina una primera clasificación de los delitos militares, la de que junto a delitos propiamente militares o militares propios, como hemos llamado, hay delitos comunes militares o militares impropios.

Los primeros están constituidos por la infracción de deberes militares penalmente trascendentes, y como aquéllos competen sólo a éstos, resulta que sólo puede ser ejecutor material de estos delitos quien invista la calidad de militar.

Es de tal manera relevante en la configuración de la infracción la calidad o condición personal del agente que, sin su concurrencia, no puede cometerse.

De ahí que llamemos a estos delitos, delitos militares propios. Ejemplos de ellos constituyen la desertión, el abandono de servicio, la desobediencia, etc.

Los segundos, los delitos militares que hemos denominado comunes-militares o impropios, están integrados por el atentado contra el potencial militar de la nación, y como éste puede realizarse por una serie de conductas, según acabamos de decir, que lesionan bienes jurídicos protegidos por el Derecho penal común, como en éstos, en general, tal atentado puede perpetrarse por militares o civiles, indeterminadamente por todos.

Y es por ello que los hemos denominado impropios, en cuanto pueden ser cometidos por cualquiera; la incriminación, en general, no tiene aquí destinatario; la acción que hace el delito puede ser cometida por militares o civiles. Ejemplos, de ellos constituyen la traición militar, el espionaje, el robo o hurto de material de guerra, etc.

Dentro de los delitos militares propios suele distinguirse por la doctrina los delitos esencialmente militares de los secundaria

o accesoriamente militares, según se trate de la infracción de deberes militares, esencialmente militares o secundariamente militares: es decir, de la infracción de deberes que sólo tienen existencia en razón de la existencia misma de los Ejércitos o de deberes que se imponen al militar por su condición funcionaria, con trascendencia penal fuera del Código de Justicia Militar, en tanto que aquéllos no la tienen. Ejemplos de los primeros serían los delitos del centinela, el abandono de servicio, etc.; en tanto que pertenecerían a la segunda categoría, por ejemplo, la desobediencia, la denegación de auxilio, la usurpación de atribuciones, etc.

Esta subclasificación de los delitos militares propios tiene una importancia muy relativa: manéjase por la doctrina, en particular, *en orden a la no extradición de delincuentes por delitos militares*, propugnándose la reserva de la no extradición exclusivamente para los delitos militares, esencialmente tales.

Más importante nos parece, desde el punto de vista del ordenamiento positivo chileno, distinguir entre los que hemos denominado delitos militares impropios, todos delitos comunes calificados, según entendemos (7), aquéllos calificados por la condición o calidad personal del agente de aquéllos calificados por la afectación militar del objeto material del delito.

Entendemos por delitos calificados por la calidad o condición personal del agente, aquellos en que la acción que hace el delito puede ser ejecutada por cualquiera, siendo siempre delictiva, realizada, de hecho, por un sujeto en quien se dé o no la calidad personal que la figura requiere. Toda vez que ello ocurre, la calidad personal es un simple elemento de valoración especial que no hace al tipo y ello reviste suma importancia en la teoría de la participación en orden a la comunicabilidad de las calidades o condiciones personales.

Tomemos, como ejemplo, el delito de traición militar (8). En el art. 244, el Código sanciona, con una pena más rigurosa que la que asigna al delito el Código penal común, al militar que comete, en general, traición, en alguna de las formas previstas en los preceptos del Código penal que indica.

No se trata en el supuesto ya de un delito militar propio: la acción que hace el delito puede ser ejecutada, de hecho, por cualquiera y siempre es delictiva. La calidad o condición personal de militar no es aquí elemento del tipo delictivo, pues el hecho punible puede cometerse sin su concurrencia. No es más que un ele-

(7) Y es ésta, también, una opinión particular nuestra.

(8) Dice el artículo 244 del Código de Justicia Militar: "Será castigado con la pena de muerte, previa degradación, el militar que cometiere cualquiera de los crímenes enumerados en los artículos 106, 107, 108 y 109 del Código penal"; para no citar sino algunas de las formas de traición.

mento de valoración especial de la figura, una particularidad de la culpabilidad.

La ley valora especialmente la calidad personal del agente, advirtiéndole en su conducta una mayor ilicitud, la violación de un deber más importante que incumbe al autor. El militar que comete traición atenta, como el particular, contra los deberes de lealtad y de fidelidad para con la patria; pero aquél compromiétupre el potencial militar de la nación; viola, además, incuestionablemente, la confianza general que en él se ha depositado; la fe pública, digamos, que como encargado de la custodia de la existencia y seguridad del país merece. De ahí la más grave desaprobación de su conducta contenida en la pena.

Llamamos delitos calificados por la afectación militar del objeto material del delito a aquellos en que recayendo la acción sobre objetos jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, la especial afectación militar del objeto material de la acción determina una previsión legislativa especial.

Como en el caso de los delitos calificados por la condición personal del agente, la acción que hace el hecho delictivo puede aquí también ser ejecutada, de hecho, por cualquiera; pero como la causa de la calificación o agravación no es personal, sino real, el delito se agrava respecto de todos.

Por consiguiente entendemos que la afectación militar del objeto material del delito no confiere a la incriminación naturaleza especial, no hace al tipo delictivo, el delito sigue siendo el mismo. Lo único que hace el legislador es ponderar esa especial afectación en la desaprobación de la conducta asignando a ella una pena más grave que aquella con que se comina, en general, el hecho delictuoso que la acción constituye, en atención a la mayor ilicitud que frente al bien jurídico inmediatamente protegido tal conducta entraña.

Y esta estimativa reviste suma importancia en orden a la reincidencia específica y en el ámbito de la teoría del concurso.

Servámonos del delito de robo o hurto de material de guerra como ejemplo, por ser el supuesto más claro (9). En su art. 354 el Código sanciona el robo o hurto de material de guerra, en general, con una pena superior en uno, dos o tres grados, a la señalada por el Código penal para el delito.

El tipo delictivo, en la acepción de von BELING de esquema rector de la figura y en que lo venimos empleando, por cierto, lo constituye en este delito, como en el robo y el hurto común, la sus-

(9) Dice el art. 354 del Código de Justicia Militar: "Se castigara con la pena superior en uno, dos o tres grados a la señalada por el Código penal para el delito, al culpable de robo o hurto de material de guerra, ya se trate de armas, municiones, aparatos, instrumentos destinados a los servicios de las Fuerzas Armadas, o de maquinarias o utiles de uso exclusivo para la fabricación de material de guerra."

tracción de cosa mueble ajena; es en su esencia, pues, un robo o un hurto, una figura de estos delitos, calificada por la afectación militar de la especie.

Quien roba o hurta material de guerra atenta, como quien roba o hurta especies de propiedad del Estado, contra la integridad patrimonial de éste; pero la especial afectación de la especie hace que se dañe o ponga en peligro, además, el potencial militar del país, su propia existencia y seguridad. De donde la más severa reprobación de la conducta.

Esta distinción o clasificación doctrinal de los delitos militares en propios e impropios y de estos últimos en calificados por la condición personal del agente y calificados por la afectación militar del objeto material del delito, de importacia, según hemos dicho, en orden a los principios generales que gobiernan el hecho delictuoso, concretamente en orden a la participación y al concurso, no es una clasificación arbitraria, montada sobre hechos en cuya descripción el legislador bien pudo no tener en consideración los principios técnicos ni la intención o voluntad que le atribuímos. No; ella se construye sobre una técnica legislativa consciente y que el legislador claramente ha puesto de manifiesto.

En efecto, en el art. 215 (10) el legislador reconoce que no todos los delitos militares que se describen en el Código son delitos militares propios, sino que también los hay comunes militares, aquellos que atentan inmediatamente contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común, pero que mediatamente dañan o ponen en peligro el potencial militar de la nación.

Y con arreglo a esa directriz del art. 215, invariablemente en la descripción particular de las figuras delictivas contenidas en él, sanciona el Código con penas militares los delitos militares propios y los calificados por la calidad o condición personal del agente, en cuanto tal calidad, en este último supuesto, representa la violación de un deber más importante, frente al bien jurídico protegido, que incumbe al militar por su condición de tal, y con penas comunes los calificados por la afectación militar del objeto material del delito.

4. DELITOS DOLOSOS Y CULPOSOS

Hemos visto antes que el Código de Justicia Militar no define ni da concepto alguno del delito militar; pero hemos agregado que, al preceptuar en su art. 205 que tendrán aplicación, en materia militar, las disposiciones del libro I del Código penal, a falta de regla especial contraria, hace suya, válida para el delito militar, la

(10) Dice el artículo 215: "Los delitos militares serán sancionados con penas comunes o con penas militares, según la naturaleza del delito."

definición jurídico formal contenida, decíamos, en el art. 1.º del Código penal.

Más decir que la definición de delito se contiene en este y sólo en este precepto, es cierto sólo en la arcaica terminología del Código, que reserva la expresión delito para el delito doloso y denomina cuasidelito al delito culposo, pues la expresión "voluntaria" que contiene el art. 1.º, referida a la acción, no comprende ambas formas de la culpabilidad: es sinónima de dolo.

Propiamente, desde el punto de vista de la culpabilidad, la definición del delito contenida en el Código penal se halla en los artículos 1.º y 2.º (11) que se pone en el caso de que el agente en lugar de actuar dolosamente lo haga sólo culposamente.

Este art. 2.º del Código penal rige también en materia militar con arreglo al art. 205 del Código de Justicia Militar, por lo que en principio los delitos militares pueden cometerse tanto dolosa como culposamente, lo mismo que los delitos comunes.

Pero entre las circunstancias eximentes de responsabilidad del Código penal aplicables también en materia militar, como veremos en seguida, se halla una particular causal de inculpabilidad, la de ausencia de dolo, a menos que expresamente se pene el hecho en su forma culposa (12).

Síguese de ello, que no todos los delitos militares, como tampoco todos los delitos comunes, son punibles en su forma culposa, sino que lo son únicamente cuando expresamente se sancionan en tal forma, y ello aun cuando técnicamente sean susceptibles de cometerse en forma culposa.

No hay inconveniente para que puedan cometerse culposamente delitos militares propios, como tampoco delitos militares calificados por la condición personal del agente; pero sí, en cambio, nos parece que lo hay tratándose de delitos calificados por la *afectación militar del objeto material del delito*.

En los delitos propios la desaprobación de la conducta se monta sobre la infracción de un deber militar que puede infringirse dolosa o culposamente; en los delitos calificados por la condición personal del agente, el mayor disvalor delictivo se asienta en la violación de particulares deberes que frente al bien jurídico protegido incumben al agente calificado, y estos particulares deberes pueden también incumplirse dolosa o culposamente; pero, en los delitos calificados por la afectación militar del objeto, la causa de la agravación se halla no ya en la infracción de un deber cuyo cum-

(11) Dice el artículo 2.º del Código penal: "Las acciones u omisiones que cometidas con dolo o malicia importarian un delito, constituyen cuasidelito ni sólo hay culpa en el que las comete."

(12) Dice el artículo 10, número 13 del Código penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 13. El que cometiére un cuasidelito, salvo en los casos expresamente penados por la ley."

plimiento la ley reclama, sino en el atentado mediato contra el potencial militar de la nación, en razón de la afectación del objeto sobre el que la acción recae, y ello requiere por lo menos conciencia o conocimiento de esa afectación, un elemento subjetivo del injusto sin el cual tal agravación no puede darse e incompatible con la comisión culposa del hecho delictivo (13).

Pero lo que nos interesa poner de resalto es que aun cuando se trate de delitos técnicamente susceptibles de cometerse en forma culposa, los delitos militares, como los comunes, no son punibles en esta forma, sino cuando expresamente se sancionan por culpa. Y ello ocurre poquísimas veces en el Código de Justicia Militar, excepcionalmente, digamos.

5. LOS PRINCIPIOS GENERALES Y SUS PARTICULARIDADES

Siguiendo con el art. 205 del Código de Justicia Militar nos toca ahora destacar su misión trascendente.

El Código de Justicia Militar en el título I de su libro III, rubricado "Reglas Generales", y donde deberían contenerse los principios generales del Derecho penal militar, la teoría del delito, de la participación, del concurso y de la pena, no contiene sino unas pocas normas; aquellas que en concepto del legislador era indispensable establecer, en razón de la especialidad militar de tal Derecho, como normas de complemento o modificatorias de las que gobiernan, en términos generales, el delito, en el ordenamiento penal común.

Con arreglo al art. 205, en defecto de regla especial propia contraria, rigen íntegramente los principios generales del Derecho penal común, contenidos en el libro I del respectivo Código.

No puede darse reconocimiento más categórico de que el Derecho penal militar es un Derecho penal especial, sin sustantividad propia, que el que se contiene en el precepto aludido, en relación con el contexto del título.

Los principios generales reguladores del sistema penal en materia militar son, pues, los mismos que en el Derecho penal común, salvo las reglas especiales contenidas en el Código de Justicia Militar.

Nos ocuparemos aquí solamente de las particularidades introducidas por este último cuerpo legal a esos principios generales, contenidos en el libro I del Código penal.

El absurdo lógico se supone a primera vista, el aludir a las re-

(13) Nos parece por ello técnicamente criticable el precepto del artículo 352 del Código, por ejemplo, que sanciona el incendio o destrucción de edificios u obras militares por imprudencia o negligencia.

glas particulares, que la especialidad militar reclama y que se contienen en el Código de Justicia Militar, sin exponer los principios generales que con tales reglas se complementan o alteran, es sólo aparente. Tanto el Código penal chileno como el Código penal español hoy vigente son en lo fundamental el Código penal español de 1848 (14), y esta identidad en los ordenamientos penales comunes, si no hace innecesaria, por lo menos nos dispensa de la referencia a los principios generales que gobiernan el delito, aplicables en materia militar en defecto de regla especial propia contraria, desde que aquéllos se hallan compresentes.

Así, pues, nos ocuparemos sólo de estas reglas especiales que alteran esos principios generales; pero, siempre de general aplicación en materia militar. Es decir, de aquellas reglas especiales aplicables a todos los delitos y no sólo a algunos en particular.

Dicen ellas relación con los principios que regulan la teoría del delito y, naturalmente, la teoría de la pena. La teoría de la participación y del concurso se rigen íntegramente por el Código penal.

Dejaremos de lado las reglas especiales relativas a la teoría de la pena y concretaremos nuestra atención, por ahora, a aquellas que se refieren a la teoría general del delito.

Dicen éstas relación con el aspecto negativo de los elementos que lo integran, con las eximentes de responsabilidad criminal, como les llama el ordenamiento positivo, y con la constelación de circunstancias que integran la culpabilidad en su concepción normativa, con las circunstancias atenuantes y agravantes de responsabilidad criminal.

Nos referiremos separadamente a unas y otras.

a) *Reglas especiales que dicen relación con el aspecto negativo de los elementos del delito.*—Por lo que hace a éste, a las eximentes de responsabilidad criminal, rigen en materia militar las mismas causales de exclusión, de cada uno de esos elementos del delito, la acción, la antijuridicidad, la culpabilidad, que rigen en materia penal común con ligeras particularidades en lo que se refiere al aspecto negativo de estos dos últimos elementos.

Son estas particularidades, en cuanto a las causales de justi-

(14) En el Mensaje con que el Gobierno acompañó al Congreso el Proyecto de Código penal, vigente desde el 1.º de junio de 1874, dicese textualmente aludiendo a sus antecedentes: "Los fundamentos de sus disposiciones se hallan... en los Códigos modernos de las principales naciones europeas y, sobre todo, en el Código español, cuyos preceptos, al mismo tiempo que se armonizan con las teorías penales universalmente aceptadas en el día, ofrecen para nosotros la ventaja de referirse a un estado de cosas que bajo muchos respectos se asemeja al nuestro, retratando creencias, costumbres, hasta preocupaciones nacidas en la misma fuente."

ficación, concretamente a las de cumplimiento de un deber y estado de necesidad, una especial regulación de la obediencia debida (15) respecto de la primera y una particular extensión de la segunda, tratándose del cumplimiento de la consigna, y en cuanto a las de inculpabilidad propiamente tales, una especial consagración de la exclusión de la culpabilidad por falta de conciencia en orden a la ilicitud de la conducta o de exigibilidad en orden a la previsión del resultado.

Examinaremos separadamente estas reglas especiales.

Obediencia debida.—La relación jerárquica militar, como la funcionaria civil, se construye sobre la base del deber de obediencia, y tal relación jerárquica se establece, en términos amplios, para la ejecución de la ley, para un fin lícito: de donde resulta que, en principio, el deber de obediencia no alcanza más que a las órdenes lícitas, a los mandatos jurídicos.

Pero ello sólo es en principio. La actividad de los órganos del Estado, que de otro modo se vería entabada, el orden jurídico mismo reclama, a salvo por cierto la responsabilidad del superior, en el ejercicio de las relaciones que entraña la jerarquía, la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios. Y esta necesidad es aún más urgente tratándose de la actividad militar, que exige, por su índole, una mayor expedición para ser eficaz. El superior puede equivocarse, puede incurrir en error: pero no puede dejarse al subordinado el discriminar si el mandato es o no lícito y, por tanto, si está o no obligado a obedecer sin perturbar gravemente la eficacia de la acción.

Desde que la obediencia cubre mandatos antijurídicos, y ello ocurre en el ordenamiento penal militar chileno (16), como veremos en seguida, tórnase una eximente de responsabilidad criminal de enorme trascendencia, que reclama una especial y completa regulación.

La relación jerárquica militar se construye sobre el deber de obediencia, hemos dicho, de otro modo no tendría sentido: pero, a su vez, éste se establece para aquélla.

Mas si el deber de obediencia se establece para la relación jerárquica síguese de ello como consecuencia, en primer término, que ha de establecerse por una norma jurídica, puesto que la jerarquía

(15) No hay en el Código penal chileno, como en el Código penal español, una previsión especial de la obediencia debida como causa de exención de responsabilidad criminal. El supuesto queda comprendido en el número 10 del art. 10, que dice: "Están exentos de responsabilidad criminal: 10. El que obra en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, autoridad, oficio o cargo."

(16) Contrariamente a lo que ocurre en el ordenamiento penal común.

se regla igualmente, y, luego, que sólo existe, por lo menos en la extensión que hemos indicado, en el ámbito de la relación jerárquica de subordinación.

La primera consecuencia sobreviene en orden a la naturaleza jurídica del deber de obediencia o de la obediencia debida. Si hay el deber jurídico de obedecer, incluso mandatos antijurídicos, ello significa que quien obra en virtud de obediencia debida actúa lícitamente con arreglo a la ley; está cubierto, en consecuencia, por una causa de justificación; no de inculpabilidades, como se sostiene por algunos autores; y ello es importante, principalmente a la hora de ponderar las consecuencias extrapenales de la conducta del inferior que obra por obediencia debida, teniendo el deber jurídico de obedecer.

La segunda consecuencia tradúcese en la fijación de unos límites teóricos, que técnicamente reclaman su vigencia, al deber de obediencia; éste sólo ha de existir en la esfera de la subordinación, lo que supone, además de ésta, que la orden que ha de obedecerse no escape al fin asignado al órgano jerarquizado y sea dictada por un superior con atribuciones para dictarla, conforme éstas se reglan, y susceptible de cumplirse por quien la recibe. Si así no ocurre, el deber de obediencia ha de cesar.

Estos principios generales son susceptibles, por cierto, en el ordenamiento positivo, de distinta regulación, particularmente cuando se consagra la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios; regulación que entraña, de suyo, el deber de examen del inferior por lo que hace, al menos, al ámbito formal del deber de obediencia y que determinada por la propia razón de la existencia de éste hace que el concepto de obediencia ciega, que todavía se maneja, carezca de vigencia absoluta.

Veamos cómo se regula en el Código de Justicia Militar chileno la obediencia debida militar.

Se dice, en general, que hay obediencia debida, que se debe la obediencia en todos los supuestos en que si el sujeto no obedece incurre en el delito de desobediencia.

Teóricamente, a nosotros no nos parece que ello sea así; creemos que la obediencia se debe en los términos de la norma jurídica que establece el deber de obediencia, toda vez que legalmente exista la obligación de obedecer, aun cuando de desobedecerse no se incurra en el delito de desobediencia. Y nada impide que ello ocurra; no todas las desobediencias constituyen delito.

Mas en el Código de Justicia Militar chileno es aquéllo lo que ocurre; la obediencia se debe, en forma penalmente relevante, en términos que constituya causa de justificación de la conducta del inferior, únicamente en los supuestos en que de no obedecerse se incurre en el delito de desobediencia.

Ello aparece del art. 209, núm. 4.º (17), que reputa atenuante en los delitos militares el obrar en incumplimiento de órdenes recibidas de un superior, cuando el caso no constituya obediencia debida en los términos del art. 334, precepto que describe el delito de desobediencia, o mejor, que consagra el deber de obediencia *relativamente al delito de desobediencia*.

No hay más obediencia debida, capaz de justificar la conducta del que obedece, que la que se debe en términos tales que si no se obedece se incurre en el delito de desobediencia.

Pero el precepto del art. 209, núm. 4.º, nos descubre, además, ya otras dos cosas que vale la pena poner de relieve. Una de ellas es que *hay mandatos antijurídicos obligatorios, pues si la obediencia es atenuante cuando no es debida, en los términos indicados, supuesto en que es eximente, es porque el mandato es antijurídico, es ilícito; no hay circunstancias en los delitos culposos. La otra cosa que nos descubre es que el deber de obediencia está dominado por la idea del acto militar, de servicio; por ello es que fuera del supuesto en que la obediencia es debida, la obediencia sólo es atenuante en los delitos militares.*

Sentado que la obediencia sólo es debida en términos relevantes penalmente en aquellos supuestos en que hay el deber de obedecer so pena de incurrir en el delito de desobediencia, resulta que la obediencia debida viene a estar regulada en forma negativa, por la regulación del delito de desobediencia. Es decir, para saber cuándo se debe la obediencia hay que examinar cuándo se incurre en desobediencia. Toda vez que esto ocurre hay obediencia debida.

Regúlase el delito de desobediencia en el párrafo 1.º del título VII del Código, que trata de los delitos de insubordinación, en los arts. 334 y siguientes.

Pero el delito de desobediencia, a su vez, regúlase en forma negativa, consagrando primero el deber de obediencia relativamente a aquel delito, deber de obediencia equivalente a la obediencia debida penalmente relevante a los efectos de la justificación de la conducta, y de ello resulta, entonces, que la obediencia debida viene a estar regulada directamente, es decir, en forma positiva, en el párrafo de la desobediencia.

Con arreglo al art. 334 (18) todo militar está obligado a obe-

(17) Artículo 209, número 4.º del Código de Justicia Militar: "En los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el artículo 11 del Código penal, las siguientes: 4.º Cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, cuando no constituya el caso de obediencia debida, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 334."

(18) Dice el artículo 334: "Todo militar está obligado a obedecer, salvo fuerza mayor, una orden relativa al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fuere impartida por un superior."

"El derecho a reclamar de los actos de un superior que conceden las

decer las órdenes relativas al servicio que, en uso de atribuciones legítimas, le fueren impartidas por un superior.

El deber de obediencia existe, pues, sólo en la esfera de la subordinación jerárquica; es menester, para que la obediencia se deba, que la orden diga relación con el fin para el que la subordinación se establece; la actividad militar, de servicio (19), y que esta orden sea impartida por un superior que tenga atribuciones para dictarla y respecto del inferior a quien la ordena y conforme aquellas atribuciones se reglan; no otra cosa significa uso de atribuciones legítimas.

El inferior deberá, pues, examinar: la obediencia debida es una obediencia reflexiva; la naturaleza de la orden impartida y las atribuciones del superior que la dicta, y sólo en virtud de un juicio positivo sobre tales extremos obedecer; de otro modo no le cubre la causa de justificación y se hace personalmente responsable de su conducta.

Agrega en seguida el art. 335 (20), que no obstante lo prescrito en el art. 334, es decir, no obstante la orden ser una orden relativa al servicio e impartida por un superior con atribuciones legítimas para dictarla, el inferior podrá, esto es, se le confiere un arbitrio, suspender su cumplimiento, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior, en los supuestos que se indican, entre ellos cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, único supuesto que nos interesa.

Se añade que si el superior insiste en su orden deberá cumplirse en los términos del art. 334.

Conságrase en este precepto del art. 335 un derecho del inferior a la remonstración de la orden, derecho que puede, o no, ejercitar en los supuestos que la disposición indica, entre ellos el de que la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito.

leyes o reglamentos, no dispensa de la obediencia ni suspende el cumplimiento de una orden del servicio."

(19) Con arreglo a lo prescrito en el art. 424, la expresión "servicio" es equivalente a "acto militar". Y de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 421: "Se entiende por acto del servicio (o por acto militar) todo el que se refiera o tenga relación con las funciones que a cada militar corresponden por el hecho de pertenecer a las Instituciones Armadas."

(20) Dice el artículo 335: "No obstante lo prescrito en el artículo anterior, si el inferior que ha recibido la orden sabe que el superior no ha podido apreciar suficientemente la situación, o cuando los acontecimientos se hayan anticipado a la orden o aparezca que ésta se ha obtenido por engaño, o se tema con razón que de su ejecución resulten graves males que el superior no pudo prever, o la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito, podrá el inferior suspender el cumplimiento de tal orden, y en casos urgentes modificarla, dando inmediata cuenta al superior."

"Si éste insistiere en su orden, deberá cumplirse en los términos del artículo anterior." (Véase nota 18.)

En cuanto mero arbitrio, este derecho del inferior, que tiene su razón de ser en la variabilidad de las circunstancias que puedan motivar la orden, en la mejor apreciación que puede hacerse en el terreno de las mismas, en suma, en el mejor servicio, garantizando la eficiencia en la actividad militar; este derecho del inferior, decimos, en cuanto mero arbitrio, es penalmente irrelevante, o mejor, lo es en los términos del art. 335; puede o no ejercitarse sin consecuencias penales.

Mas tratándose del supuesto en que la orden tiende notoriamente a la ejecución de un delito, no obstante lo cual debe cumplirse si es relativa al servicio y ha sido impartida por un superior con atribuciones legítimas, competente para dictarla, la remonstración de ella es obligatoria para que el inferior quede cubierto por la causa de justificación de obediencia, con arreglo al art. 214 (21); la obediencia es debida en tal supuesto sólo en virtud de la reiteración de la orden, y es por ello que la hemos destacado en el artículo 335.

Si el inferior no remuestra la orden y la cumple sólo en virtud de su reiteración, responde del delito cometido, como cómplice, de acuerdo a lo prescrito en el art. 214.

La ley no dice cuándo debe entenderse que la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, y ello plantea un problema interpretativo importante.

La expresión "notoriamente" predetermina a un juicio objetivo de la trascendencia delictiva de la orden: notorio es aquello que se advierte, que trasciende, en términos propios, e inmediatamente se piensa en terceros.

Pero el juicio objetivo de la trascendencia delictiva puede conducir al absurdo de que la orden no sea, no tienda notoriamente a la perpetración de un delito, en términos trascendentes a terceros y, sin embargo, el inferior sabe que la orden tiende a la comisión de un delito, no obstante lo cual, con arreglo a aquel juicio objetivo, podría cumplirla, queriendo el resultado y aun sólo queriéndolo él, ya que el superior pudo haberla impartido por error, sin remonstrarla, impunemente.

Lo corriente será que si la orden es notoriamente tendente a la comisión de un delito, en términos objetivos, al inferior no esca-

(21) Dice el artículo 214: "Cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable; salvo el caso de concierto previo, en que serán responsables todos los concertados."

"El inferior, fuera del caso de excepción a que se refiere la parte final del inciso anterior, solamente será responsable como cómplice si se hubiera excedido en su ejecución, o si, tendiendo la orden notoriamente a la perpetración de un delito, no hubiera cumplido con la formalidad del artículo 335."

pe la trascendencia delictiva de ella, como no ha de escapar al superior que la imparte, supuesto en que la remonstración resulta inútil; en cambio, cuando para el inferior, en términos subjetivos, la orden tiende notoriamente a la perpetración de un delito, trascendencia delictiva que escapa a terceros, la remonstración cumple verdaderamente su fin —la ley no puede suponer que, deliberadamente, se impartan órdenes que tiendan a la comisión de un delito—, y absolver al inferior que cumple la orden sin remonstrarla en este caso, es atentatorio a la justicia, repugna al sentido más elemental de ella.

Entendemos, pues, que el criterio que debe presidir la decisión en cuanto a si la orden tiende o no notoriamente a la perpetración de un delito, debe ser un criterio subjetivo, fundado en el conocimiento del inferior.

Mas esta digresión nos ha apartado del tema.

Tenemos hasta aquí que la obediencia es debida cuando se trata de órdenes relativas al servicio, impartidas por un superior en uso de atribuciones legítimas, y que tratándose de órdenes que tiendan notoriamente a la perpetración de un delito la obediencia se debe sólo en virtud de su reiteración.

El Código consagra, pues, categóricamente la existencia de mandatos antijurídicos obligatorios, pero limitados a órdenes relativas al servicio impartidas por quien tenga competencia legítima para dictarlas; atribuciones legítimas dice la ley, lo que supone, como ya dijimos, además de la competencia, un ejercicio de éstas conforme se reglan, cumpliéndose con las formalidades legales.

Tratándose de mandatos antijurídicos que no tiendan notoriamente a la perpetración de un delito, obvio es decirlo, la obediencia se debe, como tratándose de mandatos licitos, sin necesidad de remonstración y reiteración de la orden.

Esta existencia de mandatos antijurídicos obligatorios pone en evidencia manifiesta, incuestionable, la verdadera naturaleza de la exigencia de obediencia debida: si la obediencia se debe aun cuando la orden tienda notoriamente a la perpetración de un delito en los términos de la ley, no puede verse el fundamento de la exención de responsabilidad para el inferior, ni en el error, ni en la coacción, ni en la amenaza, que llevaría a reputarla causal de inculpabilidad, sino en el cumplimiento de un deber impuesto por la ley, es genuinamente, como ya apuntábamos antes, una causal de justificación que excluye la ilicitud de la conducta del inferior, personal, subjetiva, pero de justificación.

Es claro que si se comete un delito por la ejecución de una orden superior fuera de los casos en que la obediencia se debe, podrá el inferior resultar exento de responsabilidad por una causal de

inculpabilidad, el error, el miedo insuperable (22), pero entonces se está fuera de la obediencia debida.

Precisado cuándo se debe la obediencia, veamos qué efectos produce con arreglo al Código de Justicia Militar.

Refiérese a ellos el art. 214 (23). Con arreglo a este precepto, cuando se haya cometido un delito por la ejecución de una orden del servicio, el superior que la hubiere impartido será el único responsable.

Este es el efecto propio de la obediencia debida. El inferior que por la ejecución de una orden del servicio cometiere un delito, cualquier delito, militar o común, está amparado por una causa de justificación de su conducta, el deber de obediencia que la ley le impone, cuando ésta, efectivamente, es debida.

El superior que ha impartido la orden es el único responsable del delito cometido por su ejecución. El hecho de que se diga que el inferior está justificado en su conducta por la obediencia no es incongruente con la responsabilidad del superior por el delito cometido. La situación no difiere del supuesto de autoría mediata valiéndose de un instrumento que actúa conforme a derecho, que la doctrina admite.

El Código se pone, en seguida, en el evento de concierto entre superior e inferior para la ejecución del delito (24), supuesto en que no puede tratarse sino de un hecho doloso; no hay concierto para la ejecución de un delito culposo, por lo menos relevante penalmente, y dispone que en tal caso serán responsables del delito todos los concertados.

La solución no puede ser otra que la que la ley indica. Trátase en tal caso de una verdadera asociación criminal, que la ley no puede favorecer. No se está ya propiamente en el caso de la obediencia debida, tampoco; se ha roto el normal ejercicio de las relaciones que entraña la jerarquía, para el cual se establece la obediencia, el inferior ya no obedece, en términos propios; no hay, en rigor, superior o inferior, sólo socios en una empresa delictiva.

Luego, en su inciso segundo, el art. 214 (25) refiérese al supuesto en que se cometa un delito por la ejecución de una orden del servicio, extralimitándose, excediéndose el inferior en su ejecución, o cuando tendiendo la orden notoriamente a su perpetración el inferior cumpla sin remostrarla y esperar su reiteración.

(22) En principio, la causa de inculpabilidad de miedo insuperable rige en materia militar igual que en materia común; pero ello es solo en principio; hay supuestos en que resulta inconciliable con el tipo delictivo y entonces no rige al tenor del artículo 205, que hace aplicables las disposiciones del libro I del Código penal, "en cuanto no se opongan" a las reglas contenidas en el Código.

(23) Véase nota 21.

(24) *Ibidem*.

(25) *Ibidem*.

y preceptúa que en ambos casos el inferior responderá, como cómplice, del delito cometido.

La verdad es que la redacción de la disposición no es nada clara.

Lo que sí es incuestionable es que, tanto en uno como en otro caso de los referidos en el inciso segundo del art. 214, se está también fuera de la obediencia debida; en el primero, desde que si el inferior se extralimita en el cumplimiento de la orden por cuya ejecución se comete el delito (26) toma parte, por su cuenta, en la perpetración de éste, pone, no cubierto por la obediencia, una condición del resultado, y en el segundo, porque tratándose de órdenes que tiendan notoriamente a la perpetración de un delito el precepto viene a imponer su obediencia en virtud de la reiteración, una vez remostrada.

En ambos supuestos el inferior es ejecutor material del delito, como lo es en todos los supuestos de obediencia, y como no se halla en los casos aludidos cubierto por la causa de justificación de obediencia debida, debería responder como autor del delito perpetrado. Sin embargo, el precepto dice que responderá como cómplice.

Ello no significa, creemos, sino que, reconociendo el legislador que el delito se perpetra, por la ejecución de una orden del servicio, impartida por quien tiene atribuciones para dictarla, respecto de las cuales, en principio, se debe la obediencia, y a no mediar la cual aquél no se habría cometido, estima menos reprochable la conducta de este ejecutor material que lo que lo sería de ordinario, y establece para ella una atenuación privilegiada, le asigna una pena inferior en un grado (27) a la que le correspondería.

Por último, digamos que la causa de justificación de obediencia debida, aplicable a la comisión de cualquier delito, común o militar, por la ejecución de una orden del servicio, sólo es relevante penalmente como incompleta, rigiendo como atenuante ordinaria, tratándose de la perpetración de delitos militares, con arreglo al art. 209, núm. 4.º (28).

Trátase del supuesto en que la orden o no es relativa al servicio o no ha sido impartida por quien tenía atribuciones para dictarla.

La verdad es que no advertimos el por qué de la restricción de la atenuación sólo a los delitos militares, y creemos que el Código

(26) Entendemos que el precepto no puede referirse al supuesto en que el delito se cometa por la extralimitación del inferior en el cumplimiento de la orden y sólo por ella, pues entonces la orden se torna irrelevante penalmente; lo mismo da que exista o no exista.

(27) No otra cosa significa reputarlo cómplice. Así resulta de los artículos 50 y siguientes del Código penal, aplicables en materia militar con arreglo al artículo 205 del Código de Justicia Militar.

(28) Véase nota 17.

técnicamente ganaría suprimiendo el núm. 4 del precepto del artículo 209.

De no existir dicho precepto, la eximente incompleta de obediencia debida regiría como atenuante ordinaria tratándose de la perpetración de cualquier delito. Así resultaría de relacionar los artículos 10, núm. 10 del Código penal, que establece la eximente de obrar en cumplimiento de un deber, que en este caso sería el de obediencia regido por el art. 334 del Código de Justicia Militar, con el 11 núm. 1.º del mismo Código que consagra como atenuantes las eximentes incompletas (29) y aplicables también, en principio, en materia militar con arreglo al precepto del art. 205 del Código.

Pero, como el art. 209, núm. 4.º dispone que en los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el art. 11 del Código penal, cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior cuando no constituya el caso de obediencia debida, resulta de ello que la obediencia incompleta no la considera comprendida en el art. 11, núm. 1.º, en relación con el art. 10, núm. 10 del Código penal, y si la hace aplicable sólo a los delitos militares, sígnese que no rige respecto de los delitos comunes.

La aplicación de las disposiciones del libro I del Código penal no es ya posible con arreglo al art. 205, que las hace aplicables en cuanto no se opongan a las reglas contenidas en el Código.

Cumplimiento de la consigna.—El Código no define ni dice qué se entiende por consigna. En su art. 208 (30) exime de responsabilidad al militar que hace uso de armas no existiendo otro medio racional de cumplir la consigna recibida. Y en su art. 301 (31) vuelve a aludir a ella, al referirse a los delitos del centinela, diciendo que comete delito el centinela que faltare a su consigna.

Mas el empleo de la expresión "militares" en el art. 208, pone de manifiesto que, además del centinela, hay otros militares a quienes incumbe el cumplimiento de consignas.

En una acepción válida en el orden militar, y entendemos que lo es para el Código de Justicia Militar chileno en virtud de las reglas de hermenéutica consagradas en el Código civil y de general aplicación, el diccionario de la lengua define la consigna como

(29) Dice el artículo 11, número 1.º, del Código penal: "Son circunstancias atenuantes: 1.º Las expresadas en el artículo anterior, cuando no concurran todos los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad en sus respectivos casos."

(30) Dice el art. 208: "Será causal eximente de responsabilidad para los militares, el hacer uso de armas cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida."

(31) Dice el artículo 301: "El centinela que faltare a su consigna o se dejare relevar por otro que no fuere su cabo o quien haga sus veces, será castigado..."

"órdenes que se dan al que manda un puesto y las que éste manda observar al centinela".

Así entendida la expresión consigna compréndese fácilmente cómo su incumplimiento compromete la seguridad del Ejército y, por ende, pone en peligro la seguridad del país mismo.

De ahí que el Código contemple como eximente de responsabilidad para el militar el hacer uso de armas, sin relación al daño causado, cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna recibida.

Trátase de un verdadero estado de necesidad en que se hallan en conflicto bienes desiguales, en último término la seguridad del país y la vida o la integridad corporal de uno o más individuos, y es por ello que la reputamos causa de justificación de la conducta.

Mas hemos dicho que su particular consagración representa una extensión de la causa de justificación de estado de necesidad consagrada en el Código penal común. No se trata sólo de una especial regulación del supuesto; de no existir el art. 208 del Código de Justicia Militar la eximente no tendría cabida en el Código penal común, cuyas disposiciones regirían con arreglo al art. 205.

Y es que el estado de necesidad, incomprensiblemente, en el Código penal sólo rige tratándose de delitos contra la propiedad, con arreglo al art. 10, núm. 7.º (32).

Como quiera que es el estado de necesidad el fundamento de la justificante del art. 208, el precepto exige que el uso de armas se haga cuando no exista otro medio racional de cumplir la consigna que tal uso de armas, para que la conducta quede cubierta por la causa de justificación.

La eximente rige, sea militar o común, el delito cometido, concurriendo los elementos que la hacen.

Falta de conciencia en orden a la ilicitud de la conducta o de exigibilidad en orden a la previsión del resultado.—En su art. 207 el Código consagra una típica causa de inculpabilidad, que el Código penal común no contempla en el catálogo de las eximentes de responsabilidad y que obliga, toda vez que se da, a una construcción doctrinal.

Con arreglo al precepto indicado (33), excepto en los casos de

(32) Dice el artículo 10, número 7.º del Código penal: "Están exentos de responsabilidad criminal: 7. El que para evitar un mal ejecuta un hecho que produzca daño en la propiedad ajena siempre que concurren las circunstancias siguientes:

"1.º Realidad o peligro inminente del mal que se trata de evitar;

"2.º Que sea mayor que el causado para evitarlo;

"3.º Que no haya otro medio practicable y menos perjudicial para impedirlo."

(33) Dice el artículo 207: "Excepto en los casos de insubordinación y deserción, el recluta recién alistado o concripto recién llamado al servi-

insubordinación y desertión, el recluta recién alistado o conscripto recién llamado al servicio, estará exento de penas militares durante el período de un mes, a contar desde su incorporación al Ejército.

La exención se refiere a las penas exclusivamente militares, y hemos dicho que éstas se aplican en el Código a los delitos militares propios y a los delitos comunes militares calificados por la condición militar del agente.

Los primeros están constituidos por la infracción de deberes esencialmente militares, reclamados por la propia organización del Ejército, y secundariamente militares, con trascendencia extramilitar, funcionaria; y los segundos por un atentado contra bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento penal común y agravados por la calidad militar del agente en cuanto la ley advierte en su conducta frente al bien jurídico protegido la violación de especiales deberes que por su condición militar le incumben.

Ahora bien, entendemos que, en los términos del precepto del artículo 207, que sólo exime de penas exclusivamente militares, cuando se trata de la infracción de deberes secundariamente militares y de delitos calificados por la condición militar del agente, esto es, de hechos que el Código sanciona con penas militares, pero que tienen trascendencia penal extramilitar, la conducta deberá calificarse y penarse con arreglo al ordenamiento penal común. No otra cosa, creemos, quiere la ley.

En cambio, cuando se trata de delitos esencialmente militares, sin trascendencia penal fuera del Código, la exención de penas militares reviste el carácter de una verdadera causa de inculpabilidad.

La ley reconoce que la generalidad de los delitos esencialmente militares son una creación que se asienta, no en valores éticos, presupuestos y, por tanto, conocidos, sino en consideraciones utilitarias, de necesidad, que escapan a quien no ha sido especialmente instruido sobre ellas.

Con la excepción de los supuestos de desertión y de insubordinación, expresión comprensiva de los delitos de desobediencia y ultraje a superiores, la ley estima, respecto de quienes no han sido especialmente instruidos, intrascendente el conocimiento de la antijuridicidad de las conductas o no exigible la previsión del resultado, que hacen los delitos militares propios, y que son fundamento de los elementos o formas del juicio de reprochabilidad que la culpabilidad constituye.

La prueba más evidente de ello es que el propio precepto dis-

cio, se hallará exento de penas exclusivamente militares durante el período de un mes desde su primera incorporación al Ejército."

"Dentro de este período se le darán a conocer las leyes penales militares."

pone que el término por el que la exención de penas militares se establece se destinará a dar a conocer las leyes penales militares a quienes dicha exención favorece.

b) *Reglas especiales que dicen relación con la constelación de circunstancias que integran la culpabilidad.*—Tratándose de circunstancias, de atenuantes y agravantes, como ocurre con las eximentes, rigen en materia militar las mismas circunstancias que en materia penal común, con algunas particularidades unas, pero, además, el Código establece otras, relativamente a los delitos militares especialmente, que hallan su fundamento en la propia organización militar.

Hasta ahora hemos venido empleando la expresión materia militar en su más amplio sentido, no restringida al Derecho penal militar, acepción que le es propia, sino en la que le asigna el Código en su art. 205, equivalente al contenido de la jurisdicción y, por tanto, comprensiva de los delitos comunes sujetos a la jurisdicción militar por la calidad del agente y las circunstancias de su comisión. Hemos visto que las causas de justificación de obediencia debida y cumplimiento de la consigna cubren tanto los delitos militares como los comunes sujetos a la jurisdicción militar. No puede darse mayor extensión a la expresión materia militar.

Por eso nos parece que merece párrafo aparte el precepto del artículo 210 (34), que hace de la circunstancia atenuante ordinaria de vindicación próxima de una ofensa grave, contenida en el número 4.º del art. 11 del Código penal (35), tratándose de militares que hubieren muerto, herido o golpeado en vindicación de la ofensa inferida a una ascendiente, descendiente, cónyuge o hermana, que hubiere sido violada, estuprada o raptada por el ofendido, una atenuante privilegiada, que obra como las eximentes incompletas que constan materialmente de varios requisitos a que se refiere el art. 73 (36) del Código penal: es decir, permitiendo

(34) Dice el artículo 210: "Además, respecto de militares, se considerará circunstancia atenuante, regida por el artículo 73 del Código penal, el haber muerto, herido o golpeado, en vindicación próxima de la ofensa inferida a una ascendiente, descendiente, cónyuge o hermana que haya sido violada, estuprada o raptada por el ofendido."

(35) "Son circunstancias atenuantes —dice el art. 11, número 4.º del Código penal—: "La de haberse ejecutado el hecho en vindicación próxima de una ofensa grave causada al autor, a su cónyuge, a sus parientes legítimos por consanguinidad o afinidad en toda la línea recta y en la colateral hasta el segundo grado inclusive, a sus padres o hijos naturales o ilegítimos reconocidos."

(36) Dice el artículo 73 del Código penal: "Se aplicará asimismo la pena inferior en uno, dos o tres grados al mínimo de los señalados por la ley, cuando el hecho no fuere del todo excusable por falta de alguno de los requisitos que se exigen para eximir de responsabilidad criminal en los respectivos casos de que trata el artículo 10, siempre que concurre el mayor número de ellos, imponiéndola en el grado que el Tribunal

la rebaja de pena en uno, dos o tres grados, y exigiéndola, por lo menos, en uno.

El fundamento de la atenuación privilegiada, entendemos se halla en esta circunstancia, en una especie de reconocimiento de la ley, contrapartida del establecimiento que ella misma hace para el militar del honor como deber, de un sentimiento del honor más acentuado, en general, en éste que en quien no es militar, y en que no puede darse mayor afrenta para quien tiene el deber de hacer del honor una norma de vida que los hechos a que ella misma se refiere.

No se divisa, en verdad, otro fundamento que el indicado para tal atenuación privilegiada. Y si ello es así, naturalmente, la atenuante ha de regir, no sólo en materia militar, en la acepción en que venimos empleando el término, sino también, y porque la misma razón hay para ello, en materia penal común; tratándose de delitos comunes no sujetos a la jurisdicción militar.

Sin embargo, el precepto comienza diciendo, "además, respecto de militares, se considerará circunstancia atenuante", y el artículo 209 (37) venía refiriéndose a las atenuantes en los delitos militares, de donde resulta que, gramaticalmente, el adverbio "además", estaría refiriendo la atenuante a los delitos militares, limitando su aplicación a quienes invistieren la calidad de tales.

Mas, desde el punto de vista lógico, el adverbio no tiene sentido en el precepto, pues las atenuantes que se contienen en el artículo 209 están referidas sólo a los militares, como veremos en seguida.

Entendemos que la expresión no tiene más alcance que el de llamar la atención hacia el hecho de que se va a consagrar otra atenuante, sin referirla a los delitos militares, y separadamente no tanto por su condición de privilegiada cuanto por su alcance.

Limitar, por lo demás, la aplicación del precepto del art. 210 a los delitos militares, es denaturalizarlo, privar a la atenuante de sentido, y la ley no puede interpretarse en tales términos.

El precepto del art. 210 ha de recibir, pues, aplicación, incluso en materia penal común.

Volviendo a las circunstancias, en materia militar, nos referiremos, en primer término, a las atenuantes, y en seguida, a las agravantes de responsabilidad criminal.

Siguiendo un orden restrictivo en el alcance de su aplicación nos ocuparemos, primero, de la atenuante contenida en el artículo 211 (38) del Código.

estime correspondiente, atendido el número y entidad de los requisitos que falten o concurran."

(37) Véase nota 17.

(38) Dice el artículo 211: "Respecto de delitos así militares como comunes sometidos a la jurisdicción militar, se considerará también cir-

Con arreglo a esta disposición es circunstancia atenuante, tratándose de delitos sometidos a la jurisdicción militar, militares o comunes, haberlos cometido impulsado por malos tratamientos sufridos en el estado de embriaguez.

Es ésta una atenuante cuyo fundamento parece encontrarse en el arrebató u obcecación, como se infiere de la expresión "impulsado" que el precepto en que se consagra, emplea.

El Código penal común, en su art. 11 núm. 5.º (39), consagra la atenuante de arrebató y este precepto, con arreglo al art. 205, rige en materia militar.

Pudiere pensarse que el precepto del art. 211 lo que hace es particularizar un supuesto de arrebató, limitando el arbitrio judicial en la apreciación de la atenuante, tratándose de materia militar.

Mas ocurre que con arreglo al ordenamiento penal común, para que el arrebató constituya atenuante de responsabilidad, es menester que sea determinado por estímulos tan poderosos que, naturalmente, lo produzcan; ha de ser efecto natural del estímulo.

Y en el supuesto del art. 211, aun apreciando subjetivamente la circunstancia común de arrebató, es manifiesto que se está fuera de ella cuando los malos tratamientos, por su entidad, no son por sí bastantes para producir el arrebató a no mediar el estado de embriaguez en que el maltrato se infiere. No es ya el estímulo la sola causa del arrebató, sino también la excitabilidad que la embriaguez genera.

Creemos, pues, que el fundamento de la atenuación es el arrebató, como en la circunstancia 5.ª del art. 11 del Código penal, pero que se trata de una circunstancia distinta en que se tiene en consideración un estado anormal de excitabilidad del agente, a no mediar el cual el estímulo bien pudo no impulsar, naturalmente, a aquél a delinquir.

Se otorga así en el Código, alguna relevancia penal como minorante de responsabilidad a la embriaguez —cuya génesis no tiene aquí ninguna importancia, pues la acción delictiva la determina el maltrato—, contrariamente a lo que ocurre en el ordenamiento penal común que desconoce a la embriaguez (40) toda relevancia como circunstancia modificatoria de la responsabilidad, salvo el evento en que produzca un verdadero estado de enajenación mental.

Tratándose ahora de delitos militares, dice el Código en su ar-

cunstancia atenuante haberlos cometido impulsado por malos tratamientos sufridos en el estado de embriaguez."

(39) Dice este precepto: "Son circunstancias atenuantes: 5.º La de obrar por estímulos tan poderosos que naturalmente hayan producido arrebató y obcecación."

(40) Contradiciendo así principios técnicos asentados en la realidad científica.

título 209 (41) que, además de las atenuantes contempladas en el artículo 11 del Código penal, serán atenuantes en ellos las que en seguida enumera.

La primera de ellas es la de haber cometido el delito con motivo de haber recibido un castigo no autorizado por las leyes o reglamentos militares.

Halla esta atenuante su fundamento, como la consagrada en el art. 211 en el arrebató u obcecación, pero difiere de ésta, en que en verdad no es más que una particularización de la atenuante ordinaria de arrebató. Aun no mediando el precepto, entendemos que ésta sería perfectamente aplicable al supuesto.

Dice en seguida el art. 209 que es atenuante en los delitos militares el haber ejecutado, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo.

No hay aquí sino una razón de política criminal para el establecimiento de la atenuante. Cometido el delito, ninguna importancia tiene la conducta posterior con respecto a la responsabilidad por aquél. El delito no se hace menos reprochable por una conducta posterior laudable.

Mas la atenuante estimula un comportamiento útil a la acción militar, necesario, sobre todo, cuando el delito cometido pone de manifiesto la quiebra de los principios, del sentimiento del deber, en que se sustenta la organización y eficacia misma del Ejército.

Es ésta una atenuante que halla su razón de ser en la propia organización militar.

En su número tercero, dice el precepto del art. 209, que se reputará circunstancia atenuante en los delitos militares el haber tenido una conducta anterior irreprochable.

Esta atenuante es la misma que consagra el Código penal en

(41) Dice el artículo 209 del Código de Justicia Militar: "En los delitos militares se reputarán circunstancias atenuantes, además de las contempladas en el artículo 11 del Código penal, las siguientes:

"1.º Cometer el delito con motivo de haber recibido el delincuente un castigo no autorizado por las leyes o reglamentos militares;

"2.º Ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo;

"3.º Haber tenido una conducta anterior irreprochable. Tratándose de un militar, solo se entenderá conducta irreprochable la que se deduzca de sus últimas calificaciones anuales, si es Oficial; o la circunstancia de no haber merecido castigo alguno dentro del último año de su servicio, si es Suboficial, Cabo o soldado; sin embargo, los Tribunales Militares podrán apreciar si aquellas calificaciones o los castigos afectan a la conducta irreprochable de los inculcados, haciendo expresa declaración al respecto;

"4.º Cometer el delito en cumplimiento de órdenes recibidas de un superior jerárquico, cuando no constituya el caso de obediencia debida, de acuerdo con lo prescrito en el art. 334."

su art. 11, núm. 6.º (42), por lo que, aun cuando no se hubiere establecido en el art. 209 del Código, habríase aplicado a los delitos militares, con arreglo a esta misma disposición y a la más general del art. 205.

Pero el precepto agrega en seguida que, tratándose de un militar, sólo se entenderá conducta irreprochable la que se deduzca de sus últimas calificaciones, si es Oficial, o la circunstancia de no haber merecido castigo alguno durante el último año de servicio si es Suboficial, Cabo o soldado.

Y entonces parece que lo que hiciera el precepto fuera regular, tratándose de militares y de delitos militares, la atenuante ordinaria de conducta refiriéndola a la conducta militar y sólo a ella.

Supongamos que así fuera. Podría darse entonces el supuesto de que no pudiendo apreciarse la atenuante ordinaria de conducta por no darse los hechos que le sirven de antecedente, podría, en cambio, apreciarse la atenuante del art. 209, número 3.º, por ser irreprochable la conducta militar.

Mas esta conclusión, lógica consecuencia de la premisa de que la ley referiría la conducta tratándose de militares y de delitos militares a la conducta militar, se torna absurda si se tiene presente que hay delitos militares impropios que atentan directamente contra bienes jurídicos comunes —el hurto de especies afectas al servicio, por ejemplo—, en que muy poco nos dice del delincuente relativamente al delito perpetrado la sola conducta militar.

Todavía se da otro absurdo más. Resultaría que el precepto, sin que se divise razón alguna para ello, crearía una situación de privilegio para el militar frente al particular, tratándose de delitos militares, con respecto a la atenuante de conducta, pues en tanto que aquél gozaría de ésta por ser irreprochable su conducta militar, al particular no le alcanzaria sino en virtud de la irreprochabilidad de su conducta a secas, sin especificación, lo que en rigor lógico es exigirle más que a aquél, pues ésta comprende a aquélla.

Lo expuesto bastaría para rechazar una tal interpretación del precepto del 209, núm. 3.º, pues la ley no puede interpretarse en términos que conduzcan al absurdo, si se la supone, como no puede dejar de hacerse, expresión de la buena razón.

Pero el precepto, en cuanto consagra la atenuante, no dice más que se reputará tal la irreprochable conducta anterior, repitiendo la regla del art. 11, núm. 6.º, del Código penal.

Si este precepto es aplicable en materia militar, no hacía tal-

(42) Dice el art. 11, núm. 6 del Código penal: "Son circunstancias atenuantes: ... 6.ª Si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable."

ta consagrar la atenuante para el particular; esto es, no hacia falta establecer la atenuante en términos genéricos para el particular y el militar, y luego, tratándose de éstos referirla a la conducta militar.

Si el propósito de la ley hubiere sido referir la conducta tratándose de militares sólo a la conducta militar, habría bastado con que el precepto dijera haber tenido una conducta militar irreprochable.

Lo que ocurre es que la conducta de un hombre no sólo comprende su conducta particular, sino todos los aspectos de ella: privada, pública, funcionaria. No es que la ley en el precepto del 209, núm. 3.º, se desinterese, tratándose de militares y de delitos militares, por todos los demás aspectos de la conducta que no sean el militar, sino que sin desinteresarse por aquéllos se interesa especialmente por éste, como quiera que la generalidad de los delitos militares entrañan para el militar que los perpetra la violación de deberes militares, y entonces exige su prueba, por los medios que indica, para que pueda apreciarse la conducta a su respecto; no otra que la atenuante ordinaria de conducta.

La verdad es que el precepto habría ganado en claridad no consagrandolo la atenuante como lo hace, sino simplemente regulándola, tratándose de militares, otro precepto.

Y es en los términos indicados como se viene entendiendo unánimemente el precepto por los Tribunales Militares, que no aprecian la atenuante, aun siendo irreprochable la conducta militar, cuando la conducta en general es reprochable.

En un último párrafo del mismo número, el precepto del artículo 209 atempera su rigor por lo que hace a la prueba de la conducta militar, confiando a los Tribunales un arbitrio para apreciarla no obstante las calificaciones y castigos, haciendo expresa declaración al respecto.

La razón del arbitrio se halla, naturalmente, en la variedad de los bienes jurídicos que el Derecho penal militar protege; frente a la violación de cada uno, por cierto, no reviste la misma importancia la conducta militar anterior del delincuente.

Por último, el art. 209 establece como circunstancia atenuante, tratándose de delitos militares, la eximente incompleta de obediencia debida, a que ya aludimos, y cuya limitación en su aplicación a los delitos militares criticamos.

De todas las atenuantes a que se refiere el art. 209, aplicables a los delitos militares y referidas todas a agentes militares, como habíamos adelantado ya, genuinamente, pues, sólo constituye una circunstancia más, no contenida en el art. 11 del Código penal, aplicable en materia militar, la del núm. 2.º: ejecutar, después de cometido el delito, una acción distinguida frente al enemigo.

Relativamente a las atenuantes todavía, y por los términos del

precepto en relación con los delitos militares exclusivamente, dispone el Código en su artículo 212 (43), que no se tomará en cuenta circunstancia atenuante alguna en los casos de traición, espionaje, rebelión y otros que indica por vía ejemplar y, en general, cuando se trate de delitos que pongan en peligro la existencia de una fuerza armada, a juicio del Tribunal.

La ley estima tan graves los delitos a que se refiere, y a tal punto inexcusable la conducta que exige en la norma de ordenamiento en tales casos, que no admite en ellos gradación del juicio de reprochabilidad según las circunstancias.

En cuanto se refiere, ahora, a las circunstancias agravantes rigen en materia militar las mismas agravantes que en materia penal común, y tratándose de delitos militares, además, con arreglo a lo prescrito en el art. 213 (44) del Código de Justicia Militar, las que este mismo precepto indica.

El mencionado artículo, en tres números, reputa circunstancias agravantes una serie de hechos que dicen relación con la ocasión, medios y modos de ejecución del delito; algunos supuestos de otros en que quedan embebidos, pero, en general, susceptibles de concurrencia, constituyendo cada uno una agravante con individualidad propia.

El fundamento de la agravación se encuentra, en general, en el daño que se infiere incidentalmente a la actividad militar, a su eficiencia y organización; en el peligro en que se pone la existencia misma del Ejército y, por ende, la seguridad del país, o en una particular disposición del ánimo del delincuente y que hace más reprochable su conducta.

Las ocasiones, medios y modos a que el precepto del art. 213 alude, agravantes especiales de los delitos militares, por su naturaleza, entendemos ponen de manifiesto que, aun cuando referidas principalmente a los militares, pueden alcanzar también a los particulares autores o partícipes.

(43) Dice el artículo 212 del Código de Justicia Militar: "No se tomará en cuenta circunstancia atenuante alguna en los casos de traición, espionaje, rebelión, insubordinación a mano armada, desertión en campaña, abandono del puesto de centinela frente al enemigo y, en general, cuando se trate de delitos que pongan en peligro la existencia de una fuerza armada a juicio del Tribunal."

(44) Dice el artículo 213 del Código de Justicia Militar: "Se considerarán circunstancias agravantes de los delitos militares, además de las contempladas en el Código penal, las siguientes:

"1.º Cometer el hecho punible en acto del servicio o con daño o perjuicio del mismo; frente al enemigo; en unión de sus inferiores o tomando parte de cualquier modo en las infracciones de un inferior; en plaza sitiada; en los momentos anteriores o próximos al combate; en el combate mismo o durante una retirada;

"2.º Cometer el delito haciendo uso de las armas o abusando del derecho que da el servicio;

"3.º Ejecutarlo ante tropa reunida para un acto del servicio."

6. PARTICIPACIÓN DE NO MILITARES EN DELITOS PROPIAMENTE MILITARES

Acabamos de aludir a los particulares partícipes en delitos *militares*.

Ninguna cuestión suscita la participación de no militares en delitos comunes militares, calificados por la afectación militar del objeto material del delito, pues la incriminación se dirige en ellos indistintamente a todos; la calidad personal del agente es irrelevante penalmente en ellos.

Pero, tratándose de los delitos militares propios y de los que hemos llamado comunes militares calificados por la calidad militar del agente, la participación de no militares plantea en ellos ya un problema, pues la incriminación tiene aquí destinatario, se dirige al militar, y luego la pena con que se desaprueba la conducta es una pena militar.

El Código de Justicia Militar no regula, como no lo hace tampoco el Código penal común, relativamente a las figuras que incorporan un elemento subjetivo personal, la participación de no militares, en quienes no se da el elemento personal que la figura requiere en el agente, en delitos militares propios y calificados por la calidad militar del sujeto.

En su art. 238 (45), sin embargo, dice que cuando corresponda aplicar una pena militar a un individuo no militar, ella se sustituirá por la común que indica. Mas no dice en qué casos a un individuo no militar corresponde aplicarle las penas señaladas en el Código.

Y es importante poner el acento en esto, por la consecuencia a que aparentemente el precepto conduce.

Hemos dicho que la ley desaprueba con penas militares los delitos militares propios y los calificados por la calidad militar del agente y que en ellos la incriminación se dirige al militar.

Luego los únicos supuestos en que a un individuo no militar podría corresponder la aplicación de una pena militar, caso en

(45) Dice el artículo 238: "Cuando a un individuo no militar corresponda aplicarle las penas señaladas en este Código, se sustituirán en la forma siguiente:

"1.º Las penas de presidio y reclusión militares, por las homogéneas de la ley común;

"2.º Las de degradación militar, destitución y expulsión del Ejército, por la de inhabilitación absoluta perpetua;

"3.º La de separación del servicio, por la de inhabilitación absoluta temporal;

"4.º La de destino a una compañía disciplinaria, por presidio menor;

"5.º El arresto militar, por prisión.

"6.º Las demás penas especiales militares, por multa que no baje de cien pesos ni exceda de mil."

el que se pone el art. 238, son los de participación de no militares en delitos propios o calificados por la calidad personal del agente.

En principio, el Código estaría reconociendo en el precepto indicado la comunicabilidad de la calidad personal al participante militar.

Decir "cuando a un individuo no militar corresponde aplicar le las penas señaladas en este Código", significa tanto como decir, cuando la calidad personal sea comunicable, las penas señaladas en este Código se sustituirán en la forma siguiente; pero el precepto no dice, insistimos, cuándo la calidad personal es comunicable.

Doctrinalmente se entiende que lo es cuando la calidad personal es elemento del tipo delictivo, cuando hace al tipo, cuando a no mediar ella no hay delito; esto es, cuando nos hallamos ante un delito propio; y que en cambio no lo es, no es comunicable, cuando es un simple elemento de valoración especial, una particularidad de la culpabilidad que no hace al tipo, pues el delito se configura independientemente de ella, cuando estamos ante figuras calificadas por la calidad personal del agente.

Y entonces, desde que el precepto del art. 238 se pone en el supuesto de comunicabilidad, es que admite o se pronuncia por lo menos por la comunicabilidad tratándose de los delitos militares propios; de otro modo no tendría razón de existir.

Confirma este aserto el expreso reconocimiento que hace el Código en su art. 324 (46), relativamente a la desertión, delito propio, de la posible participación punible de no militares en estos delitos.

Decíamos que el precepto del 238 se pronunciaba por la comunicabilidad de la calidad personal, por lo menos tratándose de los delitos militares propios; pero puesto que no dice cuándo la calidad personal es comunicable, queda aún por resolver el problema respecto de los delitos calificados por la calidad militar del agente.

Tratándose de estos últimos, en que la calidad personal juega el papel de una verdadera circunstancia agravante calificada, incorporada a la figura, simple particularidad de la culpabilidad

(46) Dice el precepto: "El que, sea civil o militar, induzca o fuerce a la desertión, será castigado con la misma pena que el desertor en su respectivo caso. El que la auxilie, con la pena inferior en un grado, y el que la encubra, con la inferior en dos grados, a la que corresponda al desertor."

Vale la pena observar que la razón de ser del precepto no se halla en una excepcional punición de la participación de "extraneus" en delitos propios, sino que el precepto lo que hace es alterar la gradación de la participación; restringe el concepto de autoría vigente y amplia el de la complicidad. He ahí la razón de su especial existencia.

respecto al delito, el ordenamiento positivo chileno, entendemos, reclama la incommunicabilidad.

Con arreglo al precepto del art. 64 (47) del Código penal, las circunstancias, atenuantes o agravantes, personales no son comunicables —y si es cierto que en el caso de las figuras calificadas no se trata de circunstancias, sino de elementos de la misma, la estrecha semejanza entre ambos en cuanto unas y otros, circunstancias personales y elementos personales, representan la ponderación de condiciones peculiares del agente frente al hecho delictuoso, reclama la aplicación analógica del precitado artículo—. Nada justifica un tratamiento discriminatorio tratándose de la comunicabilidad entre unas y otros.

Y este precepto del art. 64 del Código penal es aplicable en materia militar por disposición del art. 205 del Código, lo que viene a hacer idéntica, y por ende a reclamar la misma solución, la situación en materia penal común y en materia militar de los requisitos personales elementos de una figura delictiva, simples particularidades de la culpabilidad con respecto al delito; si las agravantes personales son incommunicables en materia penal militar, por su estrecha semejanza con ellas, los requisitos personales aludidos no pueden ser comunicables; el precepto del artículo 64 del Código penal debe aplicarse a su respecto analógicamente.

El art. 238, cuando alude a los supuestos en que a un no militar corresponde aplicar una pena militar, no puede sino referirse a los delitos propios, a los delitos militares propios.

7. CONCURSO DE DELITOS MILITARES Y COMUNES

Por lo que hace a la teoría del concurso habíamos adelantado ya que ésta, como la de la participación, se rige íntegramente por el Código penal, aplicable en materia militar, en sus disposiciones de carácter general, en defecto de regla especial propia contraria del Código de Justicia Militar.

Y ello porque éste no contiene regla alguna relativa al concurso, ni de delitos militares ni de delitos militares y comunes.

La expresión materia militar que usa el art. 205 la entendemos referida, hemos dicho, no sólo a los delitos militares, sino

(47) Dice el artículo 64 del Código penal en su inciso primero: "Las circunstancias atenuantes o agravantes que consistan en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal, servirán para atenuar o agravar la responsabilidad de sólo aquellos autores, cómplices o encubridores en quienes concurren."

también a los delitos comunes sujetos a la jurisdicción militar por la calidad del agente y las circunstancias de su perpetración, esto es, a los delitos originariamente, desde su comisión, sujetos a la jurisdicción de los Tribunales Militares.

Pero además de estos delitos comunes hay otros delitos comunes, originalmente de la jurisdicción de los Tribunales ordinarios, a los que no puede alcanzar, entendemos, la expresión materia militar, que por arrastre del fuero, por razones de continencia o unidad procesal, se entregan a la jurisdicción militar (48).

El problema de concurso entre delitos materia militar, digámoslo así, y estos últimos, delitos comunes originariamente atribuidos a la jurisdicción ordinaria, no se encuentra reglado.

Mas si el concurso entre delitos militares y comunes de la jurisdicción militar, originalmente atribuidos a ella, se rige por el Código penal por disposición del artículo 205 del Código de Justicia Militar, desde que entre éstos y los comunes de la jurisdicción ordinaria no hay diferencia penal alguna, entendemos que el concurso no reglado entre delitos militares y comunes de la jurisdicción ordinaria, y con mayor razón entre delitos comunes de una y otra jurisdicción originariamente, han de regirse también por los mismos preceptos del Código penal en una aplicación analógica.

Distingue el ordenamiento penal ordinario entre el concurso real o material y el ideal o formal. Refiérense al primero los artículos 74 del Código penal y 509 del Código de procedimiento penal, aplicable también en materia militar por disposición del artículo 126 del Código, y al segundo el art. 75 del Código penal.

Con arreglo al art. 74 del Código penal (49), el concurso ma-

(48) Dice el artículo 77 del Código de procedimiento penal, aplicable al procedimiento militar por disposición expresa del artículo 129 del Código de Justicia Militar: "Cada crimen o simple delito de que conozca un Tribunal será materia de un sumario.

"Sin embargo, se emprenderán en un solo sumario:

"1.º Los delitos conexos, y

"2.º Los diversos crímenes, simples delitos y faltas que se imputen a un solo procesado, ya sea al iniciarse la causa o durante el progreso de ésta."

Y para que esta disposición pueda aplicarse, zanjando el problema de competencia, dicen los artículos 11 y 12 del Código de Justicia Militar: artículo 11, inciso 2.º: "Si siendo muchos los responsables de un delito o de varios delitos conexos hubiere entre ellos individuos aforados y otros que no lo sean, el Tribunal competente para juzgar a los que gozan de fuero juzgará también a todos los demás." Artículo 12: "Si un mismo individuo fuere responsable de delitos sometidos a la jurisdicción militar y a la jurisdicción ordinaria, será competente para juzgarlo por todos los delitos la jurisdicción militar; pero respecto a la decisión de los delitos comunes el Tribunal Militar se ajustará a las leyes del fuero común."

(49) Dice el artículo 74 del Código penal: "Al culpable de dos o mas

terial de delitos es punible conforme al sistema de la acumulación material de penas: pero tratándose de delitos de la misma especie, la regla se ve morigerada por el art. 509 del Código de procedimiento penal (50), que establece para la punición de éstos el sistema de la acumulación jurídica, salvo que sea más gravoso al delincuente que el sistema de la acumulación material.

Tratándose de la acumulación material de penas, y siempre que éstas no puedan cumplirse simultáneamente, se cumplirán en orden sucesivo decreciente de gravedad.

El concurso ideal o formal, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 75 del Código penal, se castiga con la pena mayor asignada al delito más grave (51).

Sea en el supuesto de concurso real, sea que se trate de concurso ideal, plantéase el problema, cuando los delitos en concurso merecen unos penas militares y otros penas comunes, de determinar cuál es la pena más grave para los efectos del cumplimiento

delitos se le impondrán todas las penas correspondientes a las diversas infracciones."

"El sentenciado cumplirá todas sus condenas simultáneamente, siendo posible, cuando no lo fuere, o si de ello hubiere de resultar ilusoria alguna de las penas, las sufrirá en orden sucesivo, principiando por las más graves, o sea las más altas en la escala respectiva, excepto las de confinamiento, extrañamiento, relegación y destierro, las cuales se ejecutarán después de haber cumplido cualquier otra pena de las comprendidas en la escala gradual número 1."

(50) Dice el artículo 509 del Código de procedimiento penal: "En los casos de reiteración (la expresión reiteración se emplea aquí no en el sentido técnico de reincidencia genérica en que lo emplea, por ejemplo, el artículo 10, número 14 del Código penal español) de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados."

"Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el Tribunal aplicará la pena señalada a aquella que considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados, según sea el número de los delitos."

"Podrán, con todo, aplicarse las penas en la forma establecida en el artículo 74 del Código penal, si, de seguir este procedimiento, haya de corresponder al reo una pena menor."

"Las reglas anteriores se aplicarán también en los casos de reiteración de una misma falta."

"Para los efectos de este artículo se considerarán delitos de una misma especie aquellos que estén penados en un mismo título del Código o ley penal que los castigue."

(51) Dice el artículo 75 del Código penal: "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro."

"En estos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave."

to de ellas o para los efectos de la determinación del delito más grave.

Creemos que el problema debe resolverse mediante la aplicación analógica del precepto del art. 238, que establece la equivalencia entre penas militares y comunes en orden a la sustitución de las segundas a las primeras cuando corresponde su aplicación a no militares y a que ya hemos aludido (52). La equivalencia ha de ser para todos los efectos idéntica.

Indudablemente, el concurso de delitos plantea otros problemas relativamente a su punición, pero éstos escapan a la teoría del delito y dicen relación más bien con la teoría de la pena y sus efectos.

(52) Véase nota 45.

EL CODIGO DE JUSTICIA MILITAR DE LAS FUERZAS ARMADAS REALES DE MARRUECOS

por Celestino BARREDA TREVIÑO

Comandante Auditor

SUMARIO: Introduccion.—Competencia de la Jurisdicción Militar.—Organización del Tribunal Militar.—El procedimiento.—Los Tribunales Militares en tiempo de guerra.—La Infracción Militar.—Penas aplicables.—Personas responsables.—Extinción de la responsabilidad penal.—Delitos que prevé el Código; Sección I.—Prófugos y desertores. Sección II.—Sedición militar, insubordinación, malos tratos de obras e Injurias a los superiores, injurias a la Bandera y al Ejército. Rebelión. Sección III.—Abuso de Autoridad. Sección IV.—Malversacion y distracción de efectos militares. Sección V.—Saqueo, devastacion, destruccion de material militar. Sección VI.—Infraccion de los deberes militares. Sección VII.—Mutilación voluntaria. Sección VIII.—De las excusas para tomar parte en las Audiencias del Tribunal Militar. Sección IX.—De la capitulación. Sección X.—Crímenes y delitos contra la seguridad exterior del Estado. Sección XI.—Usurpación de uniformes, insignias, condecoraciones y medallas. Sección XII.—Infracciones diversas.—La jurisdicción disciplinaria.

INTRODUCCION

Con el regreso a su país del Sultán Mohamed V después del confinamiento que, a raíz de su deposición por los franceses del Trono le había sido impuesto en Madagascar, la evolución política que venía desarrollándose en Marruecos entra en una fase mucho más activa (quizá, mejor dicho, precipitada), que desemboca en el reconocimiento por Francia y por España (ésta por medio de la declaración conjunta de 7 de abril de 1956), de la independencia del país, finalizando así el Régimen de Protectorado establecido en 1912, cuyas tareas habían compartido España y Francia durante cuarenta y cuatro años.

En el art. 2.º de la citada declaración conjunta se prevé la constitución del Ejército marroquí, y en el art. 3.º del protocolo adi-

cional a la misma se establece que el Gobierno español prestará su asistencia al Gobierno marroquí para la organización de su propio Ejército.

No se descuidó en este aspecto el nuevo país independiente, pues inmediatamente después de haber obtenido la independencia, empezó a organizar sus fuerzas armadas, para cuyo fin, en virtud de lo convenido, contó con la colaboración de los países ex-protectores, colaboración que por lo que a España se refiere, consistió en el suministro de algunas armas y equipos, integración en el nuevo Ejército de las antiguas Mehal-las Jalifianas, pase al mismo de cierto número de Oficiales (Caidés), Suboficiales y soldados indígenas de los Grupos de Regulares del Ejército Español y destino de diversos Jefes, Oficiales y Suboficiales españoles del Servicio de Estado Mayor y de diversas armas y cuerpos (entre ellos un Comandante auditor).

Transcurridos varios meses desde la fecha en que comenzó la organización de este Ejército, que recibió el nombre de Fuerzas Armadas Reales, por un Dahir de fecha 10 de noviembre de 1956, inserto en el "Bulletin Officiel" núm. 2.299 bis, de 21 del mismo mes y año, se promulgó un Código de Justicia Militar; no precede al texto ninguna exposición de motivos, explicación ni preámbulo, únicamente la fórmula "Que nôtre Majesté Cheriffienne a décidé ce qui suit", y al final, tras la frase "Enregistré a la Présidence du Conseil" firma Si Bekkai, Presidente del Consejo de aquella época.

Parece ser (opinión basada en impresiones e informes particulares, pero fidedignos) que la redacción del Código no fué precedida de deliberaciones, examen, consultas, trabajos de comisiones, etc., y que fué obra personal y exclusiva del Ministro de Justicia del Gobierno de Si Bekkai, si bien es verdad que no era necesario más, pues en fin de cuentas el Código no es más que una traducción del Código de Justicia Militar francés, de 9 de marzo de 1928, ya que la organización y la temática son tan idénticas que en la mayor parte de los epígrafes de títulos y capítulos se conservan las mismas palabras y redacción del Código galo, y numerosos artículos son copia literal del mismo y todos en general, aun aquéllos en que se varía la redacción, tienen un contenido idéntico.

Quizá la súbita promulgación del Código después de varios meses de existencia de las Fuerzas Reales Armadas, esté relacionada con los sucesos acaecidos en Mequínez en el otoño de 1956, pues es muy sintomático que en el mismo "Bulletin" en que aparece su texto se publique también un Dahir declarando territorio militar la prefectura y la provincia de Mequínez, y más aún si se relaciona esto con el art. 213, que dice: "En el territorio de las provincias o prefecturas que hemos declarado militares por

Dahir, el Tribunal Militar entenderá de todos los crímenes o delitos en el territorio de las mencionadas provincias o prefecturas, cualesquiera que sean los autores de los mismos”.

Y se acentúa más aún este carácter de urgencia y de oportunismo a la vista del art. 215 del Código, que fechado, como se ha dicho, en 10 de noviembre de 1956, dice que sus disposiciones tendrán efectos a partir de 12 de mayo del mismo año, con lo que desconoce el casi universalmente admitido en Derecho penal principio de legalidad, si bien este desconocimiento es de carácter circunstancial, puesto que para lo sucesivo ha de entenderse aplicable para el uso de este Código el art. 4.º del Código penal, que dice: “Ninguna contravención, ningún delito, ningún crimen pueden ser castigados con penas que no estén señaladas en la Ley antes de que fuesen cometidas”.

Consta el Código de siete libros, divididos algunos de ellos en títulos, capítulos, secciones y artículos con un total de 215 de éstos y con arreglo al siguiente esquema:

Libro primero.—ORGANIZACIÓN DE LA JUSTICIA MILITAR:

Título 1.º—Del conocimiento de las infracciones cometidas por militares o asimilados en tiempo de paz.

Capítulo 1.º—De la competencia de las jurisdicciones encargadas de conocer las infracciones cometidas por los militares o asimilados en tiempo de paz.

Capítulo 2.º—De la organización del Tribunal Militar.

Capítulo 3.º—De la comprobación de los crímenes y delitos cometidos por los militares o asimilados en tiempo de paz. De la Policía judicial militar.

Capítulo 4.º—De la identificación de los autores y cómplices de las infracciones previstas en el Libro 2.º

Capítulo 5.º—Del examen y juicio ante el Tribunal Militar.

Capítulo 6.º—Recursos de casación.

Capítulo 7.º—De la ejecución de la sentencia.

Capítulo 8.º—Demandas de revisión.

Capítulo 9.º—De los reglamentos de jueces y de los retornos de un Tribunal a otro.

Capítulo 10.º—La rebelión y sus efectos.

Capítulo 11.º—Del reconocimiento de la identidad de un condenado evadido.

Título 2.º—De los Tribunales militares en tiempo de guerra.

Libro segundo.—DE LAS PENAS APLICABLES A LOS CRÍMENES Y DELITOS COMETIDOS POR MILITARES O ASIMILADOS EN TIEMPO DE PAZ Y EN TIEMPO DE GUERRA.

Capítulo 1.º—*De las penas aplicables.*

Capítulo 2.º—*De los crímenes y delitos contra el deber y la disciplina militar cometidos por militares o asimilados en tiempo de paz y en tiempo de guerra.*

Sección I.—*Prófugos y desertores.*

Sección II.—*Sedición militar, insubordinación, malos tratos de obras e injurias hacia los superiores, injurias contra el Ejército y la Bandera, Rebelión.*

Sección III.—*Abuso de autoridad.*

Sección IV.—*Malversación de efectos militares.*

Sección V.—*Saqueo, devastación de edificios, destrucción de material militar.*

Sección VI.—*Infracción de los deberes militares.*

Sección VII.—*De la inutilización voluntaria.*

Sección VIII.—*De las excusas para tomar parte en las audiencias del Tribunal militar.*

Sección IX.—*De la capitulación.*

Sección X.—*Disposiciones complementarias relativas a los crímenes y delitos contra la seguridad exterior del Estado.*

Sección XI.—*Usurpación de uniformes, insignias, condecoraciones y medallas.*

Sección XII.—*Infracciones diversas.*

Libro tercero.—DISPOSICIONES GENERALES.

Libro cuarto.—ESCRIPANÍA DE LOS TRIBUNALES MILITARES.

Libro quinto.—DISPOSICIONES TRANSITORIAS.

Libro sexto.—DISPOSICIONES EXCEPCIONALES.

Libro séptimo.—FEXHA Y EFECTIVIDAD.

A lo largo del articulado del Código, se citan en numerosas ocasiones artículos del Código penal y del Código de instrucción Criminal, y especifica el art. 2.º del Código de Justicia Militar que esas citas se refieren a los Códigos que se consideran aplicables a Marruecos por los arts. 13 y 14 del Dahir de 9 de Ramadán de 1331 (12 de agosto de 1913), sobre el procedimiento criminal y por los Dahiros subsiguientes.

A este respecto conviene advertir que Francia no dictó al instaurar su Protectorado sobre parte de Marruecos un Código penal especial para esa parte (como hizo España en su Zona, 1.º de junio de 1914), sino que declaró aplicable en ella el Código penal francés, con lo que continuaba una tradición "penal-colonial" (otro ejemplo de esta tradición lo constituye la Legislación penal aplicable en

Africa Occidental francesa, que es la metropolitana, según el Decreto de 6 de mayo de 1877, que dice: "Les dispositions du Code penal actuellement en vigueur dans la Metropole, sont rendues applicables dans les Colonies du Senegal et dependences".

No obstante regir en la Zona francesa de Marruecos el Código penal francés, las modificaciones de éste no entraban automáticamente en vigor en dicha zona: para ello era preciso que fuesen aceptadas por Dahir Cheriffiano; el abogado francés M. Louis Rivière, en su obra *Table Generale analytique et raisonnée des Traités, Codes, lois, et reglements du Maroc*, publicada en 1923, recoge nada menos que cincuenta y tres Dahires conteniendo reformas del Código, tanto en lo referente a delitos como a penalidad.

Como hemos visto por el esquema del Código, éste tiene una parte orgánica, una parte procesal y otra penal, y sin perjuicio de estudiar todos estos aspectos, pues a ello parece obligar el título de este trabajo, lo haremos con más detenimiento de la parte propiamente penal, y para sistematizar la exposición nos atendremos en lo posible al propio Código dividiendo el trabajo en las siguientes fases:

Parte primera.—*Competencia de la jurisdicción militar.*

Parte segunda.—*Organización del Tribunal Militar.*

Parte tercera.—*El procedimiento.*

Parte cuarta.—*Los tribunales militares en tiempo de guerra.*

Parte quinta.—*La infracción militar.*

Parte sexta.—*Penas aplicables.*

Parte séptima.—*Persona responsable.*

Parte octava.—*Extinción de la responsabilidad penal.*

Parte novena.—*Delitos que prevé el Código.*

Parte décima.—*La jurisdicción disciplinaria.*

Consideraciones finales.

Hemos de advertir, para evitar innecesarias repeticiones que habrían de ser frecuentes, que cada vez que en estas páginas se diga "el Código" nos referimos al Código de Justicia Militar de las Fuerzas Reales Armadas del Reino de Marruecos: al decir nuestro Código castrense, nos referimos al Código de Justicia Militar español de 1945, y al aludir a otros ordenamientos se les designará por su nombre completo.

También debe tenerse en cuenta a lo largo de estas páginas, que los conceptos "crimen" y "delito" tienen el significado derivado de la clasificación tripartita de las infracciones que admite el Derecho penal francés, y, en consecuencia, el marroquí, y no el mismo significado que en nuestro Derecho penal.

COMPETENCIA DE LA JURISDICCION MILITAR

La competencia de la jurisdicción militar en tiempo de paz es amplísima; el Código no contiene un precepto parecido al art. 5.º de nuestro Código castrense, que determina la competencia de la jurisdicción militar en materia criminal por razón del delito, por el lugar en que se comete y por la persona responsable, y, en principio (ya veremos que no es así, parece que la única razón de la competencia de la jurisdicción militar es la persona responsable.

En efecto, el art. 3.º del Código dice: "Las jurisdicciones militares conocerán, en tiempo de paz de todos los crímenes o delitos, así como de las contravenciones conexas con los crímenes o delitos atribuidos a estas jurisdicciones, cometidos por:

1.º Los Oficiales o asimilados de cualquier grado, Suboficiales, Cabos Jefes, Brigadieres Jefes, Cabos y Brigadieres, soldados y cualquier persona asimilada a los militares por Dahiros o Decretos de organización cuando estén en activo.

Se consideran en servicio activo:

Los soldados de las Fuerzas Armadas Reales, los voluntarios, los reenganchados, los jubilados temporales, los militares de cualquier grado en permiso ilimitado que formen parte de la disponibilidad o de la reserva, llamados al activo desde el instante de su concentración en un destacamento para incorporarse, o de su llegada a destino, si se incorporan aisladamente hasta el día inclusive en que regresan a sus hogares.

Anteriormente a su concentración en el destacamento o a su llamada a destino, estos militares no están sometidos a la jurisdicción del Tribunal Militar más que por hechos de insubordinación.

2.º Los militares en permiso ilimitado o que formen parte de la disponibilidad o reserva situados en hospitales militares o que viajen como militares conducidos por la fuerza pública.

3.º Todos los individuos detenidos en prisiones militares por causa de una infracción de la competencia del Tribunal Militar.

4.º Los prisioneros de guerra.

Los Oficiales y Suboficiales de la Gendarmería y los gendarmes no se someten a la jurisdicción del Tribunal Militar por las infracciones punibles cometidas en el ejercicio de las funciones relativas a la policía judicial y a la comprobación de las contravenciones en materia administrativa.

Están igualmente sometidos a la jurisdicción del Tribunal Militar:

1.º Todas las personas, cualesquiera que sea su calidad, autores de un hecho calificado como crimen cometido en perjuicio de un miembro de las Fuerzas Armadas Reales o asimilado.

2.º Todas las personas, cualesquiera que sea su calidad, auto-

res de un hecho calificado como crimen cuando uno o varios miembros de las Fuerzas Armadas Reales sean coautores o cómplices.

Esta última parte del art. 3.º del Código fija dos reglas para señalar la competencia castrense un tanto extrañas (por lo menos en comparación con nuestro Código castrense): en virtud de la primera de ellas se determina la competencia no por la persona responsable, sino por la víctima, y sería interesante conocer el pensamiento del legislador marroquí y los móviles o razones que le han impulsado a incluir este precepto en el Código (apartándose en este punto de su patrón el Código de Justicia Militar francés en el que no existe nada igual, ni siquiera semejante), pues no es fácil imaginarse la transcendencia que en orden al interés del servicio o del Ejército puedan tener estos casos; mucho más lógico parece el sistema de nuestro Código castrense en el que, cuando se juzga necesario proteger especialmente a un militar existen delitos que se configuran como tales precisamente por la cualidad de militar del ofendido; ejemplos, los delitos previstos en el capítulo III del título 9.º del libro 2.º (insulto a centinela, salvaguardia o fuerza armada), y los del capítulo IV del mismo título y libro (atentado, amenazas, desacatos, injurias y calumnias a las autoridades militares).

Igualmente curiosa es la segunda regla (tampoco existente en el Código francés), que se refiere precisamente a los crímenes, no a todas las infracciones, pues expresamente el art. 8.º declara la competencia de los tribunales ordinarios para todos los inculcados en caso de coautoría o complicidad entre militares o paisanos cuando el hecho constituya delito.

No están comprendidos, mejor expresado, están expresamente excluidos (arts. 5.º y 6.º) de la competencia de la jurisdicción militar los menores de dieciocho años y el personal civil de las Fuerzas Armadas Reales.

Todo lo expuesto hasta ahora sobre competencia se refiere a las personas, y es preciso señalar que el art. 4.º del Código declara sometidas a la jurisdicción del Tribunal Militar a todas las personas, cualesquiera que sea su calidad, que hayan cometido una infracción calificada de atentatoria a la seguridad exterior del Estado.

Y no podemos terminar, al referirnos a competencia, sin citar otro precepto original (en el sentido de que no está extraído del Código francés), cual es el contenido en el art. 213, que dice: "En el territorio de las provincias o prefecturas que hemos declarado militares por Dahir, el Tribunal Militar entenderá de todos los crímenes o delitos cometidos en el territorio de las mencionadas provincias o prefecturas cualesquiera que sean los autores de los mismos." (Recuérdese en cuanto a esto lo dicho anteriormente en el mismo "Bulletin" en que se inserta el Código, y a continuación

del texto del mismo figura otro Dahir declarando territorio militar la prefectura y la provincia de Mequinez. La fecha de este Dahir es de 28 de octubre de 1936, y la del Código de 10 de noviembre del mismo año.)

Resulta de todo lo expuesto que, como se dijo al empezar a tratar de esta materia y en contra de lo que a primera vista aparece, la competencia de los Tribunales Militares es amplísima y resulta o puede resultar determinada:

- a) Por razón de la persona responsable.
- b) Por razón de la víctima de la infracción.
- c) Por razón de la infracción (contra la seguridad exterior del Estado).
- d) Por razón del lugar (infracciones cometidas en provincias o prefecturas declaradas Territorio Militar).

Se establece en este mismo capítulo (art. 7.º) que cuando una misma persona deba ser juzgada por dos infracciones cuyo conocimiento esté atribuido a la jurisdicción del Tribunal Militar y a la de un Tribunal ordinario, comparecerá en primer lugar ante el Tribunal que conozca del hecho que esté más severamente sancionado y luego, si procede, ante el que conozca del menos penado.

En caso de doble condena solamente se sufre la más grave, y si dos infracciones tienen señalada la misma pena, o si una de ellas es la de deserción, el inculcado será juzgado en primer lugar, por el hecho de la competencia del Tribunal Militar.

Y termina el capítulo relativo a la competencia de la jurisdicción militar haciendo constar que ésta no resuelve más que sobre la acción pública y que salvo lo que expresamente se prevé en el art. 125, nadie podrá mostrarse parte civil ante el Tribunal Militar, aunque este Tribunal puede, sin embargo, ordenar en beneficio de los propietarios la restitución de los objetos decomisados o de las piezas de convicción cuando no haya lugar a proceder a su confiscación, y que de la acción civil que nazca de una infracción no podrá conocerse más que ante la jurisdicción civil, quedando el ejercicio de ella suspendido en tanto no se haya dictado fallo definitivo sobre la acción pública incoada antes o durante la sustanciación de la acción civil.

ORGANIZACION DEL TRIBUNAL MILITAR

El art. 1.º del Código establece que la justicia penal para los miembros de las Fuerzas Armadas Reales se administrará:

1.º Por el Tribunal de las Fuerzas Armadas Reales, y en tiempo de guerra por los tribunales militares de los Ejércitos.

2.º Por el Tribunal Supremo Jerifiano en los casos y condiciones previstos en el presente Código.

Aunque del encabezamiento de este artículo pudiera deducirse que *únicamente* los miembros de las Fuerzas Armadas Reales pueden comparecer ante estos Tribunales, la realidad es que éstos juzgan también, como hemos visto, a los paisanos y a los prisioneros de guerra en los casos señalados en el art. 3.º (autores de un crimen en perjuicio de miembros de las Fuerzas Armadas Reales y coautores o cómplices de militares acusados de un crimen) y en el art. 4.º responsables de infracciones —nótese que en este caso no se establece diferencia entre crímenes y delitos— contra la seguridad exterior del Estado y art. 213 provincias o prefecturas de claradas militares, y, como se verá más adelante, el Código regula la composición del Tribunal para cuando haya de juzgar a paisanos y prisioneros de guerra.

Particularidad digna de hacer notar antes de entrar en detalles sobre los Tribunales Militares es que, a diferencia de nuestro Derecho Penal Militar y desconociendo la clásica división de poderes, ejecutivo y judicial (además del legislativo), el Código confiere al Ministro de Defensa las mismas o análogas facultades judiciales que nuestro Código castrense otorga a los Capitanes Generales, si bien puede delegar todos o parte de sus poderes en uno o varios *Oficiales Generales de su elección*.

El Código no establece para tiempo de paz nada más que un Tribunal militar permanente de las Fuerzas Armadas Reales radicado en Rabat, aunque se prevé que pueda situarse en otro lugar del Reino por decisión del Ministro de la Defensa Nacional.

El Tribunal Militar permanente puede revestir en su formación o composición nada menos que *catorce* formas distintas, pues se constituye de distinta manera (en cuanto a número de miembros) si es para juzgar un crimen que si es para conocer de un delito o contravención; dentro de cada uno de estos supuestos varía a su vez (en cuanto a la calidad de los miembros), según sea para juzgar a Oficiales o a Suboficiales o tropa, y aun cuando se trate de juzgar a Oficiales, varía también (en cuanto a la graduación de sus miembros).

En cualquier caso, el Presidente del Tribunal es un Magistrado del Tribunal Supremo Jerifiano, y los vocales son militares en número de dos para conocer de delitos y contravenciones, y en número de cuatro para conocer de crímenes. Las graduaciones varían según la del inculcado; pero siempre, tratándose de Oficiales, el vocal militar de menor categoría ha de ser del mismo grado y mayor antigüedad que el inculcado, lo mismo cuando el Tribunal se constituye para conocer de delitos que de crímenes.

Además de las catorce composiciones distintas que puede adoptar el Tribunal Militar en los casos más normales o frecuentes, aún

puede revestir dos nuevas formas distintas, una de ellas es para cuando haya de juzgar a un General o Coronel, en cuyo caso y lo mismo si se trata de delitos que de crímenes, el Tribunal Militar especial se compone de: El Presidente del Tribunal Supremo como Presidente, y cuatro vocales, dos de ellos Magistrados del mismo Tribunal y los otros dos Oficiales del rango más elevado: *la otra formación especial es para conocer de infracciones contra la seguridad exterior del Estado, en cuyo caso el Tribunal tendrá la misma composición que el de materia criminal que corresponda, según la clase del acusado, aumentados sus miembros con dos Magistrados del Tribunal Supremo Jerifiano.*

Finalmente, cuando se trata de juzgar a prisioneros de guerra, *la composición del Tribunal Militar es la misma que cuando se juzga a militares nacionales, según las asimilaciones de grado, y cuando los inculcados sean paisanos, los vocales militares serán de graduación de comandantes o capitanes.*

EL PROCEDIMIENTO

El art. 32 del Código atribuye al Ministro de Defensa Nacional el encargo de investigar todas las infracciones de la competencia del Tribunal Militar. Cuando el Ministro, en virtud de un informe de un oficial de la Policía judicial o por su propia iniciativa (*que puede ser a consecuencia de queja o denuncia de los Jefes de Cuerpo y Servicios, de los Oficiales públicos o Funcionarios, de las personas que han sido testigos de las infracciones o de los perjudicados por las mismas*), estima que es conveniente llevar ante el Tribunal Militar un asunto, da una orden de informe o una orden de juicio directo que envía al Comisario del Gobierno. *Esta orden del Ministro marca el nacimiento de la investigación hasta tal punto que el art. 33, párrafo 3.º, señala como vicio de nulidad en cualquier diligencia la falta de la orden de informe o de juicio directo (salvo especiales casos de infracciones relativas a la seguridad exterior del Estado).*

Del texto del citado art. 32 se deduce que queda al prudente arbitrio del Ministro de Defensa Nacional iniciar una investigación; sin embargo, esto no ocurre así en los casos en que le haya sido denunciada una infracción por un Juez de Instrucción Civil, o por un Fiscal, en cuyo caso la entrega de la orden de informe o de juicio directo es obligatoria.

Recibida la orden por el Comisario del Gobierno, éste transmite inmediatamente al Juez Instructor todos los antecedentes con sus pruebas, y desde este momento el inculcado queda a disposición del Juez, quien podrá dictar contra aquél orden de comparecencia, o de comparecencia y prisión, si hay lugar a ello.

Continuando el desarrollo del sumario, el Instructor, después de la primera comparecencia, comprueba la identidad del inculcado, le manifiesta los hechos que se le imputan, le oye en declaración, después de advertirle que puede excusarse de prestarla, notificándole a continuación su derecho a elegir defensor entre los abogados aptos o entre los militares inscritos en una lista que se establece cada año por el Ministro de Defensa Nacional (una particularidad a este respecto en relación con nuestro Código castrense es que, en el caso de no elegir defensor el inculcado se le nombre de oficio un Abogado por el Decano o el Presidente del Tribunal Regional y no un militar, como establece el párrafo final del art. 174 de nuestro Código castrense).

Realizados los oportunos interrogatorios, recibidas las declaraciones de los testigos y realizadas, en general, todas las diligencias de prueba propias de este período, y concluso, por tanto, el sumario a juicio del Instructor (quien, mientras tanto, puede haber tenido que resolver por su iniciativa o a petición del inculcado sobre la situación personal del mismo), éste lo comunica al Comisario del Gobierno.

Terminada esta parte del procedimiento, se pueden adoptar por el Juez cualquiera de estas tres resoluciones:

a) Remitir lo actuado al Ministro de Defensa Nacional que dió la orden de proceder, para que se encargue de la sustanciación del asunto la jurisdicción competente, si es que estima que el Tribunal Militar es incompetente para el conocimiento del hecho perseguido.

b) Dictar resolución declarando que no ha lugar para la prosecución del procedimiento si estima que el hecho perseguido no constituye delito ni falta, por no aparecer méritos suficientes contra el inculcado, decretando en este caso la libertad de aquél si hubiese sido privado de ella; y

c) Ordenar la comparecencia del inculcado ante el Tribunal Militar si estima que el hecho denunciado constituye una infracción de la competencia de aquél.

El Comisario del Gobierno y el Ministro de Defensa Nacional pueden oponerse en cualquier caso a la resolución dictada por el Juez de Instrucción Militar; el inculcado también puede hacerlo, pero sólo en los siguientes casos:

- 1.º Por causa de incompetencia del Tribunal Militar.
- 2.º Si el hecho no constituye infracción penal.
- 3.º Si el procedimiento no se ha comunicado al Ministerio público.

La oposición del Comisario, del Ministro o del inculcado, la sustancia en el más breve plazo posible la sala de admisión del

Tribunal Supremo Jerifiano a base de las conclusiones que por escrito formule el Fiscal Comisario del Gobierno; la sala citada sustituye para los casos de la competencia de la jurisdicción militar a uno de sus consejeros civiles por un consejero militar de la categoría de Comandante.

En el caso de que no haya habido oposición al acuerdo del Juez de que comparezca el inculcado ante el Tribunal Militar, o habiendo sido desestimada si la hubiese habido, se pasan las actuaciones al Comisario del Gobierno, quien es el encargado de continuar la acción contra el inculcado ante el Tribunal Militar, para lo que ha de formular la correspondiente Acta de acusación, que ha de serle notificada al inculcado con cinco días, por lo menos, de antelación a la reunión del Tribunal; si el inculcado no hubiese designado defensor hasta este momento puede hacerlo entonces, y si no lo hiciera le será nombrado uno de oficio.

El Tribunal Militar se reúne en el día designado para ello; y su funcionamiento, si bien difiere en bastantes detalles, no es totalmente diferente a lo que prevé nuestro Código castreño para la celebración de los Consejos de Guerra, pues se observa bastante analogía en cuanto a facultades del Presidente para dirigir la vista, publicidad (bajo pena de nulidad, pruebas que se pueden practicar, intervención del Comisario del Gobierno y del Defensor (con rectificaciones, si procede, de uno y otro, pero siempre escuchándose el último al defensor), y con esto termina la parte pública y el Presidente y los Jueces vuelven a la cámara de deliberaciones, o si la disposición del local lo permite, el Presidente hace que se retire el auditorio.

En la deliberación toma parte únicamente el Presidente y los Jueces, con ausencia del Comisario del Gobierno y del Secretario, y la resolución ha de ajustarse a una serie de preguntas que hace el Presidente y que son las siguientes:

- 1.º ¿El inculcado es culpable del hecho que se le imputa?
- 2.º ¿Ha concurrido cualquier circunstancia agravante?
- 3.º Concorre cualquier circunstancia que le haga irrpensable, según la Ley?

Sobre cada una de estas cuestiones votan todos los miembros del Tribunal en escrutinio secreto y no pueden resolverse contra el inculcado nada más que con la mayoría siguiente (recuérdese en cada caso la composición del Tribunal):

- a) En materia correccional o de simple policía: dos votos contra uno.
- b) En materia criminal: cuatro votos contra uno.
- c) En materia de crímenes o delitos contra la seguridad exterior del Estado: cinco votos contra dos.

Si el inculpado es declarado culpable, el Presidente plantea la cuestión de si existen circunstancias atenuantes, y a continuación se delibera acerca de la aplicación de la pena.

Recaída la sentencia del Tribunal, nos encontramos ante una notable diferencia con nuestra legislación penal militar, cual es la existencia del recurso de casación que regulan los arts. 109 y siguientes. Este recurso lo pueden interponer tanto el condenado como el Comisario del Gobierno, en el plazo de tres días a partir de la notificación de la sentencia y la resolución corresponde al Alto Tribunal Jerifiano, quien puede adoptar una de las tres resoluciones siguientes:

a) Anular la sentencia por incompetencia de la jurisdicción, en cuyo caso se remiten los autos a la jurisdicción competente.

b) Anular la sentencia por cualquier otro motivo distinto del anterior, en cuyo caso devuelve el asunto al Tribunal Militar para que juzgue nuevamente, constituido de otro modo; y

c) Desestimar el recurso, en cuyo caso se procede a la ejecución de la sentencia, salvo que el Ministro de Defensa Nacional suspenda la ejecución de la sentencia, con arreglo a la facultad que le otorga el art. 121, o en caso de condena a muerte, la que no puede ejecutarse hasta que haya sido fallado el recurso de gracia, el cual es de derecho.

Es oportuno, antes de terminar lo referente al procedimiento, citar, por la peculiaridad que supone con nuestro Derecho penal militar, aunque no con el francés, la existencia de la policía judicial militar, a la que se le señala en la investigación de las infracciones un amplio cometido, que se regula con bastante minuciosidad en los arts. 34 y siguientes.

Y tampoco se puede silenciar la existencia de los juicios en rebeldía con un procedimiento sustancialmente análogo al ordinario y en que las citaciones y notificaciones se hacen en estrados, llegándose a dictar sentencia, de la que sólo puede recurrir en casación el Comisario del Gobierno, pero no el inculpado.

DE LOS TRIBUNALES MILITARES EN TIEMPO DE GUERRA

El Código dedica el título 2.º de su libro 2.º a las reglas de organización de la competencia y del proceso en tiempo de guerra. Realmente parece excesiva esta separación con el título 1.º, pues las diferencias entre la jurisdicción militar en tiempo de guerra y en tiempo de paz no parecen justificarlas.

Las principales peculiaridades en cuanto a la composición del Tribunal Militar es que se crea uno de éstos cerca del Cuartel general de cada División de las Fuerzas Armadas Reales, el que es competente para juzgar a los militares y asimilados correspondientes a la Unidad hasta el grado de Teniente Coronel.

En estos tribunales militares divisionarios formados por un mismo número de miembros que el permanente de Rabat, instituidos para tiempo de paz, la Presidencia no corresponde a un Magistrado civil, sino a un Oficial de mayor grado o al menos mayor antigüedad que el más caracterizado de los vocales.

Los poderes o facultades que en tiempo de paz corresponden al Ministro de Defensa Nacional, en tiempo de guerra, corresponden al *Jefe de la División*, excepto la facultad señalada anteriormente al tratar del procedimiento de poder suspender la ejecución de la sentencia.

Una peculiaridad de estos casos es que los defensores no pueden ser Abogados de los Colegios correspondientes, sino que han de ser elegidos precisamente entre los Abogados, Profesores de Derecho, Magistrados, *pasantes como Auxiliares en las reservas que no pertenezcan a Fuerzas combatientes*, o que no pudiendo ser mantenidos en activo debido a las heridas recibidas o a enfermedades contraídas, son asignados al Servicio de la Justicia Militar, con asimilación de Capitán de Justicia Militar.

En cuanto a las reglas de procedimiento y de recurso, promulgadas para los Tribunales Militares en tiempo de paz, dice el artículo 137 que se observarán también en tiempo de guerra con las modificaciones que señala y que prácticamente se reducen a unos plazos menores que los normales y a una menor intervención del defensor del inculcado.

LA INFRACCION MILITAR

No contiene el Código una definición de lo que sea "la infracción militar", tal como la del art. 181 de nuestro Código castrense, que dice: "Son delitos o faltas militares, las acciones y omisiones penadas en este Código; lo son igualmente los comprendidos en los Bandos que dicten las autoridades competentes."

Esta definición, de carácter formal y ayuna, si se quiere, de contenido científico, permite hacerse una idea de lo que es el delito militar, bastante clara y concreta, a pesar de las controversias suscitadas por la falta de la palabra "voluntarias", de las promovidas por el art. 191 y de las motivadas por el alcance y consideración de los delitos contenidos en los Bandos de las autoridades militares.

Pero, repetimos, el Código marroquí no contiene una definición

de la infracción, y lo mismo al tratar de la competencia que a lo largo del capítulo 2.º del libro 12, sin previa definición ni explicación, habla de crímenes y de delitos, y a este respecto bueno será advertir ahora que el Código, siguiendo la pauta de la legislación francesa, admite la división tripartita de las infracciones que establece el Código penal vigente en Marruecos, que en su art. 1.º dice:

La infracción que las leyes castigan con pena de policía es una contravención.

La infracción que las leyes castigan con penas correccionales es un delito.

La infracción que las leyes castigan con penas afflictivas o infamantes, es un crimen.

No distingue el Código entre la infracción frustrada y la consumada, pero sí entre ésta y la tentativa, aunque esta distinción pudiéramos calificarla de puramente académica, por cuanto que la *penalidad es la misma, según establece el art. 2.º del Código penal*, al decir: "Toda tentativa de crimen que sea manifestada por un comienzo de ejecución, si no se ha suspendido o si no ha conseguido su objeto nada más que por circunstancias independientes de la voluntad de su autor, es considerada como el crimen mismo."

Esto, por lo que se refiere a la tentativa de *crimen*, por lo que respecta a tentativa de *delitos* son también punibles para el Código militar marroquí, que en su art. 212 declara expresamente derogado el art. 3.º del Código penal, que dice: "Las tentativas de delito no son consideradas como delito nada más que en los casos determinados por una disposición de la Ley."

Debe quedar sentado aquí, y ello evitará tener que aclararlo posteriormente, que las disposiciones del Código penal son aplicables desde que en virtud de ley de 9 de marzo de 1928 fué derogado el art. 5.º del Código penal, que literalmente decía: "Las disposiciones de éste Código no se aplicarán a las contravenciones, delitos ni crímenes militares"; ahora bien, si en ningún texto legal se precisa qué son infracciones militares ¿a qué infracciones se refería el derogado art. 5.º?

No cabe duda que con definición o sin ella, el concepto no puede ser distinto del de el art. 181 de nuestro Código castrense, y en ese caso sólo debemos considerar infracciones militares las comprendidas en el Código de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Reales, y no todas aquellas de que pueda conocer la jurisdicción militar marroquí, cuya competencia hemos visto, es amplísima y aún más en casos excepcionales, pues que puede abarcar en los casos previstos en el art. 213, de declaración de territorio militar de una prefectura o provincia a *todas* las infracciones cometidas por *cualquier* persona.

DE LAS PENAS APLICABLES

Hemos visto que el Código no define la infracción militar, no distingue en ella grados de ejecución ni de participación, no señala las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y que para todo ello hay que recurrir al Código penal; pues bien, la postura del Código en lo referente a las penas aplicables es más curiosa, pues establece alguna de ellas y remite expresamente al Código penal para otras.

Efectivamente, el art. 138 dice: "Las penas que pueden ser aplicadas por los Tribunales Militares en materia criminal son las contenidas en los arts. 7.º y 8.º del Código penal."

El art. 7.º del Código penal establece la siguiente escala de penas "aflictivas e infamantes":

- 1.º La muerte.
- 2.º Trabajos forzados a perpetuidad.
- 3.º *Deportación*.
- 4.º Trabajos forzados temporales.
- 5.º Detención.
- 6.º Reclusión.

y el art. 8.º contiene las penas solamente infamantes, que son

- 1.º Destierro.
- 2.º Degradación cívica.

La pena de muerte no necesita explicación. Cuando con arreglo al Código se dicta una pena de esta clase, no puede procederse hasta que haya sido fallado el recurso de gracia, el cual es siempre de derecho y se ejecuta, por disponerlo así el art. 197, en las condiciones fijadas por el art. 1.º del Dahir de 26 de noviembre de 1932, sobre la ejecución de la pena de muerte en Marruecos.

Los condenados a trabajos forzados (a perpetuidad o temporalmente) serán empleados en los trabajos más penosos, con la limitación de que las mujeres y las jóvenes no pueden ser empleadas *nada más que en el interior de un establecimiento*. Cuando la condena de trabajos forzados es temporal, la duración es de cinco a veinte años.

La pena de deportación consiste en el traslado del condenado a residir a un lugar determinado del país señalado en la sentencia. a perpetuidad (esta pena es análoga a la que prevé nuestro Código penal de confinamiento, si bien la duración de ésta es sólo de seis años y un día a doce años).

La detención (palabra esta de un significado completamente distinto en la legislación penal marroquí que en la nuestra) con-

siste en privación de libertad en una fortaleza determinada por las leyes por un tiempo de cinco a veinte años.

La reclusión consiste en privación de libertad en un establecimiento penitenciario y empleo del condenado en trabajos cuyo producto puede, en parte, ser percibido por el reo, y tiene de duración de cinco a diez años.

El destierro consiste en ser trasladado fuera del territorio nacional por un período de cinco a diez años. No tiene nada de común el destierro de la legislación marroquí con el de la española, pues en ésta el destierro consiste, según el art. 88 del Código penal, en la privación de entrar en el punto o puntos que se señalen en la sentencia y en el radio que en la misma se señale de veinticinco a doscientos cincuenta kilómetros; la pena de nuestro Código penal equivalente al destierro en el marroquí es la de extrañamiento, aunque esta pena tiene una duración de doce años y un día a veinte años, mucho mayor que el destierro marroquí.

La degradación cívica consiste:

1.º En la destitución y exclusión de los condenados de todas las funciones, empleos y oficios públicos.

2.º En la privación del derecho de voto, de elección, de ser elegido y, en general, de todos los derechos cívicos y políticos y del derecho a ostentar condecoraciones.

3.º En la incapacidad de ser jurado o perito, de ser empleado como testigo y de declarar en asuntos de justicia.

4.º En la incapacidad de formar parte de un consejo de familia y de ser tutor o curador, a no ser de sus propios hijos.

5.º En la privación del derecho de llevar armas y asistir a centros de enseñanza, de enseñar y de ser empleado en cualquier establecimiento de instrucción a título de profesor, de maestro o de celador.

La degradación cívica ofrece la particularidad de que cuando sea impuesta como principal pena, podrá ser acompañada de privación de libertad, por un tiempo que no podrá exceder de cinco años, y que será impuesta siempre que el condenado sea extranjero o haya perdido la nacionalidad.

Como se ve esta pena es de gran amplitud y sus efectos son los mismos o muy análogos que en nuestro Código penal contienen las penas de suspensión, inhabilitación e interdicción.

Las penas reseñadas son las que el art. 138 declara aplicables por los Tribunales Militares tomadas del Código penal; pero, además, el citado artículo establece una pena accesoria típicamente castrense, contenida con los mismos o parecidos efectos en casi todos los ordenamientos penales militares; pero que por su transcendencia moral y militar no acompaña obligatoriamente a nin-

guna pena principal, sino que se impone únicamente en los casos en que el Código la señala (también ocurre aquí en España, con arreglo al art. 218 del Código de Justicia Militar).

La degradación militar implica:

- La privación del empleo y de llevar insignias y uniforme.
- Expulsión del Ejército.
- Privación del derecho de llevar ninguna condecoración.

Los condenados a degradación tienen el derecho a la obtención y disfrute de una pensión en las condiciones y con los efectos previstos por la legislación sobre pensiones.

Todas las penas anteriormente explicadas son de aplicación en materia criminal; pero cuando se trata de materia correccional el Código no sigue el mismo camino, es decir, remitirse a las penas del Código penal, que en este caso serían las expresadas en el artículo 9.º del citado Cuerpo legal, sino que establece su propio catálogo integrado por las penas de:

- Destitución.
- Pérdida de empleo.
- Prisión.

La destitución es aplicable tanto a los Oficiales como a los Suboficiales de carrera, está señalada para la mayor parte de los delitos que prevé el Código, cuando el inculcado es Oficial o Suboficial profesional, e implica pérdida de empleo, categoría, del derecho de llevar las insignias distintivas y del uniforme, aunque no excluya los afectados de los derechos a pensión, con arreglo a la legislación de pensiones.

La pérdida de empleo, aplicable también tanto a los Oficiales como a los Suboficiales de carrera, implica los mismos efectos que la destitución, pero sin modificar los derechos a pensión ni a recompensas por servicios anteriores.

Termina el Código la parte que dedica a penas señalando en el art. 140 unos efectos especiales a las condenas impuestas por crimen o por algunos de los delitos señalados en los arts. 379 y 401 a 408 del Código penal (se refieren estos artículos a distintos delitos contra la propiedad y, por tanto, el precepto resulta de alguna analogía, en esta parte, con el art. 221 de nuestro Código castrense), efectos que consisten en la pérdida de grado, efecto que también se produce en cualquier otra condena que haya privado al inculcado total o parcialmente de sus derechos cívicos.

Y cualquier condena de más de tres meses de prisión dictada en las mismas condiciones señaladas anteriormente, lleva consigo la pérdida de empleo para los Suboficiales que no sean de carre-

ra, cabos jefes, brigadieres jefes, cabos y brigadieres y la revocación si son comisionados.

Como ya se ha dicho anteriormente, el Código no regula la aplicación de las penas en atención al grado de la ejecución de las infracciones, ni a la participación del sujeto a las mismas, y en lo que respecta a la fijación de penas cuando concurren circunstancias atenuantes carece también de norma, pero remite expresamente en el art. 202 al art. 463 del Código penal, que dice: "Las penas pronunciadas por la Ley contra el acusado o acusados, reconocidos culpables en favor de quienes se hayan declarado circunstancias atenuantes, serán modificadas como sigue:

Si la pena pronunciada es la de muerte, el tribunal aplicará la pena de trabajos forzados a perpetuidad o temporalmente.

Si la pena es la de trabajos forzados a perpetuidad, el tribunal aplicará la de trabajos forzados temporalmente o la de reclusión.

Si la pena es la de deportación, el tribunal aplicará la de detención o la de destierro."

Sin embargo, esta aplicación de las normas del art. 463 del Código penal no es absoluta, pues el mismo art. 200 del Código castrense marroquí advierte que la aplicación se hará bajo las siguientes reservas:

Si la pena es la de muerte sin degradación militar, el tribunal aplicará una pena de prisión de cinco a diez años; si el culpable es Oficial, la pena será la destitución y prisión de cinco a diez años, y si la pena es la de destitución, el tribunal aplicará la pena de pérdida de empleo.

Además de lo que ya se ha dicho referente a la pena de muerte, determina el Código la manera de cumplir las penas privativas de libertad, que se sufrirán:

1.º En los establecimientos penitenciarios militares o en las celdas especiales de los establecimientos penitenciarios civiles, si han sido dictadas por el Tribunal Militar.

2.º En los establecimientos penitenciarios civiles, si han sido dictadas por jurisdicciones ordinarias; y

3.º En cualquier caso, en establecimientos penitenciarios civiles si la condena lleva consigo la degradación militar.

Esta distinción, en cuanto al cumplimiento de las penas en establecimientos militares o comunes, difiere sustancialmente sobre lo que en materia análoga regulan los arts. 243 y 244 de nuestro Código castrense. Con arreglo a éstos, son mucho más frecuentes los casos en que los militares condenados han de extinguir las penas en establecimientos comunes.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, se deduce de la duración de las mismas el tiempo de prisión preventiva, tiempo que, en cambio, en caso de condena no es válido para el servicio militar (art. 198, muy parecido en esta parte al 229 de nuestro Código castrense).

Y para terminar lo relativo a las penas, señalaremos el contenido del art. 203, según el cual, cuando la pena de multa se dicta contra militares o asimilados por infracciones de derecho común, el Tribunal tiene la facultad de sustituir esta pena por prisión de dos a seis meses. Como vemos, este artículo deja al Tribunal el arbitrio de determinar si se hace efectiva la multa o si se sufre la prisión; en cambio, el art. 233 de nuestro Código castrense no crea esa alternativa, sino que únicamente señala el arresto sustitutorio cuando el militar condenado no tuviera bienes propios sobre los que se pudiera hacer efectiva la multa y no la satisficiera voluntariamente con su sueldo.

El art. 205 declara aplicables a los militares o asimilados condenados por un Tribunal Militar o por los Tribunales ordinarios, las disposiciones relativas a libertad condicional, dadas para Marruecos por Dahir de 1.º de julio de 1932.

PERSONAS RESPONSABLES

Tampoco señala el Código en ningún pasaje quiénes, en qué medida o en qué circunstancias se consideran autores, como clara y circunstanciadamente especifican los arts. 14 de nuestro Código penal y 196 de nuestro Código castrense, y sin previa discriminación, se refiere en numerosos de sus artículos a "coautores" y a "cómplices"; por consiguiente, para conocer lo relativo a las personas responsables de las infracciones, hemos de remitirnos, una vez más, al Código penal, que en su libro 2.º, capítulo único, regula toda esta materia, aunque no tan amplia y claramente como lo hacen nuestros Códigos citados.

No define tampoco el Código penal marroquí, quiénes son autores de una infracción, y empieza (art. 79), sentando que los cómplices de un crimen o delito serán castigados en la misma forma que los autores de este crimen o delito, salvo los casos en que la Ley disponga otra cosa.

Explica quiénes son los cómplices, de la siguiente forma:

Los que por dádivas, promesas, amenazas, abuso de autoridad o poder, maquinaciones o artificios culpables, hayan provocado la acción o dado instrucciones para cometerla (con arreglo a nuestro Código penal esto no sería complicidad, sino autoría por fuerza o inducción —apartado 2.º del art. 14—).

Los que hayan procurado armas, instrumentos o cualquier otro medio que debiera servir a la acción, sabiendo que debía servir para ello.

Los que hayan, con conocimiento, ayudado o asistido al autor o los autores de la acción en los hechos que la hayan *preparado o facilitado, o en aquellos que la hayan consumado*, sin perjuicio de la pena señalada en este Código contra los autores de *complot* o de provocaciones atentatorias a la seguridad interior o exterior, incluso cuando no se haya cometido el crimen que se proponían los conspiradores o provocadores.

También el Código atribuye el carácter de cómplice, según el artículo 61, a:

Los que conociendo la conducta criminal de los malhechores que efectúan actos de bandidaje o de violencia contra *la seguridad del Estado, la paz pública, las personas o las propiedades* les proporcionen habitualmente alojamiento, escondite o lugar de reunión.

Y continúa el Código (continuamos refiriéndonos al penal vigente en Marruecos, pues el de Justicia Militar de las Fuerzas Armadas Reales, como hemos dicho, no trata, ni de pasada, de nada relativo a esta materia) en los artículos siguientes (62 y 63) estableciendo una serie de formas de participación en las infracciones muy análogas algunas de ellas al encubrimiento de nuestro Derecho penal, en las que sin darle tal nombre, ni ningún otro señala penas de relativamente escasa importancia, para determinados casos.

Aunque con arreglo a la sistemática de nuestros ordenamientos de carácter penal no sería de este lugar, creemos oportuno destacar aquí el art. 64 (insistimos, se trata del Código penal, pues tampoco sobre esto dice nada el de Justicia Militar), que señala las únicas causas de exención de responsabilidad (*personnes excusables*), en los siguientes términos: *No hay crimen ni delito cuando el autor estuviere en estado de demencia en el tiempo de la acción, o cuando hubiere sido impulsado por una fuerza a la que no hubiere podido resistir.*

Ni el Código de Justicia Militar ni el penal contienen un catálogo de circunstancias atenuantes, lo que no tiene nada de particular, ya que la legislación penal francesa en que están inspirados, se atiene al sistema de atenuantes genéricas, es decir, que quedan a la libre apreciación de los jueces, los cuales al estimarlas no están obligados a decir cuáles sean, limitándose a afirmar

su existencia, aunque no lo pueden hacer en todos los casos, sino en aquellos en que la Ley permite aplicar una pena menos rigurosa (art. 65 del Código penal).

EXTINCION DE LA RESPONSABILIDAD. REHABILITACION

Como no podía por menos de ser, tampoco el Código señala expresamente las causas de extinción de la responsabilidad penal: es de suponer que aunque no lo diga expresamente el Código (ni el penal ordinario de Marruecos ni el de instrucción criminal), la responsabilidad penal se extingue por la muerte del reo y por el cumplimiento de la pena; por la amnistía si lo dice (de pasada en algún artículo), y en cuanto a la prescripción, dice el art. 199 que: "Las disposiciones del Código de instrucción criminal, relativas a la prescripción, son aplicables a la acción pública, que resulta de los crímenes o delitos previstos por el presente Código, así como a las penas dictadas para los mencionados artículos."

Las disposiciones a que en este caso se refiere el Código son las que contienen los arts. 65 y siguientes del Código de instrucción criminal, que señalan (lo mismo que nuestra legislación) la prescripción de la pena y la del delito.

El artículo últimamente citado dice que las penas impuestas por sentencias recaídas en materia criminal prescribirán transcurridos veinte años a contar de la fecha de la sentencia; el artículo 65 establece que las penas impuestas en sentencias dictadas en materia correccional prescriben transcurridos cinco años de la fecha de la sentencia.

En cuanto a la prescripción del delito, dice el art. 637: "La acción pública y la acción civil resultante de un crimen que tenga señalada pena de muerte o penas aflictivas perpetuas o cualquier otra pena aflictiva o infamante, prescribirán transcurridos diez años a contar desde el día en que el crimen fué cometido.

Si se trata de una infracción a la que corresponden penas correccionales, el plazo se reduce a diez años y a dos si se trata de penas impuestas por contravenciones de policía.

El mismo artículo del Código de Justicia Militar que declara aplicables las disposiciones del Código de instrucción criminal, relativas a la prescripción, señala una excepción para cuando se trata de las infracciones de insubordinación o de desertión, en cuyo caso de la prescripción de las penas, lo mismo que la de la acción resultante, no empezarán a contarse hasta el día en que el desertor o prófugo haya cumplido la edad de cincuenta años, y en los casos en que la condena haya sido en rebeldía contra un desertor o un prófugo de los que en tiempo de guerra se ha refugiado y ha per-

manecido en el extranjero para sustraerse a sus obligaciones militares no cabrá la prescripción.

REHABILITACIÓN.—La rehabilitación acordada en los casos y en las condiciones que señalan los arts. 619 y siguientes del Código de instrucción criminal (que puede ser aplicada de pleno derecho o por Decreto del Tribunal) producen los efectos que señala el artículo 634 del mismo Cuerpo legal, de borrar la condena y hacer cesar para lo sucesivo todas las incapacidades que resultasen de la misma, con las limitaciones para ciertos efectos puramente militares que señala el art. 204 del Código de Justicia Militar, que se refieren a las penas de pérdida de empleo, de prohibición de uso de condecoraciones marroquíes y de derechos de pensión, cuyos efectos subsisten para todos los militares o asimilados de cualquier grado, pero si éstos son reintegrados al Ejército, pueden adquirir nuevos grados, nuevas condecoraciones y nuevos derechos a pensión.

DELITOS QUE PREVE EL CODIGO

Empieza la regulación de los delitos, en particular el capítulo 2.º del libro 2.º, en cuya sección 1.ª titulada “Prófugos y Desertores”, se tipifica y pena el delito de deserción en los múltiples tipos que pueden existir y se sanciona asimismo a los prófugos.

No se dice en el Código quiénes son prófugos, sino que se limita a fijar penas a “todo individuo calificado de prófugo por la Ley de Reclutamiento del Ejército”, y las penas señaladas son:

En tiempo de paz: Privación de libertad de un mes a un año.

En tiempo de guerra: Prisión de dos a diez años.

En tiempo de guerra y si el culpado es Oficial, sufrirá además la pena de destitución.

Como vemos por este último caso, los Oficiales pueden ser declarados prófugos, y en esto el Código (lo mismo que el Código de Justicia Militar francés) difiere por completo de nuestro Código castrense, ya que con arreglo al art. 370 de este último, sólo pueden cometer delitos de deserción las clases de tropa o marinería. No contiene, en cambio, el Código marroquí unas figuras de delito como las establecidas en los arts. 365 y siguientes de nuestro Código castrense de abandono de destino o residencia para Oficiales y Suboficiales. Parece un poco aventurado, sin conocer los antecedentes jurídicos, históricos e incluso prácticos que han inspirado en este punto la legislación marroquí (que es tanto como decir la francesa) opinar sobre el mayor o menor acierto de ese sistema en relación con el nuestro; pero a pesar de ello, creemos que la distinta razón de permanencia en el Ejército de las clases de tropa, con respecto a los Oficiales y Suboficiales, la mayor respon-

sabilidad que, normalmente, puede y debe ser exigida a los militares de profesión y de categoría y la mayor transcendencia que en orden al servicio y la disciplina suelen tener sus actos en relación con los de los soldados, justifican la tipificación separada, aun cuando el hecho sea el mismo o análogo y el señalamiento de una sanción más grave para los Oficiales y Suboficiales (la pena señalada en nuestro Código castrense al tipo normal de desertión en tiempo de paz es de seis meses a dos años de prisión militar y la señalada al delito de abandono de destino en el caso de más analogía con la desertión es la de seis meses y un día a seis años de prisión militar, según el apartado 3.º del art. 365), bien es verdad que el legislador marroquí tiene en cuenta esa misma opinión, pues señala para cada uno de los tipos de desertión una pena mayor cuando lo comete un Oficial.

El art. 142 del Código considera como desertor al interior y en tiempo de paz:

1.º Todo militar o asimilado que se ausente de su Cuerpo o destacamento sin autorización seis días después del de la ausencia comprobada. Sin embargo, el soldado que aún no tiene tres meses de servicio no puede ser considerado como desertor hasta que no pase un mes de su ausencia.

2.º Todo militar que viajando independientemente o aislado de un Cuerpo de un punto a otro o cuya licencia o permiso ha finalizado y que en los quince días siguientes para su retorno o llegada no se ha presentado a su Cuerpo o destacamento.

Como se ve, estos dos tipos de desertión son casi idénticos a los establecidos en los apartados 1.º y 2.º del art. 370 de nuestro Código castrense. Parece un poco más benigno el Código marroquí que el nuestro, puesto que en uno y otro caso señala unos márgenes de tiempo más amplios; pero esta benignidad no se extiende a la pena, que en el Código marroquí es de seis meses a tres años de prisión, pena más grave que la de seis meses a dos años de nuestro Código, y que si se aplica a un Oficial incluye también la pena de destitución. La pena señalada en el Código marroquí, para los casos indicados no podrá ser menor de un año en los siguientes supuestos:

1.º Si el culpable se ha llevado una de sus armas, un objeto de equipo o del vestuario o algún animal, vehículos o cualquier objeto perteneciente al servicio del Ejército.

2.º Si ha desertado estando de servicio o en presencia de rebeldes.

3.º Si ha sido condenado anteriormente por desertión.

En tiempo de guerra los plazos señalados son reducidos en dos tercios, mientras que la pena puede elevarse a diez años de prisión.

En cuanto a la deserción al extranjero en tiempo de paz, se considera consumada para todo el militar o asimilado que pasa sin autorización los límites del territorio marroquí o que fuera de Marruecos abandone el Cuerpo a que pertenece, tres días después de comprobada la ausencia. La pena tipo para este delito es la de dos a cinco años de prisión, algo más grave que la señalada para análogos casos en el art. 374 de nuestro Código castrense, y podrá elevarse hasta diez años cuando concurren algunas de las circunstancias señaladas para la deserción en el interior. Parece muy oportuna la redacción del art. 143 en su 2.ª parte, es decir, al considerar desertor al extranjero al militar que fuera de Marruecos abandone el Cuerpo a que pertenece, la falta de un precepto tan claro y terminante en nuestro Código castrense puede ocasionar dudas no sólo en el terreno de las ideas, sino incluso en la práctica, como ha ocurrido en la jurisdicción del Ejército de España en el Norte de Africa, durante el periodo transitorio del repliegue.

El art. 144 fija el tipo de deserción de mayor gravedad, que es cuando se verifica al enemigo, en cuyo caso la pena es de muerte con degradación militar en su caso, y cuando es en presencia del enemigo (pero no al enemigo), la pena es de detención, y si es Oficial, además de destitución. Este artículo distingue como dos casos distintos lo que en el art. 375 de nuestro Código castrense constituye un solo delito, bien es verdad que en el Código marroquí no existe un delito de traición como el previsto en el número 12 del art. 258 del Código español.

La deserción en complot se regula y se pena en el Código marroquí con sustantibilidad, es decir, sin remitirse al delito de sedición, y el número mínimo de militares, para que exista complot, es de dos (en nuestro Código castrense de cuatro); las penas señaladas son, para el jefe de complot, detención y destitución si es al extranjero, y si el culpable es Oficial; si no es Oficial sólo la detención; si el complot es al interior y el jefe Oficial, prisión de cinco a diez años y destitución, y si no fuese Oficial, sólo prisión por el mismo tiempo, y para los demás culpables de la deserción en complot, prisión de uno a cinco años, si es en el interior, y hasta diez años si es en el exterior, y en tiempo de guerra se llega a la pena de muerte y degradación militar en los casos de deserción con complot en presencia del enemigo y al jefe del complot si la deserción es al extranjero, aunque no concorra la circunstancia anterior.

Una peculiaridad de los delitos de deserción en el Código marroquí es la referente a responsabilidades pecuniarias. Como ya hemos visto anteriormente, la legislación marroquí admite el jui-

cio en rebeldía, y el Código señala muy minuciosamente y al tratar precisamente de los delitos de deserción, en los arts. 146 al 149 todo lo referente a la confiscación que puede alcanzar si la condena por rebeldía ha tenido lugar contra un desertor frente al enemigo o contra un desertor o prófugo que se ha refugiado y permanecido en el extranjero en tiempo de guerra para sustraerse a sus obligaciones militares a todos los bienes presentes y futuros del inculpado, muebles, inmuebles divididos o indivisos de cualquier naturaleza que sean.

Y terminaremos lo referente a deserción anotando que el Código señala la imposición de las mismas penas previstas para los desertores, según los distintos casos a todos los individuos que provoquen o favorezcan la deserción, se haya o no producido ésta, y cualquiera que sean los medios que empleen, que también señala la imposición de una pena, concretamente prisión de dos meses a dos años a todo individuo convicto o intentado sustraer de un modo cualquiera a un desertor de las persecuciones ordenadas por la Ley, y finalmente, que todas las disposiciones relativas a la deserción son aplicables cuando el desertor pertenece a un Ejército aliado cooperando contra un enemigo común.

Sección II.—Esta sección II configura, a lo largo de sus dieciocho artículos, una serie de infracciones agrupadas un tanto arbitrariamente (las mismas infracciones en nuestro Código castrense ocupan el capítulo 2.º del título II del libro II, el delito de sedición; el capítulo 1.º del mismo título y libro, el delito de rebelión; el capítulo 1.º del título X, los delitos de insubordinación y malos tratos de obra a superior y parte del capítulo 4.º del título IX, injurias al Ejército y a la Bandera) que estudiaremos a continuación.

Sedición.—El art. 152 considera como sediciosos:

1.º A los militares bajo armas que reunidos en número de cuatro, como mínimo, y actuando en concierto, renusan a la primera amonestación obedecer las órdenes de sus Jefes.

2.º A los militares que en número de cuatro, al menos, y en las mismas circunstancias, toman las armas sin autorización y actúan en contra de las órdenes de sus Jefes; y

3.º A los militares que reunidos en grupos de ocho al menos y en las mismas condiciones se entregan a la violencia, haciendo uso de sus armas, y desobedecen la voz de sus superiores de dispersarse y volver al orden.

Las penas señaladas son de dos a cinco años de prisión en el caso primero, de tres a cinco años en el segundo y de cinco a diez años en el tercero, excepto los instigadores de la se-

dicción y el militar de grado más elevado, que son castigados en el primer caso a la pena de trabajos forzados, y en los dos restantes al máximo de dicha pena, y, además, si son Oficiales, la destitución, aunque la degradación militar no resulte de pleno derecho de la pena impuesta; si la sedición ha tenido lugar en territorio declarado de guerra o de sitio, se impone el máximo de las penas en que se haya incurrido.

Los señalados anteriormente son los únicos casos de sedición que el Código establece y pena. No existen, por lo tanto, las dos figuras de peticiones colectivas (art. 299), de verter entre las tropas especies que puedan infundir disgusto o tibieza en el servicio o murmurar de él (art. 302) que existen en nuestro Código castrense.

Insubordinación.—Contiene el art. 153 una figura de delito que denomina insubordinación y que, poco más o menos, se corresponde con el delito de desobediencia del art. 227 y siguientes de nuestro Código castrense. Existen tres tipos de insubordinación, que son de menor a mayor gravedad: El caso del militar que rehúsa obedecer y que, excepto en caso de fuerza mayor, no cumple las órdenes recibidas, que tiene señalada una pena de prisión de uno a dos años; el del militar que rehúsa obedecer en presencia de los rebeldes, penado con detención y destitución, si el culpado fuese Oficial, y el del militar que rehúsa obedecer cuando se le mande dirigirse contra el enemigo o cualquier otro servicio ordenado por el Jefe en presencia del enemigo, que tiene señalada la pena de muerte con degradación militar.

Al leer este artículo resalta que en el primero de los casos citados se admite una causa de inimputabilidad que en los otros dos casos no se contiene. ¿Es que en éstos no es admisible? indudablemente que debe ser así, pues si se estimase que no se señala por entenderse implícita tampoco habría razón para señalarla expresamente en el otro caso.

Una señal de la falta de sistematización de este Código es que el art. 152, que trata de sedición, declara aplicables a los casos en que ésta ha tenido lugar en presencia del enemigo, las penas señaladas en los casos segundo y tercero del art. 153, que como hemos visto trata de otro delito distinto.

Violencias contra centinelas.—En los arts. 154 y 155 se establecen unos delitos análogos a los del capítulo 3.º del título IX de nuestro Código castrense, si bien con un alcance más restringido, pues se limita a los centinelas o vigilantes. No hay en el Código delitos equivalentes al de nuestro art. 309 de poner mano a un arma ofensiva o de ejecutar actos o demostraciones con tendencia a ofender de obra a centinela, salvaguardia o fuerza armada, ni del 310 de resistirse a obedecer las órdenes de centinela o fuerza armada, y únicamente se prevé el insulto con palabras, gestos o

amenazas, que es castigado con pena de seis días a seis meses de prisión y las violencias de obra, que pueden revestir las siguientes formas:

Violencias a mano armada (trabajos forzados).

Violencias que no son a mano armada, cometidas por un militar acompañado de una o varias personas (pena de un año a cinco de prisión).

Violencias por un militar sólo y sin armas (seis meses a cinco años de prisión).

En los tres casos se aplicará el máximo de la pena prevista si las violencias se han cometido en presencia del enemigo o de rebeldes, en tiempo de guerra, en territorio declarado de estado de guerra o de sitio, o en el interior o en los límites de un arsenal, una fortaleza o un polvorín, y en todos los casos si el culpable fuese Oficial, sufrirá también la pena de destitución.

No sólo este delito resulta menos amplio que en nuestro Código castrense por referirse únicamente a centinela o vigilante, sino, además, porque únicamente puede ser cometido por un militar, a diferencia de lo que ocurre en nuestro Código, en que cabe la posibilidad de que el autor de este delito sea un paisano (y no sólo es una posibilidad, sino que en la práctica la mayor parte de las veces son paisanos los autores de este delito).

Malos tratos a superior.—Es posiblemente este delito el que presenta una mayor diferencia con la legislación española. En nuestro Código castrense, salvo los casos especiales que prevé el artículo 322 de haber sido el inferior ofendido en su honor como marido o padre, en cuyo caso el hecho se sanciona con arreglo a los preceptos del Código penal común y del caso del art. 333, en que no se considera delito de insulto a superior si se prueba que el inferior desconocía al superior al insultarle, cualquier otro supuesto en que un militar hace objeto de malos tratos a un superior ha de constituir cualquiera de los tipos de delito previstos en la sección 1.ª del capítulo primero del título X del 2.º libro.

En el Código marroquí, por el contrario, se tipifican como constitutivos de delito de maltrato a superior los malos tratos de obra ejercidos durante el servicio o en ocasión del servicio por un militar hacia sus superiores, supuesto castigado con pena de detención, y si el culpable fuese Oficial se impondrá el máximo de dicha pena, y además la de destitución. Si los malos tratos han sido cometidos por un militar sobre las armas, son castigados con el máximo de pena de detención, y si se han cometido fuera de los actos de servicio y no en ocasión de él, la pena es de prisión por dos meses a tres años, salvo si el culpable fuese Oficial, en cuyo caso se le castiga con prisión de uno a cinco años y destitución.

En todos los demás casos en que un militar hace objeto de malos tratos a un superior o en los mismos expresados cuando tie-

nen como consecuencia lesiones graves o la muerte o concurren en circunstancias especiales, el hecho se considera constitutivo de una de las infracciones previstas en el Código penal en sus artículos siguientes:

Artículo 228. Atentados a Magistrados en el ejercicio de sus funciones.

Artículo 231. Violencias contra funcionarios con resultado de lesiones, enfermedades o muerte.

Artículo 233. Golpes o lesiones a los funcionarios o agentes con intención de causar la muerte.

Artículo 302. Asesinato, parricidio o envenenamiento.

Artículo 303. Muerte con torturas o cometiendo actos de barbarie.

Artículo 304. Muerte cuando preceda, acompañe o siga otro crimen.

Artículo 309. Lesiones.

Artículo 310. *Idem.*

Artículo 311. *Idem.*

Y se aplican las penas establecidas en los mismos artículos que naturalmente varían según la gravedad, y que pueden llegar a la de muerte, en los casos de los arts. 233, 302, 303 y 304.

El art. 157 configura el delito de injuria a superior con palabras, escrito, gestos o amenazas, que está penado con prisión de cinco meses a cinco años, y si el culpable fuera Oficial, con prisión de uno a cinco años y destitución, cuando las injurias fuesen durante servicio o en ocasión de él y fuera de estos casos con prisión de dos meses a dos años, y finalmente el art. 178 contiene una disposición parecida a la del art. 325 de nuestro Código castrense, según la cual si en los casos previstos en los arts. 156 y 157 resulta de los autos que las vías de hecho o injurias se hayan cometido sin que el inferior conozca la identidad de su superior, se le castiga con las penas previstas en los artículos del Código penal aplicables a los malos tratos de obra o injurias cometidas entre particulares y se sancionarán con arreglo a los mismos artículos.

Injurias a la Bandera y al Ejército.—Castiga el art. 159 con pena de prisión desde seis meses a cinco años a todo militar que cometa una injuria a la Bandera o al Ejército, y si el inculcado fuese Oficial, sufrirá, además la pena de destitución; tiene este precepto mucho menos alcance que en nuestro Código castrense, pues en éste puede ser responsable de los delitos de injurias a la Bandera (art. 316), y al Ejército (art. 317), así como del de *apología de los mismos delitos o de sus autores* (art. 318), cualquier persona (vale aquí lo dicho al tratar del delito de insulto a Fuerza Armada de que es más frecuente que los autores sean paisanos que el que sean militares), mientras que en el Código marroquí no pue-

den ser autores de esta infracción nada más que los militares de cualquier clase.

Rebelión.—Todo militar culpable de rebelión contra la Fuerza Armada, o los agentes de la Autoridad, será castigado con prisión de uno a seis meses si la rebelión ha sido efectuada sin armas; si ha tenido lugar con armas, la pena es de seis meses a dos años de prisión, y si ha sido cometida por militares armados en número de ocho como mínimo, la pena llega a ser la detención, imponiéndose en cada uno de estos casos el máximo de la pena señalada a los instigadores o jefes de la rebelión y al militar de más grado que tomen parte en ella.

El solo hecho, para los militares de permiso y los reservistas de las distintas categorías, de encontrarse vestidos de uniforme en una reunión tumultuosa y contraria al orden público o de actuar contrariamente a las órdenes de los agentes de la Autoridad y de la fuerza pública, les hace serles de aplicación las mismas penas establecidas en el presente artículo.

Como hemos visto, esta infracción, a pesar de la similitud de nombre, tiene muy poco o nada que ver con el delito de rebelión previsto en los arts. 286 y siguientes de nuestro Código castrense, y no sólo estriba la diferencia, como ocurre en otras infracciones, en que pueda o no ser cometida por paisanos, sino en la misma esencia del delito, los casos análogos a los previstos en el art. 286 de nuestro Código, de ocurrir en el Reino de Marruecos no serían considerados como rebelión militar, sino como una de las infracciones previstas y sancionadas en la Sección II del Capítulo I del Título I del Libro III del Código penal bajo el título "Des crimes contre la sûreté intérieure de l'État", cuyo art. 87 castiga con pena de deportación en un recinto fortificado el atentado cuyo objeto sea destruir o cambiar el Gobierno o excitar a los ciudadanos a armarse contra la Autoridad, y los siguientes artículos penan asimismo la tentativa, el complot y la proposición no aceptada (si fuese aceptada ya sería complot, pues el art. 89 dice que existe complot desde que la resolución de actuar es concertada entre dos o más) y sólo caerían estas infracciones bajo la competencia de la jurisdicción militar en los casos de aplicación del art. 213 del Código, de declaración de territorio militar de provincia o prefectura del Reino, como ocurrió cuando tuvieron lugar los sucesos de Mequinez en el otoño de 1956, no teniendo datos sobre la aplicación o no del mismo precepto en las relativamente frecuentes situaciones análogas planteadas desde la declaración de la Independencia de Marruecos; ejemplos, entre otros, los sucesos acaecidos en el Rif en el invierno de 1959-60 y los recientes en Beni-Mela (antigua Zona francesa).

Y con lo expuesto sobre la rebelión termina esta heterogénea Sección II y viene a continuación la más homogénea.

Sección III.—Que únicamente regula los distintos tipos que puede revestir la infracción de:

Abuso de autoridad: El primer supuesto que puede presentarse es el del militar que pegue a un inferior, salvo el caso de legítima defensa propia o de otro, en caso de deserción ante el enemigo o rebeldes o de la necesidad de detener el pillaje o la devastación, para el que se señala una pena de prisión desde seis meses a tres años, salvo en el caso de que las violencias acarreesen alguna o algunas de las consecuencias previstas en los artículos 309 y 310 del Código penal (lesiones), pues entonces se aplicarían las penas contenidas en los citados artículos (recuérdese que a estos mismos artículos se remite el Código en los delitos de malos tratos de obra al Superior).

Contiene este precepto, como hemos visto, una excusa absoluta igual o muy parecida a la contenida en el art. 434 de nuestro Código castrense al tratar de los malos tratos de obra al inferior.

Otro tipo de esta misma infracción es el del militar que por medio de palabras, gestos o amenazas, injuria gravemente a un inferior sin haber sido provocado por él, con la penalidad de prisión desde seis días a seis meses si se comete durante el servicio o con ocasión de él, y de prisión de dos días a dos meses si no es en acto de servicio ni ocasión de él.

Si todos estos supuestos del abuso de autoridad que hemos examinado se verifican fuera de servicio y sin que el superior conozca la relación que le unía al inferior, el culpable es castigado con las penas previstas en el Código penal aplicables a los malos tratos de obra o injurias cometidas entre particulares y la condena es dictada en virtud de estos mismos artículos.

Además de estos casos de abuso de autoridad directos entre superior e inferior, pueden incurrir los militares marroquíes en otras infracciones catalogadas también como abuso de autoridad análogas a las que con más propiedad nuestro Código castrense llama usurpación de atribuciones, y que con el delito de abuso a la autoridad integran, en el mismo, la sección (extralimitaciones en el ejercicio del mando) que es el verdadero sentido de las infracciones que vamos a señalar.

Según el art. 162, es reponsable de esta infracción todo militar que abuse de los poderes que le son conferidos por la legislación sobre los requisitos o que rehuse dar recibo de cantidades que le han sido entregadas; y todo militar que ejerza requisitos previstas por la legislación, pero sin estar autorizado a realizarlas, y las penas para estos casos son, en el primero, prisión de dos meses a dos años, y en el segundo prisión de uno a cinco años si las requisas han sido hechas sin violencia, y de reclusión si aquella se empleó, sin perjuicio en todos estos casos de la restitución.

ción a que los autores puedan ser condenados; imponiéndose, además, si el culpable fuese Oficial, la pena de destitución si la degradación militar no resulta de pleno derecho de la penalidad aplicada.

Y se castiga también como autor de abuso de autoridad (y también, a nuestro juicio, con poca fortuna en la denominación) a todo jefe militar de categoría de Oficial que sin provocación, orden o autorización, comete un acto de hostilidad en un territorio neutral o aliado o que prolongue las hostilidades después de haber recibido aviso oficial de paz, tregua o armisticio. Este supuesto está castigado con la pena de detención, y si se estimase que existen circunstancias atenuantes, quedaría reducida a prisión y destitución.

Y finalmente también tiene consideración de infracción de abuso a la autoridad todo militar que tome el mando sin orden o motivo legítimo o que lo retiene contra la orden de sus jefes, si el culpable fuese Oficial, sufrirá, además, la pena de destitución.

Sección IV.—*Malversación y ocultación de efectos militares.* Engloba esta Sección bajo la denominación expresada, una serie de infracciones muy distintas entre sí (aunque común a la mayoría de las Secciones), que, desde luego, no tienen la menor analogía con el concepto de malversación de nuestra legislación penal.

La primera de ellas es casi idéntica al delito que prevé el artículo 282 de nuestro Código castrense (delitos contra el Derecho de gentes, devastación y saqueo) no sólo en cuanto a la configuración de la infracción, sino en la pena a que puede llegarse, y en ella incurre todo individuo, militar o no, que dentro de la zona de operaciones de una fuerza en campaña:

Despoje a un militar herido, enfermo o muerto.

Ejerza sobre un militar, herido o enfermo, para despojarle, violencias que agraven su estado.

Se ensañe sobre un militar herido o enfermo que se encuentre en un estado que le incapacite para defenderse.

Las penas señaladas son, para el primer caso, reclusión, para el segundo muerte y para el tercero trabajos forzados, y en todos ellos serán de aplicación los artículos del Código penal ordinario relativos a los golpes, heridas, homicidio y asesinato, imponiéndose en su caso las penas que para cada caso señalan los artículos aludidos.

Los arts. 165, 166 y 167, consideran constitutivos de esta misma infracción varios hechos muy semejantes a los que el art. 403 de nuestro Código castrense califica como delitos de fraude, aunque generalmente señala para ello penas menores.

Están incurso en estos preceptos: todo militar que vende un caballo, acémila o caballo de tiro, un vehículo o cualquier otro objeto perteneciente a los servicios del Ejército o efectos de indumentaria, de armamento o del equipo, municiones o cualquier otro objeto confiado a él para el servicio, y todo militar que conscientemente compra u oculta los dichos efectos o malversa o empeña armas o municiones pertenecientes al Estado, el haber para la alimentación, sueldos, intereses o efectos cualesquiera, pertenecientes al Estado y que tenga a su custodia por razón de su cargo, correspondiendo a estos casos la pena de prisión de uno a cinco años.

Con pena de tres meses a cinco años se castiga a todo militar que:

1.º Disipe o malverse las armas, municiones, efectos y otros objetos a él concedidos como artículos de dotación individual.

2.º Quien absuelto del hecho de la desertión, no presente el caballo, la acémila, el caballo de tiro, el vehículo o cualquier otro objeto perteneciente al servicio del Ejército que se hubiese llevado consigo, o las armas o efectos que hubiere sustraído.

Y la infracción de menos entidad entre las previstas en esta Sección es la del militar que empeña parte del armamento o efectos del equipo, o cualquier otro objeto a él confiado para el servicio, a quien corresponde una pena de prisión de tres meses a un año.

Termina esta sección con un precepto de idéntico sentido al contenido en el art. 403 de nuestro Código castrense relativo a los coautores del delito de fraude, y según él se castiga todo individuo que compra, oculta o vende prendas, armas, municiones, efectos de equipo de indumentaria u otro objeto militar en los casos en que los Reglamentos no autoricen la venta, correspondiendo a éstos la misma pena que al autor del delito, y asimismo esas mismas penas corresponden, si todas las infracciones previstas en esta Sección se han cometido en perjuicio de un Ejército aliado.

SECCIÓN V.—*Saqueo, devastación de edificios, destrucción de material militar.*—Algunos de los tipos de infracción que esta Sección regula son sensiblemente análogos a algunos de los delitos que con el mismo nombre prevé nuestro Código castrense; otros, en cambio, como veremos al tratar de cada uno en particular, equivale más o menos a delitos de muy distinto enunciado en nuestro Código.

Según el art. 169, se castiga con la pena de trabajos forzados a perpetuidad todo saqueo o despilfarro de géneros, mercancías o efectos cometidos por los militares en grupos, sea con armas o sin

ellas, con rotura de puertas y cerraduras exteriores o con violencia hacia las personas. Si no concurren las circunstancias expresadas, la pena para el saqueo en grupos desciende a reclusión, con la particularidad de que si en el primer supuesto entre los culpables existe uno o varios instigadores o uno o varios militares graduados, la pena de trabajos forzados a perpetuidad no se aplica más que a los instigadores y a los militares de graduación más elevada, imponiéndose a los restantes la pena de trabajos forzados temporalmente, y si concurrieran circunstancias atenuantes, el Oficial culpable será castigado con la pena de simple prisión y la de destitución.

En ninguno de los artículos de esta Sección que tratan de destrucciones se contiene una exensa absolutoria análoga a la contenida en el art. 280 de nuestro Código castrense, que dice: "sin orden expresa de sus jefes", frase que estimamos muy interesante y expresiva, y cuya conjugación con la exigencia de obediencia debida, tal como viene redactada en el apartado 12 del art. 185 del Código de Justicia Militar español, puede prestarse a controversias.

Los artículos siguientes del Código (170, 171 y 172), tipifican y penan una serie de infracciones más o menos parecidas a las que en el art. 259 apartado 8.º de nuestro Código castrense se consideran constitutivas del delito de traición (por cierto que el Código marroquí no establece ninguna figura de infracción bajo ese concepto de traición, de tanta relevancia y trascendencia en el orden militar).

Incurrir en estos delitos: Los militares que voluntariamente incendian o destruyen, por cualquier medio, edificios, fortificaciones, vías férreas, líneas o postes telegráficos, lugares de acrosación o de aviación, navíos y cualquier inmueble destinado al uso del Ejército o contribuyente a la Defensa Nacional. En todos estos casos la pena correspondiente es la de muerte o degradación militar, que también se aplicará a todos los militares que en tiempo de guerra intenten voluntariamente destruir o incendiar por cualquier medio edificios, fortificaciones, vías férreas, líneas o postes telegráficos o telefónicos, lugares de acrosación o aviación y todos los objetos inmuebles destinados al uso del Ejército y contribuyentes a la Defensa Nacional. La pena para estos intentos de destrucción, cuando no sea en tiempo de guerra ni en presencia de rebeldes, será la de trabajos forzados temporalmente, y si concurrieran circunstancias atenuantes, el Oficial culpable será castigado con la pena de prisión y la de destitución.

Al militar que con un fin culpable destruye o hace destruir los medios de defensa, todo o parte del material de guerra, los abastecimientos de armas, víveres, municiones, efectos de campamento, de equipo o de vestimenta o cualquier otro objeto destinado al uso

del Ejército o contribuyente a la Defensa Nacional, le será im- puesta la pena de trabajos forzados, que se elevará si la destruc- ción ha tenido lugar en tiempo de guerra o en presencia de rebel- des, a la de trabajos forzados a perpetuidad y reducida en el caso que concurren circunstancias atenuantes, a la pena de prisión y destitución, si fuese Oficial el culpable.

También se considera autor de la misma infracción, aunque se castiga con pena mucho menos grave (prisión de tres meses a dos años), a todo militar que voluntariamente destruya o inutilice para el servicio, las armas, efectos de campamento o de acuartelamien- to, de equipo o de vestuario, vehículos o cualquier otro objeto pro- piedad del Estado que le hayan sido entregados en el Cuerpo o Unidad en que esté destinado para el servicio, o que estén al servi- cio de algún otro uso militar, o que hiera o mate a un caballo, acémila o mulo de carga, o cualquier otro animal al servicio del Ejército.

Termina esta Sección señalando la pena de reclusión para todo militar que voluntariamente destruya, quemé o rompa los registros, copias o actas originales de la autoridad militar, bajando la pena a prisión si concudiesen circunstancias atenuantes. Esta infrac- ción es muy parecida en su redacción a la de destrucción de docu- mentos militares prevista en el art. 407 de nuestro Código cas- trense hasta en el detalle de exigir el Código marroquí que la destrucción sea voluntaria, y el español, que se efectúe maliciosamente, términos que no son empleados en la mayor parte de las infracciones o delitos señalados en uno y otro Código (los términos que se acaban de emplear de *infracciones* o *delitos* no indican con- traposición en su significado, sino simplemente acomodación a los Códigos marroquí y español).

Sección VI.—*Infracción de los deberes militares.*—Parece un tanto ambicioso (y por supuesto, inconcreto e inexpressivo), el enun- ciado de las infracciones previstas en esta Sección que se refiere, como veremos, a *infracciones de determinados deberes*, como si únicamente la infracción de ellos fuese punible, cuando la realidad es que todas o casi todas las infracciones que establece el Código son infracciones de un deber militar.

La prevista en el art. 175 (muy parecida a la del 361 de nuestro Código castrense) se refiere a todo militar que estando de guardia o vigilancia abandone su puesto sin haber cumplido la consigna re- cibida, y que será penado con prisión de dos meses a un año, que se le elevará a la de detención si el militar montaba la guardia o vigilancia frente a rebeldes y a muerte si es frente al enemigo, quedando en prisión de dos a cinco años si fuera del caso preceden- te, estaba en territorio declarado en estado de guerra o de sitio.

El supuesto del art. 173 se refiere al militar que estando de

centinela o de vigilancia se encuentra dormido en su puesto, y tiene señalada una pena de dos a seis meses de prisión que se eleva de dos a cinco años de igual pena, si fuese frente al enemigo o rebeldes y queda en seis meses a un año si fuera del caso precedente es en territorio declarado en estado de guerra o de sitio. Este tipo que acabamos de citar es muy parecido al delito previsto en los arts. 262 y 263 de nuestro Código castrense, si bien es más amplio, pues en nuestro Código, para configurar este delito, no basta que el centinela se encuentre dormido, sino que es preciso que eso ocurra en determinadas circunstancias, como claramente se infiere del articulado del Código y confirman las sentencias del Consejo Supremo de Justicia Militar de 29 de septiembre de 1950 y de 12 de enero de 1951.

Es también autor de un delito de infracción de deberes militares el militar que abandona su puesto, entendiéndose por tal aquél donde se halla cumpliendo una orden dada por sus superiores. Las penas señaladas son: prisión de dos a seis meses, en los casos que pudiéramos llamar normales; cinco a diez años de prisión, si tiene lugar frente a rebeldes o en territorio declarado en estado de guerra o de sitio y de muerte si es frente al enemigo. En cualquiera de estos casos, la pena será aplicada en el máximo al Jefe del destacamento.

Esta infracción tiene bastante analogía con la del delito de abandono del servicio de nuestro Código castrense, y aunque en el Código marroquí no se establecen dos tipos diferentes como en el nuestro, según se trate del Jefe del destacamento o de cualquier otro miembro de él, el resultado viene a ser el mismo, por cuanto hemos visto que la penalidad señalada para los jefes es en el Código marroquí mayor que para los demás. La última infracción que señala esta Sección es la referente al militar que viola una consigna general, dada a la tropa o que él haya recibido personalmente para hacerla cumplir, quien será castigado con la pena de dos meses a dos años de prisión, que se elevará a prisión hasta cinco años, si el hecho tiene lugar frente a rebeldes, en el interior de un arsenal o maestranza, en territorio declarado en estado de guerra o de sitio, o delante de una fortaleza o polvorín.

Sección VII.—Mutilación voluntaria.—Incurre en esta infracción todo militar culpable de inutilizarse voluntariamente para el servicio, bien de una manera temporal o de una manera permanente, con el objeto de sustraerse a sus obligaciones militares, y será penado con prisión de uno a cinco años, pena que será elevada a la de reclusión, si el hecho se verifica en presencia de rebeldes o en lugar declarado en estado de guerra o de sitio, y a la de muerte, con degradación militar, si es en presencia del enemigo, siendo castigada la tentativa como el delito consumado y los cómplices que

sean militares, como el autor mismo, y si fuesen Oficiales, sufrirían la pena de destitución en el caso de que por concurrencia de circunstancias atenuantes se librasen de la pena de prisión.

Establece este mismo artículo (el 179) un nuevo caso especial de atracción bajo la jurisdicción militar, al decir que en tiempo de guerra los Tribunales Militares serán los únicos competentes en todos los casos para conocer de estos delitos, ya sean los inculcados militares o sean paisanos, y señala un caso especial de agravación, cual es el de ser los cómplices doctores en medicina, o practicantes en medicina o farmacia, en cuyo caso la pena de prisión se elevará al doble y se les impondrá, además, una multa de 240.000 a 720.000 francos.

El contenido del citado art. 179 es notablemente parecido en el concepto, e incluso en los términos en qué está redactado, al artículo 383 de nuestro Código castrense, pero encontramos más clara la redacción del Código marroquí, pues a nuestro juicio, según ella, no es posible la duda que se presenta muchas veces, no sólo a título especulativo, sino en la práctica de los Consejos de Guerra, pues es muy frecuente (predominante según la experiencia propia), la opinión de que tal como está redactado el art. 383 del Código de Justicia Militar español, esta figura de delito es sólo aplicable al que se propone conseguir la baja definitiva en filas (aunque no lo consiga), y no al que se inutiliza con el fin de eludir un servicio determinado.

Y también parece acertada la agravación establecida para los cómplices que tengan determinadas profesiones o títulos facultativos, sobre los cuales nuestro art. 383, último párrafo, no establece diferencia alguna con los demás inductores, autores materiales o auxiliares de la inutilización.

Sección VIII. —De las excusas para tomar parte en las audiencias del Tribunal Militar.—El art. 180, sin equivalente cercano ni lejano en nuestro Código castrense, castiga con la pena de dos a seis meses de prisión a todo militar que, excepto en el caso de legítima excusa, omita el asistir a las audiencias de un Tribunal Militar donde deba asistir por razón de su cargo, y si es Oficial, además, incurrirá en las penas de destitución o pérdida de empleo.

Sección IX.—Capitulación.—Castiga el Código con la pena de muerte con degradación militar a todo Gobernador o Comandante Militar que juzgado después de una información, es reconocido culpable de haber capitulado delante del enemigo y entregar la plaza que le había sido confiada, sin agotar todos los medios de defensa de que disponía y sin haber hecho todo aquello que le exigía el deber y el honor, penando también al General o Comandante de una tropa que capitula en campo abierto, en cuyo caso las

penas serán: la de muerte, si la capitulación tiene como resultado hacer abandonar las armas a la tropa, o si habiendo tratado por escrito o palabra, no ha hecho todo lo que le exigen el honor y el deber, y la destitución en todos los demás casos.

Estas infracciones tienen su equivalencia en dos delitos distintos de los previstos en nuestro Código castreño, uno de ellos el que bajo el enunciado de *negligencia* califica el art. 388, y otro el que bajo el nombre de *delito contra el honor militar* contiene el apartado 2.º del art. 340; en ninguno de estos dos artículos que hemos citado de nuestro Código se establece la diferencia que señala el Código marroquí, según se trate del Gobernador de una plaza o fortaleza, o del Jefe de una tropa en campo abierto.

SECCIÓN X.—Disposiciones complementarias relativas a los crímenes y delitos contra la seguridad exterior del Estado.—El artículo 183 señala la pena de muerte para todo prisionero de guerra que con olvido de su palabra es cogido con las armas en las manos, infracción ésta que, como se ve, guarda sensible analogía con el delito previsto en el art. 271 de nuestro Código castreño, y el mismo artículo del Código marroquí fija la pena de tres a cinco años de prisión para todo militar que habiendo caído en poder del enemigo ha obtenido su libertad a condición de no volver a empuñar las armas contra el enemigo, sufriendo, además, la pena de destitución si el culpable fuese Oficial. El Código de Justicia Militar español de 1890, en el título relativo a delitos contra el honor militar y concretamente en el apartado 1.º del art. 299, tipificaba un delito exactamente igual al últimamente señalado del Código marroquí, pero no ha sido incluido en el Código de Justicia Militar de 1945.

Continúa esta Sección con otros dos tipos de infracción, castigados ambos con pena de muerte y degradación, que comprenden a:

- 1.º Todo militar que participe en complot contra la decisión del jefe militar responsable.
- 2.º Todo militar que provoque huida o retirada en presencia del enemigo.

Los artículos siguientes castigan con pena de muerte y degradación militar a todo militar perteneciente a las Fuerzas Armadas Reales, que se introduzcan en una plaza de guerra, puesto o establecimiento militar, en los trabajos, campos vivos o acantonamiento de un Ejército para procurarse documentos o informe de interés para el enemigo, al que a sabiendas esconda o haga esconder a espías, traidores o enemigos enviados en descubierta y a todo enemigo que se introduzca clandestinamente en uno de los lugares designados en los anteriores supuestos, estas infracciones que acabamos de señalar equivalen

a los delitos de espionaje que regula el art. 272 de nuestro Código castrense, aunque en éste, con más afortunada redacción que en el Código marroquí, se prevé que puede incurrir en este delito cualquier persona, mientras que en aquél uno de los supuestos se refiere concretamente a los militares pertenecientes a las Fuerzas Reales, y en otro a los enemigos, y parece ser, por tanto, que no puede cometer tales infracciones un paisano marroquí.

La infracción que configura el art. 187 se refiere a todo individuo convicto de haber provocado a los militares a pasarse al enemigo o a los rebeldes, de haberles facilitado los medios o de hacerles alistar para el servicio de una potencia en guerra con Marruecos, la pena señalada es la de muerte, y si el culpable fuese militar, además la degradación; parece más eficaz la redacción de este artículo que la del precepto equivalente en nuestro Código castrense (apartado 10 del art. 238), ya que según éste, el delito lo comete el que seduzca "tropa española" y, en cambio, el marroquí el que provoque "a los militares", pues pudiera darse el caso de que esta seducción o provocación se ejerciese sobre militares aislados, en cuyo caso no había dificultad para aplicar el Código marroquí, pero sí para hacerlo con el español.

Sección XI.—Según los arts. 188 y 189, incurren en la pena de dos meses a dos años de prisión los militares que públicamente lleven condecoraciones, medallas, insignias o uniformes militares marroquíes sin tener derecho a ello; los militares que lleven sin autorización previa del Ministerio de Defensa Nacional condecoraciones, medallas o uniformes extranjeros, y cualquier individuo que en tiempo de guerra y en zona de operaciones de una plaza militar empleen públicamente, sin tener derecho, brazaletes, banderas o emblemas de la Cruz Roja o la media Luna Roja, o emblemas asimilados a los mismos.

En esta infracción señalada se presenta la misma dificultad que se ha expuesto antes al tratar de la figura de espionaje, y es la de que según el texto del Código el uso indebido de uniforme militar no sería punible en un paisano.

Infracciones análogas a ésta son las reguladas en nuestro Código castrense en el art. 387, como delito el uso del uniforme (por cierto sin el inconveniente señalado a este precepto del Código marroquí, puesto que el nuestro no determina que sea militar el que lo comete) y en el art. 437, apartado 7.º, como falta grave el uso de insignias y condecoraciones.

Sección XII.—*Infracciones diversas.*—Casi todos los artículos que integran esta sección se refieren a infracciones previstas en el Código penal y en el Dahir de 14 de octubre de 1914 sobre la re-

presión de los fraudes en la venta de mercancías y la falsificación de artículos alimenticios y productos agrícolas, y establecen en ellas determinadas modificaciones para cuando son cometidas por militares.

La primera de ellas se refiere al art. 147 del Código penal, que trata de las falsedades en documento público y auténtico o en escritura de comercio o de banco, con pena de trabajos forzados temporales, y cuyo texto se completa añadiendo: "Serán castigados con la misma pena todos los administradores o contables militares que, a sabiendas, reflejen en las nóminas los estados de situación o de revista un número de hombres, de caballos o de jornadas de presencia por debajo del efectivo real, que exageren el importe de los consumos o que cometan cualquier otro fraude en sus cuentas."

La segunda de estas infracciones se refiere al art. 171 del Código penal, que establece (en relación con los arts. 169 y 170, diversos supuestos análogos a los casos de malversación de nuestro Código penal, quedando completado el citado art. 171 en los siguientes términos: "En los casos expresados en los dos artículos precedentes y en el presente artículo, las penas dictadas en los artículos 169, 170 y 171 serán aplicables a todo militar o asimilado que haya distraído o malversado en su beneficio dinero o fondos públicos, piezas, títulos, actas, efectos mobiliarios, armas, municiones, artículos u objetos cualesquiera que pertenezcan al Estado a militares o a particulares, si no es conforme a las condiciones de los Reglamentos.

El art. 231 del Código penal, que prevé los casos de denegación de un servicio, solicitado legalmente, queda sustituido por el siguiente texto: "Todo Comandante de armas o de subdivisión que legalmente requerido a demanda de autoridad civil, rechace o se abstenga de hacer actuar la fuerza bajo sus órdenes, será castigado con la destitución y prisión de uno a dos años o una de estas dos penas solamente, la demanda para obtener este auxilio debe dirigirse al Comandante de armas, y si lleva consigo un desplazamiento de tropas de más de diez kilómetros, al Ministro de Defensa Nacional. Esta infracción que acabamos de reseñar es muy semejante al delito que bajo el título "denegación de auxilio", prevé el art. 386 de nuestro Código castrense.

El art. 386 del Código penal, que tipifica en sus cuatro apartados varias figuras de robo, se completa con el párrafo siguiente: "Si el robo ha sido cometido por un militar o asimilado, en perjuicio de los habitantes de la casa en la cual habita o está instalado."

El art. 401, también del Código penal, que se refiere a los robos no comprendidos en el precepto anteriormente señalado, a los hurtos y estafas y a las tentativas de estos mismos delitos (deli-

to, según el texto del Código penal marroquí, no según la acepción española), se completa con el párrafo siguiente: "Se castiga con la pena prevista en el primer párrafo del presente artículo (prisión de uno a cinco años que puede ir acompañada de multa de 4.000 a 120.000 francos) a todo militar o asimilado que sin ser habilitado haya distraído o malversado fondos o efectos públicos en su beneficio o piezas, títulos, actas, efectos mobiliarios o de armas, municiones, materias u objetos cualesquiera que pertenezcan a militares o que le hayan sido entregados para el servicio.

Y finalmente, el Dahir de 14 de octubre de 1914, sobre la represión de los fraudes en las ventas de mercancías y la falsificación de los artículos alimenticios y productos agrícolas, se completa con la disposición adicional siguiente:

Se castigan con las penas máximas previstas por el presente Dahir, que podrán ser elevadas al doble:

1.º Todo militar, todo administrador o habilitado militar que haya falsificado o haga falsificar sustancias, materias, artículos o líquidos confiados a su guarda o colocados bajo su vigilancia, o que a sabiendas hayan distribuido o hagan distribuir las mencionadas sustancias, materias, artículos o líquidos falsificados.

2.º Todo militar, administrador o habilitado que a sabiendas haya distribuido o haga distribuir las carnes procedentes de animales atacados de enfermedades contagiosas o materias, sustancias, artículos o líquidos corrompidos o dañados. Si el culpable es Oficial, sufrirá además la destitución y la pérdida de grado.

LA JURISDICCION DISCIPLINARIA

El Código de Justicia Militar de las Fuerzas Reales marca una completa separación entre la función judicial y la jurisdicción disciplinaria, no existe en el Derecho militar marroquí una figura de infracción como la de las faltas graves de nuestro Código castrense, y según el art. 206 se dejan a la represión de la autoridad militar, y castigadas con penas disciplinarias que cuando son privativas de libertad no pueden exceder de sesenta días (el mismo límite máximo de los correctivos por falta leve en nuestro Código castrense), las infracciones de los Reglamentos relativas a la disciplina y también las contravenciones de simple policía cuando no son anexas a una infracción más grave y cuando no son susceptibles de originar piezas separadas de la responsabilidad civil.

No señala el Código los correctivos (penas disciplinarias las

llama el texto) que pueden aplicarse para las infracciones de que tratamos y advierte que serán fijadas por decretos, y finaliza el artículo 206 diciendo que la ofensa entre militares o asimilados se confía en todos los casos a la represión disciplinaria, salvo en los previstos en los arts. 157 y 161 del Código, en que como se recordará se trata, respectivamente, de los casos en que un militar durante el servicio o en ocasión de él, injuria a su superior con palabras, escritos, gestos o amenazas también cuando no es en acto de servicio, aunque entonces con menor pena, y de maltrato de obra a inferior, salvo el caso de legítima defensa propia o de otro, de deserción ante el enemigo o rebeldes o de la necesidad de detener el pillaje o la devastación.

Recensiones y Noticias de libros

Boletín Jurídico Militar, Auditoria General de las Fuerzas Armadas, Buenos Aires. Números 1 al 10.

Por gentileza de su actual director, el General de Brigada Auditor don Román Rodolfo Rivera, hemos recibido los números 1 al 10 de esta publicación de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas argentinas, de la que es Secretario, desde su iniciación, el Mayor Auditor D. Carlos José Colomo.

Comprenden los números recibidos desde el primer semestre de 1953 hasta fines de 1957, a razón de dos números al año, de un promedio de cerca de 200 páginas, divididas en secciones que varían de un número a otro, pero entre las que permanecen constantes las de «Doctrina», «Dictámenes», «Jurisprudencia», «Historia del Derecho militar» y «Legislación». Ha de advertirse que el número 10, último de los recibidos, vió la luz en 30 de junio de 1959, ya que la publicación sufrió algunos retrasos en su cadencia.

Las mismas razones que motivaron el nacimiento de nuestra REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, se encontraron en la base de la aparición del *Boletín Jurídico Militar* argentino. La necesidad de llenar un vacío en el ámbito del Derecho militar, cada día más importante, aunque, a veces, incomprensible o premeditadamente desdeñado, postura que, afortunadamente, y por la fuerza de las cosas, va resultando cada vez más anacrónica y menos compartida. Este propósito es el que los colegas argentinos anunciaron en el número de su presentación, y los diez publicados atestiguan fué magníficamente cumplido.

Haremos, seguidamente, una breve referencia al contenido de cada uno de los números.

En el número 1 aparecen, tras el decreto de autorización para editar el *Boletín* y las palabras de presentación, las Secciones correspondientes a Dictámenes de la Auditoria General de las Fuerzas Armadas y Asesorías Jurídicas militares y civiles: Jurisprudencia del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas y de los Consejos de Guerra permanentes; de los Tribunales comunes pero de interés militar; de Historia del Derecho militar, en la que se publican íntegras las *Ordenanzas Militares Especiales del Ejército de Cuyo*, dictadas por el General San Martín, en el cuartel general de Mendoza, en septiembre de 1816 (págs. 109 a 112); de Jurisprudencia extranjera que comprende tres sentencias, una del Supremo Tribunal Mi-

litar del Brasil, otra de la Corte de Casación francesa, y otra del Tribunal Supremo Militar de Italia, para terminar con las secciones de Legislación y Bibliografía.

El número 2 (julio-diciembre 1953), en la Sección titulada "Doctrina", contiene un muy interesante estudio sobre *Requisiciones Militares* (páginas 13-19), debido a la pluma del General de Brigada Auditor D. Oscar Ricardo Sacheri, centrado especialmente sobre la Ley argentina núm. 13.234, otro de redacción sobre *Orientación del Proyecto de Código Militar para el Ejército argentino de 1881, a través de las notas con que sus autores fundaron las principales disposiciones* (págs. 30-38), y un tercero constituido por el dictamen que sobre *Abolición del fuero personal y del fuero militar* suscribió en Paraná el 4 de mayo de 1860 el doctor Ramon Ferreira (páginas 39-42). Siguen las secciones de Dictámenes y Jurisprudencia, la de Historia del Derecho Militar que comprende tres notas elevadas al Gobierno por el General San Martín sobre cuestiones o propuestas de orden procesal militar (págs. 121-124), la de Jurisprudencia extranjera (Francia, Italia, Paraguay), la de Legislación en la que destaca un epígrafe de Legislación extranjera que contiene las *Ordenanzas dictadas por el Comando Supremo aliado aplicables a la Alemania ocupada* (págs. 142-148), y la de Bibliografía.

Número 3 (enero-junio 1954). Destacan en este número, un trabajo publicado por el catedrático doctor Lucio Moreno Quintana sobre *El Manual de Oxford y la guerra marítima* (págs. 13-20), que une al interés y autoridad de toda obra de este destacado internacionalista, el de insertarse a continuación (págs. 21-40) el texto íntegro en castellano del famosísimo Manual sobre *Leyes de la guerra marítima en las relaciones entre beligerantes*, aprobado por el Instituto de Derecho Internacional en su reunión de Oxford el 9 de agosto de 1913. Igualmente y en la Sección de legislación se incluye una excelente versión al castellano, muy superior a otras conocidas, del *Código Uniforme de Justicia Militar de los EE. UU. de América* de 5 de mayo de 1950 (págs. 131-175), con lo que se presta a los especialistas un valioso servicio.

En el número 4 (julio-diciembre 1954) destaca un trabajo del General de Brigada Auditor D. Oscar Ricardo Sacheri sobre *El Gobierno militar en la Zona de Operaciones*, seguido de tres anexos que contienen las disposiciones relativas al tema contenidas en la Ley argentina núm. 13.234 sobre organización de la Nación para tiempo de guerra, las del Código de Justicia Militar argentino sobre facultades de los Comandantes en jefe y Gobernadores militares en materia de jurisdicción militar y legislación por bandos y, por fin, la traducción del *Manual del Ejército y de la Armada de los Estados Unidos de Norteamérica para gobierno militar y asuntos civiles*. El trabajo (págs. 199-280) es altamente interesante. En la sección de legislación se incluye el texto íntegro de la Ley núm. 13.234 sobre *Organización de la Nación en tiempo de guerra*, de 1 de septiembre de 1948, así como la Ley núm. 14.354 de 19 de octubre de 1954 sobre *Nacionalidad y ciudadanía argentina*.

Número 5 (enero-junio 1955). Incluye una *Reseña histórica de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas* e importancia de su misión (páginas 13-39), debida también a la pluma del General de Brigada Auditor don Oscar Ricardo Sacheri. En este trabajo —manifestando su autor que la Auditoría General de las Fuerzas Armadas de la Nación argentina es la heredera directa de la Auditoría de Guerra española— se incluye una lista de Auditores de la Colonia Española del Río de la Plata de 1740 a 1810. En la Sección de Historia del Derecho Militar encontramos las *Reglas de disciplina para el Ejército y Marina* y *Penas para los delitos militares en tierra y agua*, de 1817.

Número 6 (julio-diciembre 1955). Aparecido casi con un año de retraso contiene la primera parte de la *Introducción a los Códigos Militares para el Ejército y la Armada*, de Oswaldo Magnasco.

Número 7 (enero-julio 1956). Se contiene en él la *Constitución de 1853*, la *Proclama del Gobierno Provisional*, de 27 de abril de 1956; las *Directivas Básicas* del mismo, de 7 de diciembre de 1955, y el Decreto de 12 de abril de 1957 convocando a una *Convención reformadora* de la Constitución (págs. 1 a 33).

Número 8 (julio-diciembre 1956). Puede encontrarse en él la *Reglamentación de Justicia Militar* argentina, cuyo texto íntegro comprende 156 páginas. En la sección de Historia del Derecho Militar se incluyen decretos del año 1819 sobre buques de guerra y corsarios y sobre requisición de armas y útiles de guerra, y en la de Legislación el *Decreto Ley de amnistía de 16 de noviembre de 1957 sobre prófugos y desertores*.

Número 9 (enero-junio 1957). Se inicia el número con las palabras de homenaje pronunciadas por el Auditor General de las Fuerzas Armadas don José María Pizarro con ocasión del centenario del natalicio del hombre público argentino y General de Brigada Auditor D. Agustín E. Álvarez (páginas 1-6). Las páginas 7 a 13 se dedican a la publicación del Capítulo X del libro *Procedimientos judiciales*, de I. Honorio Silguera (Buenos Aires 1908), que trata de la jurisdicción militar; y las 15 a 40 a un *Índice analítico* del Código de Justicia Militar compilado por el Mayor Auditor don Carlos José Colombo, obra de indudable interés práctico.

Número 10 (julio-diciembre 1957). El Teniente 1.º "en Comisión" don Gustavo E. E. Pinard, publica en él un artículo sobre *Facultades del Juez de instrucción militar en cuanto al procesado* (págs. 1 a 7). En la sección de Legislación se encuentra la derogación de la Ley núm. 14.354 sobre nacionalidad; el Decreto de 23 de septiembre de 1957 sobre reestructuración del *Ciclo Castrense*; el Convenio con la Santa Sede sobre *Asistencia religiosa a las fuerzas armadas* de 28 de junio de 1957; el Convenio de La Habana de 20 de febrero de 1928 sobre *Deberes y derechos de los Estados en caso de luchas civiles*, y el Protocolo de 1 de mayo de 1957 sobre el mismo tema.

Los diez volúmenes, de los que hemos entresacado aquello que estimamos de un interés más general, constituyen indudablemente no sólo un utilísimo instrumento de trabajo para los juristas y profesionales argen-

tinios, sino una valiosa fuente de información sobre el Derecho Militar en general y sobre cómo se concibe y practica en la República Argentina. Por la similitud de su base esencial —los Ejércitos— una gran parte de los problemas planteados en el Derecho Militar son idénticos o altamente similares en todos los países. Si ello explica el interés de los colegas argentinos por determinada jurisprudencia extranjera, también justifica el interés general incluso de secciones como las de Dictámenes o Jurisprudencia, que tienen indudablemente un mayor valor de utilidad para el interior del país, pero que trascienden de las fronteras cuando tocan determinadas cuestiones o problemas.

Al agradecer al *Boletín Jurídico Militar* —verdadera revista— y a su Director esta toma de contacto, nos congratulamos con la esperanza de una fructífera colaboración con tan espléndida publicación de la Auditoría General de la gran nación hermana.—EDUARDO DE NÓ LOUIS.

TEJELRO PIÑÓN (Balbino): *Límites de la ley penal militar española en territorio extranjero*. Tesis doctoral leída en la Universidad Central el 22 de noviembre de 1958, 404 págs. (No publicada.)

De modo lento pero a ritmo creciente en cantidad y calidad, se van acumulando materiales para una construcción dogmática y orgánica de nuestro Derecho penal militar. En esta línea de cultivar el aspecto doctrinal y técnico de nuestro quehacer profesional, de traer a nuestro fondo científico elementos de trabajo y de suscitar inquietud por los problemas de la especialidad, nuestro compañero Balbino Tejelro ha llevado a cabo con la lectura de su tesis doctoral, una aportación que se alinea entre las más valiosas, no limitándose a tratar de cuestiones estrictamente comprendidas bajo la rúbrica reseñada sino que alude también a diversos otros temas jurídico-castrenses que guardan algún parentesco con aquéllas, haciendo gala en todo momento: de un considerable rigor técnico que es índice de la elevada preparación del autor, de una ponderada visión de los problemas tratados, que es prenda de la durabilidad y solidez de las apreciaciones contenidas, y, destacadamente, de una moderna y abundante documentación, que ha sido aportada sin regateo de esfuerzos, a impulsos del mejor celo y probidad profesional.

Vale la pena, pues, llamar ampliamente la atención en la REVISTA, tanto sobre este interesante trabajo del doctor Tejelro como asimismo sobre otros que en análoga ocasión universitaria hayan sido elaborados sobre materias enmarcadas en su campo específico.

Empieza pasando revista a los cuatro principios clásicos acerca del ámbito de la ley penal en general, con los que se tienen por los Estados y la Comunidad Internacional todas las posibilidades de defensa de aquellos valores que pueden considerarse fundamentales. Señala como básico, actualmente, el de la territorialidad, cuya fundamentación es varia, bien que

prepondere la tesis que le hace dimanar de la soberanía del Estado cuyo es el territorio, al que ha de considerársele hoy desde un punto de vista tridimensional. Mas, como complemento necesario de aquél, están, además, al principio de la personalidad, el real y el de la administración universal de Justicia, de límites imprecisos pero cada vez más destacable, no sólo como una consecuencia de la internacionalización de la lucha contra la delincuencia, sino como un fenómeno paralelo al de la integración internacional que tan en quiebra pone el dicho principio de la territorialidad. Con algunas amplias consideraciones incidentales sobre el Derecho natural y la piratería, sienta así Teijeiro, en este primer capítulo de su tesis, el lógico punto de partida para adentrarse en el desarrollo del tema, que por pertenecer al campo del Derecho Militar le lleva ya en el siguiente capítulo a tratar por extenso de la Ley penal castrense.

Casi todo él gira en torno al debatido problema de la independencia y límites entre la Ley penal militar y la Ley penal común, problema que es sabido cómo algunas legislaciones han superado, sin mengua de la eficacia del dispositivo castrense, situando en el propio marco del Código penal ordinario el Título o Títulos que hayan hecho falta para tipificar las conductas cuya punición interesa al Ejército, y dejando para unas distintas y específicas leyes orgánicas y procedimentales el tratamiento represivo de tales comportamientos antijurídicos. Ya en el núm. 1.º de esta REVISTA nos permitíamos apuntar que el problema puede devenir bizantino si el centro de gravedad de la cuestión se desplaza hacia el campo del Derecho procesal militar, cayendo entonces por su base las múltiples sutilezas que para explicar las relaciones entre la Ley penal común y la castrense han venido hablandonos de especialidad o excepcionalidad, de derivación o complementariedad, de independencia o separación, de filiación o subordinación, de particularismos o sustantividad, etc., sin omitir ocasión de aludir al símil botánico del tronco único y las ramas diferentes, con unas raíces comunes a todos.

Cuando el autor ha pasado revista a diferentes posiciones que sobre esta cuestión ofrece la literatura jurídica italiana, brasileña y española, y ha aludido a las fórmulas extensivas del campo penal-militar que con los Bandos de Guerra y el art. 194 ofrece nuestra legislación, se enfrenta con el predicho problema de límites en el ordenamiento jurídico español y se basa en la opinión de Ciardi, para quien todo ordenamiento jurídico militar está constituido para asegurar los especiales fines en razón de los cuales el Estado crea las instituciones castrenses, acogiendo luego aquella parte de la definición de Querol según la cual, es delito militar "aquél que consiste en lesión directa de los fines y medios de las instituciones armadas", pues la disciplina y los deberes profesionales realmente no son otra cosa que medios de que se vale el Ejército para el cumplimiento de sus fines propios y, saltando al paso de una desorbitación de los mismos, dice Teijeiro que, "la cuestión de defensa de enemigos interiores o exteriores no se refiere a toda clase de enemigos, desde el momento en que, cualquiera que infrinja cualquier ley es, en cierto sentido, un enemigo del Es-

tado que la dicta, sino solamente a aquellos enemigos calificados de modo especial que, por razón de la materia, del lugar o de otras circunstancias en que delincan, aparecen como actores de un hecho que efectiva y realmente atenta de modo directo a la seguridad exterior o interior del Estado, cuya represión es concerniente a la jurisdicción militar (nuestro querido colega, el Ministro brasileño Gomes Carneiro, precisará que esto habrá de ser sólo en tiempo de guerra), a la que no por ello debe entenderse se le encomienda una misión política "stricto sensu", sino únicamente jurídica, en cuanto se trata de aplicar las leyes y aunque, en definitiva, mediatamente, tengan, como cualquier otra actividad oficial de los órganos del Estado, una trascendencia política. Sobre estas bases —sigue diciendo— la ampliación o restricción del ámbito de la legislación penal militar es cuestión que solo tangencialmente afecta al Derecho, puesto que pertenece primordialmente a la política legislativa".

Antes de explanar las cuestiones centrales de la tesis respecto a los principios que determinan el ámbito de la ley penal militar en el Derecho positivo español, el autor fija en el capítulo III, su concepto de la extraterritorialidad, acorde con la dirección del Profesor Luna, rechazando la ficción de que, mediante tal instituto, una porción de territorio deja de pertenecer a su propio país, pues, realmente, sólo se trata de una suspensión por el Estado del ejercicio de su jurisdicción en determinadas áreas de su territorio; el concepto del cual ocupa el capítulo IV, con especial referencia a los problemas planteados por los buques de guerra y aeronaves en aguas y aeropuertos extranjeros, aludiendo sumariamente a los que modernamente origina la llamada plataforma submarina, de que se han ocupado brillantemente los Tenientes Coroneles Auditores de la Armada, Azcarraga y Alfin Delgado, éste último con su reciente y ameno libro *El mundo submarino y el Derecho*.

El capítulo V de la tesis doctoral a que nos venimos refiriendo va situando en torno a los cuatro principios clásicos, indicados al comienzo acerca del ámbito de la Ley penal en el espacio, los diversos preceptos de nuestro ordenamiento jurídico que están vigentes en la actualidad, y así, por lo que se refiere al de la territorialidad, comenta los arts. 8.º del Código civil, 333, 335 y 350 núm. 12 de la Ley orgánica del Poder judicial, deteniéndose particularmente en el art. 9.º del Código de Justicia Militar y en las relaciones de su apartado c) con la Base 1.º de la Ley de Navegación Aérea de 27 de diciembre de 1947. Al tratar del principio de la personalidad, examina los arts. 339 y 340 de la citada Ley orgánica y particularmente el art. 17 de nuestro Código castrense, del que hace un detenido examen, sobre todo al desenvolver el principio real, relacionándolo con los artículos 336, 337 y 338 de la predicha Ley orgánica del Poder judicial que pudieran estar en concurso con esta norma castrense, "la de mayor relevancia respecto del ámbito en el extranjero de la jurisdicción española de guerra, significando la más destacada conformación del principio real", bien que, con atinadas consideraciones, limite las exageradas consecuencias que desprende de su interpretación Quintano Ripollés cuando afirma que,

* peca de excesiva ambición jurisdiccional, rebasando todo precedente comparatista, sin que se comprenda demasiado claramente qué interés pueden tener los Tribunales españoles en juzgar la insubordinación o cobardía de un recluta chino en China, si el culpable se encontrara en España"; tales límites los sitúa: en el párrafo 3.º cuando da prevalencia a los Tratados que contengan cláusulas con diferentes soluciones; en su no aplicabilidad a los delitos comunes para los que rigen las normas de los citados artículos de la Ley orgánica, y en la consiguiente limitación a los delitos militares comprendidos en el Código castrense, que evidentemente se refieren siempre a bien jurídico o a sujeto activo o pasivo español, requisitos típicos esenciales que nunca se alcanzarían en los supuestos caricaturizados.

La ocupación militar de territorio extranjero es objeto del Capítulo VI, que comienza con un esquema de los distintos tipos de tal ocupación, expone luego los preceptos aplicables de los Convenios de La Haya, Convenio de Ginebra de 1949 y Convenio de 1954 para protección de bienes culturales, abundando en el criterio de la inaplicabilidad de los preceptos de nuestro Reglamento del Servicio de Campaña, de 5 de enero de 1882, sobre ocupación de territorio enemigo, para terminar con unas interesantes consideraciones sobre la necesidad de que se atengan también a las dichas normas internacionales los Bandos que las Autoridades militares puedan dictar en territorio extranjero ocupado, pues "por el camino contrario se podría incurrir en la comisión de crímenes de guerra", tanto por exceso de pasión como por defecto de información sobre las leyes internacionales y su fuerza vinculante.

Los últimos Capítulos están destinados a tratar casos concretos referidos a nuestra Patria. Y así, el antepenúltimo, examina cuál fué el estatuto penal aplicable en la División Española de Voluntarios destacada en territorio extranjero durante la Segunda Guerra Mundial, afirmando que los combatientes de dicha Unidad, incorporada al Ejército alemán, disfrutaron de fuero personal absoluto respecto de cualquier infracción cometida en Alemania o territorio ocupado por su Ejército, pero careció la División de fuero territorial sobre el espacio a que alcanzaba su acción militar, "acaso —dice el autor— porque, como elemento orgánico de un Ejército extranjero, no era aquélla sino éste quien propiamente ocupaba, desde el punto de vista del Derecho internacional, la zona referida". Más tarde, luego de un acopio de normas administrativas acerca de dichos combatientes, y de algunos desenvolvimientos sobre el concepto de la neutralidad y su evolución califica como de "belligerancia accesoria" la situación de dichas fuerzas españolas, que ayudan a un beligerante principal sin estar en guerra con el enemigo, dando lugar a una situación internacional evidentemente intermedia entre la guerra y la paz, y ajena, desde luego, a la neutralidad clásica.

Bajo la rubrica "la Ley penal militar española en el extranjero como consecuencia del ingreso de España en la O. N. U.", contiene el Capítulo VIII variadas materias, no siempre estrictamente congruentes con aquélla y aun con la de la tesis, comenzándolo con unas consideraciones acerca

de la acción coercitiva que en el orden técnico o práctico puedan tener los órganos de las Naciones Unidas, recogiendo como postura dominante la de que las fuerzas internacionales utilizadas en diversas ocasiones tienen más bien carácter de "contingentes nacionales bajo dirección internacional, para fines específicos", que llevan consigo su propia jurisdicción militar, al menos en el ámbito personal, aunque con ciertas limitaciones, especialmente la exigencia de acuerdo para actuar dentro de las fronteras incluso de un Estado miembro. Sigue al Coronel Auditor estadounidense Archibald King en la exposición de los diversos puntos de vista que teórica o prácticamente han venido imperando en la determinación del "status" de las fuerzas armadas en territorio extranjero, contrastando las tesis británica y norteamericana que limitan o no la extraterritorialidad de las unidades estacionadas, tanto por razón del delito (militar) como por la del lugar (el cuartel o base ocupado) como por la de la ocasión (acto de servicio), destacando a este último respecto la tesis de Alessandro Marazzi para quien es condición básica no tanto la persona como la función pública desempeñada, ya que la inmunidad jurisdiccional no se establece para la tutela del individuo sino de la dicha función, "en cuanto que el militar puede ser también sujeto a su Ley penal ordinaria por los delitos no previstos en las leyes castrenses". Luego de transcribir el texto básico del artículo 7 del Convenio de Londres de 19 de junio de 1951, da cuenta, asimismo, de los preceptos legales conocidos respecto del estatuto jurídico de las bases norteamericanas en España, orientado en un amplio criterio de extraterritorialidad, basado en la ficción de equiparar al personal de aquéllas al de la correspondiente categoría en la Embajada de los Estados Unidos.

Balbino Teijeiro finaliza su tesis con un Capítulo acerca de la "Ley penal militar española en territorio marroquí", que sin duda ha tenido que limitarse a una exposición de antecedentes históricos y legislativos acerca de nuestro Protectorado en tales lugares y de las normas a la sazón aplicables, por cuanto la situación transitoria en que nos encontramos (y más destacadamente en el momento de ultimarse el trabajo), no permite precisiones de ninguna especie acerca de lo señalado en la rúbrica, como no sea registrar una situación de hecho que permite aplicar en territorio marroquí, a miembros de nuestro Ejército en el Norte de Africa, la Ley penal militar española.

Trescientas noventa y dos citas y 285 recientes obras consultadas, dante de nuestra inicial afirmación de que la tesis comentada se ha elaborado con una documentación tan amplia como valiosa y ajustada.—F. JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ.

FRAGA IRIBARNE (Manuel): *Guerra y Diplomacia en el sistema actual de las relaciones internacionales*. Ediciones Europa. Madrid, 1960, 356 págs.

Manuel Fraga Iribarne, buen amigo y colaborador de esta REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, pronunció o publicó en estos últimos tiempos una serie de conferencias y artículos sobre distintos aspectos de la guerra y de la diplomacia. Labor siempre interesante y documentada, pero dispersa, y a cuyo conocimiento y difusión tuvo esta publicación el honor de contribuir (1).

Hoy nos sorprende, una vez más, al comprobar que aquellos trabajos, muchos de los cuales conocíamos y habíamos considerado como estudios completos de un problema, no eran sino parte de una obra más amplia y ambiciosa, capítulos perfectamente articulados del libro que ahora nos ofrece.

No pretendemos formular un juicio sobre esta publicación, pues la preparación y personalidad de su autor son sobradamente conocidas. De su interés y puesta al día, de su extremada actualidad, bastará a dar idea a nuestros lectores el artículo que sobre la Guerra Revolucionaria se publicó en estas páginas, al que antes hacíamos alusión, y que es hoy con algún ligerísimo retoque el capítulo VI de la obra. Por consiguiente, más que una crítica, que forzosamente resultaría nota laudatoria, consideramos útil y oportuno reseñar el índice de este interesantísimo volumen, reflejo del dinamismo y competencia de su autor, al que una vez más ratificamos la expresión de nuestra admiración y afecto.

El esquema de la obra que se inicia con una Introducción que centra la intención perseguida y el espíritu que lo hizo surgir, es el siguiente: Capítulo I: *Poder político y relaciones internacionales*.—Capítulo II: *La guerra sin límites*.—Capítulo III: *El impacto de la energía nuclear en la sociedad contemporánea*.—Capítulo IV: *Guerra y Política en el siglo xx*.—Capítulo V: *Guerra, paz y neutralidad*.—Capítulo VI: *La guerra revolucionaria*.—Capítulo VII: *La transformación del sistema internacional y la evolución de los métodos diplomáticos*.—Capítulo VIII: *Política exterior y guerra en la era nuclear y en el sistema internacional bipolar*.—Capítulo IX: *Los métodos de acción diplomática y el cambio en la concepción de la guerra*.—Capítulo X: *La diplomacia en el siglo xx*.—E. DE N. L.

(1) *La guerra revolucionaria*. REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, número 5, enero-junio 1958, págs. 9 a 37.

GLASER (Stefan): *Définition de l'agression en droit international penal.* "Revue de droit international et de droit comparé", 1958, páginas 633-658. Bélgica.

Propone Glaser que se defina la guerra de agresión en los siguientes terminos: "L'agresion consiste dans tout recours à la force entrepris dans un but illegal", entendiendo por ilegal todo acto contrario al Derecho internacional positivo (pág. 648). Analiza esta noción considerando que con ella se bordean los escollos en los que vienen tropezando hasta hoy los intentos de encontrar una definición que trate de enumerar todos y cada uno de los actos que han de reputarse como agresión en la esfera internacional. La vía enunciativa parece estar cerrada y hasta ahora no ha conducido a otro resultado que al acuerdo tomado por el Comité de Derecho internacional, después de la Conferencia de San Francisco, de remitir al Consejo de Seguridad "la entera apreciación de lo que constituye una amenaza contra la paz, un ataque a la paz o un acto de agresión". Como hace en otras ocasiones, robustece la técnica de la definición expuesta con argumentos tomados del Derecho penal interno.

Se indica la literatura más reciente sobre el tema y se analizan las dificultades que salen al paso de los métodos casuísticos empleados para definir la guerra de agresión —José M.^a RODRÍGUEZ DE VESA.

GUALART Y LÓPEZ DE GOICOECHA (José): *La guerra, ¿pecado colectivo? Las responsabilidades colectivas en casos de guerra: ante el Derecho natural y el Derecho internacional.* "Pax Christi" (Boletín del Movimiento católico internacional por la paz), número 21, julio-agosto 1959.

Este trabajo es la Ponencia que presentó su autor a la XIII sesión de las Conversaciones Católicas Internacionales celebradas en San Sebastián durante los días 6 a 12 de septiembre del pasado año de 1959. Se divide en dos partes. En la primera se establecen las premisas históricas y doctrinales, señalando cómo entre el *vae victis* romano y el irenismo de los primeros siglos de la Iglesia se afirma cada vez más la idea, a partir del siglo IV, de que la guerra es lícita siempre que sea justa, lo cual conduce de modo natural a las concepciones modernas, según las cuales la guerra injusta es un crimen. El autor considera que muchas de las causas que producen la guerra (olvido de las normas morales, concepción materialista de la vida, positivismo jurídico, nacionalismo absorbente...) han sido posibles "por el pecado colectivo". Entiende que "una larga serie de pecados, individuales y colectivos, puede germinar y tener cobijo en torno al crimen de la guerra de agresión... y en torno a los crímenes de guerra,

que son la violación de las leyes y usos limitativos de las hostilidades". De esta manera, comienza la segunda parte de su trabajo remotándose a las esferas de la Moral "Y la masa social, como tal masa, puede bien quedar implicada en tales infracciones, nacidas de turbias ausencias de sentido moral y de civismo." El delito internacional, sin embargo, no coincide con el marco trazado por las infracciones de la moral, comprendiendo sólo las mas graves, es decir, siguiendo a Santo Tomás (*Summa th.*, IIa IIae, q. 96, a. 2) aquellas "de las que es posible se retraiga la multitud, y principalmente las que redundan en daño de otros, sin cuya prohibición no podria conservarse la sociedad". Frente al gran problema de la responsabilidad penal colectiva se pronuncia el profesor Guallart por la afirmativa y por la comparatibilidad de las sanciones colectivas con las individuales. Hace suyo el catálogo de sanciones propuestas por el profesor Lasala Llanas: "a), económicas (ruptura de relaciones económicas y comerciales); b), sanciones políticas de Policía y seguridad: ocupación militar, ruptura de relaciones diplomáticas y consulares, exclusión de los organismos internacionales; c), sanciones militares, bloqueo pacífico, ocupación militar, desarme, utilización del Ejército internacional. Y, en fin, d), la misma guerra como pena al Estado agresor".—J. M.ª R. D.

DES CILLEUIS (Jean) y DE LA PRADELLE (Raymond): *La neutralité de la médecine et la guerre subversive*. "Revue Internationale de la Croix Rouge." Núm. 496, abril 1960, págs. 187-195.

El trabajo que inserta la *Revista Internacional de la Cruz Roja* bajo el título antes enunciado fué una ponencia presentada por sus autores al Congreso internacional de la neutralidad de la medicina en tiempo de guerra, que se celebró en París en abril de 1959. Se trata en él del espinoso problema planteado a los médicos por la guerra subversiva que es, por esencia, lucha contra el poder establecido, bien sea la autoridad legal nacional, la autoridad de un ocupante o el gobierno nacional sostenido por el extranjero.

La conclusión de que el médico no debe ser molestado ni perseguido por prestar asistencia a heridos o enfermos en cualquier circunstancia y que el secreto profesional debe ser respetado, sólo podrá mantenerse íntegramente en el momento actual, cuando éste considere su misión profesional como un sacerdocio y se entregue a ella exclusivamente en tiempo de subversión o de guerra. Su afiliación o pertenencia a un grupo subversivo, la ostentación de ideas u opiniones de significación política, pueden, en estas ocasiones, dar lugar a interpretaciones que, atacando su neutralidad, atacarán en la misma medida su inmunidad.—E. DE N. L.

CHARLES (J. L.): *Le châtiement des villes des Pays-Bas au XVI^e siècle*. "L'Armée la Nation". Bruselas, número de abril de 1960, páginas 6-10.

Durante las guerras en los Países Bajos, a lo largo del siglo xvi, hubo un cúmulo de circunstancias que, aprovechadas de forma malévola, han servido para crear un ambiente de descrédito, en el que parece que no hubo más que una represión despiadada, realizada por las tropas españolas, y un abandono, sin excepción, de las ciudades conquistadas, al furor de la soldadesca desenfadada.

Mas un examen metódico de decenas de sitios que tuvieron lugar durante dichas guerras ha permitido establecer un diagnóstico más matizado, en el cual sobresale cuanto ha escrito L. Van Der Essen, del que, entre sus numerosas obras y estudios sobre la época, sobresale su monumental *Alexandre Farnese, Prince de Parme, Gouverneur général des Pays-Bas (1545-1592)*, publicados sus cinco volúmenes en Bruselas, entre 1933 y 1937.

Y es así, que hubo normas perfectamente regladas y que fueron cumplidas estrictamente, dedicadas todas ellas a la conducción de la guerra. Normas que pertenecen al Derecho internacional, y las cuales regulan la forma de hacer la guerra.

Por ejemplo, don Fadrique de Toledo distinguía 1.º Ciudades tomadas al asalto. 2.º Ciudades que aguantaban un bombardeo aunque no estuviesen en condiciones para defenderse. 3.º Ciudades que a pesar de su capacidad de defensa se rendían antes de colocarse en batería las piezas de sitio. 4.º Ciudades que abrían espontáneamente sus puertas; y 5.º Ciudades que habían rehusado el acceso a las tropas reales y, en cambio, acogían a las fuerzas rebeldes.

De conformidad con esta clasificación se estimaba que en estas circunstancias las ciudades capturadas debían ser tratadas de forma diferente.

Se trataba, pues, de una verdadera ley de guerra, una reglamentación en el sentido estricto de la palabra, la cual se puede expresar de la forma siguiente: toda ciudad que hubiera opuesto resistencia era entregada al pillaje, a menos que una composición (o un perdón) fuera concedido por el vencedor. Cada caso es en sí particular, al tiempo que hay que tener en cuenta las condiciones políticas y militares del momento, la actitud de los insurgentes, el estado moral de los asaltantes, etc. Por último, hubo una regla o norma que fué aplicada muy amenudo: las ciudades que esperaban para capitular a que el enemigo desplegara su artillería de sitio, no podían esperar cuartel.

Como colofón a cuanto expone el autor sobre tan interesante y poco conocida materia, recoge diferentes casos de cómo fueron tratadas distintas ciudades, así como las razones que sirvieron para fundamentar el castigo o perdón otorgados.—Luis M.ª LORENTE.

GILISSEN (John): *Chronique Annuelle de Jurisprudence militaire 1959*. Separata de la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie". Bruselas, diciembre 1959. 31 págs.

El profesor de la Universidad de Bruselas y Auditor militar belga, Gilissen, publica anualmente una crónica sobre jurisprudencia militar y temas de Derecho Militar en la *Revista de Derecho Penal y Criminología*, de Bélgica. La que ahora examinamos es la correspondiente al año 1959, quinta de las publicadas. Aparte de recogerse en ella sentencias que ponen de relieve algunos puntos interesantes del Derecho y la jurisprudencia belga, encontramos en esta crónica una lista de artículos o estudios publicados en aquel país sobre temas relativos a la materia durante el año 1959.

Figuran entre éstos: Danse (M.): *Esquisse de la compétence de l'organisation et de la procédure des juridictions militaires en droit belge*, en "Rev. intern. pénal", 1958, págs. 261-304. Bosly (H.): *Des rapports entre l'action disciplinaire et l'action pénale en droit militaire belge*, en "Rev. Droit. Pénal", págs. 827-845. Hubert (J. R.): *Note relative à la légalité du Règlement de discipline et spécialement de l'article 27*, en "Rev. Jurispr. dr. adm. et Cons. Etat", 1958, págs. 171-178. Briemont (G.): *Le projet de loi portant le statut des objecteurs de conscience*, en "Journal des Tribunaux", 1958, págs. 35-36. Jacquemin (G.): *L'objection de conscience*, en "Recueil de droit pénal", 1958, págs. 378-409. Jeunehomme (H.): *La législation organique de milice*, Liège, 1959. Jeunehomme (H.): *Les conventions internationales nouvelles en matière de milice*, Liège, 1959.—E. DE N. I.

GLASER (Stefan): *Elément légal de l'Infraction internationale*. Separata de la "Revue de Droit Pénal et de Criminologie". Bélgica, junio 1956, 23 págs.

Uno de los problemas más trascendentales para el Derecho Internacional penal y también de los más debatidos es el de la aplicación del principio de legalidad. Siguiendo su método acostumbrado, comienza Glaser por examinar la cuestión desde el punto de vista del Derecho público interno, considerando, lo mismo que Belling, que el natural complemento del *nullum crimen sine lege* es la tipificación de la conducta en la ley. Consecuencias del principio de legalidad en el Derecho interno son: no retroactividad, interpretación restrictiva, prohibición de la analogía y exclusión del Derecho consuetudinario (pág. 6), si bien es cierto que no se deducen *con todo rigor porque el legislador emplea con frecuencia conceptos valorativos en lugar de los descriptivos que exigiría un desarrollo consecuente del principio y, además, se atribuye al Juez un cierto poder discrecional, se admite la interpretación extensiva e incluso se han llegado a dictar*

algunas veces (Francia, Luxemburgo) leyes penales con efectos retroactivos.

En el Derecho internacional penal la previsión de los hechos punibles tiene que partir de unas bases completamente diferentes, porque el Derecho internacional es esencialmente consuetudinario (pág. 11): hay que interrogar no a la Ley, sino a la costumbre jurídica (pág. 13).

El mismo Derecho convencional se limita generalmente a constatar reglas jurídicas ya existentes, establecidas por la costumbre. De ahí derivan dos particularidades importantes: no es tan fácil como en el Derecho interno comprobar cuales son los hechos punibles, y la comprobación es, desde luego, menos precisa que en el Derecho codificado (págs. 14 y siguiente). Hay que acudir a la equidad, a los principios generales del Derecho, a la doctrina y a la jurisprudencia. Estas fuentes nos llevan a la conclusión de que solo los ataques graves a los intereses de la comunidad internacional constituyen infracciones de orden penal (pág. 16).

Lo esencial del principio de legalidad es para Glaser, que la gente no se encuentre sorprendida por una incriminación *ex post facto*. En el Derecho internacional penal se mantiene también este criterio y con ello, a su juicio, el espíritu del principio de legalidad (pág. 20). En cambio, han de admitirse la analogía y la interpretación extensiva. En apoyo de esta tesis cita el famoso Preamble de la Convención IV de La Haya, 1907 y los artículos 6b y 5b de los Estatutos de los Tribunales militares internacionales de Nuremberg y Tokio—J. M.^a R. D.

QUINTANO RIBELLÉS (ANTONIO): *Compendio de Derecho penal, adaptado al Programa de Oposiciones a la Escuela Judicial*. Madrid. Editorial Revista de Derecho Privado, vol. I, XV + 508 páginas, vol. II, XVI + 448 págs., 1958.

Aun con el pleo forzado de un programa de oposiciones encuentra base el lozano ingenio del fecundo autor, magistrado de la Sala segunda de nuestro Tribunal Supremo, para desplegar su originalidad, ofreciendo, en la elaboración de los temas usuales y necesarios para los menesteres a que está dedicada esta obra, el resultado de sus meditaciones sobre los problemas fundamentales del Derecho punitivo. Según Quintano, el "*Derecho penal* es el conjunto de normas jurídicas establecidas por los órganos adecuados de la comunidad, que determinan las acciones y omisiones consideradas como delitos y faltas, las personas responsables criminal y civilmente de los mismos y de las sanciones, penas o medidas de seguridad, a imponer mediante un proceso penal previo". El conocimiento sistemático de tales normas constituye la Ciencia del Derecho penal (pág. 5). Esta referencia al proceso, de visos tan carnelutianos, es tan importante para Quintano que "lo penal es sólo tal, jurídicamente hablando, en tanto que se desarrolla a través de un proceso" (pág. 6). En el concepto del delito en

el Código penal español integra la definición del artículo primero con los "elementos implícitos, pero no expresados en ella" considerando que desde el punto de vista legal "son delitos o faltas la acciones y omisiones (*elemento de acción*) voluntarias (*elemento de imputabilidad*, como fundamento psíquico de la culpabilidad) penadas (*punibilidad*) por la Ley (*tipicidad*) no justificadas (*antijuricidad*) y valoradas debidamente por el juzgador (*culpabilidad normativa*)" (pág. 176). En la interpretación de la palabra voluntarias se adhiere de modo expreso a la opinión de Groizard, Viada, Navarro de Palencia, el P. Montes, el P. Pereda y Antón Oneca en contra de los que entienden que significa malicia, intención o dolo (página 177). La pena "consiste en la privación de un bien, impuesta en virtud de un proceso al responsable de una infracción previamente determinada por la Ley" (pág. 413). Aunque a su juicio, en pureza de doctrina, la pena tiene un valor meramente consecuencial, existiendo sólo "causas, pero no fines" de la pena (pág. 415): nada se opone a que "además de la primaria función, puramente jurídica, de restablecer el orden jurídico perturbado y cumplir la hipótesis típica, con la pena se procure la defensa de la Sociedad en la lucha contra el crimen" (pág. 416). Crítica con razón el excesivo número de las contenidas en el art. 27 del Código penal, subrayando la mayor simplicidad del catálogo de las penas contenidas en el Código de Justicia Militar (pág. 419).

En la parte especial, volumen segundo del *Compendio*, expresa con más vigor aún su disconformismo, impugnando, muchas veces con acierto, los defectos del Código penal, que ofrece para ello un amplio blanco.

Considera "defecto capital, sin apenas ejemplo en la legislación comparada que lo justifique", el hacer de la imprudencia un título de la Parte especial; echa de menos un grupo consagrado a los delitos contra la familia y otro título que agrupe "las infracciones contra la Comunidad o seguridad colectiva, en el que debieran figurar las de terrorismo, hoy incluidas en el de contra la seguridad interior del Estado, y los de incendios y estragos, que lo están, absurdamente, en el de contra la propiedad". A su entender, el título de los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos repite "inútilmente tipologías de la estructura más diversa", siendo también criticable la colocación de los delitos contra la religión católica y los de blasfemia. Muy oportunas son sus observaciones respecto a los delitos contra la seguridad exterior, estableciendo constantemente el parangón con los correlativos delitos del Código de Justicia Militar, lo que permite destacar que "la falta de coordinación entre los preceptos penales militares y civiles puede dar lugar a graves consecuencias" resultando en algunos casos, a su juicio, más dura la suerte del reo que no es militar.

Las limitaciones de espacio que impone la índole de esta REVISTA para las obras de Derecho común, de imprescindible conocimiento, sin embargo, para la correcta inteligencia del Derecho penal militar, no nos autorizan a sucumbir a la tentación de remarcar aquí algunas otras de las muchísimas sugerencias, más o menos discutibles algunas de ellas, pero dignas

nas de consideración todas, que brotan a lo largo de este *Compendio*, donde el Derecho comparado y sucintas referencias bibliográficas, que sería deseable hubiera prodigado algún tanto más con vistas a ulteriores estudios de los opositores, a quienes va destinada esta obra, ocupan el lugar adecuado a esta clase de trabajos. Quintano Ripollés enriquece con esta obra la parva producción de Manuales y Tratados españoles. Bastaría este título para hacerle acreedor al agradecimiento de quienes nos dedicamos a esta disciplina, aunque esperemos todavía de él, justo es decirlo, la obra de mayor aliento que, por sus conocimientos, preparación instrumental y capacidad bien demostrada en este *Compendio*, puede y debe acometer.—
J. M.^a R. D.

ORTEGO COSTALES (José): *Ensayo sobre la parte especial del Derecho penal*. Universidad de La Laguna, 1959, 157 páginas.

El docto profesor de Derecho penal de la Universidad de La Laguna se propone "dar una significación nueva a la parte especial" del Derecho penal (pág. 5), concibiéndola como una "continuación o un capítulo de la parte general y no como algo opuesto a ella" (pág. 14), por entender que también en la parte especial hay "principios generales y abstractos sistematizables científicamente" (pág. 15). Para demostrar esta posibilidad de una elaboración científica de la parte especial del Derecho punitivo procede Ortego a un análisis de los tipos penales (capítulo I) para luego reconstruirlos mediante un trabajo de síntesis (capítulo II) y examinar luego las relaciones que guardan entre sí (capítulo III).

En el *análisis* de los elementos comunes a las posibles clases de tipos procede con el siguiente orden: sujetos (activo y pasivo), conducta, objeto, bien jurídico, móviles, tendencias y aptitudes, cualificaciones y conexiones o llamadas. Una serie de subdivisiones vienen a encuadrar las diversas variantes que en abstracto pueden presentar las diferentes figuras de delito. El bien jurídico no es para Ortego el "elemento rector de todo el contenido de la parte especial", sino que "se interfieren otros motivos rectores" como sucede, por ejemplo, en el título de las falsedades y en el de los delitos cometidos por los funcionarios públicos (págs. 73 y sig.). Propone una muy interesante clasificación de los delitos desde el punto de vista del bien jurídico protegido (págs. 79 y sig.) en la que incluye como delitos contra el Estado los delitos fiscales, y como delitos contra la Sociedad los cometidos contra el trabajo y la economía.

En la *síntesis* distingue los tipos de colaboración, omisivos y abstractos, frente a los de ejecución directa, activa y concreta, dividiendo estos últimos en: 1.º, Tipos de comunicación; 2.º, tipos de situación; 3.º, tipos de tenencia; 4.º, tipos de alteración, y 5.º, tipos de destrucción (página 105); estudiando a modo de ejemplo algunos de ellos.

La última parte de la obra está dedicada a "El tipo y sus relaciones".

como al principio queda dicho. "Los tipos penales no son entidades que vivan aisladas. Pertenecen a un sistema y, como miembros de él, se influyen mutuamente" (pág. 127). Para Ortego, los problemas relativos a los "llamados delitos complejos y compuestos y el concurso de disposiciones legales" corresponden a este lugar. Quizá una de las peculiaridades mayores de su sistema consiste en llevar el concurso de leyes a la teoría del tipo (páginas 133 y siguientes), a lo que el autor llama "tipos seriados" (páginas 140 y siguientes), generalmente conocidos con el nombre de *delitos mixtos, acumulativa o alternativamente formados*, con arreglo a la terminología, por ejemplo, de Mezger, que se ilustran por medio de unos esquemas a cuatro tintas muy expresivos.

El profesor Ortego sostiene terminantemente que su propósito no es resucitar la hoy periclitada "parte general de la parte especial" algún tiempo en boga. Por otra parte, entiende que el camino que ahora recorre puede conducir a una de estas dos soluciones: "A una fusión con la parte general, que absorba todo el contenido de la ciencia jurídico penal, o bien a una *permanencia de la parte especial con su tradicional contenido elaborado en forma nueva*" (pág. 18). Tiene, a mi juicio, el mérito de haber reflexionado directamente sobre los problemas que suscita la teoría del tipo, creando una terminología propia. Mas ¿hasta qué punto puede vaciarse la ciencia del Derecho penal en moldes puramente lógicos y apriorísticos? ¿Hasta qué punto el criminalista puede desentenderse de la materia, fragmentaria sí, pero también soporte indudable de las especulaciones jurídicas indisolublemente unidas a ella?—J. M.º R. D.

GARRIDO FALLA (Fernando): *Tratado de Derecho administrativo*. Colección Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958. 526 págs.

El profesor Garrido Falla ha publicado el primer volumen de su *Tratado de Derecho administrativo*, dedicado a la parte general.

La creciente importancia de esta rama jurídica sobre la cual se centra una gran parte de los derechos del ciudadano, los derivados de éste como administrado con la Administración, la mecánica de los órganos públicos, la utilización de los resortes del poder frente a aquél, en general lo orgánico de la Administración y su actividad hace que sea cada día más interesante el estudio del Derecho administrativo.

Es evidente la necesidad en España de una obra como la que reseñamos que recogiera el fruto de las últimas investigaciones y la parcial recopilación del Derecho administrativo español en las leyes de Régimen jurídico de la Administración y Procedimiento administrativo. Y todo ello era necesario enfocarlo con la nueva visión de las instituciones de este Derecho, versión nacida por imperativos de lo que a la Administración pública actual se le pide, funciones muy superiores a las exigidas a la Administración del Estado abstencionista.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

El autor parte en su exposición de que el Derecho administrativo tiene que conciliar estas dos razones: Las prerrogativas de la Administración y las garantías del administrado.

La sistemática de la obra que irá apareciendo consta de cuatro volúmenes, los dos primeros dedicados a la Parte General y a la Justicia Administrativa, el tercero a la Organización y el cuarto, a la denominada materia Administrativa. Esta sistematización responde en cuanto pospone el estudio de lo orgánico a la parte general, a una concepción más moderna que consideramos más lógica.

La lectura de este volumen nos sugiere, junto a lo profundo de su contenido, dos facetas positivas, claridad de exposición y análisis objetivo de la problemática de este Derecho que a veces es difícil, dado su indudable entronque con lo político.

Todo hace que veamos de indudable interés su estudio, por el solo hecho de formar parte de la Administración en su rama Militar, la misma aplicación de la ley de Régimen jurídico, presupuesto básico hoy en nuestra administración y en general de todas las disposiciones y actividad de los Organos, que requieren en el funcionario una preparación adecuada, pues sin ella, en el mejor de los casos, sus disposiciones y actividades, serán ineficaces o siéndolo es difícil se canalicen por vías jurídicas precisas en todo Estado de derecho.—JULIO FRANZO DOMÍNGUEZ.

Información

Los días 21 al 23 de abril de 1960 se reunió en Madrid, en los locales del Instituto Francisco de Vitoria, el Consejo Directivo de la *Sociedad Internacional de Derecho penal militar y Derecho de la guerra*, bajo la presidencia del Sr. Gillissen (Bélgica) y con asistencia de los Secretarios Generales adjuntos Debroux (Bélgica) y Sinturel (Francia), y de los Vocales Barendrecht y La Gordt Dille (Holanda), Brown (Estados Unidos), Bosly y Petit (Bélgica), Fugster (Suiza), Goerens (Luxemburgo), Grunewald (Alemania Federal), Mercier (Francia), Nyholm (Dinamarca), Scuderl, Verri y Veutro (Italia), y De No Louis (España).

Además de las cuestiones de régimen interno y administrativo de la Sociedad, fueron objeto de examen la organización y temas del Congreso que se celebrará en Florencia en mayo de 1961, y los demás trabajos y publicaciones en curso.

Oídos los informes y sugerencias del Mayor General Veutro, quedaron retenidos para el Congreso dos temas principales: A) *El avión militar y sus ocupantes ante el Derecho de gentes*, y B) *La subordinación militar en el marco de una cooperación internacional*.

El tema A) se descompone, a su vez, en cinco ponencias, con los siguientes títulos y ponentes:

a) *El estatuto jurídico del avión militar* (ponente francés).

b) *El avión militar y la protección de la vida humana* (ponente belga).

c) *La protección de los bienes culturales en la guerra moderna* (ponente italiano).

d) *El avión militar y los países no beligerantes* (ponencia española: De No Louis y Rubio Tardío, con la colaboración de comunicaciones de Suiza y Países Escandinavos).

e) *Primeras nociones de un derecho espacial* (ponente norteamericano).

Un *rapport de síntesis* del tema general se efectuara por un ponente italiano.

El tema B) se divide, a su vez, en tres partes:

a) *La subordinación militar en derecho comparado* (ponente escandinavo o, en su defecto, italiano).

b) *El mando militar internacional* (ponente británico).

c) *La represión de la insubordinación en caso de cooperación internacional* (ponente holandés, en colaboración con comunicación de Alemania).

Rapport de síntesis del tema general a cargo de un ponente belga.

Se prevé igualmente, formando parte del Congreso, una Conferencia del profesor Vedovato sobre los problemas planteados para la protección de monumentos por la guerra moderna.

Todos los miembros de la Sociedad pueden hacer llegar al representante nacional en el Consejo, hasta el 1 de octubre próximo, comunicaciones sobre cualquiera de los temas particulares o una parte o aspecto de ellos. Dichas comunicaciones serán:

examinadas por el Consejo y enviadas a los respectivos ponentes, y de estimarse particularmente interesantes, su autor sera inscrito para una breve intervencion oral ante el Congreso.

La Seccion de Derecho Militar recibira, en su consecuencia, con sumo gusto, hasta el 1 de octubre del año en curso, las comunicaciones de los asociados españoles, rogando, aunque ello no sea absolutamente indispensable, se remitan los originales en uno de estos tres idiomas: francés, inglés, italiano.

Respecto a los trabajos en curso sobre *Protección de los secretos militares*, que ya fueron objeto de un primer examen, se completaran con un cuestionario que sera cursado a quienes ya trabajaron en la materia, así como a miembros de otros países, para tratar de obtener una puesta al día y una base más amplia en derecho comparado, y seran de nuevo examinados en la reunion del Consejo de octubre de 1960, en La Haya.

Se pretende que la publicacion de los trabajos y ponencias del Congreso de Bruselas de 1959 quede ultimada para el mes de octubre, y seguidamente se iniciara la publicacion del *Boletín* o *Revista* de la Sociedad.

Fueron admitidos dos nuevos asociados españoles: el Excmo. Sr. General Auditor D. Gonzalo Garcia Bravo y el teniente Coronel Auditor don José Barcina Rodriguez, así como los señores Octavio Véjar Vazquez (Méjico), Profesor de La Jara (Perú), Ministro Washington Vaz de Mello, y Auditor Waldemar Torres (Brasil), Auditor General Román Rodolfo Rivera y Auditor Carlos José Colombo (Argentina).

Los asistentes a la reunion fueron recibidos por el Excmo. Sr. Teniente

General Presidente del Consejo Supremo de Justicia Militar, D. Fermín Gutiérrez de Soto, así como en la Casa de la Villa y en el Colegio de Abogados.

• • •

La Catedra "General Palafox" de Cultura Militar de la Universidad de Zaragoza celebro su octavo curso de Conferencias, dedicado a la Defensa Nacional. Las fechas, conferenciantes y temas que se fijaban en el programa fueron los siguientes:

— 6 de febrero.—D. Eugenio de Frutos Dieste, Teniente General Jefe del Estado Mayor del Aire, Consejero honorario de la Catedra "General Palafox": *Defensa Nacional en el Aire*.

— 13 de febrero.—D. Luis Fernandez-Castañeda y Canovas, General Director de Instrucción y Enseñanza del Estado Mayor Central del Ejercito: *El factor humano en la Defensa Nacional*.

— 17 de febrero.—D. Luis Garcia Arias, Catedrático de Derecho Internacional, Director de la Catedra "General Palafox" de la Universidad de Zaragoza: *El nuevo concepto de Defensa Nacional*.

— 20 de febrero.—D. Alvaro Gutiérrez Vuelto, Contralmirante Director de la Escuela de Guerra Naval: *Defensa Nacional en el Mar*.

— 24 de febrero.—D. José Luis Sampedro Sáez, Catedrático de "Estructura e Instituciones económicas españolas" en la Universidad de Madrid: *Localización industrial y Defensa Nacional*.

— 27 de febrero.—D. José Otero de Arce, Comandante de Estado Mayor, Profesor de la Escuela de Estado

Mayor del Ejército: *La organización del país para la Defensa Nacional.*

— 5 de marzo.—M. Jean Essig, Director del "Institut des Hautes Etudes de Défense Nationales" de París: *Las necesidades de la Defensa del Occidente.*

— 9 de marzo.—D. Jose Maria Cordero Torres, Magistrado del Tribunal Supremo de Justicia: *La Defensa Nacional a través de los Pactos regionales internacionales.*

— 12 de marzo.—D. Ramon Pardo de Santayana y Suarez, General Jefe Nacional de la Defensa Pasiva: *El problema de la protección civil en la Defensa Nacional.*

— 18 de marzo.—D. Adolfo Muñoz Alonso, Catedrático de Historia de la Filosofía en la Universidad de Valencia, Director General de Prensa: *Información Pública y Defensa Nacional.*

— 26 de marzo.—D. Luis Carrero Blanco, Contralmirante de la Armada, Ministro Subsecretario de la Presidencia del Gobierno: *La Marina en la Defensa Nacional.*

• • •

Unas *Jornadas Hispano-Americanas de Derecho Aeronáutico* han tenido lugar los días 26 al 30 de abril del presente año 1960, en la Universidad de Salamanca, promovidas por dicha Universidad, con la colaboración de la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto Francisco de Vitoria del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y de la Escuela Básica de Pilotos de Salamanca.

La organización de las Jornadas corrió a cargo de una Comisión de Honor compuesta por las siguientes personalidades: Presidente, Magnífico Se-

ñor Rector de la Universidad de Salamanca; Vicepresidente, Ilustrísimo Señor Decano de la Facultad de Derecho; Vocales: Excmo. Sr. Director General de Instrucción del Ministerio del Aire; Excmo. Sr. Asesor General del Ministerio del Aire; Ilmo. Sr. Coronel Jefe del Sector Aéreo de Salamanca y de la Escuela Básica de Pilotos de Salamanca; Excmo. Sr. Gobernador Civil de Salamanca; Excelentísimo Señor Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Salamanca, e Ilustrísimo Señor Director del Instituto Francisco de Vitoria, así como de un Comité ejecutivo Integrado por su Presidente, D. Vicente Ramirez de Arellano, Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad de Salamanca; Vicepresidente, D. Luis Tapia Salinas, Teniente Coronel Auditor del Aire y Jefe de la Sección de Derecho Aeronáutico del Instituto Francisco de Vitoria; Vocales: D. Carlos Gómez Jara, Comandante Auditor del Aire, Presidente del Comité Jurídico de O. A. C. I. y Miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico; D. Indalecio Rego Fernández, Comandante de Aviación (S. V.), Profesor adjunto de la Facultad de Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales y Miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico; D. Juan Viniégras Velasco, Licenciado en Derecho, Secretario General de IBERIA y Delegado de ésta en IATA, Miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico; D. Domingo Tizón Riveira, Comandante de Aviación (S. V.) y Director de la Escuela de Control de Tráfico Aéreo de Matabacán. Secretarios: D. Modesto Serna Moreno, Comandante de Aviación (S. T.), Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca y Miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico, y Don

León Herrera Esteban, Comandante Auditor del Aire, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y Miembro de la Sección de Derecho Aeronáutico. Los Secretarios del Comité Ejecutivo actuaron también como Secretarios Generales de las Jornadas.

Dos temas fueron objeto de estudio y Ponencia: a) *Jurisdicción en materia de infracciones cometidas a bordo de aeronaves*, siendo Ponente D. Carlos Gómez Jara, respecto a cuyo tema y en la Sesión Plenaria celebrada el día 30 de abril se aprobaron las siguientes Conclusiones:

1.ª Es necesario un Convenio internacional sobre jurisdicción en materia de infracciones cometidas a bordo de las aeronaves.

2.ª Para aplicación del Convenio, la aeronave deberá hallarse:

1) En vuelo en el espacio aéreo de un Estado distinto del de matrícula.

2) En vuelo entre dos puntos de los que uno, al menos, esté situado fuera del Estado de matrícula.

3) En vuelo en el espacio aéreo del Estado de matrícula, si tiene lugar un aterrizaje posterior en otro Estado contratante con el delincuente a bordo.

4) En la superficie de alta mar o en la de cualquier otra zona situada fuera del territorio de un Estado.

3.ª El Convenio debe aplicarse solamente a las aeronaves civiles, sin incluir las de Estado.

4.ª El Convenio será de aplicación a toda clase de infracciones penales.

5.ª Serán competentes las siguien-

tes jurisdicciones por el orden de prelación en que se enuncian:

1) La jurisdicción del Estado contra cuyos bienes jurídicos especialmente protegidos atente el delito (principio de la realidad).

2) La del Estado en cuyo territorio aterrice la aeronave por primera vez después de cometerse el delito, con el delincuente a bordo, si conforme a su ley nacional tiene competencia para juzgarlo (principio de la universalidad de interés en la represión).

3) La del Estado de nacionalidad de la aeronave (principio del pabellón).

4) La del Estado en cuyo espacio aéreo se haya cometido el delito (principio de la territorialidad).

5) La del Estado de nacionalidad del delincuente (principio de la personalidad activa).

6.ª La jurisdicción del Estado de matrícula será en todo caso preferente para conocer de las infracciones contra la disciplina a bordo.

En materia de infracciones contra los Reglamentos de Vuelo, la jurisdicción será atribuida de acuerdo con lo establecido en el art. 12 de la Convención de Chicago de 7 de diciembre de 1944.

b) *Responsabilidad por defectos en las Ayudas a la Navegación Aérea*, de cuyo tema fué Ponente D. Indalecio Rego Fernández, respecto al que en la misma Sesión Plenaria se aprobaron las siguientes Conclusiones:

1.ª Debe aceptarse el principio de la responsabilidad de los "servicios de ayuda a la navegación aérea por defecto en su funcionamiento".

2.º Esta responsabilidad de los servicios de ayuda a la navegación por defecto en su funcionamiento no tendrá mas excepción aplicable que la fuerza mayor.

3.º Se recomienda el nombramiento de una Comisión Internacional que, desarrollando los anteriores principios, busque a estos problemas una solución de caracter uniforme, facilitando con ello la solución de los conflictos que se plantearán cuando por razones técnicas los espacios aéreos controlados rebasen los estrechos límites de muchos ambitos nacionales. La solución que en el orden internacional sea aceptada, deberá incorporarse a las legislaciones nacionales.

Una lección especial sobre "Introducción al Derecho Sideral" seguida de discusión corrió a cargo de D. Manuel Gordillo.

Se anuncia, por la Secretaria de Publicaciones de la Universidad de Salamanca, la próxima edición de un pequeño volumen con la crónica de las Jornadas, Actas y Conclusiones.

Alemania

El grupo nacional alemán de la *Sociedad Internacional de Derecho Comparado* ha celebrado en Bremen, los días 6 y 7 de abril de 1960, su reunión anual. Tema de la Sección de Derecho penal: "Fundamento y métodos de prueba en el proceso penal". Ponentes generales: C. Allen (Londres), Andernaes (Oslo) y Quintano Ripollés (Madrid).

* * *

Ha tenido lugar en Essen, los días 1 al 4 de septiembre de 1959, el

II Congreso internacional sobre política de la circulación.

Brasil

Por iniciativa del profesor Raul Chaves, docente libre de la Cátedra de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bahía, se inauguró, a partir del 19 de abril último, un Curso de Derecho penal especial integrado en el de Extensión universitaria, curso que despertó curiosidad en los medios académicos, por tratarse de tema sin antecedentes en las enseñanzas jurídicas del Brasil.

El programa del Curso comprendió, entre otras materias, temas relativos a los "crímenes militares". Al iniciarse el curso, con una larga exposición sobre los objetivos perseguidos, resaltó el profesor Raúl Chaves su opinión de considerar al Derecho penal militar como una rama del Derecho penal especial, rindiendo homenaje al Ministro Mario Tiburcio Gomes Carneiro, a quien reputó como la mayor autoridad del Derecho penal del Brasil, y señalando la oportunidad que se brindaba para estudiar el Derecho disciplinario militar asentándolo sobre bases legales.

Bulgaria

Los días 10 al 14 de octubre de 1960 tendrá lugar en Sofía el *VII Congreso de la Asociación internacional de juristas demócratas*. Temas: 1.º Papel del jurista en el mundo contemporáneo; 2.º Problemas jurídicos nacidos del desarrollo y la utilización de la energía atómica; 3.º Aspectos jur-

dicos de la neutralidad; 4.º La igualdad de derechos de la mujer en las relaciones familiares y laborales.

Canada

La *Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Montreal* ha creado un título de Criminología que podrá obtenerse a partir del mes de septiembre de 1960. Se requieren para ello dos cursos y una Tesis original, siendo preciso poseer el título de dicha Facultad u otro equivalente para poder inscribirse.

Congo Belga y Ruanda Urundi

— Por Decreto de 2 de diciembre de 1957 se reprimen los actos que tiendan a provocar o mantener el odio racial en el Congo belga.

— Decreto de 6 de junio de 1958, modificando arts. 1, 3, 4 y 5 del Decreto de 23 de mayo de 1896, sobre vagancia y mendicidad.

— Decreto de 6 de junio de 1956, modificando los arts. 26 y 28 del Decreto de 22 de diciembre de 1888, sobre Justicia militar.

Consejo de Europa

El Comité europeo de problemas criminales del Consejo de Europa, paralelamente a la elaboración de un anteproyecto de *Convenio europeo sobre represión de los delitos de tráfico*, ha nombrado un Subcomité número 4 para que realice un estudio criminológico del problema. El Subcomité ha tenido su primera reunión en París, los días 17 a 19 de diciem-

bre de 1959, bajo la presidencia de Cornil (Bélgica), tomando el acuerdo de realizar previamente una encuesta en los países miembros del Consejo de Europa.

Cruz Roja

Por *Orden Ministerial* de fecha 20 de febrero de 1960 (*D. O.* num. 47), el Ministerio del Ejército español ha dictado instrucciones para expedir la tarjeta de identidad al personal de los Servicios Auxiliares de Sanidad Militar y Cruz Roja, Orden relacionada con la de 1 de noviembre de 1932 (*C. L.* num. 296), que regulaba esta materia.

* * *

El *Servicio Internacional de búsquedas*, radicado en Arosen, recibió, en el año 1959, un total de 125.871 peticiones, y remitió 320.072 certificados e informes.

* * *

La *Agencia Central de Prisioneros de guerra* ha examinado, durante el pasado año, 87.510 casos, y realizado 18.241 encuestas. La búsqueda de civiles desaparecidos significa un fuerte porcentaje en sus actividades, lográndose, con un trabajo tenaz y delicado, volver en muchos casos a poner en contacto estas personas y sus familiares, y aun el reagrupamiento de las familias dispersas.

Francia

La *Asociación Capitant* ha celebrado unas reuniones en París, Dijon y Estrasburgo, en los días 24 a 31 de

INFORMACION

mayo de 1960, sobre varios temas, entre ellos el de *Delitos económicos*, para el que fué nombrado ponente general el Profesor Léauté, Secretario de la Sociedad Internacional de Derecho penal militar y Derecho de la guerra.

* * *

Por Decreto núm. 58.873 de 15 de julio de 1959, se publica el Convenio franco-sueco de 7 de marzo de 1956, sobre ayuda judicial mutua en materia penal (*Journal officiel* del 24 de julio de 1959, pag. 7350).

* * *

La Ley núm. 59.940 de 31 de julio de 1959 ha concedido una amnistia para un gran numero de infracciones cometidas antes del 28 de abril de 1959.

Grecia

Los *teddy-boys* han merecido la atención del Decreto-ley núm. 4.000, de 31 de octubre de 1959. Los artículos 1.º, 2.º, 3.º y 4.º castigan las lesiones corporales, injurias, hurto de objetos consagrados al culto y daños, con pena que no puede ser inferior a tres meses si por el lugar, tiempo u otras circunstancias los actos testimonian una audacia particular del autor y una provocacion a la sociedad. Las penas han de cumplirse (artículo 8.º) fuera de la capital.

* * *

— Decreto-ley núm. 5.711 de 3 de julio de 1957, aprobando el Convenio con los Estados Unidos, firmado el

4 de agosto de 1955 en Washington, sobre utilización pacífica de la energía atómica.

— Decreto-ley núm. 3.730 de 12 de agosto de 1957, que ratifica el Convenio de 26 de octubre de 1956 relativo al Estatuto de la Organización Internacional de la Energía Atómica.

— Por Ley núm. 3.816/1958 se ha publicado un Código de Derecho marítimo privado, que viene a reemplazar los arts. 226 a 524 del Libro 11 del Código de Comercio.

Holanda

— Ley de 6 de marzo de 1957, aprobando el Tratado de Ginebra de 19 de junio de 1948, sobre reconocimiento internacional de los derechos sobre las aeronaves.

— Ley de 23 de julio de 1957, aprobando el acuerdo firmado en Washington el 22 de julio de 1956, sobre utilización pacífica de la energía atómica.

— Ley de 23 de julio de 1957, que aprueba el Estatuto de la Organización Internacional de la Energía atómica, creada en Nueva York el 23 de octubre de 1956.

— La Ley de 16 de julio de 1958 aprueba el tratado firmado el 14 de mayo de 1954 en La Haya, sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado.

Inglaterra

Se ha cursado una segunda circular informativa sobre el *II Congreso de las Naciones Unidas, sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente*, que ha de tener lugar en

Londres en el mes de agosto de 1960. El texto se transcribe en el *Anuario de Derecho penal y Ciencias penales*, 1960, págs. 167 y sigs.

Italia

Se ha celebrado en Roma, del 19 al 25 de abril de 1960, la I Conferencia internacional de la Union Mundial de organismos dedicados a la salvaguardia de la infancia y la adolescencia (U. M. O. S. F. A.). Tema: *El espíritu y la acción de equipo en la solución de los problemas técnicos y administrativos planteados por la salvaguardia de la infancia y la adolescencia*. Idiomas oficiales: italiano, francés e inglés.

Naciones Unidas

El Consejo económico y social de la Organización de las Naciones Unidas, en su sesión plenaria de 30 de julio de 1959, a la vista del deseo de los Gobiernos de que se continúe la acción internacional en el dominio de prevención del crimen y tratamiento del delincuente, ha acordado conservar la dirección de las actividades en esta materia, intensificando la asistencia técnica, especialmente en los países subdesarrollados.

• • •

El 29 de octubre de 1959, el Comité de cuestiones sociales, humanitarias y culturales, ha sometido al Consejo económico y social "una proposición sobre la pena de muerte", invitándole a emprender con el concurso de la Comisión de Derechos del Hom-

bre —si ha lugar a ello—, "un estudio sobre el problema de la pena capital, legislaciones y práctica en la materia, sobre sus efectos y sobre su abolición en relación con la criminalidad". La resolución ha sido adoptada por 43 votos contra uno, pero con treinta abstenciones.

• • •

La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas ha acordado, en su sesión plenaria de 20 de noviembre de 1959, que el Secretario General conceda al problema del incremento de la delincuencia juvenil la atención urgente que demanda su creciente gravedad.

Polonia

— La declaración de 26 de febrero de 1957 anuncia la ratificación por Polonia del Convenio sobre protección de bienes culturales en caso de conflicto armado, de La Haya de 14 de mayo de 1954.

— La Ley de 29 de mayo de 1957 establece condiciones más rigurosas para la concesión de la libertad condicional.

— La Ley de 13 de julio de 1957 adopta, en la lucha contra la especulación, el criterio de enumerar los hechos delictivos, frente al criterio de tipos amplios seguidos en la Ley anterior de 1953.

— El Decreto de 31 de diciembre de 1956 (J. d. L. 1957, núm. 1 cap. 2) modifica el Código penal militar, reemplazando la pena de destino a un Cuerpo de disciplina con régimen penitenciario, por una pena privativa de libertad.

— Por declaración de 23 de diciembre de 1957 se anunció la ratificación del Estatuto de la Organización Internacional de la Energía atómica, firmado en Nueva York el 26 de octubre de 1956.

— La Ley de 21 de enero de 1958 agrava las penas cuando el delito reporta perjuicio a un bien comunitario con fin de lucro. Si el perjuicio va de 50.000 a 100.000 zlotys, la pena no puede ser inferior a cinco años; si es superior, la pena no será inferior a ocho años o perpetua.

Portugal

— Por Decreto-ley num. 42.564 de 7 octubre 1959, se organiza el Ministerio del Ejército.

— El Decreto-ley núm. 42.381 de 12 de julio de 1959 ratifica el Convenio sobre abolición del trabajo forzado.

Suiza

La Constitución Federal dispone que todo ciudadano suizo se encuentra obligado al servicio militar. En cuanto a la Ley sobre organización militar, prevé que el que no cumple el servicio personalmente debe pagar una cuota de exención de servicio militar regulada por ley especial. Esta cuota se encontraba señalada en una vieja Ley de 28 de junio de 1878, completada por otra de 1901. Una nueva Ley sobre cuota de exención del servicio militar, de 12 de junio de 1959 ha entrado en vigor el 1 de enero de 1960.

Algunos extremos de dicha Ley son

objeto de atención en una breve nota publicada por el Dr. S. Steiner en la *Revue militaire Suisse*, marzo, 1960, página 151.

• • •

La apertura de la nueva legislación a fines de 1959 se ha señalado por cambios importantes en el Gobierno Federal, puesto que de siete Consejeros, cuatro han dimitido y fueron sustituidos. Vista esta situación, el Consejo Federal saliente estimó que se encontraba en el deber de liquidar en lo posible los textos legales que le habían sido entregados y a tal efecto se promulgaron una serie de disposiciones de Derecho militar, entre otras:

a) Reglamento de ejecución de la Ley para indemnización a los militares por pérdida de beneficios, de 24 de diciembre de 1959, que deroga los Reglamentos de 26 de diciembre de 1952 y 9 de abril de 1954.

b) Acuerdo del Consejo Federal modificando el de 28 de abril de 1953, relativo a los vehículos de motor de fabricación suiza utilizables por el ejército, promulgado con fecha 29 de diciembre de 1959.

c) Acuerdo del Consejo Federal de 30 de diciembre de 1959, modificativo del de 22 de agosto de 1949, sobre indemnizaciones militares.

d) Ordenanza de 30 de diciembre de 1959, del Departamento Militar Federal, modificando la de 27 de agosto de 1949, sobre administración del ejército suizo.

e) Ordenanza de 30 de diciembre de 1959, del Departamento Militar Federal, referente a vehículos de motor de fabricación suiza utilizables por el

INFORMACION

ejército, y que deroga la de 29 de abril de 1953 sobre la misma materia.

• • •

En el mes de diciembre de 1959, el Consejo Federal ha adoptado un plan de reorganización del ejército. Este proyecto, que mantiene en principio la organización de milicias, limita la obligación del servicio a los cincuenta años, en lugar de los sesenta que se fijaban actualmente. Esta disminución de efectivos ha de ser compensada por una mayor movilidad, una articulación nueva de las grandes unidades y la desaparición de la Caballería.

El presupuesto militar se elevaría de 800 a 1.200 millones de francos suizos. Será, por tanto, necesario buscar nuevos recursos fiscales, y como la reorganización implica una revisión de la Ley de organización militar, si el proyecto es aprobado por las Cámaras, se dará referéndum facultativo.

• • •

Un acuerdo del Consejo Federal de 19 de noviembre de 1959 modifica la Ordenanza sobre controles militares, de 28 de noviembre de 1959, ya parcialmente revisada el 8 de febrero de 1957. Esta Ordenanza prevé los medios de asegurar (art. 1.º):

a) El alistamiento de todos los ciudadanos suizos para el cumplimiento del servicio militar o el pago de la cuota.

b) El control del cumplimiento de las obligaciones militares.

c) El control de los efectivos.

d) La ejecución de las incorporaciones.

e) La identificación de los militares.

• • •

El acuerdo firmado en Washington el 21 de junio de 1956 sobre utilización pacífica de la energía atómica, fué aprobado por Decreto federal de 21 de diciembre de 1956 y entró en vigor el 29 de enero de 1957, comprendiendo: intercambio de informaciones "clasificadas", es decir, de carácter secreto o reservado, cesión de maquinaria y cesión de materias fisibles.

• • •

Los días 12 y 13 de marzo de 1960 ha tenido lugar en Ginebra la asamblea constitutiva del *Centre international d'études criminologiques et de police technique*, en cuyo número enero-marzo 1960, págs. 71 y sigs., se insertan los estatutos. La primera encuesta que va a realizar el nuevo Centro versará sobre la pena de muerte.

Venezuela

Los Decretos nums. 378 y 379 de 4 de octubre de 1958 (*G. O.* número 25.777) promulgan leyes de reforma parcial del Código penal y del Código de Justicia militar. La finalidad de la reforma es agravar las sanciones previstas para las actividades subversivas.

Yugoslavia

— Decreto de 5 de junio de 1958, relativo a la fundación de la Dirección de energía nuclear.

INFORMACION

— Decreto de 6 de agosto de 1958, relativo a la organización del Secretariado de Estado de la defensa nacional.

nacionales, entre ellos la Agencia Internacional de Energía atómica, que envió observadores.

* * *

* * *

Se reunió en Rijeka, del 20 al 27 de septiembre de 1959, la *XXIV Conferencia del Comité Marítimo internacional*. Entre los problemas tratados figura el de la responsabilidad de los propietarios de navíos equipados para utilizar combustible nuclear, adoptándose un proyecto de Convenio Internacional sobre la materia. Estuvieron representadas 21 Asociaciones nacionales de Derecho marítimo y numerosos Organismos inter-

Los días 22 a 26 de mayo de 1961 tendrá lugar en Belgrado el *VI Congreso de la Sociedad internacional de defensa social*. Tema: "¿En qué medida están justificadas las diferencias en el estatuto legal y tratamiento de los menores, jóvenes adultos y adultos delincuentes?" Los comunicados, nacionales o individuales, se reciben por la "Unión de las Asociaciones de juristas de Yugoslavia" hasta el 30 de noviembre de 1960.

Legislación y Jurisprudencia

I. LEGISLACION

A) CONVENIOS SOBRE DOBLE NACIONALIDAD ENTRE ESPAÑA Y PERU Y ESPAÑA Y PARAGUAY

En el número 6 de esta REVISTA (págs. 174 y siguientes) se incluye el texto del Convenio sobre doble nacionalidad entre España y Chile, señalándose brevemente sus antecedentes y cómo este tipo de convenios eran reflejo de la realidad social que constituye la comunidad de los países iberoamericanos.

Dos nuevos Convenios vienen ahora a confirmar que esta realidad se mantiene en toda su pujanza sobrepasando el campo de las manifestaciones puramente retóricas y sentimentales. Siguiendo la norma iniciada con la publicación de aquel Convenio, insertamos a continuación los textos de los concertados sobre doble nacionalidad entre España y Perú y entre España y Paraguay, que han sido publicados en el *Boletín Oficial del Estado* num 94, de 18 de abril de 1960:

“DOBLE NACIONALIDAD ENTRE ESPAÑA Y PERU”

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO

FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE, Jefe del Estado Español, Generalísimo de los Ejércitos Nacionales.

POR CUANTO el día 16 de mayo de 1960 el Plenipotenciario de España firmó en Madrid juntamente con el Plenipotenciario de la República del Perú, nombrado en buena y debida forma al efecto, un Convenio sobre doble Nacionalidad entre España y Perú, cuyo texto certificado se inserta seguidamente:

- S. E. el Jefe del Estado español, y
- S. E. el Presidente de la República del Perú,

CONSIDERANDO:

- 1.º Que los españoles y los peruanos forman parte de una comunidad característica por identidad de tradiciones, cultura y lengua;
- 2.º Que esta circunstancia hace que, de hecho, los españoles en el Perú y los peruanos en España no se sientan extranjeros;

3.º Que el Código Civil español y la Constitución Política del Perú concuerdan en admitir que los españoles en el Perú y los peruanos en España pueden adquirir la nacionalidad peruana o española, respectivamente, sin hacer previa renuncia a la de origen; y

4.º Que no hay ninguna objeción para que una persona pueda tener dos nacionalidades, a condición de que sólo una de ellas tenga plena eficacia, origine la dependencia política e indique la legislación a que está sujeta.

Han decidido concluir un Convenio especial sobre la materia, para dar efectividad a los principios enunciados y poner en ejecución las normas de sus legislaciones.

A este fin, han designado por sus Plenipotenciarios:

S. E. el Jefe del Estado español al Excmo. Sr. D. Fernando María de Castiella y Malz, Ministro de Asuntos Exteriores, y

S. E. el Presidente de la República de Perú al Excmo. Sr. Manuel Cisneros, Embajador extraordinario y Plenipotenciario en Madrid,

Los cuales, después de haber cambiado sus plenos poderes, hallados en buena y debida forma, han convenido lo siguiente:

Art. 1.º Los españoles y los peruanos podrán adquirir la nacionalidad peruana o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma previstas por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad.

Sin embargo, los que hubieran adquirido la nacionalidad española o peruana por nacionalización, no podrán acogerse a las disposiciones del presente Convenio.

La calidad de nacionales se acreditará ante la Autoridad competente en vista de los documentos que ésta estime necesarios.

Art. 2.º Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad peruana conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en la oficina de nacionalización peruana, y los peruanos que hayan adquirido la nacionalización española conservando su nacionalidad de origen, deberán ser inscritos en el Registro Civil español correspondiente al lugar de domicilio.

Las autoridades competentes a que se refiere el párrafo anterior comunicaran las inscripciones a que se hace referencia en el mismo a la Embajada respectiva de la otra Alta Parte Contratante.

A partir de la fecha en que se hayan practicado las inscripciones, los españoles en el Perú y los peruanos en España gozarán de plena condición jurídica de nacionales, en la forma prevista en el presente Convenio y en las leyes de ambos países.

Art. 3.º Para las personas a que se refiere el artículo anterior, el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la Ley del país donde se hayan domiciliado, que también regirá para los derechos de trabajo y de seguridad social.

Los subditos de ambas Partes Contratantes a que se hace referencia

no podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de naturales de las mismas, sino sólo a la de aquella en que tengan su domicilio.

El cumplimiento de las obligaciones militares se regulará asimismo, por dicha legislación, entendiéndose cumplidas las ya satisfechas conforme a la Ley del país de procedencia y quedando el interesado en el de su domicilio, en la situación militar que por su edad le corresponda.

El ejercicio de los derechos civiles y políticos regulado por la Ley del país del domicilio no podrá surtir efectos en el país de origen si ello lleva aparejado violación de sus normas de orden público.

Art. 4.º A los efectos del presente Convenio, se entiende adquirido el domicilio en aquel país en el que se haya inscrito la adquisición de la nacionalidad, conforme a lo dispuesto en el artículo segundo.

Este domicilio puede cambiarse sólo en el caso de traslado de la residencia habitual al otro país contratante y de inscribir allí la adquisición en el Registro Civil en España o ante las autoridades competentes peruanas, según corresponda.

En el caso de que una persona que goce la doble nacionalidad traslade su residencia al territorio de un tercer Estado, se entenderá por domicilio, a los efectos de determinar la dependencia política y la legislación aplicable, el último que hubiere tenido en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes.

Quienes gocen de la doble nacionalidad no podrán tener, a los efectos del presente Convenio, más que un domicilio, que será el últimamente registrado.

Art. 5.º Las Altas Partes Contratantes se obligan a comunicarse, a través de las Embajadas respectivas, en el plazo de sesenta días, las adquisiciones y pérdidas de nacionalidad y los cambios de domicilio que hayan tenido lugar en aplicación del presente Convenio, así como los actos relativos al estado civil de las personas beneficiadas por él.

Art. 6.º Los españoles y los peruanos que hubiesen adquirido la nacionalidad peruana o la española, renunciando previamente a la de origen, podrán recuperar esta última, declarando que tal es su voluntad ante las autoridades competentes respectivas. A partir de esa fecha se les aplicarán las disposiciones del presente Convenio sin perjuicio de los derechos ya adquiridos.

Art. 7.º Los españoles en el Perú y los peruanos en España que no estuvieran acogidos a los beneficios que les concede este Convenio, continuarán disfrutando los derechos y ventajas que les otorguen las legislaciones peruana y española, respectivamente.

En consecuencia, podrán especialmente: viajar y residir en los territorios respectivos; establecerse dondequiera que lo juzguen conveniente para sus intereses; adquirir y poseer toda clase de bienes muebles e inmuebles; ejercer todo género de industria; comerciar, tanto al por menor como al por mayor; ejercer oficios y profesiones, gozando de protección laboral y de seguridad social; y tener acceso a las autoridades de toda índole y a

los Tribunales de Justicia, todo ello en las mismas condiciones que los nacionales.

El ejercicio de estos derechos queda sometido a la legislación del país en que tales derechos se ejercitan.

Art. 8.º Ambos Gobiernos se consultarán periódicamente con el fin de estudiar y adoptar las medidas conducentes para la mejor y uniforme interpretación y aplicación de este Convenio, así como las eventuales modificaciones y adiciones que de común acuerdo se estimen convenientes.

Especialmente lo harán para resolver en futuros Convenios los problemas que planteen la seguridad social, la validez de los títulos profesionales o académicos y la duplicidad de deberes fiscales.

Art. 9.º El presente Convenio será ratificado por las dos Altas Partes Contratantes y las ratificaciones se canjearán en Lima, lo antes que sea posible.

Entrará en vigor a contar del día en que se canjeen las ratificaciones y continuará indefinidamente su vigencia, a menos que una de las Altas Partes Contratantes anuncie oficialmente a la otra, con un año de antelación, la intención de hacer cesar sus efectos.

EN FE DE LO CUAL, los respectivos Plenipotenciarios han firmado el presente Convenio y estampado en él su sello.

Hecho en Madrid, en doble ejemplar, a 16 de mayo de 1959.—*Fernando María Castuella*.—*Manuel Cisneros*.

POR TANTO, habiendo visto y examinado los nueve artículos que integran dicho Convenio, oída la Comisión de Tratados de las Cortes Españolas, en cumplimiento de lo prevenido en el artículo 14 de su Ley Orgánica, vengo en aprobar y ratificar cuanto en ella se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validación y firmeza, MANDO expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores

Dado en Madrid a 15 de diciembre de 1959.—FRANCISCO FRANCO."

(Las ratificaciones fueron canjeadas en Lima el 10 de febrero de 1960.)

"DOBLE NACIONALIDAD ENTRE ESPAÑA Y PARAGUAY

INSTRUMENTO DE RATIFICACIÓN DEL CONVENIO

FRANCISCO FRANCO BAHAMONDE, Jefe del Estado Español, Generalísimo de los Ejércitos Nacionales.

POR CUANTO el día 25 de junio de 1959 el Plenipotenciario de España firmó en Madrid, juntamente con el Plenipotenciario de la República del Paraguay, nombrado en buena y debida forma al efec-

to, un Convenio sobre doble Nacionalidad entre España y Paraguay, cuyo texto certificado se inserta seguidamente:

S. E. el Jefe del Estado Español, y

S. E. el Presidente de la República del Paraguay,

CONSIDERANDO:

1.º Que los españoles y los paraguayos forman parte de una comunidad característica por la identidad de tradiciones, cultura y lengua;

2.º Que esta circunstancia hace que, de hecho, los españoles en el Paraguay y los paraguayos en España no se sientan extranjeros;

Han decidido concluir un Convenio sobre doble nacionalidad para dar efectividad a los principios enunciados y poner en ejecución las normas de sus legislaciones.

A este fin, han designado por sus Plenipotenciarios:

S. E. el Jefe del Estado Español a su Ministro de Asuntos Exteriores, el Excmo. Sr. D. Fernando María de Castiella y Maiz.

S. E. el Presidente de la República del Paraguay a su Ministro de Relaciones Exteriores, el Excmo. Sr. Dr. Raúl Sapena Pastor.

Los cuales, después de haberse cambiado sus Plenos Poderes, hallados en buena y debida forma, han convenido en los artículos siguientes:

Art. 1.º Los españoles de origen y recíprocamente los paraguayos de origen podrán adquirir la nacionalidad paraguaya o española, respectivamente, en las condiciones y en la forma prevista por la legislación en vigor en cada una de las Altas Partes Contratantes, sin perder por ello su anterior nacionalidad.

La calidad de nacionales de origen a que se refiere el párrafo anterior, se acreditará ante la autoridad competente en vista de los documentos que esta estime necesarios.

Art. 2.º Los españoles que hayan adquirido la nacionalidad paraguaya, y los paraguayos que hayan adquirido la nacionalidad española de conformidad con el artículo anterior, serán inscritos en los Registros que determinen la Nación donde la nacionalidad sea adquirida.

Las referidas inscripciones serán comunicadas a la otra Alta Parte Contratante por vía diplomática o consular, de acuerdo con los procedimientos que se establezcan en virtud del artículo séptimo.

Art. 3.º Para las personas a que se refiere el art. 1.º de este Convenio, el otorgamiento de pasaporte, la protección diplomática y el ejercicio de los derechos civiles y políticos se regirán por la Ley del país que otorga la nueva nacionalidad.

Los subditos de ambas Partes Contratantes a que se hace referencia, en ningún caso podrán estar sometidos simultáneamente a las legislaciones de ambas en su condición de nacionales de las mismas, sino sólo a la legislación del país que ha otorgado la nueva nacionalidad.

Por la misma legislación se regulará el cumplimiento de las obliga-

ciones militares, entendiéndose como ya cumplidas si fueron satisfechas en el país de procedencia.

El ejercicio de los derechos civiles y políticos regulado por la Ley del país que otorga la nueva nacionalidad, no podrá surtir efecto en el país de origen si ello lleva aparejada la violación de sus normas de orden público.

Art. 4.º Los españoles que se naturalicen paraguayos y los paraguayos que se naturalicen españoles, al amparo del presente Convenio, que fijen de nuevo su residencia habitual en su país de origen, y deseen recobrar en él y con arreglo a sus leyes el ejercicio de los derechos y deberes especificados en el artículo 3.º, deberán avecindarse y someterse a lo dispuesto sobre la materia en España y Paraguay.

El cambio a que se refiere el párrafo anterior deberá ser inscrito en los mismos Registros a que se refiere el art. 2.º, y la inscripción será igualmente comunicada, en la misma forma, a la Representación diplomática del otro país.

Art. 5.º Los españoles y los paraguayos que con anterioridad a la vigencia de este Convenio hubiesen adquirido la nacionalidad paraguaya o española, podran acogerse a los beneficios de este Convenio y conservar su nacionalidad original declarando que tal es su voluntad ante la autoridad encargada del Registro de Inscripciones mencionado en el art. 2.º

Desde que esta declaración sea inscrita en el Registro, serán aplicables las disposiciones del Convenio, sin perjuicio de los derechos ya adquiridos.

Art. 6.º Cuando las leyes de España y asimismo las leyes de la República del Paraguay atribuyan a una misma persona la nacionalidad española y la nacionalidad paraguaya, en razón de cada caso a su filiación y al lugar y circunstancias de su nacimiento, gozará dicha persona de la nacionalidad del territorio donde su nacimiento hubiera ocurrido, pero será también considerado nacional por la otra Alta Parte Contratante.

Art. 7.º Ambos Gobiernos se consultarán periódicamente con el fin de estudiar y adoptar las medidas conducentes para la mejor y uniforme interpretación y aplicación de este Convenio, así como las eventuales modificaciones y adiciones, que de común acuerdo, se estimen convenientes.

Art. 8.º El presente Convenio será ratificado por las dos Altas Partes Contratantes y las ratificaciones se canjearán lo antes que sea posible.

Entrarán en vigor a partir del día en que se canjeen las ratificaciones y continuará indefinidamente su vigencia, a menos que una de las Altas Partes Contratantes anuncie oficialmente a la otra, con un año de antelación, la intención de hacer cesar sus efectos.

En fe de lo cual, los respectivos Plenipotenciarios han firmado el presente Convenio y estampado en él su sello.

Hecho en Madrid por duplicado, el día 25 de junio de 1959.—*Fernando María Castilla.—Raúl Sapena Pastor.*

POR TANTO, habiendo visto y examinado los 8 artículos que integran dicho Convenio, oída la Comisión de Tratados de las Cortes Españolas, en

cumplimiento de lo prevenido en el art. 14 de su Ley Orgánica, vengo en aprobar y ratificar cuanto en ellos se dispone, como en virtud del presente lo apruebo y ratifico, prometiendo cumplirlo, observarlo y hacer que se cumpla y observe puntualmente en todas sus partes, a cuyo fin, para su mayor validez y firmeza, MANDO expedir este Instrumento de Ratificación firmado por Mí, debidamente sellado y refrendado por el infrascrito Ministro de Asuntos Exteriores.

Dado en Madrid a 15 de diciembre de 1959.—FRANCISCO FRANCO.—El Ministro de Asuntos Exteriores, *Fernando Maria de Castilla y Maiz*."

(Las ratificaciones fueron canjeadas en Asunción el 10 de marzo de 1960.)

B) REORGANIZACION DEL CUERPO JURIDICO MILITAR

Por Decreto de 31 de marzo de 1960, publicado en el *Boletín Oficial del Estado* num. 80, de 2 de abril siguiente, y dentro del marco de la reorganización general del Ejército, se ha llevado a cabo la del Cuerpo Jurídico Militar, destacando entre las reformas introducidas la ampliación de las misiones encomendadas a la Academia especial del Cuerpo, que se transforma en Escuela de Estudios Jurídicos.

Como consecuencia de esta reforma, se encuentra en elaboración la del Reglamento orgánico del Cuerpo Jurídico Militar hoy en vigor, que fue aprobado por Decreto de 1 de febrero de 1946 (D. O. núm. 64) y objeto de retoques por el Decreto de 8 de noviembre de 1950 (*B. O. del E.* núm. 268).

Transcribimos a continuación el texto del Decreto de reorganización.

"DECRETO 605/1960, de 31 de marzo por el que se reorganiza el Cuerpo Jurídico Militar.

La reorganización que se lleva a cabo en el Ejército tiene su obligada repercusión en los servicios de justicia y asesoramiento, que corresponden al Cuerpo Jurídico Militar, por lo que es necesario adaptar su estructura y cometido a las nuevas características orgánicas y funcionales de aquél, modificando el sistema hasta ahora seguido en cuanto afecta a la recluta de su oficialidad, que principalmente ha de llevarse a cabo a través de quienes formen parte de los cuadros de la Instrucción Premilitar Superior.

Al propio tiempo, y al fin de alcanzar la mayor eficacia en los cometidos de orden jurisdiccional, que corresponden al Ejército, ha de intensificarse la preparación de cuantos jefes y oficiales de las Armas colaboran en las funciones de justicia, siendo necesario para ello encomendar al Cuerpo Jurídico Militar las misiones de referencia con una nueva estructura y ampliación de la función que actualmente tiene su Academia, que de esta suerte se transforma en una Escuela de Estudios Jurídicos.

La reorganización proyectada se lleva a cabo en uso de las facultades

otorgadas por el artículo quinto de la Ley de veintitrés de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve y dentro de los créditos que para este Cuerpo se conceden por los vigentes presupuestos generales del Estado.

En su virtud, a propuesta del Ministro del Ejército y previa deliberación del Consejo de Ministros en su reunión del día diecisiete de marzo de mil novecientos sesenta.

Dispongo:

Artículo primero.—El Cuerpo Jurídico Militar es uno de los que integran el Ejército según las leyes de organización del mismo, y se compone de las Escalas siguientes:

Primera. Activa, constituida por las categorías de: a) Consejero Togado. b) Auditor General. c) Coronel Auditor. d) Teniente Coronel Auditor. e) Comandante Auditor. f) Capitán Auditor.

Segunda. De complemento, integrada por los que posean los empleos de Alférez a Coronel Auditor.

Tercera. Honorífica, formada por aquellas personas a las que se conceden, con este carácter, los empleos de Teniente, Capitán o Comandante Auditor o a quienes se les reconozca excepcionalmente los de Teniente Coronel o Coronel Auditor por su notorio relieve científico o importancia de los servicios prestados al Ejército.

Artículo segundo.—El ingreso en la Escala Activa se verificará precisamente por las plazas que vaquen de la última categoría, las que serán cubiertas por quienes hayan sido aprobados en los cursos seguidos en la Escuela de Estudios Jurídicos, con arreglo al plan que se fije por el Ministerio.

Para tomar parte en las convocatorias de ingreso en dicha Escuela se dará preferencia a quienes procedan de la Instrucción Premilitar Superior.

Cuando el personal ingresado no proceda de la Instrucción Premilitar Superior realizara las prácticas de carácter militar que se determinen.

Artículo tercero.—La plantilla del personal de la Escala Activa se ajustará a la división militar de España y necesidades del servicio, según las prescripciones del Código de Justicia Militar y organización del Ejército, y se fija en los términos prevenidos por las leyes y disposiciones orgánicas con arreglo al siguiente detalle:

Consejeros Togados, tres. Auditores Generales, cinco. Coroneles Auditores, dieciséis. Tenientes Coroneles Auditores, veinticuatro. Comandantes Auditores, treinta y seis. Capitanes Auditores, sesenta y dos.

Artículo cuarto.—Asimismo corresponde a la Escala Activa desempeñar los cometidos de orden docente en la Escuela de Estudios Jurídicos tanto en la preparación de la oficialidad del Cuerpo, concesión de diplomas, formación de los Jueces Instructores y Secretarios Judiciales, cuanto en la redacción de los estudios superiores del Derecho Militar y en la emisión de los informes que el Ministerio le encomiende sobre la preparación de anteproyectos de legislación nacional y comparada con la extranjera.

Artículo quinto.—Los Jefes y Oficiales del Cuerpo Jurídico Militar po-

drán obtener los diplomas de "Derecho Internacional", "Derecho Administrativo Militar", "Derecho Penal" y "Derecho Militar Comparado".

La obtención de estos diplomas da derecho a los beneficios que señala el Reglamento Orgánico del Cuerpo.

Artículo sexto.—La Escuela de Estudios Jurídicos tendrá, entre otras, las siguientes misiones: a) Selección del personal que aspire a ingresar en el Cuerpo Jurídico Militar. b) Formación profesional del personal referido en el apartado anterior, mediante un curso de idéntica duración a la actual, pasando después como Tenientes Auditores alumnos a realizar un año de prácticas jurídico-militares en los Centros o Dependencias del Cuerpo que se fijen. Terminadas las prácticas con aprovechamiento, serán promovidos al empleo de Capitanes Auditores. c) Concesión de diplomas, previas las pruebas que se señalen. d) Instrucción técnica de los Jefes y Oficiales de las Armas y Cuerpos que deban desempeñar cometidos de justicia. e) Edición de publicaciones de carácter jurídico o colaboración con ellas. f) Organización de cursos y conferencias de especialización y perfeccionamiento de la oficialidad en el aspecto jurídico y relaciones con los Centros docentes y científicos nacionales. g) Estudios de legislación comparada. h) Establecer contacto y relación con los Cuerpos y Organismos de naturaleza jurídica militar de otras naciones. i) Todos aquellos otros que, con análoga orientación, tiendan a lograr la consecución de los fines de especialización en la técnica del Derecho Militar. j) Emisión de los informes que se le ordenen por el Ministerio.

Artículo séptimo.—Se faculta al Ministerio del Ejército para que adapte las disposiciones contenidas en el Reglamento de primero de febrero de mil novecientos cuarenta y seis a las del presente Decreto y para dictar las demás ordenes necesarias para su desarrollo."

II. JURISPRUDENCIA (*)

A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR (1)

1. Abordaje por imprudencia. Art. 59, 2.º LPD de la MM. Arts. 18 a), 1.º/ 22 y 23, 19/22, 23, 25 b) y 27. Reglamento prevención abordajes. Reiteración. Art. 10, 14.º CP. Apreciación de la prueba. Art. 799 CJM. Concurrencia de culpas.

Sent. 28 enero 1959 (Departamento Marítimo de El Ferrol del Caudillo). A las 20,30 horas del 17 octubre 1956, con ocasión de navegar procedente de la mar, habiendo hecho escala inmediatamente antes en el Puerto de Pravia, en demanda de la Ría de Bilbao, el buque de 692 toneladas "Aurora", bajo el mando del Capitán don L. E. B., procesado en autos, con poca visibilidad y con sus luces de situación encendidas, teniendo por su banda de estribor la escollera del rompeolas exterior de dicha Ría, avistó, a una distancia no inferior a 250 metros, al buque "Puerto de Pajares" de 617 toneladas, con sus luces de situación también encendidas y bajo el mando de don C. G. M. T., hoy fallecido, que salía de dicha Ría, con rumbo encontrado o que se cruzaba con el primero, maniobrando el "Aurora" cayendo a babor, cuando el "Puerto de Pajares" la había indicado, mediante la correspondiente pitada corta, que caía a estribor, como lo hizo (RESULTANDO I). Poco después de la maniobra inicial del "Aurora" que queda indicada de caer a babor, el "Puerto de Pajares", a su vez, inició su caída a babor, produciéndose la colisión de ambos buques al ser abordado este

(*) Correspondiente a los meses de enero a junio de 1959.

(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., *Considerando* = CONSID. 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.

ultimo por su costado de babor a la altura de su bodega núm. 2 por el "Aurora", lo que determinó el hundimiento del "Puerto de Pajares" (RESULTANDO II). El "Puerto de Pajares", en la fecha del hundimiento, fué tasado en 13.500.000 pesetas, no habiéndose determinado en el procedimiento el importe de las averías ocasionadas al "Aurora", valor de los efectos perdidos por la tripulación del "Puerto de Pajares" con motivo de su hundimiento ni el combustible y efectos de consumo de dicho buque. Tampoco se acreditan en autos pericialmente los perjuicios sufridos por los armadores del buque "Aurora" con ocasión del accidente (RESUT.º III). El procesado fué condenado con anterioridad a la fecha de autos a la pena de un año de prisión menor por el delito de auxilio a la rebelión (RESULTANDO IVI.—C. G. ordinario: Abordaje en la mar por imprudencia (párrafo 2.º art. 59 Ley Penal y Disciplinaria Marina Mercante), autor el procesado don L. E. B., ya que al avistar el "Puerto de Pajares" cayó a babor con el buque "Aurora" que mandaba, siendo así que su única maniobra correcta era dar atrás, dada la situación en que se encontraba, infringiendo, por tanto, el apartado a) del 18, párrafo 1.º/22 y 23 del vigente Reglamento para prevenir abordajes, o el 19/22, 23, 25 apartado b) y 27 del repetido Reglamento, originando asimismo el confusionismo que indujo al Capitán del "Puerto de Pajares" a caer ulteriormente en su banda de estribor, maniobra que igualmente se estima incorrecta; con la agravante de reiteración (10, 14.ª CP.), un mes y un día inhabilitación para mandos de buques, y en concepto de responsabilidad civil indemnizar a los perjudicados en 13.500.000 pesetas, valor del buque hundido, con los intereses legales de dicho capital desde la fecha del hundimiento, así como aquellas cantidades que se determinen pericialmente en periodo de ejecución de sentencia respecto a los efectos perdidos del buque "Aurora" como consecuencia del abordaje; llamando finalmente la atención sobre la existencia de una posible responsabilidad por parte del Capitán del buque "Puerto de Pajares", hoy fallecido, por si la misma modificase la exacción de responsabilidades civiles derivadas de este procedimiento.—*Voto particular*: El Presidente y uno de los vocales, absolución, por entender que las actuaciones llevadas a cabo en la causa no han aportado las pruebas suficientes para el esclarecimiento total de los hechos, que permitan establecer una completa responsabilidad.—*Defensor*: Recurso (797 CJM.) por entender que conforme a la prueba practicada, toda la responsabilidad por el abordaje recaía en el Capitán del "Puerto de Pajares" y no en su patrocinado.—*Auditor*: Aprobación, no pudiendo ser tomadas en cuenta las alegaciones de la Defensa al no desvirtuar la atinada apreciación de la prueba hecha por el Consejo, sin que proceda hacerse eco de la llamada de atención en orden a la posible responsabilidad del fallecido Capitán del "Puerto de Pajares", por no existir elementos de juicio suficientes para considerar la maniobra efectuada por éste como contraria al vigente Reglamento para prevenir abordajes en la mar.—*Capitán General*: Disconforme con la sentencia y con el dictamen de su Auditor por estimar que la maniobra efectuada por el "Aurora" fué correcta al ajustarse a lo preceptuado en los arts. 21 y 27 del

Reglamento Internacional para prevenir abordajes en la mar y que, a su juicio, las causas originarias de la colisión fueron el haber salido de la Ría el "Puerto de Pajares" muy ceñido a la farola de Santurce, así como el haber metido a habor este barco después de haberlo hecho a estribor.—*Teniente Fiscal Toyado de la Armada*: aprobación de la sentencia por estimar, en cuanto a la apreciación de la prueba, que la declaración de los hechos tiene pleno apoyo tanto en la prueba pericial como en las declaraciones testimoniales obrantes de autos, no acreditándose, por otra parte, fehacientemente, la afirmación que se consigna, tanto en el voto particular como en el disenso, de que el "Puerto de Pajares" saliera de la Ría de Bilbao muy ceñido a la farola de Santurce, por lo que el CG. hizo un buen uso de sus facultades discrecionales en materia de apreciación de la prueba, siendo por ello plenamente vinculatoria y no pueden prevalecer apreciaciones personales por muy fundadas que puedan ser, ya que su plena soberanía en este punto (799 C.J.M.), solo tiene un límite cual es la incidencia de error notorio, que no se da en el presente caso en ninguna de sus formas positiva o negativa, estimando igualmente acertada la calificación jurídica del Tribunal sentenciador al darse cuantas condiciones señala el 59, párrafo 2.º de la Ley Penal y Disciplinaria Marina Mercante, al haber existido la colisión entre dos buques en la mar y por grave imprudencia o negligencia, ya que este último extremo se da cuando merezca la calificación de temeraria o cuando, siendo simple, vaya acompañada de infracción de reglamentos, y por el procesado se infringieron los arts. 18 y 23 del vigente Reglamento para prevenir abordajes en la mar; siendo igualmente ajustados a derecho los demás pronunciamientos en cuanto a la estimación de la agravante que se aprecia, penalidad y responsabilidad civil que se exige por lo que respecta al buque hundido, si bien en relación a los restantes perjudicados a los que se señala su concreción en período de ejecución de sentencia, convendría salvar los inconvenientes que ello ofrece, haciendo expresa reserva para que puedan deducir las acciones que se crean asistidas en el correspondiente proceso civil; no estimando procedente la llamada de atención a efectos de responsabilidades civiles sobre posible culpabilidad coadyuvante del Capitán del "Puerto de Pajares", al no encontrar en la causa serios indicios en qué apoyarse y no poderse presumir ulteriores actuaciones que pudieran perfilarlos.—*Defensor*: Después de exponer las circunstancias personales y larga experiencia profesional de su patrocinado, así como las condiciones climatológicas y del lugar donde se produjo el accidente, entendió, a su juicio, de que de cuantas diligencias obran en éstos se acredita la inculpabilidad de su defendido, ya que un testigo de excepción, como era el Capitán del "Asua", coincide con las declaraciones del encartado el que en todo momento maniobró su barco correctamente con arreglo a las normas que establecen los arts. 21 y 27 del Reglamento para prevenir abordajes en la mar, produciéndose el abordaje por la incomprensible caída a habor que efectuó el "Puerto de Pajares", cuyo Capitán, a su entender, se contradice en sus declaraciones: absolución.—*CSJM.*: Aprueba, porque la cuestión que se

plantea en la presente causa y que originó la elevación de la misma a este CS., se refiere a la apreciación de la prueba y así, mientras el CG. estimó que de las actuaciones practicadas en el proceso se deducía la culpabilidad del encartado, el Capitán del "Aurora", por entender que se manobró correctamente, ya que infringió los arts. 18, párrafo 1.º del apartado a), 22 y 23 del Reglamento para prevenir abordajes en la mar y, por tanto, consideró que su conducta le hacía responsable de un delito de abordaje por imprudencia, definido en el 59, párrafo 2.º de la Ley Penal de la Marina Mercante, condenándole en consecuencia, si bien por medio de otrosi llamó la atención sobre posibles responsabilidades civiles por parte del ya fallecido Capitán del "Puerto de Pajares"; el Auditor, abundando en el fondo con tal posición, se conformó con dicho fallo, con la única salvedad de no estimar procedente la expuesta llamada de atención, mas no así el Capitán General del Departamento (CONSID.º I). Ahora bien, un minucioso y detenido examen de la causa, consistente no sólo en la ponderación adecuada de las declaraciones recibidas, ya bajo forma de testimonios, ya por medio de las manifestaciones del propio inculpado, sino también a través de los elementos de juicio que suministra el informe pericial, conducen a establecer que, en efecto, fué la actuación deficiente del Capitán del "Aurora", con sus inadecuadas maniobras, la que dió lugar al abordaje primero, y hundimiento casi consecutivo del "Puerto de Pajares", y habiéndolo estimado así el CG. se impone declarar que dicho Tribunal, lejos de incidir en error hizo un uso correcto de sus atribuciones en cuanto a la apreciación de la prueba, por lo que, compartiendo la Sala el criterio sostenido por el Teniente Fiscal Togado de la Armada, entiende debe resolverse el disenso planteado en el sentido de respetar la declaración de hechos probados formulada por el CG. y, en consecuencia, decidir la aprobación del fallo recaído (CONSID.º II). Por otra parte aceptado en el RESULT.º II que, inmediatamente antes de producirse el abordaje, iniciara el "Puerto de Pajares" su caída a babor, aun cuando no se desprenda de los autos de forma indubitada, tal salvedad en nada modifica la valoración certera del CG. respecto a la apreciación de la prueba en su conjunto, ya que como razona el propio Tribunal sentenciador, aun admitiendo que dicha maniobra no fué correcta, se llega a la conclusión de que fué realizada en un postrer intento de evitar el siniestro y tuvo su origen en el confusionismo introducido por el Capitán procesado, quien con su irregular manera de actuar puso en movimiento la cadena causal productora del resultado, y como esta conclusión responde a una acertada apreciación de los hechos, la Sala, de acuerdo también en este punto con la tesis mantenida por el Teniente Fiscal Togado de la Armada, entiende que es obligado descartar una posible culpabilidad condyuvante del Capitán del "Puerto de Pajares", que no encuentra en la causa serios indicios en que apoyarse ni es de presumir que en ulteriores actuaciones pudiera perfilarse (CONSID.º III). En virtud de lo expuesto y al no existir el manifestado error que sobre la apreciación de la prueba determina el art. 799 CJM., procede confirmar la sentencia dictada por el CG. haciéndola firme y

ejecutoria, por ser igualmente ajustada a derecho la calificación jurídica que se mantiene, de un delito de abordaje en la mar por imprudencia del art. 59. párrafo 2.º de la Ley Penal de la Marina Mercante, así como la participación del procesado en concepto de autor, agravante de reiteración que se aprecia y responsabilidades civiles que en la misma se exigen (CONSID.º IV).

**2. Competencia negativa. Diligencias previas. Lesiones por imprudencia.
Art. 466 C.J.M. Aforado Ejército del Aire. Art. 13 C.J.M.**

Auto de 22 enero 1959 (VIII Región Militar).—En procedimiento previo, sin número, seguido en la VIII Región se deduce que el 7 junio 1958, sobre las 17 horas, marchaba por la calle del General Franco, de El Ferrol del Caudillo, en dirección a la Plaza de España, el Teniente del Ejército del Aire don A. R. C., conduciendo una motocicleta de su propiedad, y al traspasar el cruce de dicha calle con la de Lugo, por así haberlo autorizado el agente de Policía Urbana que regulaba el tráfico en aquel lugar, alcanzó con el vehículo al paisano M. A. M., causándole lesiones que fueron calificadas de menos graves, sin que conste en autos las consecuencias que dichas lesiones hayan podido tener, ni el número de días invertidos en su curación, al haber quedado paralizadas las actuaciones como consecuencia de cuestión jurisdiccional planteada (RESULTANDO I). Iniciado procedimiento previo por orden del Gobernador Militar de El Ferrol del Caudillo, acordó posteriormente el Capitán General de la VIII Región, conforme con su Auditor, sin oír previamente al Fiscal Jurídico Militar, como ordenan los arts. 460, 3.º último párrafo y 459, 6.º C.J.M., inhibirse del conocimiento de las actuaciones a favor del General Jefe de la Región Aérea Atlántica, dada la condición de aforado al Ejército del Aire del Teniente don A. R. C. (RESULT.º II).—El General Jefe de la Región Aérea Atlántica, oyendo al Fiscal Jurídico del Aire, quien contradiciéndose en su informe le emite en el sentido de rechazar la competencia, previa declaración de irresponsabilidad del Teniente del Ejército del Aire, y acorde con su Auditor, que propone la inhibición del procedimiento como si se tratara de actuaciones propias, acordó rechazar el conocimiento de los autos por estimar no aparecía responsabilidad alguna contra el Teniente R. C. (RESULT.º III).—Fiscal Togado: Tras recoger las omisiones procesales aludidas, que estimó susceptibles de dar por subsanadas, dada la escasa relevancia penal de los hechos, en cuanto al Fiscal Jurídico Militar de la VIII Región fué oído por la Autoridad Judicial de la misma, al mantener su incompetencia y que en la Región Aérea Atlántica no se tramitara ningún otro procedimiento por los mismos hechos, informó sobre el fondo en el sentido de que los procedimientos previos se incoan en averiguación de hechos que pudiendo ser originarios de responsabilidad, no aparezcan desde los primeros momentos como constitutivos de delito o falta grave, en los que la Autoridad Judicial puede acordar su terminación sin declaración de res-

ponsabilidad, según estime procedente a la vista de las actuaciones (517 y 521 CJM.); que las cuestiones de competencia pueden promoverse en los procedimientos previos (466 CJM.), y que dicha competencia se determina (5.º CJM.) por razón del delito, en su defecto por el lugar y en último término de la persona responsable; que atribuidos los hechos investigados en un procedimiento previo a determinada persona, la jurisdicción llamada a enjuiciar a ésta, será la competente para declarar su responsabilidad o irresponsabilidad y, en consecuencia, al tener la condición de aforado al Ejército del Aire el autor del atropello (13 CJM.) —suceso motivador de las diligencias—, es la Autoridad Judicial de la Región Aérea Atlántica la llamada a conocer de los hechos y a la que corresponde acordar la declaración de irresponsabilidad o la elevación a causa o expediente judicial, si hubiere motivos para ello.—*CSJM.: de acuerdo con el criterio mantenido en su informe por el Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, procede declarar competente para conocer de las actuaciones motivo de la competencia al General Jefe de la Región Aérea Atlántica (CONSID.º 1).*

3. Deserción al extranjero en tiempo de paz. Arts. 371, 1.º/374 CJM. Responsabilidad civil.

Sent. 30 enero 1959 (Ejército del N. de Africa) —El procesado F. R. F., legionario, al que le habían sido leídas las leyes penales militares, el 2 septiembre 1957, en ocasión de encontrarse disfrutando un permiso de fin de semana en Ceuta, decidió apartarse de las filas de su Unidad, cuyo acuartelamiento radica en..., a cuyo efecto, dicho día se embarcó para Tánger, permaneciendo en esta ciudad once días, transcurridos los cuales embarcó nuevamente para Algeciras, donde fué detenido el 4 abril 1958, y posteriormente reintegrado a su Unidad al manifestar su condición militar cuando iba a ser sometido a los preceptos de la Ley de Vagos y Maleantes.—*CG. Ordinario: Deserción simple (370, 2.º/372 CJM.) dos años prisión militar, con 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.—Voto particular: del Presidente y un Vocal militar, deserción al extranjero (370, 2.º/374 CJM.), tres años prisión militar, con la accesoria de destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que después deba servir en filas.—Autoridad judicial: Distintió por notorio error en la calificación, abundando en los razonamientos del voto particular, deserción al extranjero en tiempo de paz, tres años prisión militar y sin responsabilidades civiles, discrepando del voto particular en cuanto a no ser procedente señalar efectos y accesorias a dicha pena, toda vez que por el carácter voluntario de la recluta del inculcado, de acuerdo con el art. 893 CJM., procede rescindir su compromiso militar desde el momento de la condena.—Fiscal militar: Conforme con el disenso.—Defensor: Deserción simple (372 CJM.) con atenuante del 186, 7.ª CJM., seis meses y un día prisión militar.—CSJM.: Revoca, por-*

que dada la condición de extranjera con respecto a España de la ciudad de Tánger y sentado que el legionario F. R. F. al ausentarse de filas el día 2 septiembre 1957 se dirigió a dicha población y permaneció en ella once días seguidamente, es patente la consumación del delito de desertión al extranjero con arreglo al 371. 1.º y al 374 CJM., puesto que los tres días que faltó de su Unidad, determinantes del hecho punible, estuvo en aquel territorio extraño a la soberanía española, sin que pueda enervar la expresada calificación delictiva la posterior estancia en Algeciras del encartado, cuando ya la desertión había tenido realización perfecta y favorecida sin duda al sustraerse el culpable a la acción de nuestras Autoridades, siendo después inoperante por completo, a fin de variar la calificación, el retorno a la metrópoli, por lo que al apreciarlo de otro modo, siquiera mayoritariamente, el CG. incurrió en manifiesto error de derecho, lo que hace estuviere en su punto el disenso de la Autoridad Judicial con su Auditor de la sentencia del CG. (CONSID.º I). No procede hacer la declaración de responsabilidades civiles (CONSID.º IV). Por imperativo de lo dispuesto en el 219 CJM., dada la naturaleza del delito apreciado y condición militar del inculcado, la pena de prisión militar que corresponde imponerle, cualquiera que sea su duración, llevará consigo como accesoria la de destino u Cuerpo de disciplina por el tiempo que después deba servir en filas, con arreglo a la Ley de Reclutamiento, descontándosele para todos los efectos el de la condena (CONSID.º V).— Dos años 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.

4. Polizonaje. Art. 70 I.PD de la MM. Pasaportes. Art. 5 D. 4 octubre 1935. Responsabilidad civil. Determinación de perjuicios. Art. 712 PDMM. Apreciación prueba. Art. 787 CJM. Ley no penal. Principio de legalidad.

Sent. 13 febrero 1959 (Departamento Marítimo El Ferrol del Caudillo). El 11 octubre 1957, la procesada A. F. R., que tenía la obligación de presentarse quincenalmente en el Juzgado de la Comandancia de Marina de Vigo por estar procesada en causa que se la seguía por supuesto delito de polizonaje, sin duda ante el temor de que por ello no pudiera efectuar su proyectado viaje a la Argentina, embarcó sin billete en el mercante francés "Claude Bernard" surto en dicho puerto, exhibiendo al entrar pasaporte en el que no figuraba el visado de entrada en el país de destino del buque, ocultándose en el camarote de otra pasajera hasta que, encontrándose enferma, fué descubierta al realizarse la revista de camarotes en el puerto de Funchal, donde fué desembarcada y repatriada en el buque "Santa María", habiendo ocasionado gastos y perjuicios que la Compañía armadora del "Claude Bernard" cifra en 3.365,05.—CG. *Ordinario*: Absolvió tras de estimar que la procesada embarcó con pasaporte en regla, que exhibió a su entrada sin que se le impusiera impe-

dimento alguno, así como no probarse la clandestinidad del embarque.— *Voto particular*: del Vocal ponente, dando como probado que la procesada se introdujo a bordo sin el billete correspondiente, polizonaje (70 Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante) dos meses y un día arresto mayor y multa de 1.000 ptas., sustituible ésta, caso de impago, por dieciséis días de arresto, y con la accesoria del art. 47 del CP. más el abono de 3.365,05 ptas. a la Compañía perjudicada.— *Autoridad Judicial*: Conforme con el *Voto particular*, disiente.— *Fiscal Togado*: Señala el carácter clandestino del embarque de la procesada, y que ella misma reconoce al ocultarse a bordo, ya que se desprende con claridad irrefutable de la prueba documental al no figurar en el pasaporte que obra unido el visado de las Autoridades Diplomáticas o Consulares del país para el que estaba expedido, resulta evidente que dicho documento carecía de validez a tenor del art. 5.º del Decreto de 4 octubre 1935, disposición ésta que pudo y debió conocerla al figurar transcrita en el mismo pasaporte: conforme en calificación y pena propuestas en el *Voto particular* y disenso, si bien a efectos de responsabilidad civil, por no haberse determinado los perjuicios resultantes en la forma prevenida en el art. 71 de la Ley Penal de la Marina Mercante, se dejará expedita la vía a la parte o partes que pudieran considerarse lesionadas para que deduzcan sus pretensiones en el proceso civil pertinente.— *Defensor*: Sostuvo que en la apreciación de la prueba el CG. hizo un buen uso de las facultades del art. 787 CJM., ya que según consta en documento expedido por la Policía y que por tanto tiene el carácter de público, su defendida abonó el importe del billete, sin que se aporte ninguna otra prueba que desvirtúe tal hecho, y en cuanto a la calificación jurídica, después de refutar la tesis mantenida en el disentimiento de que el polizonaje sea actualmente un delito contra la propiedad, así como el informe del Fiscal Togado, ya que, a su juicio, el art. 5.º del Decreto de 4 octubre 1935 no es de índole penal, y por ello la infracción que en el mismo se establece no puede ser perseguida y sancionada por vía criminal de acuerdo con el principio "nullum crimen nulla poena sine lege", solicitó la confirmación de la sentencia.— *CSJM.*: Revoca, porque la cuestión que se plantea y que originó la elevación del proceso a este CS., se refiere, en definitiva, a la calificación jurídica del hecho perseguido (CONSID.º I), mas del examen detenido de la prueba aportada a los autos referida a las circunstancias de toda índole y que concurren en el hecho, conduce a establecer que el mismo sucedió en la forma recogida en el primer Resultando de esta sentencia y así, claramente se deduce el propósito doloso de la encartada de realizar el viaje marítimo al extranjero, sin cumplir los requisitos exigidos, ya que independientemente de la forma en que entrara en el buque, lo cierto es que lo hizo sin billete, y que, una vez a bordo, se ocultó en el camarote de otra pasajera, hasta que al fin fue descubierta, circunstancias todas que ponen de manifiesto su conducta de clandestinidad, y que apreciadas en conjunto, inclinan a la Sala, de acuerdo con la tesis mantenida además por el Excelentísimo Señor Fiscal Togado, que el disenso debe resolverse de acuerdo

y con el criterio de la Autoridad Judicial, revocando, por tanto, del fallo del CG. (CONSID.º II). Los hechos constituyen un delito de polizonaje definido y castigado en el artículo 70. párrafo 1.º de la Ley Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, de la que resulta responsable en concepto de autora la procesada A. F. R., sin que concurra ni sea de apreciar circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal (CONSIDERANDO III). La responsabilidad civil deberá fijarse en la cantidad de 3.365.05 ptas., importe a que ascienden los perjuicios ocasionados a la Compañía naviera.—Impone dos meses y un día de arresto mayor y 1.000 pesetas de multa, sustitufble esta última por 16 días de arresto en caso de impago, y con las accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena.

5. Malversación. Art. 396, 1.º CP. Apropiación indebida. Arts. 535/528 CP. Causas personales de agravación de la pena. Art. 194, 2.º y 4.º CJM. Negligencia. Art. 391, 2.º CJM. Apreciación de la prueba.

Sent. 20 febrero 1959 (Ejército del N. de Africa) —El 10 agosto 1957, el procesado, Capitán de Infantería, don J. R. C., destinado entonces en el Regimiento... que desde el día anterior se encontraba arrestado en la Sala de Banderas por correctivo impuesto por "observar vida desarreglada y licenciosa", recibió orden de entregar el mando de la Compañía que tenía confiada, al también Capitán don A. M. C., acaeciendo que el encartado no pudo liquidar con el Oficial que acaba de citarse cantidad alguna correspondiente a las existencias resultantes del presupuesto de la primera quincena del referido mes de agosto, que ascendía a la cantidad de 1.350 ptas., por haber aplicado la referida suma a usos propios; sin que aparezca demostrado que se originare entorpecimiento ni daño alguno para el servicio (RESULT.º I). Por idéntica razón de haberla aplicado a usos propios, el procesado no pudo entregar tampoco al oficial que le sucedió en el mando de la referida Cia. la cantidad de 6.400 ptas., procedente de diversos depósitos verificados por los reclutas en el momento de incorporarse a dicha Unidad, la mayoría de los cuales habían entregado el dinero al Teniente don J. F. C. en la época comprendida entre el 18 marzo 1957 y el 4 abril siguiente, en que había mandado accidentalmente la citada Cia., cuyo Teniente entregó luego al procesado, al hacerse cargo éste nuevamente de la citada Unidad, la correspondiente suma que el Capitán R. C. no ingresó en la Caja del Cuerpo, reteniéndola indebidamente en su poder y dejando con ello de cumplir las órdenes dadas al efecto por sus superiores (RESULT.º II). El día 17 del mismo mes de agosto, y antes de transcurrir los diez desde la iniciación de este procedimiento, el Capitán R. C. hizo entrega al Juez Instructor de 6.950 ptas., que en aquella fecha se creía representaba el descubierto que el citado encartado había dejado en la Unidad, comprobándose después que ascendía a 800 pesetas más, las cuales repuso también el procesado, una vez que aquello se le hizo saber (RESULT.º III). En la 11.ª subdivisión de la documentación mi-

litar del procesado hay constancia de dos procedimientos: diligencias previas núm. 551/42 de la II Región, seguidas con motivo de una reyerta sostenida por dicho encartado y otro Oficial con unos paisanos, sin declaración de responsabilidad, y diligencias previas núm. 365, seguidas igualmente en la II Región por no entregar, en el mes de enero 1957, material de escasa importancia al Oficial que le sucedió en el mando de una Compañía, cuyas diligencias terminaron asimismo sin declaración de responsabilidad criminal. En la 12.ª subdivisión de la Hoja de Hechos, figura corregido en la siguiente forma: 8 noviembre 1957, catorce días arresto por "inexactitud en el cumplimiento de obligaciones reglamentarias"; 6 marzo 1957, otros catorce días por falta similar; 14 de igual mes y año, otros catorce días por "realizar un acto contrario a la dignidad militar"; y 9 agosto de igual año con catorce días de arresto por "observar vida desahogada y licenciosa" (RESULT.º IV).—C. G. *Oficiales Generales*: Malversación de caudales públicos (396, párrafo 1.º CP.) y apropiación indebida (535/528 CP.), no apreciando comisión de falta grave de incumplimiento de ordenes relativas al servicio, por estimar a ésta como parte integrante de los dos delitos calificados; concurriendo las circunstancias específicas de agravación del 194, 2.º y 4.º C.J.M.: cuatro años y un día de suspensión de cargos públicos, derecho de sufragio activo y pasivo, profesión u oficio, por la malversación; y cuatro meses y un día arresto mayor, por la apropiación indebida, ambas penas con la accesoria de separación del servicio, y la de arresto mayor, además, con las comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, no existiendo responsabilidad civil que exigir.—*Votos particulares*: Dos vocales formularon conjuntamente Voto particular, en el que admitieron como probado la no liquidación por parte del procesado de la total suma de 7.750 ptas. en el momento de efectuar la entrega de la Compañía a su mando, pero estimaron no suficientemente acreditado que el procesado se hubiera apropiado o aplicado a usos propios los caudales y depósitos que tenía en custodia habiendo sucedido tan sólo que el citado oficial no pudo realizar la liquidación por no tener consigo en el correspondiente momento las cantidades de que debía responder, lo que ocasionó demora en la entrega; admitiendo que el encartado llevaba deficientemente la administración de la Unidad y retuvo en su poder, en contra de las instrucciones existentes en el Cuerpo, parte de los fondos de los reclutas sin depositarlos en Caja. Negligencia (391, 2.º C.J.M.), sin modificativas, dos años de prisión militar, con la accesoria de suspensión de empleo. *Autoridad judicial*: Conforme con la sentencia.—*Fiscal Togado*: Conforme. *Defensor*: Absolución, al no haber cometido éste ninguno de los delitos que se le imputaron.—*CSJM*: Confirma, porque el CG... valoró el conjunto de la prueba procesal en forma racional y conforme a su recto criterio, sin haber incurrido en error notorio al efectuar dicha apreciación de probanza y estimar que el procesado dedicó a usos propios sumas de carácter público que tenía confiadas para su administración por razón del ejercicio de funciones asimismo públicas, así como se apropió de caudales

que le habian sido encomendados en calidad de depósito (CONSID.^o I) y sentado lo anterior, se aprecian como ajustados a derecho los pronunciamientos jurídicos contenidos en la sentencia consultada (CONSID.^o II).

6. Robo a mano armada. Bandidaje y terrorismo. Art. 3.^o D-Ley 18 abril 1947. Atentado a agentes autoridad. Art. 233 CP. Alevosia. Art. 10. 1.^o CP. Art. 187. 1.^o CJM. Concurso real de delitos. Art. 70. 2.^o CP. Art. 237 CJM. Menor edad de 18 años. Art. 186. 2.^o CJM. Preme ditación. Art. 187. 5.^a Más de dos personas. Art. 187. 11.^a CJM. Des precio a la edad. Art. 187. 14.^a CJM. Art. 192 CJM. Derecho suple torio. Art. 257. 2.^o CJM.

Sent. 4 marzo 1959 (III Región Militar).—Conforme a lo declarado por los propios encartados, poco tiempo después de efecuar ambos, amigos desde antiguo, su incorporacion con el carácter de voluntarios en el Regimiento de Artilleria Antiaérea núm. de guarnición en... en plena conciencia por parte de los dos de sus actos y del significado de lo que proyectaban realizar, decidieron conseguir dinero por cualquier procedimiento, aprovechando la circunstancia de que los dos poseían armas y objetos adecuados para la consecución de los fines propuestos, toda vez que J. M. A. habia adquirido por 200 ptas., de un individuo a quien conoció en el "Hogar Cid Campeador" del Frente de Juventudes, en... una pistola "Llama", calibre 9 mm. corto, así como cargador tamaño corriente y otro de mayores dimensiones con 50 balas, y una llave de pugilato, de hierro, además de una navaja de apertura automática que poco antes le habia regalado el otro procesado, J. A. G. B., quien, a su vez, poseía otra pistola, marca "Walter", de calibre 9 mm. corto, que habia adquirido comprandola a un individuo llamado J. y que dijo ser Alférez de la Milicia Universitaria. Todos los mencionados objetos, además de otra navaja automática, una llave de pugilato, de madera, una porra de plomo hueca y de forma cilíndrica, un cargador con 6 cápsulas y otro con nueve, correspondientes a la pistola "Walter", les fueron ocupados a los encartados por la Policía al efectuar su detención. Carecían de guía de pertenencia y licencia de armas (RESULT.^o I). Decididos a conseguir sus propósitos, comenzaron a realizar visitas a las distintas entidades bancarias de Valencia para percatarse de aquellas personas que salieran de las mismas con dinero. Y el 22 noviembre 1958, sobre las 11 horas de su mañana, al ver que un señor de avanzada edad (luego se ha comprado que tenía entonces sesenta y ocho años de edad), y que resultó ser don F. R. B., empleado de la Mutualidad de Accidentes de la "Cruz Blanca", y que por razón de sus funciones en la misma era corrientemente el encargado del cobro de fondos a ella referentes cuando dichos fondos eran de cierta consideración, extraña suma de dinero del B. P. E. acordaron seguirle, lo que hicieron; y al introducirse el referido señor en el núm. 18 de la calle de Lauria, sede de las oficinas de la Mutualidad, y al subir la escalera, los citados encartados le acometieron, y mientras J. A. G. B. le sujetaba por boca y cuello, J. M. A. le dió

con la pistola que llevaba varios golpes en la cabeza, por encima del sombrero, produciéndole lesiones y semiinconsciencia, aprovechada por los procesados para quitarle 12.700 ptas., dándose seguidamente a la fuga y repartiéndose después, por partes iguales, la cantidad apoderada (RESULTANDO II). En los primeros días de diciembre último reanudaron sus visitas a los bancos, y el 24 de dicho mes, sobre las 10 horas, como observarían que un señor retiraba del Banco de S., una importante suma de dinero, decidieron, cuando salía, perseguirle, lo que realizaron; y al entrar luego dicho señor, que resultó llamarse don D. J. F., en la zapatería "Olimpia", de la que es contable y administrador, hicieron lo mismo los encartados tras breves instantes, empujando a una de las dependientas del establecimiento, que resultó derribada al suelo, empuñando los dos sendas pistolas. Entre tanto don D. J., sospechando de la presencia en el establecimiento de los encartados y percatado luego de su propósito de atraco huyó por la escalera que da acceso a un piso, siendo perseguido por el J. M., mientras que el J. A. G. B. quedaba amenazando con la pistola a la dependienta; pero ante los gritos de auxilio proferidos por el mencionado señor J., salieron los procesados del establecimiento en fuga, sin poder realizar la sustracción proyectada (RESULT.º III). El 10 enero 1959 volvieron a sus visitas a los Bancos; y el 23, puestos de acuerdo y provistos de las correspondientes armas y munición, se dirigieron sucesivamente a los Bancos de V., S. y C., y al salir de este último observaron que les seguían los que supusieron que eran policías, como efectivamente lo eran, ya que por la alarma sembrada en Valencia se había montado un servicio especial para la detención de los culpables, de cuyo servicio formaban parte integrante las dos aludidas personas. Los encartados decidieron huir, y recorrieron varias calles hasta llegar a la Gran Vía de las Germanías, en donde la pareja perseguidora, compuesta por los Inspectores don J. H. R. y don J. S. D., se preparó para la detención; pero en la esquina de la citada calle con la de Sevilla, a distancia de unos 6 a 10 metros de sus perseguidores, volviéronse los encartados contra ellos, efectuando varios disparos y resultando heridos los mencionados Inspectores, con lesión con orificio de entrada en tercio medio del muslo izquierdo, sin orificio de salida, y contusión en pubis don J. S., y con herida con orificio de entrada en tercio superior del muslo derecho, sin orificio de salida, don J. H.; siendo estimadas facultativamente dichas lesiones como de carácter grave; alcanzando también uno de los disparos a don S. L. S. que se encontraba por las inmediaciones, quien resultó con lesiones que los facultativos calificaron de leves. (RESULT.º IV). Tras de lo relatado los dos procesados se dieron a la fuga, siendo posteriormente detenidos en el domicilio de J. A. G. B. Ambos habían observado anteriormente mala conducta, sin que durante la instrucción del procedimiento se incorporare a los autos documentos acreditativos de existencia en cuanto a los mismos de antecedentes penales (RESULT.º V).—*CG. Ordinario*: Dos delitos de robo a mano armada (3.º D.-Ley 18 abril 1947), atentado a Agentes de la Autoridad (233 CP.), no apreciando comisión de delito de depósito de municiones de defensa, por la cantidad de munición decomisada, concurriendo en el primer atraco a

mano armada la agravante de alevosía (10, 1.º CP.), treinta años reclusión mayor por el primer atraco; veintiséis años, ocho meses y un día de reclusión mayor por el segundo; treinta años de reclusión mayor por el atentado; y seis años de prisión menor por tenencia ilícita de armas; las penas de reclusión mayor, accesorias, la interdicción civil e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y la castrense de expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos en él adquiridos, y la pena de prisión menor, la de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena, así como la castrense de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de disciplina el tiempo que reste de empeño, extinguida que sea la condena; debiendo los procesados abonar las cantidades que en período de ejecución de fallo se señalen para satisfacer los gastos producidos e indemnizaciones debidas a don F. R. B. y los otros tres lesionados, así como a resarcir a la Mutualidad de Accidentes "Cruz Blanca" la cantidad sustraída; decretándose el comiso de los efectos intervenidos, entre ellos el aparato de radio adquirido con el producto de la cantidad indebidamente apropiada, alcanzando dicho comiso a los demás efectos que en período de ejecución se compruebe proceden del mismo dinero ilícito. El CG llamó la atención en cuanto a posibles responsabilidades en que havan podido incurrir los que indebidamente vendieron a los encartados las armas de fuego y munición que fueron intervenidas a los mismos.—*Autoridad judicial*: Disiente por entender que por cada uno de los delitos de robo a mano armada procede imponer pena de muerte.—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso, con la aclaración de que en cuanto a individualización de sanciones por los delitos de robo a mano armada ejecutados, son de aplicación los correspondientes preceptos del CJM., (192 y concordantes) y puntualizando también que en lo que atañe a los delitos militares cometidos (los de robo a mano armada) es de aplicación, en cuanto a cumplimiento de penas de privación de libertad el límite del art. 237 CJM.; así como lo que concierne a los delitos comunes ejecutados (atentado y tenencia ilícita de armas) el límite determinado en el art. 70, 2.º CP.—*Defensor*: Robo del CP., seis años de presidio menor a cada uno; por robo a mano armada del D.-Ley 18 abril 1947, veinte años y un día reclusión mayor a cada uno; por atentado a agentes de la Autoridad, veinte años y un día reclusión mayor a J. M. A., debiendo ser absuelto J. A. G. B.; por tenencia ilícita de armas, dos años de prisión menor a cada uno; sometiendo a la consideración del CS. la existencia, en cuanto a M. A., de la atenuante del 185, 1.º CJM., y en lo que respecta a ambos la de corta edad, veinte años, como próxima a la circunstancia del 186, 2.º CJM., solicitando que de no aceptarse la calificación jurídica propuesta, se confirmase la S. dictada.—*Vista*: El Defensor mantuvo sus conclusiones, rectificándose por el M. F. las suyas en el sentido de entender existentes (además de la circunstancia agravante de alevosía, ya señalada en el primer robo a mano armada), en lo que respecta a dicho primer delito de robo a mano armada, las agravantes recogidas en los números 5.º y 11.º (ejecución por dos personas) y 14.º (desprecio de edad) del art. 187 CJM., así como la del núm. 7.º de dicho precepto caso de no ser

apreciada la alevosía; y en el segundo de los robos a mano armada las citadas agravantes del 1.º, 5.º y 11.º CJM.—CSJM: Revoca, aunque en lo que respecta a la calificación jurídica de los hechos de autos, extremo sobre el que no ha versado el disenso, la Sala, de conformidad con los criterios sostenidos por la Autoridad Judicial regional y el Fiscal Togado, entiende que aquella fue efectuada en forma adecuada por el CG. En primer término, porque es indudable que, en contra de la tesis sostenida por la Defensa, las dos acciones de intimidación de personas con armas de fuego y con la finalidad de logro de dinero que fueron ejecutadas por los procesados, sobrepasan el ámbito de la figura antijurídica penal de simple robo detallada en el CP. Para encontrar ajustado encuadramiento en el delito de bandidaje que se define y sanciona en el apartado a) del artículo 3.º, párrafo 2.º del D.Ley de 18 abril 1947; y ello porque sobre la base de los requisitos genéricos más arriba aludidos —intimidación con arma de fuego y propósito de robo—, que son exigidos por el párrafo preliminar del indicado art. 3.º, resulta patente que las dos acciones delictivas desarrolladas, respectivamente, los días 22 noviembre y 24 diciembre 1958 aparecen claramente configuradas en alguno de los cuatro supuestos que, para completar los requisitos genéricos anteriormente mencionados y en calidad de elementos específicos integrantes de la infracción, se precisan en el también señalado apartado a) para completar la definición del referido delito de bandidaje; pues, en efecto, en la primera de las susodichas acciones las apetencias de lucro ilícito de los procesados escogieron como víctima a persona que por razón de su empleo en Mutualidad aseguradora tenía encomendada como función propia y personal el transporte de valores a la indicada Mutualidad cuando los mismos eran de cierta importancia, por lo que, no encontrándose, en el aspecto técnico, definida concretamente la profesión de cobrador o encargado de la custodia o transporte de metálico, no puede negarse que en la citada víctima el transporte de fondos le resultaba obligado por obra de su trabajo profesional; todo ello aparte de que es incuestionable que la acción que ahora nos ocupa fué desplegada en lugar que no puede menos de reputarse como parte constitutiva de unas viviendas o habitaciones; y en la segunda de las referidas acciones, ha de afirmarse que concurrió la circunstancia de ser desenvuelta en un establecimiento mercantil, la zapatería "Olimpia". En segundo lugar, dado que los hechos comprendidos en el RESULT.º IV de este fallo son constitutivos del delito que se define y sanciona en el 233, párrafo 2.º CP., habiendo surgido dicho delito de atentado porque los procesados desarrollaron acción agresiva contra los Inspectores de Policía que estaban actuando por razón de función, de carácter público, que directamente les había sido encomendada y cuya función revestía especial trascendencia en orden a la seguridad pública, en la ciudad de Valencia, alterada por las precedentes actuaciones de los mencionados encartados, siendo también esencial la misión de dichos Inspectores para que, con la detención de los culpables, el restablecimiento de la alarma sembrada en dicha Ciudad por el asimismo citado previo proceder de los dos procesados fuere logrado; habiendo sido el lamentable resultado de la citada acción

agresiva lesiones que si bien fueron facultativamente calificadas como de gravedad para los dos inspectores agredidos, no constan que hayan generado pérdida de un miembro o incapacidad de las que se hace mención en el 420, 1.º, 2.º CP, por lo que el delito debe ser sancionado en la forma precisada en el segundo supuesto del 233, párrafo 1.º Y después, porque en la conducta total enjuiciada respecto a los encartados se evidencia la ejecución del delito de tenencia ilícita de armas de fuego, que se define y castiga en el 254 CP., dado que aquéllos llevaron reiteradamente fuera de su domicilio armas de fuego sin que estuvieran provistos de las imprescindible guías y licencias. Siendo los cuatro delitos que han quedado señalados en grado de consumación; habiéndose de notar que dicha consumación se produjo en lo que concierne al segundo de los delitos de robo a mano armada, al haberse desarrollado totalmente la acción intimidativa (en el lugar mercantil ya precisado), si bien no tuvieron los culpables el resultado pecuniario apetecido, lo que es inoperante para la plena aparición del delito de que se trata, dados los términos definitivos del ya citado párrafo preliminar del D.-Ley sancionado y ser evidente el propósito de comisión de robo. Debiéndose, finalmente, entender que el CG, también obró con acierto al no apreciar existencia del delito de depósito de municiones de defensa como apreció la acusación del Fiscal Jurídico Militar regional; y ello por la poca relativa importancia de las cápsulas de pistola que fueron intervenidas a los encartados. Pero, en cambio, omitió dicho Consejo recoger una infracción que es existente la Sala, que es la falta incidental de lesiones definida en el 582 CP., ya que por la acción atentatoria contra los funcionarios de policía se derivó la consecuencia de que persona ajena a ellos resultare con herida que obligó a recibir asistencia facultativa y permanecer en su domicilio durante algún día (CONSID.º I). De los expresados delitos y falta incidental son responsables en concepto de autores los dos procesados, por su participación personal, voluntaria y directa, conforme al 14, 1.º CP, y al también 196, 1.º JM, (CONSID.º II). En el delito de robo a mano armada primeramente cometido concurre la circunstancia agravante del 187, 1.º CJM., ya que los procesados, y con el propósito de asegurar sin riesgo para ellos la ejecución de lo que habían proyectado, no titubearon en emplear medios adecuados para imposibilitar la acción defensiva de la persona escogida como víctima, ya que fué sujeta por boca y cuello por uno de los encartados mientras el otro golpeaba a dicha persona, de avanzada edad y, por tanto, con escasas fuerzas. No concurriendo ninguna otra circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal respecto a este delito ni a las restantes infracciones: no apreciándose por la Sala existencia de datos suficientes en lo que atañe a posible reincidencia de uno de los procesados, al no haberse unido a los autos, con anterioridad a conclusión del procedimto sumarísimo por sentencia, certificados de antecedentes penales, no estimándose en forma alguna probada anormalidad mental de ningún tipo en el encartado N. A., sino por el contrario, normal conciencia y común capacidad diferenciadora de la bondad o malicia de los actos u omisiones; y no apreciándose, por último, las circunstancias agravantes que, además de la alevosia, fue-

ron señaladas en el acto de la vista ante la Sala de Justicia por el Ministerio Fiscal, al considerar que las mismas, en una forma u otra, aparecen subsumidas en la totalidad de las facetas o aspectos subjetivos y objetivos coincidentes en los dos delitos ejecutados de robo a mano armada (CONSIDERANDO III). En lo que concierne al extremo sobre el que ha recaído el disenso, o sea, el de las penas a aplicar a los procesados, la Sala ha de sentar, en una primera consideración, una fundamental premisa. Y es la de que al lado de los delitos de tipo común ejecutados por los procesados, que son los de atentado y tenencia ilícita de armas, concurren los de robo a mano armada o bandidaje cuya naturaleza militar es indiscutible a tenor del 9.º, 1.º del D.-Ley de 18 abril 1947 en relación con el 6, 12 CJM. Y ello sentado, no cabe duda de que si en cuanto a aplicación de penas para los delitos comunes han de ser observadas las reglas del CP., en lo que atañe a los dos delitos militares ejecutados serán de observancia las equivalentes normas del CJM., de conformidad con lo que se regula en el 257, párrafo 2.º de dicho Cuerpo legal, según el cual solo serán aplicables como supletorias las reglas del CP. si en el de JM. no existiere ninguna concerniente al caso, lo que ahora no sucede, ya que es evidente la utilización del 192 CJM., conjugándolo con las circunstancias modificativas que, deducidas de los restantes preceptos concordantes de dicho Cuerpo legal, sean de tener en cuenta; en este caso únicamente la de alevosía y respecto al primer delito de atraco. Y centrada la cuestión, es claro que la mayor facultad discrecional otorgada a los Tribunales castrenses por el 192 CJM. no ha de entenderse en el sentido de que la misma pueda llegar al desconocimiento de la gravedad de los hechos que se enjuicen y de la perversidad de los delinquentes, pues ello equivaldría en la práctica a producir efectos contrarios al que es perseguido en relación a numerosos supuestos penales por la ley castrense, de necesaria mayor rigurosidad, en unos casos por razón de consideraciones de género objetivo, y en otros por consideraciones de aspecto subjetivo, como sucede en los hechos que se juzgan, en el que sus autores desplegaron su reprochable proceder cuando ostentaban la condición y uniforme de soldados, si bien el último no lo emplearon materialmente en el hecho de autos. Por todo ello, la Sala entiende que el CG. no se ajustó a derecho al fijar pena por el primer delito de bandidaje cometido, ya que la misma debe ser la sanción capital, por destacarse la peligrosidad de los procesados, evidenciada por la lenta e imposible preparación de los hechos que habían de ejecutar, así como por su reiteración en los propósitos delictivos al estudiar el posible campo para el comportamiento que se habían trazado, y también por el malicioso estudio que realizaban para escoger como presuntas víctimas de sus actividades personas que, por su edad y demás circunstancias físicas, no fueren capaces de firme actitud defensiva; cuya peligrosidad quedó completamente definida al no titubear en tender al logro de sus apetencias en lugares situados en calles concurridas o en establecimiento en el que había varias personas; no siendo necesario detenerse en la trascendencia del hecho ejecutado que nos ocupa, respecto al que basta considerar la alarma ocasionada, siendo también detalle de-

finidor el que se realizase teniendo como víctima a anciano de sesenta y ocho años. En cambio, se estima que el CG. fijó adecuadamente la sanción correspondiente al segundo de los delitos de atraco, ya que en éste no se destacan detalles reveladores de excepcional gravedad; siendo asimismo de tener en cuenta, en cierto modo, que los culpables no sustrajeron ningún dinero, ni tampoco ocasionaron acciones materialmente perjudiciales de personas. Y en relación a este extremo de aplicación de penas a los encartados, la Sala estima que al no concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal en los otros dos delitos existentes, cada pertinente sanción no debe ser fijada en el límite máximo como hizo el CG., sino dentro de cada correspondiente grado medio y en la forma que se precisará en la parte dispositiva de este fallo; y ello al hacerse uso de la regla contenida en el 6). 4.º CP. (CONSID.º IV). Además, toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente, conforme al art. 202 y siguientes CJM. y a los 19 y sucesivos del P. y que, en su caso, procederá abono de prisión preventiva, a tenor del 33 CP. y de los 217 de JM.; y que habrán de tenerse en cuenta las normas sobre comiso de efectos contenidos en el 228 CP. que acaba de mencionarse y en el 48 CP. (CONSID. V).—Condena a los procesados, soldados de Artillería, J. M. A. y J. A. G. B. a sendas penas de muerte por el delito de bandidaje; sendas de veintiséis años, ocho meses y un día de reclusión mayor por el segundo delito de bandidaje; sendas de veinticinco años de igual reclusión mayor por el delito de atentado; sendas de cuatro años y dos meses de prisión menor por el de tenencia ilícita de armas de fuego, y quince días de arresto menor por la falta de lesiones apreciada. En el cumplimiento de dichas penas, caso de conmutación de la de muerte, habrá de tenerse en cuenta el límite señalado en el 237. párrafo 2.º CJM., por lo que en ningún caso habrán de cumplir los encartados más de cuarenta años, la pena de muerte impuesta a cada uno de ellos, caso de no ser ejecutada, y cada una de las de reclusión mayor llevarán las accesorias de interdicción civil del penado e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, así como la castrense de expulsión de las filas del Ejército con pérdida de todos los derechos adquiridos en él; teniendo la pena de prisión menor recalcada en cuanto a cada uno de dichos procesados las accesorias comunes de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, así como el efecto castrense de obligación de volver al Ejército a cumplir en Cuerpo de Disciplina el tiempo que les restó de su empeño, extinguidas que sean las condenas. Y debiendo ambos procesados en forma mancomunada y solidaria, en concepto de responsabilidad civil, abonar las cantidades que en período de ejecución de sentencia se señalen para satisfacer los gastos producidos, e indemnizaciones debidas en su caso, en relación a las lesiones sufridas por don F. R. B., don J. H. R., don J. S. D. y don S. L. S., debiendo dichos procesados, y en el mismo concepto, reintegrar a la Mutualidad de Accidentes de la "Cruz Blanca" la cantidad de 12.700 ptas., sustraída por aquellos; y se decreta el comiso de los efectos relacionados con los delitos, así como del aparato de radio que fué adquirido con el producto de la cantidad inde-

bidamente apropiada, e igualmente de los demás efectos que se compruebe en el aludido período de ejecución, que fueron adquiridos con la suma mencionada.—*Otrosí:* La Sala deja expeditas las facultades de la Autoridad Judicial en lo que se refiere a la llamada de atención que respetuosamente le hizo el CG., sobre posible responsabilidad en lo que atañe a las personas que indebidamente vendieron a los procesados las armas y munición que fueron decomisadas.

7. Escándalo público. Art. 431, 1.º CP. Incumplimiento de órdenes relativas al servicio. Art. 437, 1.º/415 CJM. Inhabilitación especial. Duración. Art. 30 CP.

*Sent. 11 marzo 1959 (VI Región militar).—*Sobre las 20,30 horas del 4 mayo 1957, el procesado soldado J. T. P., perteneciente al Bon. de..., del Regto. Cazadores de..., se encontraba prestando servicio de centinela en el Polvorín de dicho Bon., y advirtiendo la presencia de unas niñas en las Inmediaciones, se acercó a hablar con ellas a través de la alambrada que circunda el mismo y que tiene unos dos metros de espesor, pretendiendo ganar su confianza ofreciéndoles unos balines, procediendo acto seguido a enseñarles su miembro viril, con grave escándalo para las pequeñas, que marcharon corriendo de aquel lugar, trascendiendo el hecho a sus familias, que lo denunciaron al día siguiente (RESULT. I). Cuando ocurrieron los hechos de referencia, el procesado se encontraba de centinela y si bien no abandonó la vigilancia del lugar que tenía encomendado, es indudable que incumplió sus obligaciones reglamentarias y las consignas de su cargo, desde el momento en que habló con las pequeñas y después de producir el escándalo que se menciona anteriormente, se introdujo en la garita, masturbándose en el interior de la misma (RESULT.º II).—*CG. Ordinario:* Escándalo público (431, 1.º CP.) al existir indiscutiblemente un acto que ofendió el pudor y las buenas costumbres de unas niñas, existiendo la publicidad necesaria para que se dé tal figura delictiva ya que se enteraron los padres de las menores y el hecho tuvo su trascendencia dando origen a la presente causa, razonando la calificación con cita de jurisprudencia aplicable al caso; al propio tiempo una falta grave de incumplimiento de órdenes relativas al servicio (437, 1.º/415 CJM.) cuatro meses de arresto mayor, multa de 2.000 ptas., sustituible, en caso de impago, por cuarenta días de arresto e inhabilitación especial durante tres años, así como accesorias y efecto legal correspondiente por el escándalo público, e imponiéndole el correctivo de cuatro meses de arresto militar por la falta grave.—*Autoridad judicial:* Disintió en relación con la de pena de inhabilitación especial, ya que con arreglo al art. 30 CP., tiene una duración de seis años y un día a doce años, por lo que su extensión deberá fijarse en seis años y un día.—*Fiscal Togado:* Conforme con el disentimiento.—*Defensor:* No hay escándalo público, por entender que no concurren cuantas condiciones se requieren para la existencia de dicha figura delictiva y si solamente una falta (567 CP.), así como una falta leve

del 443 CJM., por la primera diez días de arresto menor y multa de 250 pesetas, y por la segunda una mes de arresto; y subsidiariamente de apreciarse el delito y falta grave que se recogen en la acusación fiscal, que se le impongan las penas en su grado mínimo en atención a la falta de antecedentes penales.—CSJM.: Revoca, pues aunque los hechos que se recogen en el RESULT.º I de esta Sent. son integrantes de un delito de escándalo público previsto y penado en el 431, párrafo 1.º, inciso 1.º CP., como acertadamente lo calificó el CG. que vió y falló la presente causa, ya que existió ofensa del pudor con grave escándalo, en cuanto el hecho repugnó a unas niñas, que pese a su corta edad se apercibieron de la inmoralidad que entrañaba, originando en ellas la reacción de huida y más tarde trascendiendo a sus familiares, por lo que concurren los requisitos típicos para la existencia de tal figura delictiva (COSSID.º I), a efectos de las penas a imponer, si bien resulta acertado el fallo del CG. en cuanto a las de arresto y multa, incurrió en notorio error al señalar la extensión de la inhabilitación especial, toda vez que de conformidad con lo preceptuado en el art. 30, 4.º CP., su duración mínima es la de seis años y un día, por lo que al existir tal manifiesto defecto legal, procede la revocación de la sentencia datada para subsanarlo y precisar que el alcance de la inhabilitación se contrae en el presente caso a toda clase de cargos públicos y derecho de sufragio (COSSID.º III). La conducta que se recoge, RESULT.º II, es constitutiva de una falta grave de incumplimiento de órdenes relativas al servicio prevista y sancionada en el art. 457, 1.º/415 CJM., ya que el procesado distrajo su atención del cometido militar que como centinela tenía encomendado, con olvido de las consignas u órdenes generales, en cuanto habló con las niñas primero y realizó después, en la garita, los actos que el mismo reconoce (COSSID.º IV). No ha lugar a exigir responsabilidades civiles (COSSID.º V).—Condena por delito de escándalo público a cuatro 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, con el efecto especial de pérdida de tiempo para el servicio. Multa de 2.000 ptas. sustituible en caso de impago por 40 días de arresto y seis años y un día de inhabilitación especial para cargos públicos y derechos de sufragio; y por una falta grave de incumplimiento de órdenes relativas al servicio, al correctivo de cuatro meses de arresto militar, con el efecto de pérdida de tiempo para el servicio.

8. Escándalo público. Art. 431, 1.º CP. Art. 567 CP. Inhabilitación especial. Inhabilitación absoluta. Art. 37 CP. Art. 231 CJM.

Sent. 13 marzo 1959 (Capitanía General Canarias).—El 25 marzo 1958, el procesado, Alférez Auxiliar del Cuerpo de Ayudantes de Ingenieros de A. y C. del E., don J. A. H., se exhibió desnudo hacia la vía pública ante la ventana de la habitación que en la Residencia militar de Jefes y Oficiales de Santa Cruz de Tenerife ocupaba el propio individuo, el cual

se tocaba sus organos sexuales con propósito de que tal acción fuera vista por las personas que transitaban por la calle a que da dicha ventana, como efectivamente lo fué por la esposa de cierto paisano, quien dió cuenta de ello al Capitán Secretario de la Residencia. Tres días después, el 27 de marzo, el procesado repitió su mostración al exterior con iguales formas y maneras desde la misma ventana, en ocasión de que pasaban por delante de ésta dos muchachas que también se escandalizaron de aquella visión, dando lugar semejantes acaecimientos a los comentarios reprobables del vecindario, así como a los del personal de la Residencia (RESULT.º I). El encartado no padece desarmonía psíquica o afección mental que anule o menoscabe su responsabilidad (RESULTAN-
 NO II).—*CG. Oficiales Generales*: Escándalo publico (431, 1.º CP.), dos meses y un día de arresto mayor, multa de 2.000 ptas. y seis años y un día de inhabilitación especial, accesorias comunes correspondientes y efecto militar de separación del servicio sin pronunciamiento sobre responsabilidades civiles.—*Defensor*: Recurso (797 C.J.M.) insistiendo en las alegaciones hechas ante el CG. e invocando, además, infracción de normas procesales por no haberse hecho aplicación al procesado del Decreto de Indulto 31 octubre 1958, teniendo en cuenta lo prevenido en las normas de la O. 10 noviembre 1958.—*Autoridad judicial*: Aprobación: Improcedente el recurso.—*Fiscal Togado*: Aprobación, sin otra salvedad que la de adicionarse el fallo señalando un mes de arresto sustitutorio en caso de falta de pago de la pena de multa, declararse que la pena de arresto mayor llevará consigo la accesoria de suspensión de empleo y que las accesorias comunes de suspensión de todo cargo publico, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, se refieren a la duración de la referida pena de arresto mayor.—*Defensor*: Absolución o, en todo caso, falta (567 CP).—*CSJM.*: Aprueba en principio la sentencia, porque *la declaración de probanza formulada por el CG. se ajusta a la resultancia que ofrecen las actuaciones, apreciada con uso racional del amplio arbitrio que al respecto concede al Tribunal el 787 C.J.M., por lo que procede respetarla en la nueva redacción que ahora se da (CONSID.º I) y es igualmente acertada la calificación como delito de escándalo publico comprendido en el 431, 1.º CP., que el CG. estableció con perfecto razonamiento para los expresados hechos y también se ajustan a la ley los demás extremos del fallo inferior relativos al grado de participación del acusado, a la inexistencia de circunstancias modificativas de culpabilidad y de responsabilidades civiles y al abono de prisión preventiva; debiendo estimarse como tal el correctivo de dos meses de arresto impuesto por el mismo hecho perseguido y cuya anotación en este concepto ha de desaparecer de la Hoja de Servicios (CONSID.º II). Pero en orden a la penalidad, aunque hállese fijada la pertinente, es menester precisar el alcance de la inhabilitación, porque señalada genéricamente pudiera entenderse que abarcaba al triple aspecto de cargos públicos, profesión u oficio y derecho de sufragio con que la enuncia el art. 27 CP.; mas en tal extensión resultaría virtualmente equiparada a la de inhabilitación absoluta del art. 35 e incluso más grave que*

*esta —pese a relacionarse como inferior— y, por tanto, excesiva en ponderada valoración de la delincuencia concurrente, que si refleja en su autor relajación de virtudes cívicas por el pernicioso ejemplo que dió con ánimo de desmoralizar a los que lo presenciaron, al par que falta de prestigio para ostentar cargos públicos, y en esa contemplación debe apartársele temporalmente de éstos y de ejercer la función ciudadana del sufragio, no se ve inconveniente, en cambio, a que desempeñe su profesión u oficio en privado, siquiera en todo caso la separación del servicio en el Ejército sea obligado efecto de la inhabilitación por imperativo del 231 CJM (CONSID.º III).—*Condena a las penas de dos meses y un día de arresto mayor con accesorias de suspensión de empleo, de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante la condena; seis años y un día de inhabilitación especial para cargos públicos y derecho de sufragio activo y pasivo con efecto militar de separación del servicio y de 2.000 de multa, sustitutiva por un mes de arresto caso de impago.

9. Recurso revisión. Art. 959 CJM. Art. 954, 5.º CJM. Art. 954, 1.º CJM. Sentencias contradictorias de dos o más personas. Sentencias dispares sobre los mismos hechos. Abono de pena corporal. Art. 976, 1.º CJM.

Sent. 18 marzo 1959 (Consejo Reunido en Sala de Justicia).— Un CG. ordinario del Ejército del Aire, reunido en la base Aérea de Tablada, el 17 diciembre 1957, dictó sentencia en Causa núm. 36.956 por la que condenó a J. B. M., como autor de un delito de hurto (514, 3.º/515, 3.º CP.) con las agravantes de reincidencia, nocturnidad y despoblado, a un año de presidio menor y accesorias correspondientes, y al J. S. S., como autor de un delito de encubrimiento del 546 bis CP., con la agravante de reincidencia a seis meses y un día de presidio menor y accesorias, declarándose probado: *Que en la noche del 14 al 15 abril 1956, el procesado J. B. M., sustrajo con ánimo de lucro, un becerro suizo propiedad de la Granja Regional de este Ejército, que se halla situada en las proximidades del Campo de Aviación de..., becerro que ha sido tasado pericialmente en la cantidad de 1.500 ptas. Una vez descuartizado, vendió el procesado J. B. M. 30 kgs. de carne del mismo al también procesado J. S. S., quien la compró conociendo su ilícita procedencia, habiéndolo sido tasada la carne vendida en 967,50 ptas. (RESULT.º I). En 23 diciembre 1957, el condenado J. B. M., al serle notificada la sentencia, currió escrito al General Jefe Región Aérea del Estrecho denunciando como autor del hecho en dicha causa enjuiciado a F. M. V., natural de Monasterio (Badajoz), de treinta años de edad, hijo de M. y de J., de estado soltero; de oficio, jornalero, cuya denuncia determinó que por la citada Autoridad Judicial se ordenara la Instrucción de un procedimiento previo, posteriormente elevado a causa núm. 7.958, en el que recayó sentencia el 20 octubre 1958, por la que se condenó al citado E. M. V. como autor*

de un delito de hurto (514/515, 3.º CP.) con la agravante de nocturnidad a cinco meses arresto mayor y accesorias, declarándose probado: *Que en la noche del 14 al 15 abril 1956, el paisano E. M. V. penetró en el cercado existente en las inmediaciones de la Base Aérea de... cerca de esta capital y sustrajo, con ánimo de lucro y sin que conste ni violencia ni intimidación de persona alguna ni fuerza en las cosas, un becerro de raza suiza, propiedad de la Granja Regional de este Ejército, trasladándole a un trigal próximo al cortijo de "El Cuarto", le mató, vendiendo parte de su carne a un individuo que, posteriormente, no ha podido ser identificado; la res en cuestión ha sido valorada en la cantidad aproximada de 3.500 ptas* Le fueron concedidos los beneficios de la remisión condicional de la pena impuesta (RESULT.º II). El General Jefe Región Aérea del Estrecho, estimando que existía una evidente contradicción entre las sentencias recaídas, y haciendo uso de la facultad que confiere el 959 C.J.M., con base en el motivo que señala el 954, 5.º C.J.M., formuló propuesta de revisión de la sentencia dictada en la Causa núm. 36/1956, con remisión de los autos y testimonio de la que se dictó en la Causa núm. 7/1958 (RESULT.º III).—*Sala de Justicia*: previo informe del Fiscal Togado acordó la admisión a trámite del recurso, con aportación de la Causa número 7/1958.—*Fiscal Togado*: Deduciéndose del examen de las dos sentencias pronunciadas, que por unos mismos hechos constitutivos de un único delito que aparece cometido por una sola persona, han sido condenados dos individuos distintos, en virtud de sentencias contradictorias, se dan con claridad el supuesto de revisión del 954, 1.º C.J.M. y no el 5.º del indicado precepto, como sostiene la Autoridad Regional Aérea, que se refiere a sentencias contradictorias en las que concurren las tres identidades clásicas de acción, cosa y persona; y que a mayor abundamiento, la revisión al amparo del núm. 1.º del precepto citado, es procesalmente más conveniente a la vista del 972 Código Militar, ya que la amparada en el núm. 5.º obligaría a la Sala a mantener una de las dos sentencias y no permitiría enjuiciar los hechos con toda la amplitud que trae consigo la instrucción de un nuevo procedimiento.—*Condenado J. B. M.*: Al evacuar el trámite prevenido en el 964 C.J.M., se limitó a manifestar se ponga término a su anómala situación para poder retornar a su hogar donde le esperan seis hijos.—*CSJM.*: Estima el recurso, por que *de acuerdo con el razonado informe del Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, se da en el caso que se examina el motivo de revisión del 976, párr. 1.º C.J.M., por lo que, a tenor del 972, párr. 1.º C.J.M., procede declarar la nulidad de las sentencias recaídas en las Causas 36/1956 y 7/1958 de la Región Aérea del Estrecho y ordenar a la Autoridad Judicial de la misma la instrucción de nueva causa en esclarecimiento de los hechos y determinación de las personas responsables (CONSID.º 1) y al declararse la nulidad de las referidas sentencias y quedar sin efecto todos sus pronunciamientos, debe acordarse la libertad del condenado en ella J. B. M., actualmente recluso en la Prisión Provincial de Sevilla, extinguiendo la pena de un año de presidio menor; y asimismo en cumplimiento de lo que dispone el 977 del propio Código, ha de remitirse testimonio de esta sen-*

tencia al Registro Central de Penados y Rebeldes, a fin de que sean cancelados los antecedentes que derivados de las sentencias que se anulan y con referencia a los condenados en ellas hubieren sido anotados en dicho Registro (CONSID.º II). Según establece el 976 del texto legal tantas veces aludido, si la nueva causa que ha de instruirse recayere sentencia imponiendo pena corporal a los condenados J. B. M. y J. S. S., les servirá de abono para su cumplimiento el tiempo de condena extinguido por razón de la sentencia que se anula dictada en la causa núm. 36/1956. (CONSIDERANDO III).—Anula la sentencia firme dictada en Causa núm. 36/1956 el 17 diciembre 1957, por la que se condenó a J. B. M. como autor responsable de un delito de hurto, y a J. S. S. como autor responsable de un delito de encubrimiento, y asimismo anula la sentencia dictada en Causa numero 7/1958, dictada el día 20 octubre 1958, por la que se condenó a F. M. V., como autor de un delito calificado de hurto, debiendo ordenarse por la Autoridad Judicial de la Región Aérea la Instrucción de nueva causa en averiguación y esclarecimiento de los hechos que dieron origen a aquellos procedimientos y si en la sentencia que en ella se dicte resultaren condenados J. B. M. y J. S. S., les servirá de abono para el cumplimiento de la pena que se les imponga, el tiempo de condena extinguida por razón de la Causa núm. 36/1956. Acuerda sea puest en libertad el condenado J. B. M., a cuyo efecto, para su mas rapido cumplimiento, se librará el oportuno despacho telegráfico a la Autoridad Judicial, y que en trámite de ejecución de sentencia se remita testimonio de la presente al Registro Central de Penados y Rebeldes para cancelación de los antecedentes que con referencia a los condenados en las sentencias que se anulan hubieran sido anotados.

- 10. Apropiación indebida. Arts. 535/528, 3.º y 4.º CP. Falsificación de documentos. Arts. 302, 1.º, 2.º y 9.º/303 CP. Estafa. Arts. 529, 1.º/587, 3.º CP. Causas personales de agravación de la pena. Art. 194, 2.ª y 4.ª CJM. Causa específica de atenuación. Art. 318 CP. Concurso real de delitos. Art. 70, 2.ª CP. Concurso ideal de delitos. Art. 238 CJM. Art. 71 CP. Fraude militar. Art. 403 CJM. Inexactitud en cumplimiento de deberes militares. Art. 443 CJM. Estado de necesidad incompleto. Arts. 9, 1.ª/ 8, 7.ª CP. Ordenanzas de Carlos III.**

Sent. 10 abril 1959 (V Región Militar).—El procesado, Sargento de Infantería del Regto. de Montaña núm. ..., don E. S. F., en ocasión de desempeñar el cometido de auxiliar de cocina en los meses de febrero y octubre de 1956, febrero, julio y octubre 1957 y enero de 1958, recibió de los respectivos Capitanes las cantidades necesarias para pagar a los provisionistas el importe de las liquidaciones de cada mes; mas al hacer éstas hubo un menor gasto de 4.681,30 ptas., en total, durante dichos meses por diferencia de plazas en rancho con relación a las del libro de Cocina: de cuyas 4.681,35 ptas. se apropió (RESULT.º I). Al mismo pro-

cesado entregó en diciembre 1957 el Capitán de su Compañía, de la que aquél era auxiliar, dinero para que una vez cambiado en billetes pequeños hiciera ante el oficial de semana el pago de las sobras, ventajas y del reintegro que había correspondido a participaciones de la Lotería Nacional, y aprovechándose el don E. S. de que varios soldados se hallaban fuera del local en que hacia los abonos, o con permiso, se quedó con las cantidades correspondientes a ellos por un total de 529,50 ptas. (RESULTANDO II). En uno de los primeros días de febrero 1958, al realizar, por encargo de su Capitán, la liquidación de la distribución mensual con la Caja del Regimiento..., confeccionó, mediante la utilización de impresos empleados para este fin, dos supuestos cargos, uno por 95 ptas. y otro por 403 ptas., a los que puso el sello en tinta legítimo del Regimiento y la firma fingida del Capitán, recogiendo después las firmas del Mayor y del Coronel y los presentó y cobró en Caja, quedándose también en provecho propio con las 498 ptas. (RESULT.º III). Ha restituido todas las expresadas cantidades (RESULT.º IV).—CG. *Ordinario*: Hechos probados: El procesado, Sargento de Infantería don E. S. F., en fecha no determinada, mas comprendida entre febrero y octubre de 1956, febrero, julio y octubre 1957 y enero 1958, en ocasión de desempeñar el cometido de auxiliar de cocina, se apropió de diversas cantidades, y en ocasiones diferentes, que había recibido de los respectivos Capitanes Inspectores del servicio de Cocina cada mes, para pagar a los provisionistas, por un total de 4.681,35 ptas. En fecha no determinada exactamente, mas comprendida en el mes de diciembre de 1957, se apropió igualmente del importe de las sobras correspondientes a algunos soldados de su Compañía, así como la cantidad correspondiente al reintegro que había correspondido por unas participaciones de la Lotería Nacional a varios de éstos, cuyas cantidades importaron la suma de 529,50 ptas. En uno de los primeros días de febrero 1958, y en ocasión de practicar la liquidación de cuentas de su compañía con la Caja del Regimiento, utilizando los impresos usualmente empleados para este fin y con uso de los sellos legítimos, simuló la existencia de dos cargos, que autorizó, con la firma de su Capitán don P. M. B., la que fingiendo y simulando estampó en los mismos, recogiendo posteriormente la firma del Mayor y del Coronel de la Unidad, presentándolos al cobro en la Caja y lucrándose con su importe de 498 ptas. Todas las cantidades han sido restituidas por el procesado. Dos delitos consumados de apropiación indebida (535/528, 3.º, 4.º CP.) y un delito de falsificación y estafa (529, 1.º/ 587, 3.º y en el 302, 9.º CP.), concurriendo en los delitos de apropiación indebida la agravante del 194, 2.º C.J.M., y en el de falsificación la del mismo precepto, haciéndose uso en cuanto a éste, a efectos de penalidad, de la facultad otorgada por el 318 CP, seis meses arresto mayor por el primero de apropiación, con la accesoria militar de separación del servicio, pérdida de tiempo y antigüedad y las comunes de suspensión de todo cargo público, profesión u oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena; cuatro meses y un día de arresto mayor, idénticas accesorias, por el segundo, de apropiación indebida; y por el de falsificación, cuatro años, cuatro meses y un día de

presidio menor y multa de 1.000 ptas. sustituible, caso de impago, por un mes de arresto, llevando la de presidio iguales accesorias militares y comunes que las sanciones por apropiación indebida; no existiendo responsabilidades civiles. Llamó la atención de la Autoridad judicial, por si estimara oportuna la incoación de procedimiento en averiguación de los hechos que permitieron que el procesado manejara fondos para cancelar pagos a provisionistas y abono de sobras a los soldados de su Unidad.—*Autoridad Judicial:* Disintió por considerar que el procesado era también autor de dos delitos de falsificación (303/302, 1.º, 2.º, 9.º CP.) y de dos faltas de estafa (artículo 587, 3.º CP.), debiéndose hacer uso en lo que concierne a los delitos de falsedad de la facultad otorgada en el art. 318 CP. sin perjuicio de tomar en consideración la regla 4.ª del 194 CJM.; procediendo imponer al referido encartado, por cada uno de los delitos de falsificación seis meses de arresto mayor y multa de 1.000 ptas., sustituibles, caso de no ser satisfecha, por un mes de arresto, y debiéndose sancionar cada una de las faltas de estafa ejecutadas con treinta días de arresto menor; manifestandose no haber lugar a proveer en cuanto a la llamada de atención dado que el manejo de fondos por el procesado fué esporádico, obrando como simple mandatario, en cuya función auxiliar está justificado el supuesto producido de custodia eventual de los mencionados fondos.—*Fiscal Togado:* Dos delitos de apropiación indebida (535/528, 3.º CP.), con la agravante del 194, 2.ª CJM., seis meses y cuatro meses y un día de arresto mayor; dos delitos de falsedad (303/302, 1.º y 9.º CP.) con aplicación del 318 CP. y con la concurrencia de la agravante del 194, 4.ª CJM., seis meses de arresto mayor y multa de 1.000 ptas., sustituibles (dichas penas de multa, caso de no ser satisfechas, por un mes de arresto cada una; accesorias legales correspondientes; dos faltas de estafa (587 CP.) sendas penas un mes arresto menor; debiéndose tener en cuenta para el cumplimiento de las penas la limitación establecida en la regla del art. 70, 2.ª CP.: no ha lugar a proveer sobre la llamada de atención, por no ser pertinente la instrucción de procedimiento, ya que el manejo de los fondos por el encartado, en cantidad no muy elevada, está justificada por el carácter de auxiliar que tenía en su Unidad.—*Defensor:* Fraude (403 CJM.), una falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones (443 CJM.) dos delitos de falsificación de documentos militares (303 CP.) y dos faltas de estafa (587, 3.º CP.), concurriendo en el fraude militar (artículo 403 CJM.) la eximente incompleta de estado de necesidad (185, 7.º/186, 1.º CJM.), dándose en los de falsificación (además de ser aplicable el 318 CP.) la misma eximente incompleta (8.º, 7.ª/9.º, 1.ª CP.) y para todas las infracciones la atenuante del desembolso elevado que se vió obligado a hacer por las misiones que se le encomendaron, sin posterior compensación (186, 9.º CJM. y 9.º, 10.º CP.), graduándose la pena en el mínimo para el delito de fraude, y rebajándose en dos grados en lo que atañe a los delitos de falsificación; seis meses y un día de prisión militar por el fraude; cuatro meses y un día de arresto mayor por cada uno de los dos delitos de falsificación, un mes de arresto militar por la falta leve de inexactitud en el cumplimiento de obligaciones, y un mes

de arresto menor por cada una de las dos faltas de estafa.—CSJM.: *Revoca aunque la declaración de probanza formulada por el CG. se ajusta a la resultancia que ofrecen los autos, apreciada con racional uso del amplio arbitrio que al efecto confiere el 787 CJM. al Tribunal. por lo que procede respetarla en la nueva redacción de algún mayor y conveniente detalle que ahora se da (CONSID.º I).—La apropiación por el procesado de las 4.681.35 ptas., sobrantes de liquidaciones, que se relata en el RESULT.º I, y de las 529.50 ptas., del personal de tropa que expresa el RESULTANDO II, constituyen dos delitos, uno y otro continuados, de apropiación indebida, según entendió acertadamente el CG., ya que tanto en una como en otra ocasión recibió el Sargento S. los fondos, de que eran parte las indicadas cantidades como simple mandato de los Capitanes dadores de ellas, en eventual tenencia y para seguida y concreta aplicación a los pagos que se le ordenaron, por lo que al no devolver las sobrantes en el primer caso ni verificar en el segundo los abonos dispuestos, aprovechándose, en cambio, de ellas en perjuicio del Estado o de los individuos a que pertenecían y a quienes debió entregarlas —pues el posterior reintegro no afecta a la consumación de los delitos—, incidió claramente en los dos calificados de apropiación indebida, comprendidos ambos en el 535/528 CP. y que han de juzgarse como continuados ante la indeterminación de las fechas y porciones en que fué quedándose con los dineros; sin que sea dable apreciar la modalidad del fraude que respecto al primer delito sostiene el defensor, porque ni el procesado tenía personalidad por su cargo para reclamar los haberes de las plazas que los devengaban, ya que esa misión la llenó el Capitán de la Compañía, ni se deriva de ahí precisamente la culpabilidad, sino de que "a posteriori" se apropió del remanente de los fondos ya recibidos a fin de liquidar los suministros de provisionistas. Y tampoco existe base de estimar malversación de caudales públicos, explicando, cual queda, que no estuvieron éstos formalmente a cargo del encartado en razón de las funciones que desempeñaba, por las que ohró de simple agente o auxiliar del Capitán y sí a las de éste en todo momento, en concepto de perceptor y administrador de la dotación de su Cia. (CONSID.º II). Por otra parte, la simulación de los dos cargos oficiales referida en el RESULT.º III, con fingimiento de la firma del Capitán de la Compañía, haciendo suponer así había intervenido éste en la expedición de dichos documentos aparentemente auténticos y que han de reputarse públicos lo mismo por su indole que por imperativo del 194, 4.º, párrafo 2.º CJM., configura manifiestamente le falsedad delictiva con las modulidades del 302, 1.º, 4.º y 9.º CP., pero no con el enmarcamiento punitivo y la singularidad que estimó el CG., y si con los que razona la Autoridad Judicial y su Auditor en su pertinente discrepancia sobre estos puntos, ya que no entraba en las atribuciones del encartado formalizar legítimamente los mentados cargos por los que no abusó de su oficio en la superchería con que los extendió, y en su virtud, no obró entonces con la condición de funcionario, sino con la de particular, lo que lleva al supuesto sancionado en el 303 CP., y por otra parte, el doble delito de falsedad surge de haber sido también dos los documentos suplan-*

tados con entera sustantividad y resolución criminal propia en uno y otro, debiendo así observarse la regla general de los arts. 69 CP./237 CJM. en la punición independiente de cada transgresión (CONSID.º III). Las defraudaciones logradas con la inclusión en cuenta de los cargos falsos originan por duplicado el tipo de la estafa del 529, 1.º CP., si bien, dada la cuantía de cada uno de los dos, inferior a 500 ptas., son constitutivas de falta con arreglo al 587, 3.º CP., cuyas faltas han de penarse separadamente, porque al tenor de los arts. 238 CJM. y 71 CP. sólo cabe el concurso ideal entre delitos o entre faltas, mas no entre delito y falta (CONSIDERANDO IV). De los dos delitos de apropiación indebida, de los dos de falsedad y de las dos faltas de estafa, de que se ha hecho mención, es responsable en concepto de autor por participación directa, conforme el 196, 1.º CJM. y 14 CP., el procesado E. S. F. (CONSID.º V). En los cuatro indicados delitos de apropiación y falsedad concurre el motivo de especial agravación establecido en el 194, 2.º y 4.º CJM., sin que sean de apreciar otras circunstancias modificativas de la responsabilidad, pues la eximente incompleta del estado de necesidad que alega el defensor derivada de los gastos extraordinarios que al procesado le acarrearán enfermedades de la mujer, hijos y madre y los desplazamientos a Sabiñánigo no bastan a generar dicha circunstancia: en un aspecto general, porque dado lo excepcional de ella ha de revestir semejante estado un carácter absoluto, con plena comprobación de no quedar otro medio de subsistir que la lesión del bien jurídico atacado y aquí no se justifica debidamente en autos la intensidad, las causas totales y lo irremediable de la precaria situación económica familiar que se aduce del Sargento S., por factores insuperables extraños al mismo, máxime cuando el reintegro de lo apropiado, enseguida que a él se le requirió, denota la existencia de disponibilidades que no consta le faltaran con anterioridad; y dentro ya de la exigibilidad de conducta del militar profesional es patente que teniendo que asentarse ésta en la honorabilidad y en el sacrificio, resulta incompatible con la primera la atribución fundada de cualquier delito contra la propiedad que objetivamente valorado —como es ineludible hacerlo por su gran trascendencia exterior sobre el prestigio marcial del inculcado— merma sensiblemente la personalidad ética del Oficial o Suboficial tomador de lo ajeno para permanecer en el Ejército, con lo que la obligada protección de éste, informadora del espíritu defensivo y utilitario de lo penal castrense, impide participar el mal de mayor entidad producido por delitos de esta naturaleza en la Institución armada con aquel que pueda afectar al delincuente; y en cuanto al deber de sacrificio peculiar de los componentes de la milicia le recuerdan con relación a la faceta pecuniaría las Ordenanzas del Ejército cuando en su art. 1.º del Título 17 del Tratado 2.º mandan que todo militar se manifieste siempre conforme con el sueldo que goza y empleo que ejerce, prohibiendo a renglón seguido las murmuraciones sobre cortedad de aquél, prevenciones que, con mayor razón, vedan cualquier justificación de actos ilícitos a pretexto de insuficiencia de lo percibido: llegándose así a la conclusión de no darse siquiera la mayoría de los requisitos que señala el 185, 7.º CJM. para la

ermente completa o incompleta examinada (CONSID.º VI). En orden a la penalidad, es de atender la unidad de criterio con que se pronuncian el CG., la Autoridad Judicial y Auditor y el Fiscal Togado en sentido de que se está en caso de usar de la autorización que otorga el art. 318 CP. a fin de imponer la pena inferior en grado en los delitos de falsedad, dadas la relativa gravedad del hecho, las condiciones del culpable y la inexistencia de perjuicio patrimonial, siendo por lo demás preceptivo el efecto de separación de servicio establecido en el 221 CJM. para los delitos de apropiación indebida, y el limitar la duración de la condena, en observancia del art. 237 CJM. y 70 CP. al triple del tiempo de la mayor pena dejando de extinguirse los demás (CONSID.º VII). No hay responsabilidades civiles que exigir (CONSID.º VIII).—Condena al procesado por los dos delitos de apropiación indebida cinco meses de arresto mayor cada uno, accesorias comunes y las militares de suspensión de empleo y de separación del servicio; por dos delitos de falsificación de documentos públicos por particular, seis meses de arresto mayor por cada uno, con las mismas accesorias comunes y el efecto militar de suspensión de empleo, y, además, a dos penas de multa de 1.000 ptas., sustituible caso de impago, por un mes de arresto, y como autor de dos faltas de estafa a un mes de arresto menor por cada una. Del conjunto de las antedichas penas corporales dejara de cumplir el reo el tiempo que exceda del triple del tiempo de la más grave impuesta, con lo que la privación de libertad a extinguir se concreta en dieciocho meses.—OTROSÍ: En cuanto a la llamada de atención que contiene la sentencia del CG., la Autoridad Judicial, con su Auditor, dispondrá la apertura del procedimiento que estime pertinente en averiguación y sanción, en su caso, de las presuntas negligencias a que se refiere el Tribunal.

11. Atraco a mano armada. Art. 3. 2.º D.-Ley 18 abril 1947. Art. 6 D.-Ley 18 abril 1947. Art. 198 CJM.

Sent. 15 abril 1959 (IV Región Militar).—Sobre las 10 horas de la mañana del 29 julio 1947 se presentaron dos individuos armados de pistola, mientras otro permanecía en la escalera, en la oficina de "Industrias Carreras Soujol, S. A.", de Barcelona, amenazando a los empleados y al principal don F. C. M., y logrando apoderarse de 2.500 ptas., que se hallaban en la caja, así como de unas 150 ptas., que tenía el señor C.; abandonando seguidamente los aludidos individuos el mencionado lugar en un taxi, conducido por su propietario M. G. P., que ignoraba lo acaecido, cuyo vehículo había sido alquilado momentos antes por un cuarto individuo, que esperaba a la puerta de la Empresa a los otros tres para darse con ellos a la fuga (RESULT.º I). Como consecuencia de un escrito, de fecha 18 junio 1952, dirigido desde Ocaña por el procesado P. R. O., se procedió a la reapertura de las actuaciones que estaban archivadas por desconocerse los autores del hecho descrito; acreditándose que dichos autores fueron los procesados S. G. M. y N. G. P., en unión del asimismo

procesado, mas en situación de rebeldía, L. G. M.; siendo el cuarto individuo, o sea, el que ocupó el taxi mientras los otros desarrollaban su actividad en la ya mencionada Empresa, el indicado encartado P. R. O., denunciante del referido hecho en su aludido escrito (RESULT.º II). Pese a haber acusado los tres citados procesados como autores del hecho relatado a los asimismo procesados A. G. T. y V. S. J. G., al primero como partícipe de dicho hecho y al segundo como el que les facilitó las armas que llevaron el día de autos, es la realidad que en la correspondiente fecha G. T. y S. J. G. se encontraban presos en la Cárcel Provincial de Madrid, conforme a lo que se acredita en los escritos, obrantes en autos, del Director del indicado Establecimiento penitenciario (RESULT.º III).—*CG. Ordinario*: Atraco a mano armada (caso 2.º art. 3.º D.-Ley 18 abril 1947), autores, los procesados S. G. M., N. G. P. y P. R. O., veinte años y un día reclusión mayor, debiendo, en concepto de responsabilidad civil, indemnizar mancomunada y solidariamente a los perjudicados en 2.650 pesetas; absolvió a A. G. T. y V. S. J. G. Llamó la atención por sí las acusaciones de los procesados R. O., G. M. y G. P., de haber tomado parte en los hechos personas que no intervinieron en ellos, constituyeren el delito de acusación falsa.—*Defensores*: De N. G. P. y S. G. M.: Recursos (797 C.J.M.) fundamentados en no existir prueba sobre participación de sus defendidos en el delito perseguido. De P. R. O.: Basado en notorio error en la apreciación de la prueba y ser inaplicable el art. 3.º D.-Ley 18 abril 1947, dado que el citado encartado ni atracó ni intimidó a persona alguna ni intervino indirectamente en intimidación, ni utilizó, ni empleo arma de fuego; todo ello además de aportarse nueva prueba demostrativa de que R. O., y en el día y hora de autos, se hallaba trabajando en la Empresa en que prestaba sus servicios.—*Autoridad Judicial*: Disintio que debe considerarse al encartado P. R. O. como auxiliador comprendido en el art. 6.º del citado D.-Ley de banditaje, seis años prisión menor, y debiendo indemnizar a los perjudicados subsidiariamente respecto a los otros dos condenados; que al ser disintido el fallo no procedía tomar decisión alguna sobre la llamada de atención.—*Fiscal Togado*: Revocar en lo que respecta a P. R. O., cómplice del delito imputado a G. P. y G. M.; catorce años, ocho meses y un día de reclusión menor, habiéndose de mantener los demás pronunciamientos del fallo.—*Defensores*: Absolucion.—*CSJM.*: Revoca, aunque la Sala entiende que el CG. apreció racionalmente, conforme a su recto criterio, la prueba obrante en autos respecto al hecho perseguido, sin incurrir en error notorio al efectuar dicha apreciación; y ello tanto en lo que se refiere a la forma en que se desarrolló la actuación delictiva de la que resultó perjudicada "Industrias Carreras Soujol, S. A.", como a la respectiva intervención en dicho hecho punible por parte de cada uno de los procesados en la presente causa; siendo de notar que, aun admitiéndose el supuesto de que alguno de dichos procesados prestase servicios laborales en la época en que tuvo efectividad la reiteradamente aludida acción ilícita, ello no representa obstáculo para que, por abandono subrepticio del trabajo o por cualquier otra circunstancias, pudiera tomar parte

en aquélla. Y también estima en cuanto a los extremos sobre los cuales no ha versado el disentiimiento, el CG. hizo adecuada calificación jurídica en lo que respecta a consumación de un delito de robo a mano armada previsto y penado en el art. 3. 2.º del D-Ley de 18 abril 1947, ya que, con móvil de lucro, los correspondientes malhechores, provistos de armas de fuego con las que ocasionan intimidación a las personas, asaltaron un establecimiento industrial; como también acertado pronunciamiento en lo que atañe a responsabilidad de dicho delito por parte de N. G. P. y S. G. M. en concepto de autores, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, dado que si bien ambos han sido condenados por otros delitos, no lo fueron con anterioridad a la ejecución de los hechos que ahora se les imputan, por lo que no cabe hablar de circunstancias agravantes de reincidencia o reiteración y, finalmente, procedente declaración absolutoria de los encartados A. G. T. y V. S. J. G., al no haberse comprobado participación de los mismos en el hecho de autos, sino por el contrario, total imposibilidad de dicha participación al hallarse reclusos en la fecha que interesa, como también pertinentes y restantes declaraciones sobre sanción imposible a G. M. y G. P. (CONSIDERANDO 1). Pero en lo que concierne al punto sobre el que se ha concretado el disentiimiento, la Sala, de conformidad con el criterio del Fiscal Togado, sustenta el de que, en una primera consideración, el procesado P. R. O. no puede ser reputado autor del delito que ha quedado calificado en cuanto a los otros dos procesados no absueltos por el CG., al tenerse en cuenta su verdadera colaboración al mismo y el hecho de no existir indicios de que indujera a la comisión de aquél a los autores materiales y directos; así como, después, el de que el referido procesado no pueda ser considerado como incurso en el delito de auxilio que se define y pena en el artículo 6.º del Citado D-Ley de 18 abril 1947, ya que esta figura ilícita penal excluye de su ámbito, en forma expresa, toda actividad que de por sí pueda constituir complicidad o encubrimiento, y, además, la ayuda o ilícito socorro de que en ella se trata ha de encontrarse referida, según el tenor literal del precepto que nos ocupa, a componentes de grupos o partidas armadas que vivieren subrepticamente en los núcleos urbanos o, con el propósito de alejarse de todo contacto con la sociedad, hubieren escogido medios rurales como base de actuación integrante de merodeo, bandidaje o subversión social; requisitos los mencionados que no se dan en el presente caso. Y, en definitiva, la verdadera calificación jurídica que ha de realizarse en cuanto al penado P. R. O. es la que comprende responsabilidad como cómplice en el delito de robo a mano armada que ha quedado mencionado anteriormente dado que él mismo cooperó a la ejecución del hecho de autos por medio del acto anterior a su comisión consistente en alquilar el taxímetro que había de utilizarse para llevar a efecto la acción apropiativa de dinero, como también por medio de la espera en dicho vehículo a la puerta de la Empresa perjudicada, mientras se cometía el atraco, para facilitar la fuga de los ejecutantes directos de éste, con los que previamente se había puesto de acuerdo para todo ello; siendo el precepto penal aplicable el 198 del CJM. (CONSID.º 11). En

cuanto a dicho penado, al igual que ocurre respecto a G. M. y G. P., tampoco son de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, por la misma razón que ha quedado detallada en lo que se refiere a los dos últimamente mencionados; y que al individualizarse la sanción, y rebajarse la misma a la pena inmediatamente inferior a la señalada por la ley para los autores, se estima procedente hacer aplicación del grado medio de dicha pena inferior. (CONSID.º III).—Condena a los S. G. M. y N. G. P., como autores, a sendas penas de veinte años y un día de reclusión mayor, con interdicción civil e inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena; y a P. R. O., como cómplice, a catorce años, ocho meses y un día de reclusión menor, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena; siendo responsable subsidiario de la indemnización el encartado P. R. O. Absuelve a A. G. T. y V. S. J. G.—OTROS: Se dejan expeditas las íntegras facultades de la Autoridad Judicial para que resuelva lo que estime pertinente en cuanto a la llamada de atención.

12. Estafa. Arts. 529, 1.º/528, 2.º CP. Actos contrarios a la dignidad militar. Actos que afectan al decoro. Art. 443 CJM. Art. 793 CJM.

Sent. 24 abril 1959 (IV Región Militar).—El procesado, Comandante de Intendencia, Escala Complementaria, don E. C. R., en el periodo de tiempo comprendido entre agosto 1956 y marzo 1957, obtuvo del paisano don J. F. T. en concepto de préstamo, cantidades por un total de 85.000 pesetas, en garantía de las cuales hizo constar don E. C. en un recibo de 40.000 ptas. que respondía del pago con un camión de su propiedad matricula... que se comprometía a no vender ni enajenar hasta que estuviera saldada la cuenta con el señor F. De las expresadas deudas pagó en varias ocasiones, la última a mediados de septiembre de 1957, 9.000 ptas. (RESULT.º I). Don E. C. concertó el 30 de noviembre 1956, con el Teniente retirado y agente de negocios, don C. L. S., la constitución de una sociedad comanditaria entre ambos, para la explotación del mencionado camión perteneciente al primero, a la cual aportaron: 30.000 ptas. el señor L., quien se las entregó al señor C. y éste el camión suyo (RESULT.º II). El 18 marzo 1957 suscribieron por duplicado don E. C. y don C. L., juntamente con dos testigos, un nuevo contrato de arrendamiento del camión de referencia por el señor C. al señor L. con cierta opción a éste de compra del vehículo, en cuyo segundo contrato figuran entre otras las estipulaciones siguientes: 1.º Que el señor L. acepta el arrendamiento del camión, propiedad del señor C., por un plazo de 37 meses y se compromete a pagar por dicho arriendo 5.000 ptas., los días 5 de cada mes, pudiendo este señor, si le conviene, acelerar el pago de las respectivas cuotas hasta completar las 37 mensualidades, a partir de la firma de este contrato, al finalizar este compromiso y con dos meses antes, puede optar a quedarse con el citado camión previo pago de 12.000 ptas., siempre que así se convenga entre ambas partes como última cuota y quedar en propiedad el señor L. del camión con todos sus elementos ya citados.

2.º Que para dicho motivo enumerado en el párrafo anterior, serán pagadas a su vencimiento y de no ser hechos efectivos en las fechas indicadas quedara rescindido el contrato presente, debiendo ser entregado por el señor L. el camión objeto de este contrato con todos sus elementos arriba enumerados, en perfecto estado, y de no ser así, exigirle el pago a que hubiera lugar, perdiendo los derechos que sobre el mismo tuviere y abonar hasta su completo valor, asignado por las cuotas a satisfacer.

3.º Que la contribución, patentes de circulación, seguros a todo riesgo del camión, accidentes, multas de carácter civil criminal, garaje, entretenimiento del camión y daños a tercero, que pudiera ocasionar el camión arrendado al señor L. correrán a cargo de este señor como consecuencia de los trabajos que efectúe el camión a favor del señor L., aun cuando figure en los títulos del referido camión el nombre del señor C. hasta que cuando entre ambos señores, acuerden ser transferidos el mismo al señor L., al término de este contrato fielmente cumplido.—4.º Que dos meses antes de finalizar este contrato, de conformidad entre ambos señores, puede ser prorrogado u optar a pasar a propiedad del señor L., abonando para ello 12.700 ptas., el camión quedará en dicho término propiedad del señor L.—8.º Queda rescindido el contrato que anteriormente tenía el señor L. y el señor C. que en S. C. tenían concertado de fecha 30 noviembre 1956 de mutuo acuerdo (RESULT.º III). Uno de los originales del contrato lo guardó don C. L. y el otro don E. C. y al firmarle dio el primero al segundo 20.000 ptas. como parte del precio convenido, cuya cuantía exacta no consta, e igualmente firmó el señor L. la aceptación de 37 letras de cambio de 5.000 ptas cada una con vencimiento el día 5 de los meses sucesivos a partir de mayo de 1957, más otra letra de 12.500 ptas. cuyas letras quedaron en poder de don E. C. para presentarlas al cobro en las fechas respectivas (RESULT.º IV). La letra de mayo 1957 fué puntualmente pagada, pero no las siguientes, pues las de junio, julio, agosto y septiembre no se hicieron efectivas a su vencimiento en el día fijado, por lo que fueron protestadas mediante las correspondientes actas notariales, si bien las letras de junio y julio las satisfizo el señor L. pocos días después, mientras que por la de agosto pagó 4.500 pesetas durante este mes y el de septiembre y de la de septiembre no abonó cantidad alguna (RESULT.º V). Don E. C. R., fundándose en las faltas de pago indicadas dió por resuelto el contrato y para comunicárselo a don C. L. S., le escribió, fechada en 27 septiembre 1957, la siguiente carta: "Muy Sr. mio: Habiendo incumplido usted el contrato de fecha 18 de marzo ultimo, sobre arrendamiento de un camión de mi propiedad, toda vez que no ha satisfecho el arrendamiento correspondiente al mes de septiembre ultimo, habiéndose dejado protestar una letra de importe 5.000 pesetas, así como tampoco cumplió el pago total correspondiente al mes de agosto anterior, del que adeuda todavía 880 ptas., en virtud de lo dispuesto en el apartado 2.º de dicho contrato; cúpleme participarle, que he decidido dar por resuelto el expresado contrato.—Como quiera que usted había abandonado el camión referido en un taller de la calle Cañas, sin haber satisfecho el importe de una factura de 980 ptas., me

he tenido que hacer cargo de dicho camión, pagando dicha suma, al objeto de evitar mayores perjuicios, sin que en el mismo esté el bloque del motor que se encuentra en los talleres de las Franqueras de la calle Córcega, habiéndome enterado que se adeudan unas 5.500 ptas., cuyo bloque me verá en el caso asimismo de tener que retirar, de no hacerlo usted previo pago de la expresada suma.—Como quiera que retiene usted la documentación del expresado vehículo, le requiero para que se sirva devolverla, en cumplimiento de lo dispuesto en dicho pacto 2.º del contrato y al propio tiempo hacerme cargo de las cantidades que he desembolsado y de las sumas importe del arrendamiento no satisfechas, mas los gastos de protesto y perjuicios ocasionados; significándole que de no hacerlo así, me verá en la precisión de proceder en consecuencia.” Dicha carta la hizo llegar el señor C. al señor L. a través de un acta notarial de requerimiento de 3 octubre 1957, entregada a la esposa de don C. L., por no hallarse éste en su domicilio, enterándose de aquélla al volver al mismo (RESULT.º VI). En 1 octubre 1957, el procesado fué al garaje en que don C. L. tenía el camión en reparación y lo retiró, dejando recibo de la entrega, y el día 5 del propio mes se le vendió a don J. F. en las 76.000 ptas. que le adeudaba, con la cláusula de que si de ulterior venta se obtenía mayor precio, esta diferencia quedaría a favor del señor C. Entonces don C. L., estimándose defraudado, promovió el parte originario de las presentes actuaciones (RESULT.º VII). En aseguramiento de la presunta responsabilidad civil ha sido embargado y puesto en depósito el tan repetido camión (RESULT.º VIII).—*CG. Oficiales Generales:* Estafa (529, 1.º/528, 2.º CP.), seis meses y un día de presidio menor, accesorias comunes correspondientes y la militar de separación del servicio y en concepto de responsabilidad civil satisfacer a don C. L. S. la cantidad de 39.500 ptas.—*Defensor:* Recurso (797 CJM.), por estimar no había cometido su patrocinado el delito de estafa por el que se le condena, falta de valoración jurídica de cuestiones civiles, indebida apreciación de existencia de engaño y la errónea estimación de perjuicio patrimoniales.—*Autoridad judicial:* Tras analizar el recurso para declararlo este improcedente, propone la aprobación.—*Fiscal Togado:* Tras aceptar la declaraciones de probanza de la sentencia con algunas modificaciones, estimó que los hechos enjuiciados no eran constitutivos del delito de estafa apreciado por no darse en ellos los requisitos que el C.P. exige para la existencia de dicho delito, ni es posible encuadrarlos en ninguna otra modalidad de la estafa u otra figura delictiva, solicitando la revocación; absolución y proponiendo en un otrosí, que como quiera que el Comandante C. R., al solicitar los préstamos y pactar contratos para la explotación del camión, admite la posibilidad de desempeñar en persona el oficio de ayudante, extremo reflejado en las actuaciones, falta leve militar (443 CJM.) bajo el concepto de actos contrarios a la dignidad militar o de las que afectan al decoro de las clases militares.—*Defensor:* Absolución.—*CSJM.:* Absuelve, porque si bien la declaración de probanza de la sentencia que se consulta no muestra error notorio en la parte que recoge de la prueba practicada, pues la testifical, con las patentes

contradicciones que ofrece, corresponde al CG. precisamente valorarlas dentro del racional criterio que el 787 CJM. le concede al efecto y del que ha usado ponderadamente para llegar a los hechos que sienta sobre la contratación y entrega de dinero y del camión, cuyos hechos, por tanto, deben ser respetados en su estricta objetividad: mas adolecen, por otra parte, de incompletos al no reflejar extremos destacables e indubitados de lo actuado, que surgen de documentos probatorios reconocidos como auténticos por quienes los suscriben y de los que no cabe prescindir en la contemplación de conductas, lo que unido a la indispensable de puntualizar determinados matices, cual el del compromiso contraído por el encartado con F., explicado en las disposiciones de éste, en defecto del recibo que destruyó cuando quedó pagado, lleva a la necesidad de formular ahora nueva y fiel relación de hechos probados en la que tienen cabida, junto a los que el Tribunal inferior establece, los demás de interés para enjuiciamiento del conjunto (CONSID.º I), y calificado por el CG. el obrar que se relató del acusado don E. C. R., como originario del delito de estafa comprendido en el 529, 1.º/528, 2.º CP., es menester examinar si en dicho comportamiento aparece un proceder engañoso del sentenciado en sus tratos con los señores F. y L. y si por consecuencia del mismo les defraudó con la efectividad que requieren los preceptos aplicados para que se produzca la delincuencia que configuran (CONSID.º II). Con respecto a don J. F. aparece de modo palmario, fuera de toda contradicción, que sus préstamos al procesado y la garantía personal que ofreció éste de su camión, fueron convenidos a satisfacción de uno y otro, sin mediar ardid alguno para la obtención de dinero, y formalizado ya el convenio es de notar que el compromiso del señor C., de no vender o enajenar el camión, no le impedía su uso y consiguiente explotación, y modalidades de ella fueron la sociedad, primero con don C. L., y el arriendo después del vehículo, y aunque en este contrato se concedió una confusa opción de compra al arrendatario, la que implicaría vender el vehículo, era a largo plazo, previo pago de 37 mensualidades, más otra cantidad final, y semejantes percepciones representaban garantía suficiente para ir pagando las deudas, como en efecto empezó a verificarlo el señor C. con entregas, hasta 9.000 ptas., en los meses primeros que cobró y como en definitiva don J. F. quedó pagado por completo al serle cedido el camión y antes tampoco puso reparo al mencionado arrendamiento cuanto conoció el contrato, según cuenta el f.º 27 vo., no existe base alguna para estimarle defraudado, ni en realidad ni en intento, por el procesado, lo que impide atribuir a éste en el aspecto que se examina delito alguno de estafa que ha de asentarse siempre en una defraudación patente (CONSID.º III). Por lo que afecta a los contratos del procesado con don C. L., tampoco hay basamento racional para inferir que el primero usara de artificios, a fin de llevar falazmente al segundo a formar la sociedad comanditaria, sustitución más tarde con el arriendo del camión, pues en uno y otro caso las estipulaciones firmadas lo fueron libremente con perfecto conocimiento de su alcance, y las detalladas condiciones del último contrato hacen presumir, en la normal apreciación de los actos humanos, una mutua

reflexión antes de aceptarlas, máxime cuando el señor L., que guardó un ejemplar del convenio, no manifestó después de tenerle en su poder, con posibilidad de meditar bien su alcance, disconformidad de ningún género, sino que empezó el cumplimiento acordado de utilizar el camión y satisfacer la mensualidad, por lo que no se vislumbra, repenmos, seducción maliciosa en el concierto de voluntades (CONSID.º IV). En idéntico sentido, la cesión en uso del camión por el procesado al señor L. con la condicionada opción, era perfectamente compatible, según se razonó anteriormente con la restricción de enajenar la propiedad a que se comprometió el señor C. hasta que liquidara su deuda con el señor F., dado que la limitación fue sólo para vender o enajenar con la finalidad de garantizar el pago, y como esto se afianzaba también, tratándose cual se trataba de obligaciones personales, mediante la percepción de la renta que permitía solventarlo y ello tuvo ya comienzo, podía el señor C. presentarse ante el señor L. con la personalidad esgrimida de legítimo dueño del camión y la libre disponibilidad del mismo sin faltar la realidad jurídica, y la prueba es que no hubo dificultad en este orden para el tranquilo disfrute del vehículo en ejecución de lo pactado, incluso cuando el señor F. fué sabedor del contrato de arriendo y posible opción, pues la perturbación no se derivó de actos de aquel acreedor y si de las incidencias que con independencia del mismo acaecieron entre los dos individuos exclusivamente (CONSID.º V). En efecto, el rompimiento de la pacífica relación contractual sobrevino cuando al faltar el señor L. en los pagos, al principio en puntualidad y más tarde en las entregas, pudo el procesado desde su punto de vista fundar la rescisión del contrato en su núm. 2.º que la prevé ante el impago, con obligación de entregar el camión en perfecto estado, y llegada la cuestión a tal extremo, será discutible en derecho si al señor C. le asistía o no éste para proceder por su cuenta, como lo verificó, en la recogida del camión del que recibió recibo, y a su ulterior venta, desligándose unilateralmente del vínculo que contrajo con el señor L. y hasta pensarse si se prevaleció hábilmente de la situación ventajosa que le proporcionó la referida cláusula, pero prescindiendo de esa determinación de índole puramente civil, lo que no puede negarse es que la actuación al respecto del encartado presentó al menos en sus exterioridades una justificación, y que lejos de cualquier propósito de clandestinidad u ocultación, se apresuró a participar a don C. L. la resolución del contrato y la retirada del camión, por lo que no cabe imputar al inculcado simulaciones, apariencias u otras maneras subrepticias denotadoras del dolo específico de engañar, cuando se condujo ostensiblemente con notificación al arrendatario, abriéndole así el camino a una posible y rápida demanda de su derecho ante los Tribunales (CONSID.º VI). Tampoco se acredita la defraudación al señor L. con la certeza que requiere para su trascendencia al campo penal, porque en verdad se cifra la cuantía de aquélla en la 39.500 ptas. que entregó al procesado, mas no se contempla, como sería menester por la reciprocidad de prestaciones, la contrapartida capaz de compensar total o parcialmente lo recibido, ya que habían de computarse a este objeto las utilidades

o ganancias que el señor L. obtuviera en el tiempo que explotó el camión arrendado, el demérito de éste, pues consta en autos que al ser recogido encontrábase desmontado pendiente de importantes reparaciones, y en fin, lo debido y no pagado al arrendador por los dos últimos meses; conceptos que no figuran atendidos y que notoriamente deben jugar en la liquidación de cuentas, sin la que resulta aventurada la afirmación del fraude y, sobre todo, la concreción de éste con la materialidad indispensable a proclamar la existencia de una defraudación de lictuosa, la que por imperativo legal constituye primera exigencia de la estafa, según los claros términos de los arts. 528 y 529, 1.º CJM., aplicados, erróneamente como se ve, por el CG. Y es que, en toda contratación, las partes buscan su respectivo provecho, con mayor o menor acierto y más o menos fortuna, según se manifieste lo aleatorio que aquella siempre encierra, y así los lucros o perjuicios correlativos que de la misma se deriven, son efectos normales de la estipulación, y fuera de éstos, la apreciación de lesión, vicio de invalidez o incumplimiento en los pactos, con su secuela de daños y perjuicios indemnizables, son cuestiones que corresponden a la vía civil, no a la criminal, sin que sea dable parificar el posible descubierta o saldo en contra para una de las partes, resultante de mutuas obligaciones contraídas en la esfera privada de intereses con la defraudación delito (CONSID.º VII). Por todo lo expuesto, al no comprobarse la concurrencia de los elementos generadores del delito de estafa en cualquiera de sus tipos legales, se está en el caso de absolver del mismo al procesado (CONSID.º VIII).—OTROSÍ: En cuanto a la llamada de atención del Fiscal Togado concebida en los siguientes términos: "La actuación del Comandante señor C., al solicitar obtener préstamos y establecer contratos para explotar un camión de su propiedad, en los que se admite la posibilidad de desempeñar en persona el oficio de ayudante", extremos reflejados en las actuaciones, pudiera entrañar la falta leve y comprendida en el 443 CJM. bajo el concepto de "actos contrarios a la dignidad militar" o "que afectan al decoro con que las clases militares deben dar público ejemplo de moralidad, decencia y compostura", y respecto de la cual deberá llamarse la atención de la Autoridad Regional para su apreciación y la consiguiente corrección del expresado Jefe, conforme al 793 CJM. se dejan íntegras las facultades gubernativas del Capitán General Militar para que resuelva lo que crea pertinente.

13. Responsabilidad civil subsidiaria del Ramo de Guerra. Art. 1.062 CJM. Art. 206 CJM. Cuantía indemnización fallecimiento.

Auto 20 mayo 1959 (II Región Militar).—Por CG. reunido en Sevilla el 11 marzo 1958 se dictó sentencia declarando probado que en la madrugada del 15 abril 1957 se efectuaba el traslado de una pieza de artillería, utilizándose para remolcarla camiones de los denominados "rusos", montándose un equipo formado para ayudar a los vehículos, a cuyo menester se dedicaba el mencionado personal empujando el camión conducido

por el procesado Cabo A. S. S., con luces regulares aunque se veía bien y yendo diez hombres a cada costado, cuando en dirección contraria se presentó bajando la cuesta a moderada velocidad otro camión de las mismas características que conducía el otro procesado Cabo J. A. T., no habiéndose apercibido el conductor de este camión de la presencia del primero hasta llegar a su inmediación, oyendo las fuertes voces que el Teniente que se hallaba con los reclutas le daba para que parase, y maniobrando tan atolondradamente que no pudo hacerlo hasta los cuatro o cinco metros, dando lugar lo inesperado del cruce con poco espacio entre los vehículos a que la tropa se precipitara ante el temor de ser arrollados, tropezando algunos y cayendo tres artilleros, resultando alcanzado el llamado J. P. H. por la rueda izquierda de la pieza, con aplastamiento del cráneo y salida de la masa encefálica, determinándose su muerte instantánea, y sufriendo los llamados S. P. y J. V. R. lesiones que determinaron su hospitalización en el Hospital Militar de Córdoba, donde fueron dados de alta el día 11 de julio del mismo año, útiles para el servicio y aptos para el trabajo, habiendo quedado concretados en 6.333,38 ptas., el importe de las estancias causadas.—Estos hechos se calificamos de imprudencia simple con infracción de reglamentos, originarios de homicidio, previsto y penado en el 565, párrafos 2.º y último/407 CP., condenando al Cabo J. A. T. a la pena pertinente, y en concepto de responsabilidad civil a indemnizar a los herederos del fallecido en 90.000 pesetas, y al Hospital Militar de Córdoba con 6.333,38 ptas., declarándose, caso de insolvencia, la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por la indemnización señalada con motivo del fallecimiento de J. P. M.—*Asesoría Jurídica:* Procedente la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de tierra en la cuantía de 90.000 ptas.—*Subsecretario:* Conforme. *Fiscal Togado:* Conforme, si bien la indemnización de 90.000 ptas. señalada por fallecimiento del soldado P. M. debe ser reducida a la cantidad de 50.000 ptas., teniendo en cuenta que sus presuntos herederos son sus padres y en razón a que ésta es la cifra que por tal concepto viene señalándose ordinariamente para supuestos análogos al presente.—*CSJM.:* Acuerda declarar responsable subsidiariamente al Ministerio del Ejército, porque acreditada la insolvencia del reo así como de los presuntos herederos, padres de la víctima, carecen de bienes de fortuna, la Sala separándose, en parte, del parecer sustentado por el Excmo. Sr. Fiscal Togado, estima que procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en la cuantía de 90.000 ptas. para indemnizar a los herederos del soldado J. P. M. (CONSID.º ÚNICO).

14. Deserción al extranjero en tiempo de paz. Tentativa de deserción al extranjero. Arts. 371, 1.º/374 CJM. Responsabilidad civil.

Sent. 29 mayo 1939 (Ejército del N. de Africa).—El procesado M. A. V., legionario, al que consta le habían sido leídas las leyes penales militares, puesto de acuerdo con otros dos compañeros de su misma clase, aban-

donó el 17 febrero 1957 la Unidad de su destino, cuyo acuartelamiento radica en.... internándose en la zona sur de Marruecos. Detenidos el día 18 del mismo mes en la localidad de Ben-Amar, por fuerzas de la Mesjanía armada, que le pusieron seguidamente en libertad, optó el procesado por adentrarse más en dicha zona, siendo detenido nuevamente, horas más tarde del propio día, en lugar que no consta en autos, por fuerzas del Ejército Real Marroquí, quienes le trasladaron a la prisión de Kenitra (Port-Liautey), permaneciendo en ella hasta el 27 de julio del indicado año 1957, en que fué entregado a las Autoridades españolas por las marroquíes en la estación de Arbaua. El procesado, al abandonar las filas, no se llevó armas, municiones, prendas ni efectos propiedad del Estado.—CG. *Ordinario*: Deserción al extranjero en tiempo de paz (374 CJM.) en grado de tentativa (184 CJM.), un año y seis meses de prisión militar, con las accesorias de rescisión de su compromiso como soldado voluntario y destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que le reste de servicio en filas, con pérdida de tiempo para el servicio y antigüedad para el mismo durante el cumplimiento de la condena.—*Autoridad Judicial*: Disintió por errónea calificación de los hechos, ya que al abandonar voluntariamente el procesado la Unidad de su destino para colocarse fuera de la disciplina militar a que estaba sujeto, internándose en el extranjero a fin de asegurar el logro de sus propósitos, poniéndose así fuera de la jurisdicción de las Autoridades militares españolas, tal conducta es integrante del delito de deserción al extranjero en tiempo de paz y en grado de consumación, pues para considerar realizada aquella infracción punitiva, basta abandonar la Unidad de destino e internarse en territorio extranjero, independientemente de que en éste pueda el inculpado ser detenido o expulsado; y tras señalar el error que en el fallo se contiene, de considerar como pena accesoria la rescisión del compromiso que como soldado voluntario había contraído el procesado con el Ejército, cuando tal rescisión es un efecto de pena (893 CJM.) estíma debe condenarse al legionario M. A. V. como autor del delito de deserción (374 CJM.) a tres años de prisión militar, accesorias y efectos correspondientes sin hacerse declaración de responsabilidades civiles.—*Fiscal Militar*. Conforme con el disenso.—*Defensor*: Confirmación de la sentencia.—*CSJM.*: Revoca, porque *al haber faltado el legionario M. A. V. durante más de tres días completos de la Unidad de su destino y permanecido ese periodo de ausencia fuera del territorio sujeto a la soberanía española o de protectorado, incurrió manijestamente en el delito de deserción al extranjero previsto y penado en los arts. 370. 1.º y 374 CJM. (Consid.º 1) y constando realizados todos los actos de ejecución del expresado delito, según le configura el precepto legal definidor, alcanzó aquél entera consumación y ello patentiza el notorio error con que el CG. estimó la transgresión en grado de tentativa, ya que ésta requiere fundamentalmente para darse, conforme el 184 CJM., que el evento —aquí faltar tres días a la Unidad— no se produzca, mas una vez acaecido el resultado, en su objetividad, queda perfeccionada la infracción penal y el que fuera o no aprehendido el culpable antes de pasar los tres días menco-*

nados podrá contemplarse desde el punto de vista de la voluntariedad de conducta y de la consiguiente imputabilidad de los actos, pero en nada afecta a que el ciclo constitutivo del delito se halle, como se halla, completo (Constid.º II). Centrado así jurídicamente el aspecto en que es dable examinar la cuestión que plantea el CG., hay que partir obligadamente, de que establecida como norma general la delincuencia de las conductas típicas acogidas en nuestras leyes punitivas, tanto por el art. 181 CJM. como por el 1.º del CP., cuyo párrafo 2.º proclama también la presunción de la voluntariedad de aquéllas, estos supuestos legales requieren para ser desvanecidos la concurrencia de pruebas concluyentes en contrario a fin de que la exención de responsabilidad, siempre excepcional, pueda admitirse por alguna de las causas que figuran taxativamente en el art. 185 CJM., y aquí no se acredita que asista ninguna al procesado, ya que la pretendida fuerza mayor irresistible en que el Tribunal inferior viene a estribar su razonamiento, no cabe aprehenderla en la detención de M. A. V. por las Autoridades Marroquíes antes del transcurso de los tres días generadores de la deserción para inferir la posibilidad de un desistimiento en el obrar punible que hubiese permitido al encartado reintegrarse a la Unidad de destino dentro de dicho plazo; y no puede prosperar semejante hipótesis como base de exculpación: Primero: porque aparte de lo aventurado que resulta partir del sólo dato de la declaración del procesado sobre el día y hora de su captura, es todavía más gratuito sentar la posibilidad de que hubiere podido volver desde el lugar (que no se concreta en autos), en que la detención se verificó, al Cuerpo antes de correr el 3.º día, las apariencias son más bien de lo contrario, ya que acaecida ésta al declinar el segundo día es muy arriesgado afirmar que en el tercero fuera dable regresar el culpable por sus propios medios —a los que hay que atenerse— a su Tercio. Segundo: porque nada autoriza a pensar que el acusado intentara en aquellos primeros días de ausencia de filas restituirse a las mismas; lejos de esto, su ruta de alejamiento de ellas con dirección al interior de la zona marroquí denotan bien distinto propósito, no habiendo, consiguientemente, por qué argüir que se le privó de la libertad de volver, cuando no consta en absoluto la idea de efectuarlo. Tercero: porque guarda perfecta relación de causalidad de acción inicial, ya reprobable, de marcharse a territorio extranjero por acto libérrimo, con el resultado delictuoso de la deserción, sin que el factor detención quebrante el desarrollo criminoso puesto que era previsible y, por tanto, nada insólito que la estancia del soldado, sin motivo legítimo, en país extraño diera lugar a la medida adoptada y que una vez aprehendido no fuera devuelto sin la conveniente información respecto a personalidad y móviles que llevara, lo que, naturalmente, requiere su tiempo, y así, el alejamiento durante el mismo de las banderas de la Nación, sin estar a disposición de sus representantes, fué situación plenamente imputable todo el tiempo que duró al procesado causante, y en conclusión queda patente la consumación del referido delito de deserción al extranjero, atribuíble por completo al acusado. Lo que entraña su entera culpabilidad fuera de toda justificación legal (Constid.º III). No procede hacer declaración de responsabilidades civiles

(CONSID.º VI).—Condena 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 con arreglo a la Ley de Reclutamiento y efectos de pérdida para el servicio y antigüedad por un periodo de tiempo igual al de la condena.

15. Desobediencia. Arts. 328/329, 2.º CJM. Duración de la pena. Art. 239 CJM. Formalidades de la orden. Art. 37 Reglto. Servicio Guardia Civil. Incumplimiento de órdenes relativas al servicio. Art. 437. 1.º CJM.

Sent. 29 mayo 1959 (VII Región Militar).—El 29 mayo 1957, a media tarde aproximadamente, el Cabo Primero de la Guardia Civil y Comandante del Puesto de V.... M. C. D., encargó al guardia R. A. —lo que éste hizo a través del asimismo guardia O. A.—, que los guardias civiles J. H. L., hoy procesado, en pareja con A. F. R., condujeran desde la Casa Cuartel a la Prisión de Avilés al detenido A. M. R., contestando el expresado H. "que ya había ido a Avilés y no volvía de nuevo", desapareciendo hasta las 22 horas sin cumplimentar el servicio, el que fué llevado a efecto sólo por el guardia D. L.—*CG. Ordinario:* Hechos que en lo esencial coinciden con la única salvedad de estimar que el procesado no regresó a la Casa Cuartel de la Guardia Civil hasta las 24 horas: delito de desobediencia (328/329 CJM.), dos años de prisión militar con la accesoria de pérdida para el servicio y antigüedad de un periodo de tiempo igual al de duración de la condena.—*Defensa:* Recurso (797 CJM.) por entender que su patrocinado no consumó el delito de desobediencia, limitándose a exteriorizar una protesta por ordenarle volver de nuevo a la plaza de Avilés, de la que terminaba de regresar después de cumplir otro servicio, haciéndosele imposible posteriormente ejecutar el mandato de su superior jerárquico por haber iniciado la conducción del detenido el guardia que había de ser su compañero de pareja.—*Autoridad Judicial:* Disintió el Auditor en cuanto a la extensión de la penalidad impuesta, toda vez que de conformidad con lo dispuesto en el 239 CJM. en relación con los anteriormente citados la extensión mínima legal es la de tres años de prisión militar; criterio con el que se mostró conforme el Capitán General, si bien propone en su decreto que sea condenado el procesado J. H. L. a dos años de prisión militar, es decir, en la misma extensión que impuso el CG.—*Fiscal Militar:* Revocación y que se imponga al procesado la pena de tres años de prisión militar con la accesoria de deposición de empleo, como autor de un delito consumado de desobediencia (328/329 CJM., penado en relación con el 239, párrafo 2.º CJM.).—*Defensor:* Sostuvo que según se acredita de cuantas diligencias se han practicado, la orden de conducción del detenido la recibió su patrocinado verbalmente, a través de otros guardias sin la entrega previa de la papeleta y demás trámites que determinan el art. 37 del Reglamento para el Servicio del Cuerpo de la Guardia Civil, no marcándose, por otra parte, de una manera clara, categórica y

terminante el momento en que debía realizarse dicha conducción, haciendo resaltar que la simple manifestación del encartado mostrando su contrariedad por tener que realizar otro servicio, no demuestra en manera alguna que fuesen su intención incumplirlo, ya que fué él mismo el que transmitió, a su vez la orden a su compañero de pareja y fue éste el que decidió trasladar sólo al detenido, sin esperar a que el procesado regresase de unos recados, hace todo ello que, a su juicio no se dé el delito de desobediencia que se le imputa, por faltar la realización de actos u omisiones contrarias a un mandato terminante y concreto como determina la jurisprudencia dictada por este Alto Tribunal; solicitando, en consecuencia, la libre absolución de su defendido, por entender que su actuación tan solo pudiera constituir una falta grave prevista en el 437, 1.º CJM.—CSJM.: *Revoca porque un examen objetivo de los hechos que se declaran probados demuestra la forma irregular en que el procesado recibió la orden de conducir un detenido, al ser ésta verbal y a través de varios de sus compañeros de Puesto, sin extenderse la papeleta correspondiente y demás formalidades que previene el art. 37 para el servicio del Cuerpo de la Guardia Civil, no concretándose, por otra parte, el momento y hora en que había de realizarse el servicio, siendo de resaltar que en el aspecto subjetivo tampoco aparece inherente al ánimo del inculpado la voluntad reflexiva de dejar de cumplir la orden recibida con la gravedad que, para que exista el delito de desobediencia, señalan los arts. 328 y 329 CJM., toda vez que fué el propio encartado el que comunicó la orden de conducción del detenido a su compañero de pareja, quien aun siendo más moderno, no esperó a que fueran ambos como se había ordenado (CONSID.º I), de manera que procede absolver al procesado guardia civil J. H. L. del delito de desobediencia que se le imputaba, si bien la actuación del mismo es integrante de una falta grave definida y sancionada en el 437, 1.º CJM., ya que con inexcusable contravención de lo que para él resultaba obligación abandonó la Casa Cuartel de la Guardia Civil durante un corto espacio de tiempo, dando lugar a que su compañero de pareja realizara solo el cometido que se les había ordenado; siendo asimismo las manifestaciones de desagrado expuestas al encomendarle un nuevo servicio constitutivas de una falta leve de las previstas y señaladas en el 443 CJM. (CONSID.º II).—* Absuelve por el delito de desobediencia y le impone, por una falta grave de incumplimiento de sus deberes militares, señalada en el 437, 2.º CJM., siete meses de arresto militar, y por una falta leve de manifestaciones de desagrado o disgusto en el servicio, prevista en el art. 443 CJM., el correctivo de dos meses de arresto.

16. Nulidad de actuaciones. Arts. 831/832, 2.º CJM.

Auto 3 junio 1959 (V Región Militar).—Por CG. reunido en Huesca, el 22 enero 1959 se condenó al procesado don T. M. S. a la pena pertinente como autor de un delito de homicidio (407 CP.) absolviendo al también procesado D. S. P. en el que apreció la concurrencia de la eximente de

obediencia debida, dando como probados los siguientes hechos: Que el día 16 marzo 1958, el Brigada de la Guardia Civil, Jefe de la Linea de Tardienta (Huesca), don T. M. S., fué avisado sobre la una de la madrugada por el guardia civil que prestaba servicio de puertas en el Cuartel de la localidad expresada, de que por el dueño de la fonda de la estación del ferrocarril del pueblo mencionado, A. A. E., se comunicaba haberse alojado en la misma un paisano sospechoso que habia manifestado era perseguido por la Policia. Segundamente el referido Brigada, acompañado por el cornetu G. G. G. y el guardia don S. P., se trasladó a la fonda, procediendo a la detención del paisano, quien esposado fué llevado a la Casa Cuartel, al objeto de verificar su identificación, resultando ser F. N. A., de profesión minero, y buena conducta, que por desavenencias familiares se trasladaba desde Mieres a Barcelona para buscar trabajo, y sin que se hayan podido saber los motivos por los que se bajó del tren en Tardienta. Después de haberle interrogado hasta las 5.30 de la mañana, el Brigada M. ordenó al guardia G. abriera las ventanas de la habitación en que se encontraban, momento en el cual el detenido agredió al expresado guardia con una banqueta y después con un tubo de estufa rompió los cristales de la ventana, dándose a la fuga por el pasillo y saltando al patio de la Casa Cuartel, desde donde volvió a otra habitación y subió por una escalera a la planta segunda del edificio. Durante esta huida arrojó piedras y botellas sobre los guardias que le perseguían, y como no depusiera su actitud agresiva el Brigada M. S. ordenó al procesado, guardia D. S. P., efectuarse dos disparos al aire para intimidarle, sin que tal fin se consiguiera, por lo que el procesado Brigada don T. M. S. ordenó nuevamente al guardia S. P. le disparase sobre las piernas, efectuándolo así dicho guardia con el subfusil que tenia, pero con tan mala fortuna que le alcanzó con dos proyectiles en la región clavicular derecha, produciéndole tan graves lesiones que murió instantes después (RESULT.º I). La Autoridad Judicial disintió por estimar que se habia incurrido en error de derecho al absolver al guardia S. P. del delito de homicidio imputado, por haberse apreciado la eximente de obediencia debida, que no es de aplicacion por cuanto la orden de disparar no aparece como necesaria y, en todo caso, el guardia inculpado se excedió al cumplirla (RESULT.º II). Pendientes los autos de elevación a este Alto Tribunal, a instancia del Fiscal Jurídico Militar, se instruyó el procedimiento previo núm. 119/1959 que figura unido por cuerda floja a la Causa, en el que cuantos deponen, procesados y testigos, coinciden en que el hecho fué realizado por el guardia G. G., sin intervencion de los sentenciados, y que se falsearon las declaraciones con el fin de eliminar la responsabilidad de los guardias que no intervinieron en el delito; elevándose todo lo actuado a este CS., sin decretarse la nulidad de las diligencias practicadas en Plenario y reposición de los autos al periodo de sumario, por haberse pronunciado ya en la Causa con acuerdo firme de disentiimiento (RESULT.º III).—*Fiscal Togado*: Apreciándose notorio error en la relación de los hechos de la sentencia, en vista de la nueva prueba practicada en el procedimiento previo, sin entrar en el fondo de las cuestiones de derecho planteadas en el disenso, debe acordarse la nulidad de lo actua-

do en la Causa a partir de la elevación a Plenario, con reposición al período de sumario e incorporación al mismo del procedimiento previo referido conforme a las facultades que a este Alto Tribunal confieren el 831/832 CJM.—CSJM.: *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 en la Causa 121/1958 instruida en la 5.ª Región Militar a don T. M. S. y D. S. P. se omitieron las diligencias indispensables para formar prueba que obran en el procedimiento previo número 119/1959 de la misma Jurisdicción, visto lo dispuesto en el 831/832, 2.º CJM., es procedente declarar la nulidad de lo actuado en la Causa referida a partir de la elevación a plenario, reponiéndola al estado de sumario, con incorporación a la misma del procedimiento previo a que se ha hecho mención (CONSID.º ÚNICO).*

17. Delitos contra el honor militar. Homosexualidad. Art. 352 CJM. Arrepentimiento espontáneo. Art. 186, 7.ª CJM. Apreciación de la prueba. Art. 787 CJM. Art. 799 CJM.

*Sent. 24 junio 1959 (Capitanía General Canarias).—El procesado, Teniente de Infantería de la Escala Auxiliar, don A. M. G., con destino en el Bon. de Infantería de..., en ocasión de hallarse prestando servicio de guardia en su Unidad el 15 noviembre 1958, concertó una cita con el también procesado, soldado del expresado Bon., F. R. R., apodado "La Nati", para encontrarse en el local del C. M. R. a la 8 noche de aquel día, cuyo encuentro llevaron a cabo, facilitándose para este fin el mencionado oficial al F. R., una llave del local, y procediendo el Teniente M., una vez que se encontraron juntos, a bajarse los pantalones, requiriendo al soldado para ejecutar actos de homoxesualidad, los que, efectivamente, consumaron entre ambos. Posteriormente, el soldado F. R., dió cuenta de lo ocurrido al Jefe de su Unidad y éste, ante el temor de que se tratara de una acusación temeraria, hizo el propósito de, con la mayor reserva, llevar a cabo una vigilancia que condujera a una prueba efectiva de que tenían lugar tales entrevistas; y a tal fin, el 27 del mismo mes y año, al saber por confidencia del soldado F. R. R. que en la tarde de dicho día habria de reunirse nuevamente con el procesado, encargó al Capitán don A. S. M. que vigilase en las proximidades del lugar, pudiendo observar este Oficial como el Teniente M. G., a las 6.45 de la tarde, aproximadamente, salió de su casa, sin gorro, reuniéndose con el soldado F. R., que le esperaba en la carretera, manteniendo conversación con él y retirándose a su casa, seguido poco después por el soldado, sin que, por causas que no constan en el procedimiento, se les sorprendiera en la consumación de nuevos actos de homosexualidad, que a tenor de la declaración del soldado F. R. volvieron a llevar a efecto. Consta acreditado en autos que el Teniente M. había tenido en otras ocasiones asistentes tachados de invertidos.—CG. *Oficiales Generales*: Actos deshonestos con individuos del mismo sexo (352 CJM.), un año de prisión militar con la accesoria de separación del servicio; y al*

soldado R. R. como autor del propio delito con la atenuante 7.ª del 186 CJM., seis meses y un día de prisión militar.—*Defensor*: Del Teniente M. G., recurso (797 CJM.) basándose en no constar acreditado en autos los hechos y en no haber sido reconocido por un médico militar para demostrar la falsedad de las manifestaciones del soldado F. R. ante el CG., según solicitó en el acto de la vista.—*Autoridad Judicial*: Tras analizar las argumentaciones del recurso para desestimarle, aprobación.—*Fiscal militar*: Conformidad con la sentencia.—*Defensor*: Absolución.—*CSJM.*: Aprueba, porque siendo facultad del CG. según el 787 CJM. apreciar en conjunto y con arreglo a su racional criterio las pruebas practicadas, el notorio error que exige el art. 799 del propio texto legal para disentir de esa apreciación, requiere una discrepancia evidente entre los que el Tribunal sienta como cierto y los que resultan del contenido de las actuaciones; y como el examen conjunto de las pruebas aportadas en autos permite llegar a las afirmaciones que sientan los juzgadores, sin que pueda decirse estén en contradicción con la realidad procesal, es obligado respetar la declaración de hechos probados en los mismos términos que se formulan en la sentencia consultada (CONSID.º I), y siendo ajustados a derecho los pronunciamientos que en la sentencia se contienen, respecto a la calificación jurídica del delito, concepto en que se les declara responsables del mismo a los procesados, circunstancia de atenuación apreciada a favor del soldado R. R., penas principales y accesorias que se imponen, se esta en el caso de aprobar la sentencia que se examina haciéndola firme y ejecutoria (CONSID.º II).

JOSÉ M.ª RODRÍGUEZ DEvesa

B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL DE COMPETENCIAS

AUTO DE 19 DE ENERO DE 1950

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad judicial de la I Región Militar y el Juzgado de Instrucción de Colmenar Viejo.

Incoado por el Juzgado de Instrucción de Colmenar Viejo sumario por muerte de A. L. C. y daños en un camion, habiendo tenido lugar el hecho en unas obras de las que era concesionario I. A. C., militar, se acordó, con base en que el presunto responsable culposo se estimaba era Comandante de Ingenieros, la inhibición en favor del Excmo. Sr. Capitán General de la I Región Militar.

Recibido el sumario por la Autoridad Judicial Militar, previos los dictámenes oportunos y de conformidad con los mismos, se acordó no haber lugar a aceptar el conocimiento de lo actuado, por estimarse que el mismo correspondía a la jurisdicción ordinaria.

Habiendo insistido el Juzgado de Instrucción en su inhibición y mantenido el criterio de la no aceptación por la Autoridad Judicial Militar, elevados los autos al Tribunal Supremo, la Sala Especial decide la cuestión declarando la competencia de la Jurisdicción ordinaria, en virtud de los siguientes fundamentos:

“Que por corresponder a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales sin más excepciones que las determinadas en el artículo 10 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, esos casos de excepcionalidad y por ser aquélla la de preferente competencia, deben hallarse perfectamente justificados, y aun cuando no consta de modo indudable que a la persona a la que pretende atribuirse la condición de aforado, sea responsable del hecho delictivo que ha motivado la incoación del procedimiento del que tal competencia deriva, lo que deja, desde luego, la procedencia de ésta, no puede desconocerse que el numero primero del artículo 13 del Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, tan sólo otorga fuero militar a quienes se hallen en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino, y como ese supuesto responsable aforado, aun cuando alegó su carácter de militar en su declaración sin incoar derecho alguno para que se le excluyere de la sumisión de la jurisdicción que entenderá en el proceso y que a requerimiento judicial se limitó a presentar un carnet expedido por el Gobernador Militar de esta Plaza en 15 de septiembre de 1949, acreditando pertenecer al Cuerpo de Ingenieros con el empleo de Comandante, ocurrido el hecho de autos en 10 de julio de 1948, sin que con referencia a esta fecha constase que la aludida persona fuere militar en activo o en la reserva, únicos casos en los que la preferencia de la jurisdicción castrense sería la llamada a inter-

venir, es visto que ante la carencia de prueba fehaciente, falta la necesaria base para estimar la procedencia de la inhibición en favor del Excmo. Señor Capitán General de la Primera Región, acordada por el Juez ordinario."

"Que carece, igualmente, de toda consistencia de prueba bastante, la alegación hecha por el presunto aforado de que el carnet exhibido al que se ha hecho alusión, es renovación de otro, ya que cada cinco años se renueva, porque no cabe reconocer plena eficacia probatoria a una manifestación verbal extendida en diligencia de requerimiento hecha por un oficial de la Administración de Justicia, que documentalente es posible acreditar y cuya omisión en autos no permite presumir la posesión del carnet anterior y la demostración de que su titular, en la fecha en que se registró el accidente origen del sumario, fuere militar en servicio activo o en la reserva."

"Que es ya ocioso, ante los razonamientos anteriores, entrar en el análisis de la última consideración del auto del Instructor encaminado a demostrar la no inclusión en el caso 8.º del artículo 16 del Código de Justicia Militar de la actuación del presunto responsable aforado y que motivó el hecho de autos, en relación con un cargo o empresa de carácter civil, que venía desempeñando en la construcción de una obra, por constituir de precepto una excepción a las normas generales sobre competencia fijadas por el repetido Cuerpo legal a las que es preciso atenerse preferentemente.

AUTO DE 23 DE MAYO DE 1959

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Capitanía General de la I Región Militar y el Juzgado de Instrucción num. 19 de los de Madrid.

Con motivo de la colisión habida entre una moto del Regimiento de Cazadores de Montesa, núm. 3, conducida por el soldado motorista F. M. O., y otra moto "Isocarro", conducida por el paisano don F. C. H., hecho ocurrido al desembocar la primera en la Plaza de Guardias de Corps, de Madrid, procedente de la calle del Limón, y del que resultaron lesiones y daños, por la Jurisdicción Militar se instruyó la Causa núm. 1.383 de 1957, en la que, por Decreto auditoriado se acordó la inhibición en favor de la Jurisdicción ordinaria, por estimar que de lo actuado no se deducía responsabilidad para el conductor militar.

Por el Juzgado de Instrucción que dió por recibida dicha Causa, de conformidad con el previo dictamen del M. F., se acordó no haber lugar a aceptar la inhibición decretada, por considerar que la fundamental y preferente infracción reglamentaria debía ser imputada al soldado motorista F. M. O., por no haber atravesado la Glorieta de Guardias de Corps por su derecha, incumpliendo así el artículo 22 del Código de la Circulación, por lo que de acuerdo con el art. 13 del Código de Justicia Militar resultaba competente la Jurisdicción castrense, al no tratarse de delitos exceptuados con arreglo al art. 16 del propio Código.

Habiéndose insistido por la Autoridad Judicial Militar en su acuerdo inhibitorio y elevadas las actuaciones al Tribunal Supremo, dictaminando el M. F. en el sentido de que de acuerdo con los arts. 13 y 16 del Código de Justicia Militar debía declararse la competencia para conocer de la Causa en favor de la Jurisdicción Militar, la Sala Especial declara competente a la Jurisdicción ordinaria, ordenando la remisión de la Causa en cuestión al Juzgado de Instrucción núm. 19 de los de Madrid para su continuación con arreglo a Derecho; y ello con base en los siguientes fundamentos:

“Que en las actuaciones judiciales de donde dimana esta competencia, se trata simplemente de dilucidar la responsabilidad penal derivada de una colisión entre una motocicleta del Regimiento de Cazadores de Montaña núm. 3, conducida por un soldado del Ejército de Tierra, y una motocicleta “Isocarro”, conducida por persona civil, ocurrida en una de las calles de esta capital el día 9 de julio de 1957, de cuya colisión resultaron con daños ambos vehículos y con lesiones el paisano conductor de su motocicleta, o sea, que se trata de enjuiciar un delito no reservado especialmente a favor de jurisdicción determinada con presuntas responsabilidades para personas sometidas a distinto fuero, ya que del hecho de haber llevado la peor parte en la colisión el conductor civil —sólo él fué lesionado y su vehículo sufrió mayores daños— no puede concluirse que el único responsable del accidente sea el militar, con tanta más razón cuanto que en los autos hay un informe del Ingeniero de Tráfico imputando faltas reglamentarias a uno y otro conductor; procediendo por ello estimar que el caso se encuentra comprendido en el párrafo 2.º del artículo 19 del Código de Justicia Militar, preceptivo de que conocerá de la causa contra todos los culpables la jurisdicción ordinaria cuando el delito se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra; y como en la fecha de autos no consta que esta Capital se encontrase en tal estado, la presente competencia debe declararse a favor de la jurisdicción ordinaria de acuerdo con la norma que se acaba de citar.”

AUTO DE 19 DE JUNIO DE 1959

Cuestión de competencia negativa promovida por la Capitán General de la II Región Militar y el Juzgado de Instrucción de Bujalance.

En virtud de querrela formulada por don A. M. V., guardia civil, se incoó sumario por el Juzgado de Bujalance contra su esposa, doña M. L. D. C. y contra don J. C. D., guardia civil, por los delitos de violación y adulterio.

Por auto del referido Juzgado, dictado de acuerdo con lo informado por el Fiscal de la Audiencia Provincial de Córdoba, se acordó continuar la tramitación de dicho Sumario sólo por el delito de adulterio e inhibirse en favor de la Jurisdicción Militar en cuanto al supuesto delito de violación, por estimar que esta Jurisdicción era la competente, toda vez que el num. 4.º del art. 16 del Código de Justicia Militar no excluye, como

hace con otros, la competencia de la Jurisdicción castrense respecto del delito de violación cometido por militares o en lugar apto a la indicada Jurisdicción. El Excmo. Sr. Capitán General de la II Región Militar, de acuerdo con el Informe del Fiscal Jurídico Militar y el dictamen de su Auditor, rechazó el conocimiento del supuesto delito de violación, por estimar que refiriéndose la querrela a este delito y al de adulterio se trataba de un asunto conjunto en que no cabe dividir su conocimiento por hallarse en íntima conexión todos los extremos a investigar, sin que fuese factible prejuzgar la calificación jurídica y, por lo tanto, mientras no se llegase a determinar con elementos racionales de juicio la culpabilidad del aforado en forma que impusiere el conocimiento de la jurisdicción castrense, era la ordinaria, por ser matriz y atractiva, la que debía entender de la totalidad de los hechos.

Habiéndose insistido por el Juzgado en la inhiñción decretada, se elevó al Tribunal Supremo testimonio de las actuaciones para la resolución del conflicto planteado; la Fiscalía del Tribunal Supremo dictaminó en el sentido de que como de las diligencias practicadas hasta el momento no aparecía indicio alguno que permitiese suponer la comisión del delito que debiera calificarse como de violación, en cuyo caso sería competente la Jurisdicción militar, toda vez que el sujeto activo, en este supuesto, sería un guardia civil (art. 13 del Código de Justicia Militar), sino que todo lo más de lo investigado solo podía deducirse la existencia de algún indicio de haberse cometido un delito de adulterio, para conocer del cual es siempre competente la Jurisdicción ordinaria a tenor del num. 4.º del art. 16 del Código de Justicia Militar, se estimaba claro que debía resolverse la cuestión de competencia a favor de la última Jurisdicción citada a la que, en todo caso, se atribuye legislativamente el conocimiento de los delitos de adulterio. Haciendo suyo este criterio, la Sala Especial resuelve el conflicto declarando la competencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer del sumario en cuestión, fundamentando la decisión en los siguientes términos:

"Que mientras de las diligencias de investigación que se practiquen no aparezcan indicios racionales suficientes para estimar se está en presencia de un delito de violación "prima facie" y sin que ello prejuzgue la calificación que, en ulteriores momentos, corresponda, y al solo efecto de resolver la cuestión de competencia suscitada, los hechos sometidos a conocimiento de los órganos judiciales revisten los caracteres del delito de adulterio, que prevé y sanciona el art. 449 del Código Penal, y como por un mismo hecho, denunciado como posiblemente constitutivo de uno de los delitos expresados, no pueden seguirse procedimientos independientes y la jurisdicción ordinaria, por su naturaleza atrayente, goza de preferencia para entender de las causas y juicios criminales que no estén reservados por las leyes a una jurisdicción especial, debe decidirse el conflicto planteado en favor del fuero común, en atención a que el delito de adulterio, cometido por militares, está sometido a los Tribunales de la jurisdicción ordinaria, por imperativo precepto contenido en el párrafo inicial y apartado cuarto del art. 16 del Código de Justicia Militar."

SENTENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 22 DE JUNIO DE 1959

Al igual que en anterior ocasión (vid. num. 6 de esta REVISTA, pag. 231), y aun no siendo propiamente objeto de la Sección, consideramos ahora también oportuna, por sentar interesante doctrina en materia competencial, la inserción aquí de la *Sentencia de 22 de junio de 1959*, dictada por la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, resolviendo recurso de casación interpuesto contra Auto de la Audiencia Provincial de Murcia, por el que declaro no haber lugar a requerir de inhibición a la Jurisdicción de Marina de la Flota, que seguía Causa por su supuesto delito de corrupción de menores contra V. P. F. y otros.

En nombre y representación de V. P. F. se presentó en forma, ante la Audiencia Provincial referida, escrito planteando cuestión de competencia por inhibitoria, por entender que era competente la Jurisdicción ordinaria frente a la especial de Marina respecto de unos hechos constituidos, según se infería de los elementos que proporcionaba la parte promovente (auto de procesamiento del Instructor especial y calificación provisional del M. F.), por la comisión por marineros y paisanos de diversos actos deshonestos y contra natura. Conferido traslado de las diligencias al M. F., dictaminó en el sentido de que no procedía acceder al requerimiento de inhibición solicitado. De conformidad con este dictamen, la Audiencia en el auto recurrido declaró procedente denegar la petición formulada, por no ser competente la Sala, no habiendo lugar a requerir de inhibición a la Jurisdicción de Marina, sentando "que la resolución que fuerza a dictar la presente cuestión de competencia promovida por inhibitoria... se ha de limitar, como es de rigor legal, a determinar la preferencia de una u otra (Jurisdicción), valiéndose este Tribunal de los escasos elementos que proporcionan las actuaciones, pero sin llegar a penetrar en definiciones doctrinales o legales sobre los presuntos hechos imputados", y "que sin dejar de conocer la posición exacta que mantiene la parte recurrente en las citas legales y jurisprudenciales que alega, la mayor parte de ellas con pretensión de calificación de fondo de los hechos cometidos en cuanto hacen relación con los paisanos o personas civiles, aparece también evidente que se contempla un hecho, o mejor, varios hechos, cometidos por personas sometidas a distinto fuero, los que tienen el carácter *prima facie* de delictivos tanto en el Código Penal ordinario como en el especial de J. M., por lo que, frente a los conceptos legales aducidos, tiene preferencia el texto excluyente del art 21 del segundo de los citados Códigos, y en su consecuencia preferencia para conocer, como lo viene haciendo, del caso de autos, la Jurisdicción castrense".

El recurso interpuesto contra este Auto por la representación de V. P. F. se apoyó en los siguientes motivos de casación: *Primero*. Al amparo del núm. 2 del art. 849 de la Ley procesal, por error de hecho que resulta de documento auténtico, citando como tal el auto de procesamiento y

el escrito de calificación de los que estimaba resultaba que eran hechos y delitos distintos los que dieron lugar al sumario por delito contra el honor militar y el delito de corrupción de menores, estando tipificados en forma distinta en el num. 1.º del art. 438 del Código Penal común y en el artículo 352 del Código de Justicia Militar. *Segundo*. Al amparo del num. 1.º del art. 849 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción por aplicación indebida del art. 21 del Código de Justicia Militar y por inaplicación de los arts. 20 y 22 del mismo texto legal.

Impugnado el recurso por el M. F. en el acto de la vista, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo declara no haber lugar al recurso de casación por infracción de Ley interpuesto por V. P. F., basando el fallo en los siguientes fundamentos, en los que se atribuye en términos generales a la Jurisdicción militar la competencia:

"Que de la certificación que se tiene a la vista, expedida por el Condestable de la Armada, Secretario de la Causa núm. 14 de 1956, seguida por la Jurisdicción de la Flota, se deduce que el recurrente y otras personas que no han recurrido, realizaron en distintas ocasiones actos homosexuales con varios marineros menores de edad, entregando aquéllos a éstos cantidades de dinero para conseguir sus propósitos libidinosos contra natura, habiendo sido juzgados y sancionados ya los individuos pertenecientes a la Armada por delito contra el honor militar conforme al art. 352 del Código de Justicia Militar, y siguiéndose la causa contra los paisanos, por la propia jurisdicción de la Flota, por el supuesto delito de corrupción de menores que prevé y sanciona el art. 438 del Código Penal común, y como los hechos perseguidos en uno y otro procedimiento, son los mismos, aunque fueran ejecutados por personas sujetas a distinto fuero, y aunque la calificación jurídica de los mismos sea diferente para los marineros que para los paisanos, es incuestionable que por imperativo de lo que dispone el art. 21 del Código de Justicia Militar la competencia para conocer de uno y otro delito corresponde a la Jurisdicción de la Flota, sin que sean de aplicación al caso de autos los arts. 20 y 22 del Código de Justicia Militar, porque los delitos cometidos no son independientes entre sí, aunque tengan distinta calificación en uno y otro Código, puesto que son generados por el mismo hecho, y por lo tanto, no puede estimarse que el atribuído a los paisanos sea el principal, y el realizado por los marineros sea conexo o accesorio de aquél, porque al tratarse de un solo hecho no existe conexidad."

"Que por las razones expuestas es visto que el auto recurrido no ha incidido en el error de hecho que se le imputa en el primer motivo del recurso, porque precisamente la copia certificada del auto de procesamiento pronunciado por la Jurisdicción de Marina contra los paisanos, y el escrito de conclusiones provisionales formulado por el Fiscal Jurídico Militar, únicos elementos de juicio de que dispuso para resolver el Tribunal "a quo", lejos de contradecir los fundamentos en que apoyó su negativa a requerir de inhibición a la Jurisdicción de Marina de la Flota, sirven de base para llegar a la conclusión de que esta jurisdicción especial es la competente para seguir conociendo de la causa que tramita contra los pai-

sanos acusados de cometer un delito de corrupción contra los marineros, menores de edad, conforme al art. 21 del Código de Justicia Militar, que es el aplicable, y por consiguiente no ha sido infringido, como tampoco lo han sido los arts. 20 y 22 del propio Cuerpo legal, invocados también por el recurrente, porque estos dos últimos preceptos contemplan supuestos diferentes del aquí planteado, por todo lo que procede desestimar los dos motivos del recurso, que por exponerse en ambos los mismos razonamientos, y alegarse en ellos idénticas infracciones legales, se han estudiado conjuntamente."

J. H. OROZCO

**C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA
DEL TRIBUNAL SUPREMO (*)**

1. Artículo 3.º: Tentativa.

“Que en la gradación que en los delitos reconoce nuestro Código penal habida cuenta del desarrollo que tenga o haya podido tener el hecho delictivo requiere que, cuando se trate de determinar el alcance de la responsabilidad exigible en aquéllos que no llegaron al trance de una ejecución completa, se tenga en cuenta los actos realizados por el agente, su trascendencia y exteriorización del propósito doloso que las inspirase por una parte, y por otra, las circunstancias de hecho que impidieron el curso normal que hubiera debido desembocar en el hecho consumado, convirtiéndose en obstáculo de su designio y el momento en que ello significó el apartamiento de su realización, según se había propuesto verificar el reo distinguiéndose la tentativa.

Del delito frustrado en que la primera se manifiesta por la ejecución de actos reveladores de dicho propósito manifiestos y ostensibles pero truncados por algo que no siendo el voluntario desistimiento, imposibilitó la continuación adecuada de los que se apreciarían para consumar el delito, y por la frustración se revela la práctica de todo cuanto fuera preciso para lograr la finalidad propuesta que no pudo, sin embargo, alcanzarse por motivos independientes de la voluntad del agente surgidos cuando él nada podía añadir a cuanto se realizó” (*Sentencia de 4 de febrero de 1959*).

2. Artículo 8.º, núm. 1.º: Trastorno mental transitorio: embriaguez.

“Que si bien el trastorno mental transitorio que exime de responsabilidad con arreglo al número 1.º del art. 8.º del Código penal puede ser producido, entre otras causas, por la embriaguez para que aquel estado pueda ser apreciado es preciso, que como situación de hecho, se declare así en la sentencia, no bastando con afirmar que el procesado al ejecutar el delito se encontraba en completo estado de embriaguez, porque ésta ya es estimada por sí sola como atenuante en el art. 9.º y como tal fué acogida en la sentencia que se impugna, sino que es preciso añadir que produjo inhibición total de las facultades volitivas del agente” (*Sentencia de 9 de marzo de 1959*).

(*) Se recogen en esta Sección aquellas resoluciones del Tribunal Supremo que por su interés pudieran ser de utilidad para los Tribunales militares.

3. Artículo 8.º, núm. 7.º: Estado de necesidad.

“Para que el estado de necesidad pueda ser apreciado como circunstancia modificativa de responsabilidad penal, se precisa, como ya tiene declarado esta Sala que tal estado no haya sido creado por actos voluntarios del sujeto activo del delito, y, además, que no exista otro medio de salir de él que lesionando el feudo ajeno” (*Sentencia de 2 de abril de 1959*).

4. Artículo 8.º, núm. 8.º: Caso fortuito.

“Que según tiene reiteradamente declarado esta Sala, para que pueda apreciarse la circunstancia eximente 8.ª del art. 8.º del Código penal, es requisito indispensable que el acto lícito del que resulte el mal sea ejecutado por el agente con la debida diligencia” (*Sentencia de 20 de abril de 1959*).

5. Artículo 8.º, núm. 8.º: Caso fortuito.

“No es de apreciar la circunstancia eximente de caso fortuito 8.º del artículo 8.º del Código penal..., pues tal circunstancia es inaplicable a los delitos culposos al ser lo fortuito, precisamente, la negación de la culpa” (*Sentencia de 30 de mayo de 1959*).

6. Artículo 8.º, núm. 10: Miedo insuperable.

“Para que pueda apreciarse la eximente 10 del art. 8.º del Código penal, es preciso que se justifique el miedo mediante la realidad objetiva de un peligro próximo, y no hasta el simple temor, sino que tiene que ser un miedo de tal intensidad, que como el mismo precepto dice, ha de resultar insuperable, producido por un acto o coacción moral invencible, proveniente de la voluntad de esa persona” (*Sentencia de 11 de junio de 1959*).

7. Artículo 8.º, núm. 10: Miedo insuperable.

“Para que pueda apreciarse la circunstancia 10 del art. 8.º del Código penal, y, por tanto, tenga eficacia liberatoria, el miedo tiene que ser insuperable y estar plenamente justificado, es decir, que es preciso que pase del límite del que pueden dominar la generalidad de las personas ante un peligro inminente, real y efectivo, y que llegue a producir un estado de excepción en el sujeto que anule por completo sus facultades anímicas y volitivas determinando una verdadera inhibición mental” (*Sentencia de 20 de abril de 1959*).

8. Artículo 8.º, núm. 11: Cumplimiento de un deber o ejercicio legítimo de un cargo.

"Que para que pueda apreclarse la circunstancia eximente de obrar en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, establecida en el núm. 11 del art. 8.º del Código penal, es condición indispensable que el medio violento empleado por el acusado, sea el racional y adecuado para hacer respetar el principio de autoridad o cumplir con los deberes propios del oficio o cargo que tuviese confiado, porque no puede darse a esta causa de la naturaleza de las funciones que se ejerzan y la realización de los fines a que se circunscriban éstas sin favorecer extralimitaciones y abusos, como tiene reiteradamente declarado esta Sala" (*Sentencia de 26 de enero de 1959*).

9. Artículo 9.º, núm. 1.º: Legítima defensa.

"Para que pueda apreciarse la circunstancia eximente de legítima defensa, ya sea completa o incompleta, es requisito esencial e indispensable que haya existido una agresión ilegítima por parte de la víctima, y si no concurre este requisito que es sustancial y básico, no pueden estimarse los demás, y, por consiguiente, no nace a la vida jurídica esta causa de justificación" (*Sentencia de 20 de abril de 1959*).

10. Artículo 9.º, núm. 8.º: Arrebato y obcecación.

"Que ni el odio, ni el rencor, ni la venganza son estímulos legítimos que autoricen la apreciación, en favor del reo, de la circunstancia 8.º del artículo 9.º del Código penal, porque el arrebato y obcecación que aminora la responsabilidad criminal, ha de ser provocado por actos injustos ejecutados por la persona que resulta víctima, en la generalidad de los seres humanos, un súbito intenso enfurecimiento que ciega la inteligencia y determina a la voluntad a reaccionar violentamente contra el agravio recibido" (*Sentencia 18 de abril 1959*).

11. Artículo 9.º, núm. 8.º: Arrebato u obcecación.

"Para que concurra la circunstancia atenuante de arrebato u obcecación establecida en el número 8.º del art. 9.º del Código penal, es requisito indispensable que el agravio origen del estímulo que produzca una ofuscación capaz de afectar hondamente la inteligencia y sobreexcitar la voluntad, sea reciente e inmediato o muy próximo a la comisión del acto delictivo" (*Sentencia de 29 de abril de 1959*).

12. Artículo 9.º, núm. 9.º: Arrepentimiento espontáneo.

“Para que pueda apreciarse la circunstancia atenuante 9.ª del art. 9.º del Código penal, es indispensable, según tiene declarado esta Sala en múltiples sentencias, que concurren dos requisitos, uno subjetivo, de carácter genérico, consistente en que el culpable proceda por impulsos de arrepentimiento espontáneo antes de conocer la apertura del procedimiento judicial, y otros objetivos o específicos, constituidos por las diferentes modalidades en que puede manifestarse la actuación del reo que se detallan en el mismo precepto” (*Sentencia de 21 de marzo de 1959*).

13. Artículo 9.º, núm. 9.º: Arrepentimiento espontáneo.

“Que para que pueda apreciarse la circunstancia atenuante 9.ª del artículo 9.º del Código penal, es indispensable que concurren dos elementos: uno subjetivo o genérico constituido por los impulsos de arrepentimiento espontáneo y otro objetivo o específico consistente en la realización por el culpable de algunos de los actos que se detallan en el indicado precepto” (*Sentencia de 20 de marzo de 1959*).

14. Artículo 10, núm. 13: Nocturnidad.

“La circunstancia agravante de nocturnidad prevista con el núm. 13 por el art. 10 del Código penal, deberá apreciarse conforme a la doctrina de esta Sala siempre que para delinquir buscare el autor de los hechos las horas de la noche o se aprovechase de ellas intencionadamente” (*Sentencia de 3 de abril 1959*).

15. Artículo 10, núm. 14: Reiteración.

“Que con arreglo al art. 209 del Código de Justicia Militar la pena de prisión militar es de dos clases, una que alcanza hasta tres años y otra que empieza en tres años y un día y llega hasta doce años y como el proceso recurrente, según la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida, ha sido condenado por dicha jurisdicción a un año de prisión militar, sin que conste el delito, fácilmente se advierte que no es procedente estimar en este caso la circunstancia 14 del art. 10 del Código penal, puesto que para que la reiteración entre en juego, se necesita que, al delinquir el culpable, hubiese sido castigado por delito a que la Ley señale igual o mayor pena o por dos o más delitos a que aquella señale pena menor y cuando por la sentencia dictada por el fuero castrense se impuso al proce-

sado la pena de un año de prisión militar, es visto que esta sanción está comprendida dentro de los límites de esta pena cuya duración máxima es de tres años" (*Sentencia de 1 de abril de 1959*).

16. Artículo 10, núm. 14: Reiteración.

"Que en múltiples y uniformes resoluciones viene declarando esta Sala que para la apreciación de la circunstancia agravante de reiteración es indiferente que la condena anterior hubiese sido impuesta por los Tribunales de la jurisdicción ordinaria o por alguno de los especiales, y del mismo modo debe estimarse cuando la anterior condena hubiera sido por delito castigado en el Código de Justicia Militar, porque lo que exige el núm. 14 del artículo 10 del Código penal es que al delinquir el culpable hubiese sido castigado por delito a que la Ley señala igual o mayor pena, o por dos o más delitos a que aquélla señale pena menor, es decir, que para la existencia de esta circunstancia de agravación, basta con que conforme la Ley, en general, sin distinguir si es común o especial, se haya impuesto la condena anterior a diferencia de lo que dispone el núm. 15 del mismo artículo en el que para apreciar la reincidencia es requisito indispensable que el delito por el que estuviese ejecutoriamente condenado el culpable al delinquir de nuevo, sea de los comprendidos en el mismo título del Código penal" (*Sentencia de 6 de marzo de 1959*).

17. Artículo 10, núm. 14: Reiteración.

"Que una de las modalidades de la pluralidad de delitos que el Código penal recoge en el número 14 de su art. 10, es la reiteración que, a diferencia de lo que el anterior ordenamiento establecía, es de obligatoria estimación siempre que se den los elementos que la integran" (*Sentencia de 6 de febrero de 1959*).

18. Artículo 10, núm. 15: Reincidencia.

"Que aunque esta Sala ha establecido de una manera reiterada y constante que para apreciar la circunstancia agravante 15 del art. 10 del Código penal en los delitos contra la propiedad es preciso que conste la cuantía de las sustracciones o defraudaciones que motivaron las sentencias ejecutorias en que la reincidencia se basa, ello ha obedecido a que las modificaciones y alteraciones que por leyes posteriores se han producido en los preceptos del Código penal relativos a los delitos de hurto y estafa, han podido variar la estimación actual de tales figuras delictivas, pero no acaee lo mismo cuando los delitos anteriormente penados estaban calificados de robo en el que no ha sufrido alteración el precepto penal" (*Sentencia de 27 de enero de 1959*).

19. Artículo 22: Responsabilidad civil subsidiaria.

“Que la responsabilidad civil subsidiaria del art. 22 del Código penal, dados los términos generales del precepto, no precisa para ser exigida, la existencia de una relación de tipo laboral ni de carácter permanente entre el obligado a prestarla y la persona que cometió el delito o falta generador de la responsabilidad, sino que basta que la infracción punible se haya cometido en el desempeño de obligaciones o servicio de otro, según dice el texto legal para que la responsabilidad del tercero, en cuyo beneficio actuaba el agente, sea exigida, siempre que medie mandato expreso para la realización de la comisión o servicio en que se produjo la infracción” (*Sentencia de 2 de abril de 1959*).

20. Artículo 52: Delito imposible.

“Que el delito de imposible ejecución equiparado a la tentativa para los efectos sancionados por el párrafo 2.º del art. 52 del Código penal, se refiere sólo a los casos de imposibilidad de los medios puestos en práctica para delinquir, y de ahí que sea cualquiera el calificativo moral que merece .. la conducta de una persona que cree engañar a otra retrasada mental apoderándose de cierta cantidad de dinero, cuando en realidad sólo era víctima de su propia codicia, no procede estimarla punible en términos jurídicos como si invadiese el campo de lo ilícito penal, porque el delito de estafa que se supone intentado requiere la existencia del sujeto pasivo del fraude en potencia, el “otro” a quien aluden siempre los artículos 528 y siguientes del mismo Código, mientras la realidad bien distinta muestra a ese “otro” ilusorio, en su verdadera condición de fingido imbécil, que junto con su compañero del hampa embaucaron al procesado hasta despertar en él un deseo insano de riqueza que se tradujo después en la pérdida de 6.400 pesetas” (*Sentencia de 28 de abril de 1959*).

21. Artículo 61: Multirreincidencia.

“Que al establecer el Código penal en la regla sexta del art. 61, que a partir de la segunda reincidencia se imponga la pena superior en uno o dos grados a la señalada al delito sin circunstancias, fácilmente se advierte que lo que quiso decir y dijo el legislador fué que la tercera vez que se cometiera el mismo delito en los casos en que aquel precepto hubiere de aplicarse se viese sometido a una agravación de la pena que ya venía determinando cuándo para la segunda actividad delincuente la pena venía agravada por la reincidencia genérica del art. 10 y la siguiente, o sea, la tercera, obligaba a elevar la penalidad, habida cuenta de la perversión que una conducta tan viciada patentizaba” (*Sentencia de 12 de febrero de 1959*).

22. Artículo 123: Ultrajes a la Nación española.

"Que el ultraje a la Nación española, que define y sanciona el art. 123 del Código penal, tiene como sujeto de la protección legal nuestra Nación, alta entidad constituida por variados elementos espirituales y materiales, y no sólo por el personal, y aun éste limitado al sexo masculino, contra el que el procesado absuelto lanzó la calificación depresiva... ni las mujeres en general, contra las que se omite grave y deshonrosa imputación aunque se las designa por su nacionalidad... No se comprende en el ámbito de la protección penal contra el ultraje, y de manera aislada los elementos que constituyen la Nación" (*Sentencia de 25 de mayo de 1959*).

23. Artículo 237: Desobediencia grave a la autoridad.

"Que la desobediencia grave del art. 237 del Código penal, se caracteriza por el desprecio que se infiere a la autoridad negándose abiertamente a cumplir las órdenes que ésta da en el ejercicio de sus funciones; requiriendo, por tanto, una negativa fuerte, decidida, contumaz a acatar el mandato recibido con menoscabo del prestigio de la autoridad de quien emana la orden, circunstancias que no se dan cuando ante un requerimiento judicial a instancia de parte para la entrega de determinadas cosas, se efectúa en parte, aunque sea pequeña, porque en este cumplimiento parcial, hay una manifestación externa de acatamiento a la orden recibida" (*Sentencia de 22 de enero de 1959*).

24. Artículo 237: Desobediencia.

"Que del delito de desobediencia del art. 237 del Código penal se caracteriza por la resistencia pasiva o activa de cumplir un mandato de la autoridad, mediante una conducta que tienda de una manera inequívoca y manifiesta a hacer ilusorio tal mandato con desprestigio del principio de autoridad básico de todo Estado, y con menoscabo del orden jurídico garantizado por los organismos públicos a quienes se confía tal misión" (*Sentencia de 2 de abril de 1959*).

25. Artículo 244: Desacato.

"Que en el delito de desacato del art. 244 del Código penal los conceptos de calumnia, injuria, insulto y amenaza, se equiparan a los efectos de constituir cualquiera de ellos juntos o separados, el desprecio u ofensa a la Autoridad que se sanciona en ese precepto: por lo que no es preciso discriminar si las palabras vertidas constituyen propiamente la imputación o no de un delito perseguible de oficio" (*Sentencia de 6 de febrero de 1959*).

26. Artículo 244: Desacato.

"Que el libre ejercicio del legítimo derecho que asiste a los ciudadanos de poner en conocimiento del organismo a quien corresponda actos o conductas de las Autoridades o de los funcionarios públicos que se estimen merecedoras de ser depuradas y corregidas, no autoriza a producirse en términos que desborden los límites de la corrección e invaden francamente el vedado campo de la ofensa al honor, como sucede en los escritos elevados por el recurrente a Altos dignatarios de la Administración de Justicia en los que se contienen innecesarias demasias de lenguaje, explosión de un contenido enojo manifestado en párrafos y frases que se transcriben en la declaración de hechos probados de la sentencia impugnada y que sería innegable reproducir y recalcar demostrativos del inequívoco "animus Injuriandi", peculiar de los delitos contra el honor, que movió al que las redactó y como esas expresiones se han vertido contra personas investidas del carácter de Autoridad, fuera de su presencia, en escritos no dirigidos a las mismas, y con ocasión del ejercicio de sus funciones, está incurso el que las profirió en la responsabilidad derivada del delito de desacato, definido y sancionado en el art. 244 del Código penal" (*Sentencia de 11 de marzo de 1959*).

27. Artículo 249: Desórdenes públicos.

"Que si el art. 249 del Código penal y su adición contenida en la Ley de 4 de mayo de 1948, tienen como finalidad el castigo de los atentados a los medios de comunicación dificultando el normal funcionamiento de esos servicios públicos, aun siendo material ferroviario fijo los cupones de carril almacenados y sustraídos no se hallaban éstos, en el momento del apoderamiento, incorporados a la vía férrea y, en consecuencia, su apropiación no tendía a entorpecer el transporte ni era éste el objetivo que al procesado guiaba, sino el de llevar a su poder, con ánimo de beneficiarse, los materiales sustraídos, lo que supone la existencia de un hurto en número 1.º del art. 514 del Código penal y no la del delito de desorden público" (*Sentencia de 10 de abril de 1959*).

28. Artículos 302 y 529: Falsedades y estafas.

"Que reiteradamente viene declarando esta Sala que a partir de la vigencia del Código penal de 1944 ha desaparecido el concepto anteriormente aceptado del tipo delictivo de la falsedad con lucro, y que cualquiera que sea la razón que determine su coexistencia en la conducta del reo, ambas figuras tienen personalidad o independencia suficientes para ser

consideradas, calificadas y, en su mérito, penadas, de acuerdo con los preceptos del Código penal que a ellas se refieren" (*Sentencia de 13 de febrero de 1959*).

29. Artículo 467: Parricidio.

"Que con su misma autonomía sancionadora e innegable separación de los delitos de parricidio, asesinato y homicidio, el art. 428 del Código penal restableció el precepto mantenido largos años en el 438 del Código de 1870, por el que se concede excepcionalmente al marido el beneficio de semijustificación de infracciones, pues sólo se le castiga con la pena de destierro, cuando sorprendiendo en adulterio a su mujer matase, acto continuo, a uno o a los dos adúlteros, lo cual quiere decir que mientras permanezca vigente ese singular mandato tan discutido entre los profesionales del derecho, y sea cualquiera el juicio crítico que a cada uno de quienes lo estudió pueda merecer, habrán de prestarle los Tribunales exacto cumplimiento sin esquivar su validez con limitaciones forzosas sobre su alcance que lo hagan prácticamente inaplicable aunque fuese a causa de suponerlo incurso en vicio de lenidad, toda vez que ello iría contra el principio jurídico "nulla poena sine lege" en cuanto se extiende también a prohibir la imposición de castigos más graves que los señalados de antemano dentro de las leyes represivas de los distintos tipos de delincuencia" (*Sentencia de 4 de junio de 1959*).

30. Artículo 457: Injurias graves.

"Que si bien es verdad que por ser el delito de injurias de carácter meramente circunstancial, para determinar su existencia y graduar su intensidad, ha de tenerse en cuenta por el juzgador, no solamente el sentido gramatical de las palabras o frases proferidas, sino muy principalmente el propósito de quien las pronuncia y la ocasión y circunstancias en que fueron vertidas, no es menos cierto, que según tiene reiteradamente declarado esta Sala, el "animus injuriandi" dolo específico de esta clase de infracciones punibles, ha de presumirse siempre, a no ser que del conjunto de los elementos expresados aparezca que el acusado no tuvo la intención de injuriar" (*Sentencia de 14 de marzo de 1959*).

31. Artículo 458: Injurias graves.

"Que con uniforme reiteración ha declarado esta Sala que el delito de injurias tiene un carácter eminentemente circunstancial y para determinar su existencia es indispensable atender, no solamente al sentido gramatical y significación material de las palabras proferidas, sino el propósito.

o intención del que las pronuncia, teniendo en cuenta los antecedentes del hecho, lugar u ocasión y demás circunstancias, así como la forma en que se dijeron todo lo que es preciso para inferir el estado de ánimo y finalidad difamatoria del acusado" (*Sentencia de 25 de febrero de 1959*).

32. Artículo 496: Coacciones.

"El hecho probado de personarse siete procesados en casa de la ofendida y, contra la oposición reiterada y tenaz de ésta y las protestas de sus sirvientas, los dos Sanitarios absueltos aplicaron a dicha señora una inyección de norcovenol que le produjo sueño pasajero y facilitó su subida a un automóvil en el que emprendieron la marcha en dirección a otra ciudad seguidos de otro coche en el que iban los demás procesados, los que fueron alcanzados y detenidos antes de llegar a su destino, constituye el delito de coacciones, como ha declarado la doctrina de esta Sala al distinguir el referido hecho punible del de detención ilegal, estableciéndose, mientras este tiende a la pérdida durante algún tiempo o la limitación del uso de las facultades ambulatorias —aquél comprende cuantas otras torceduras de la voluntad ajena se produjeran con violencia—, para obligarla a efectuar lo que no quisiera" (*Sentencia de 16 de abril de 1959*).

33. Artículo 504, núm. 4.º: Robo

"Que entre las modalidades del delito de robo con fuerza en las cosas, figura con el núm. 4.º del art. 504 del Código penal, la circunstancia de ejecutar la sustracción valiéndose de llaves falsas, ganzúas u otros instrumentos semejantes, entendiéndose ser falsas para los efectos legales, no sólo las distintas a cuantas usare el propietario en la apertura de la cerradura de que se trate, sino también como previene el núm. 2.º del art. 510, las llaves legítimas sustraídas a sus dueños" (*Sentencias de 31 de marzo de 1959*).

34. Artículo 514: Hurto.

"La actuación del procesado es constitutiva de los delitos de hurto que han sido sancionados por el Tribunal "a quo" no lo es del delito de estafa... puesto que la diferencia esencial entre uno y otro delito consiste en que en el hurto el culpable toma las cosas muebles ajenas sin la voluntad de su dueño como expresa literalmente el texto legal, es decir, que las sustrae de la libre disposición de su propietario y las hace suyas, sin el consentimiento del mismo, mientras que en la estafa se realiza el apoderamiento o defraudación con la anuencia del perjudicado, si bien está viciado este consentimiento por haberse captado la voluntad mediante el empleo de al-

gunos de los procedimientos engañosos o maquinaciones insidiosas enumeradas en el art. 529 y siguientes del Código penal" (*Sentencia de 18 de abril de 1959*).

35. Artículo 514: Hurto.

"Que esta Sala tiene declarado con reiteración, cuando la entrega de una cosa no tiene lugar en virtud de título traslativo de dominio o de posesión sino en forma transitoria y precaria para el exclusivo fin del servicio encomendado, conservando el dueño la posesión o tenencia legal, el apoderamiento que en dicha cosa haga el dependiente infiel, constituye el delito de hurto y no el de apropiación indebida" (*Sentencia de 18 de abril de 1959*).

36. Artículo 514: Hurto: Consumación.

"El hurto quedó consumado desde el momento en que los procesados privaron a sus legítimos dueños de la posesión de las prendas sustraídas y, por tanto, de su libre disposición, reteniéndolas aquéllos en su poder aunque fuera por corto espacio de tiempo, sin que el hecho de que las prendas sustraídas fueran recuperadas cuando los procesados intentaban ganar la puerta del establecimiento haga perder al delito su calidad de consumado" (*Sentencia de 27 de febrero de 1959*).

37. Artículo 516, núm. 2.º

"Reiteradamente ha declarado esta Sala que el abuso de confianza es inherente a los delitos de hurto cometidos por los huéspedes dentro de la vivienda que en tal concepto ocupan, de los objetos pertenecientes a las personas que los alojan, porque el solo hecho de haber sido admitidas aquéllas a convivir con los dueños, aunque sea accidentalmente, bajo el mismo techo, crea entre ellos unos deberes recíprocos de lealtad, que obligan al mutuo respeto a las cosas propiedad de cada uno" (*Sentencia de 13 de abril de 1959*).

38. Artículo 528: Estafa: delito continuado.

"Que la teoría del delito continuado se ha estabilizado cuando no es posible individualizar las diversas infracciones punibles de la misma naturaleza que se le imputan, por constituir éstas, más que actos concretos y determinados, actividad constante al servicio del delito, enjuiciada en el momento de ser interpretada por la acción represiva del Estado; por eso, cuando los actos antijurídicos están perfectamente individualizados en el

tiempo con sus caracteres propios tipificados y son independientes en su ejecución, aunque sean de igual naturaleza y el sujeto pasivo de ellos sea el mismo, carece de aplicación la teoría expuesta, conservando cada infracción su autonomía para ser sancionada separadamente, y más cuando la acumulación lleva a la aplicación de pena más grave que la que correspondería a cada una juzgada separadamente" (*Sentencia de 31 de enero de 1959*).

39. Artículo 529: Estafa.

"Que el delito de estafa se caracteriza, según tiene declarado esta Sala, por el engaño, artificio o maquinación insidiosa que se utiliza para mover la voluntad de una persona a celebrar un contrato o entregar alguna cosa, hasta el punto de que sin el empleo de ese medio no se hubiese logrado; por lo que el engaño tiene que preceder o ser concurrente al acto de prestar el consentimiento al desplazamiento patrimonial en favor del sujeto activo del delito y no poder confundirse con el incumplimiento, aunque sea doloso, de un pacto válidamente celebrado, cuando no se acredite que en el momento del otorgamiento se utilizaron medios engañosos para su celebración" (*Sentencia de 30 de junio de 1959*).

40. Artículo 534: Estafa.

"Que para que pueda estimarse cometido el delito de estafa previsto y sancionado en el art. 534 del Código penal, es preciso, según la literalidad de su texto, que concurren dos elementos indispensables: uno material o externo consistente en la defraudación o perjuicio causado a una persona, y otro de carácter interno o psicológico que exige que ese quebranto patrimonial sea real y efectivo y se haya producido con ánimo de defraudar, usando de cualquier engaño que no esté expresado en los artículos anteriores de la Sección segunda del mismo Cuerpo legal, porque si falta uno de estos requisitos no puede calificarse la conducta del acusado como constitutiva de la infracción punible que se le imputa" (*Sentencia de 3 de febrero de 1959*).

41. Artículo 535: Apropiación indebida.

"Lo que caracteriza el delito de apropiación indebida del art. 535 del Código penal, es el abuso de confianza y valiéndose de él que se perjudique económicamente a quien ha confiado en la lealtad de la persona a la que le fué dispensada" (*Sentencia de 2 de abril de 1959*).

42. Artículo 535: Apropiación indebida.

"Que al afirmar la sentencia recurrida que el procesado recibió de su principal 27.901 pesetas para efectuar diversos pagos, quedándose dicha

cantidad en su propio beneficio, matiza con toda precisión la comisión de un solo delito y no de varios" (*Sentencia de 9 de marzo de 1959*).

43. Artículo 542: Usura.

"Que la modalidad del delito de usura que contempla el art. 542 del Código penal, sujeta a la responsabilidad que en él se establece a los que habitualmente se dedicaren a préstamos usurarios, lo que equivale a exigir que el culpable haya manifestado su propósito de obtener un interés notablemente excesivo en relación con el normal del dinero, a través de reiterados actos, y como la celebración de un solo contrato usurario no da margen a la aplicación del precepto penal, queda consumado el delito de usura habitual cuando la pluralidad de contratos de esa índole se perfecciona, puesto que de la constitución de la relación jurídica y no de su posterior desarrollo depende que la conducta del prestamista caiga de lleno en la esfera de la citada norma sustantiva" (*Sentencia de 22 de mayo de 1959*).

44. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

"Que las circunstancias concurrentes en cada caso, aun existiendo violación de un precepto reglamentario que es difícil no se dé en accidentes automovilistas, son las que influyen en la calificación jurídica de la imprudencia para que ésta derive en grave, en simple con infracción de reglamentos o en una falta" (*Sentencia de 17 de marzo de 1959*).

45. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

"Cuando se actúa con alguna previsión o cautela, pero no con toda la exigida a la acción que se va a realizar, la imprudencia hay que situarla en el campo de la simple; y cuando se omite toda previsión y diligencia, aun la más elemental, aquella hay que llevarla al grado de la temeraria" (*Sentencia de 16 de marzo de 1959*).

46. Artículo 565: Imprudencia simple.

"Que no todas las imprudencias punibles alcanzan el rango de temeraria porque en la conducta del hombre imprudente, se ofrecen varios grados de mayor o menor entidad, que encajan en los tres tipos de infracciones culposas que el Código penal define en los dos primeros párrafos de su artículo 565 y en el núm. 3.º del 586 y es bien sabido que acción temeraria es la que no se acomoda a las normas que la razón y el buen sentido dictan a todo ser humano y que están al alcance de la inteligencia menos cul-

tivada y, en cambio, la Imprudencia puede revestir otras formas menos relevantes que no por ello han de quedar sin la condigna sanción" (*Sentencia de 11 de marzo de 1959*).

47. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

"Que el delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, del párrafo segundo del art. 565 del Código penal requiere para su sanción que la producción de una acción u omisión culposa del agente que lo ha ocasionado, haya tenido como causa inicial el incumplimiento de una norma reguladora del obrar de dicho agente, en este caso del Código de la Circulación, que al no señalarse como reiteradamente se tiene prevenido por la Sala sentenciadora la existencia de esa regla que debiendo haberse cumplido ha sido violada haciendo surgir, por ello, el evento dañoso, lógicamente no es dable el poder estimar la existencia de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos" (*Sentencia de 3 de febrero de 1959*).

48. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

"Que el hecho de conducir una motocicleta sin carnet, a excesiva velocidad y por la margen izquierda de la carretera, penetrando en esas condiciones en una curva carente de toda visibilidad, es acto de suma imprudencia, ya que era racional prever que no podría evitar el encuentro con los vehículos que reglamentariamente circularan en dirección contraria" (*Sentencia de 6 de febrero de 1959*).

49. Artículo 565: Imprudencia temeraria.

"Que es acertada y debe mantenerse la apreciación de temeridad en la imprudencia del recurrente que da marcha atrás al camión que conduce, con omisión de precauciones elementales, como son no cerciorarse de que se habían apartado las personas que cogían agua de una fuente que existe en la calle en obras, no poder ver a estas persona durante la maniobra por estar ellas situadas a su derecha y él a la izquierda; alcanzar y causar la muerte a un niño y lesionar a dos mujeres, actuación comprendida en el párrafo primero del art. 565 del Código penal que no puede degradarse a simple imprudencia con infracción de Reglamentos, que prevé el párrafo segundo del artículo citado porque según doctrina reiterada de esta Sala, la concurrencia de infracciones del Código de Circulación invocadas por el condenado y entre ellas la de los apartados e) y siguientes del artículo 27, no excluye la calificación de temeraria" (*Sentencia de 20 de enero de 1959*).

50. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Ha consagrado la doctrina jurisprudencial que es inadecuado y poco jurídico calificar un hecho de homicidio, lesiones o daños por imprudencia, cuando, con arreglo a la técnica penal, lo correcto es calificar de un delito de *imprudencia temeraria o simple con infracción de Reglamento* del que resultó homicidio, lesiones o daños” (*Sentencia de 19 de junio de 1959*).

51. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Que para que exista el delito de imprudencia del art. 565 del Código penal, ya sea temeraria o simple con infracción de Reglamento, es indispensable que concurren estos tres elementos: una acción o una omisión voluntaria no maliciosa: un mal efectivo y concreto, y una relación de causa a efecto que ligue la una con el otro, por lo que si falta alguno de estos requisitos no puede estimarse que sea cometido el delito culposo” (*Sentencia de 1 de junio de 1959*).

52. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Que la modalidad de imprudencia profesional a que hace mérito un inciso del último párrafo del art. 565 del Código penal no se integra automáticamente por la condición personal del reo, de ser conductor de vehículos, aunque éste sea primer requisito para ello, sino que requiere, además, que la impericia o negligencia en sí, esto es, la conducta del culpable no sea ajustada a las normas elementales técnicas a que todo profesional está específicamente obligado” (*Sentencia de 30 de abril de 1959*).

53. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Que el delito de imprudencia es un delito de resultado, que al producirse como fruto de una conducta o actuación imposibilita penar separadamente éste y aquél —causa y efecto— porque sería sancionar doblemente una misma infracción vulnerando el principio “non bis in idem”” (*Sentencia de 13 de mayo 1959*).

54. Artículo 565: Imprudencia punible.

“Que por precepto imperativo consignado en el párrafo 5.º del art. 565 del Código penal, toda infracción cometida con vehículos de motor y sancionada en dicho artículo llevará aparejada la privación del permiso para conducirlo por tiempo de uno a cinco años, y como esa norma es de in-

excusable cumplimiento por los Tribunales de lo criminal que sólo pueden ejercer sus facultades discrecionales en orden al período de duración de privación del permiso y en el fallo de la sentencia recurrida... se ha omitido el correspondiente pronunciamiento, debe ser acogido el recurso interpuesto por la acusación pública" (*Sentencia de 30 de abril de 1959*).

55. Ley 9 mayo 1950: Conducción a velocidad excesiva de vehículo de motor.

"Que el delito de conducción de vehículo de motor mecánico de modo peligroso para el público, concepto genérico de la hipótesis delictiva definida en el art. 2.º de la Ley de 9 de mayo 1950, o la misma conducción con velocidad excesiva, concepto específico relacionado con el anterior, requieren, en ambos casos, la concurrencia de circunstancias que aumentan el riesgo ya estén determinadas en dicho precepto legal o ya consistan, según la referida disposición en la intensidad del tráfico o en las condiciones de la vía pública" (*Sentencia de 26 de enero de 1959*).

56. Ley 9 mayo 1950: Receptación.

"Que desgajado del art. 17 del Código penal, por la Ley de 9 de mayo de 1950, la modalidad del encubrimiento representada por el aprovechamiento para sí de los efectos del delito es preciso para configurar los efectos del delito, definido en el art. 546 bis a) del citado Cuerpo legal, la concurrencia de dos esencialísimos requisitos a saber: conocimiento de la comisión de un delito contra la propiedad y aprovechamiento en beneficio propio de los efectos materiales del mismo" (*Sentencia de 28 de enero de 1959*).

57. Ley 9 mayo 1950: Conducción sin habilitación legal del vehículo de motor.

"Que al afirmarse en las premisas "de facto" de la sentencia recurrida que el procesado fué sorprendido el día 11 de abril de 1957 en una carretera cuando conducía una motocicleta de su propiedad, de 200 centímetros cúbicos de cilindrada, sin que estuviera en posesión material del documento o carnet de conducir, no hay duda alguna que cometió el delito previsto y sancionado en el art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950, sin que pueda eximirle de responsabilidad el hecho de que había sido examinado y declarado apto para carnet de 2.º categoría el día 6 del propio mes de abril, porque siendo este delito de los de tipo puramente formal, si conducía un vehículo de motor "sin estar legalmente habilitado para ello" como textualmente dice el precepto invocado, y esta habilitación no puede tenerse si no se posee el correspondiente carnet oficial, no es bastante para librarle de culpa la circunstancia de que hubiese demostrado su pericia o capacidad

técnica en un examen, porque hasta que no poseyera el documento exigido por las disposiciones vigentes no estaba autorizado legalmente para conducir la motocicleta con la que fué sorprendido" (*Sentencia de 4 de febrero de 1959*).

58. Ley 9 mayo 1950: Conducción sin habilitación legal del vehículo de motor.

"Que el delito de conducción sin permiso del art. 3.º de la Ley de 9 de mayo de 1950 es de naturaleza predominantemente formal y de desobediencia, pues se perpetra tanto en la hipótesis de pericia como en la de impericia del conductor, con tal que se acredite la carencia de la oportuna autorización, y con absoluta independencia de resultados lesivos" (*Sentencia de 14 de marzo 1959*).

IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR

D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

SUMARIO: I. *Contratación administrativa:* Revisión de precios. Aire.— II. *Contribución de Utilidades:* Exención. No alcanza a los haberes de las Clases de tropa cuando son equivalentes a los de Oficial del Ejército, Marina y Aire.—III. *Expedientes Gubernativos:* A) Procedimiento. Forma de las notificaciones. Fundamentación de las resoluciones. B) Separación del servicio en virtud de expediente gubernativo. Artículo 1.011, número 5 del Código de Justicia Militar.—IV. *Expropiación forzosa:* Justiprecio. Ministerio del Aire.— V. *Procedimiento:* Expropiación forzosa: A) Constitución del Jurado Provincial. B) Necesidad de la declaración previa de lesividad, cuando es la propia Administración la que recurre contra resolución del Jurado Provincial de Expropiación. El artículo 56 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contenciosa, en relación con los artículos 35 y 126 de la de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954.

I. CONTRATACION ADMINISTRATIVA

REVISIÓN DE PRECIOS. AIRE

Sentencia de 4 de mayo de 1959.—Estima recurso interpuesto contra Orden del Ministerio del Aire de 29 de mayo de 1958, por la que se denegó al contratista recurrente la revisión de precios en la realización de una obra adjudicada definitivamente el 17 de diciembre de 1956.

La tesis mantenida en la fundamentación del fallo es la siguiente:

"En la contratación administrativa se ha de tener en cuenta, como una de sus finalidades, la de asegurar una ejecución cuidadosa de la obra, evitando que se empleen malos materiales y que se incumplan por los constructores las obligaciones que la legislación social les impone con respecto a sus obreros, y si bien los contratos se celebran a riesgo y ventura, lo cierto es que en los sistemas de economía dirigida las variaciones en los salarios, o en la clase de los materiales justifican en determinadas circunstancias la revisión de precios, y a ese criterio obedeció el Decreto de 18 de enero de 1957, que estableció por una sola vez la revisión de precios en las obras públicas. Decreto para cuya aplicación en el Ministerio del Aire, se dictó la Orden de 24 de abril. El artículo 1.º del Decreto-ley, habla de obras adjudicadas antes del 1 de noviembre de 1956, pero, sin duda, teniendo en cuenta que había subastas convocadas en que los interesados habían presentado sus proposiciones sobre la base de los requisitos técnicos y de los precios de coste de materiales y tablas de salarios, en el art. 6.º se autorizó a los Ministerios para extender los beneficios a las contrataciones pendientes de formalización en 1 de noviembre, condiciones en que se encontraba la discutida, o para anular en otro caso la licitación efectuada, precepto que está fundado evidentemente en motivos de equidad."

II. CONTRIBUCION DE UTILIDADES

EXENCIÓN. NO ALCANZA A LOS HABERES DE LAS CLASES DE TROPA CUANDO SON EQUIVALENTES A LOS DE OFICIAL DEL EJÉRCITO, MARINA Y AIRE

Sentencia de 13 de junio de 1959.—Un Teniente de Artillería, Caballero Mutilado absoluto, que con arreglo al Decreto de 8 de mayo de 1931 percibía en dicho Cuerpo devengos de Sargento, solicitó de la Delegación de Hacienda correspondiente se le reconociese la exención de la tarifa 1.ª de la Contribución de Utilidades por entender le era de aplicación lo dispuesto en el Decreto de 20 de abril de 1931, que declaró la exención del impuesto, de los jornales de los obreros y los haberes de las Clases de tropa y sus asimilados, cualquiera que fuese su cuantía.

La petición fué desestimada por aplicación de lo prevenido en la Orden de Hacienda de 25 de septiembre de 1945, tanto por la Administración de Rentas Públicas, como en posterior reclamación económico-administrativa; e interpuesto recurso contencioso contra la resolución del Tribunal Central, el Supremo absuelve a la Administración de la demanda formulada.

El fallo se fundamenta brevemente en los siguientes términos:

“El art. 1.º, letra b) de la Tarifa 1.ª de la Contribución de Utilidades, somete a tributación las retribuciones fijas en su cuantía y periódicas en su vencimiento percibidas por los Generales, Jefes y Oficiales del Ejército y de la Armada, y sus asimilados, en situación activa, de retiro o de reserva, derivándose de este concepto de asimilación el estar gravados también aquéllos a quienes se concedan derechos u honores iguales a los que disfrutan personas contribuyentes por las dichas letras y artículo de la Tarifa 1.ª; siendo, por tanto, inaplicable la exención establecida para las clases de tropa, a quienes en el Ejército o en la Marina perciban emolumentos iguales o superiores a los de Oficiales.”

“La Orden ministerial de Hacienda de 25 de septiembre de 1945 dispone que los haberes de los que perciban retribuciones equivalentes a las de Oficiales del Ejército, Marina, Aire, Guardia Civil, Carabineros y otras Armas, se hallan sujetas a tributación por Tarifa 1.ª de la citada Contribución; no estando, por tanto, comprendidos en el Decreto de 20 de abril de 1931 dictado para las Clases de tropa; y esta dicha Orden es aplicable al actor, teniendo en cuenta que si bien el sueldo personal que cobra es de Sargento, porque su ascenso a Teniente de Artillería no le supuso aumento en dicho sueldo, hay que sumar al mismo los haberes que percibe por trienios, Cruz de San Hermenegildo, Medalla de Sufrimientos, vivienda, vestuario e indemnización familiar, lo que supone que en total sus haberes se elevan a 4.717,49 ptas. mensuales, cantidad superior a la que cobran los Alféreses; por todo lo cual, procede la confirmación del acuerdo recurrido.”

III. EXPEDIENTES GUBERNATIVOS

A) PROCEDIMIENTO. FORMA DE LAS NOTIFICACIONES. FUNDAMENTACIÓN DE LAS RESOLUCIONES

Sentencia de 19 de diciembre de 1958.—Desestima recurso interpuesto contra resolución del Ministerio del Ejército por la que se acordó separar del servicio al recurrente, Sargento de la Guardia Civil, como incurso en la causa 5.ª del art. 1.011 del Código de Justicia Militar.

Sobre la excepción de prescripción alegada por el representante de la Administración, y en relación con la validez de las notificaciones, el Tribunal Supremo dice:

“No obstante ser de 22 de enero de 1953 la resolución impugnada y haberse interpuesto el actual recurso de 11 de septiembre de 1956, no procede admitir la excepción de prescripción alegada por el representante de la Administración, pues como ya tiene declarado este Tribunal Supremo en sentencias como la de 17 de abril de 1958 en caso análogo al presente, el cómputo del plazo legal en que se puede acudir a la vía contencioso-administrativa ha de partir del día cierto de una notificación válida, y para que lo sea a tenor de los arts. 496 y 504 del Código de Justicia Militar, debe hacerse saber al notificado ante quién y en qué plazo puede recurrir cuando la resolución dictada con arreglo a dicho Código sea recurrible, sentado lo cual, es de tener en cuenta que en este caso, el “Diario Oficial del Ministerio del Ejército” correspondiente al 8 de febrero de 1953 publicó tan sólo la baja del Sargento hoy demandante, en el servicio activo de la Guardia Civil, a consecuencia de expediente gubernativo, pero sin indicación ninguna del recurso procedente contra tal resolución, la cual le fué notificada por telegrama postal núm. 258 de 19 de febrero siguiente, con omisión idéntica y sólo después de publicar el interesado, por escrito al Director General de la Guardia Civil, que se expresara el recurso procedente contra la resolución recaída, Autoridad ante quien el mismo se había de presentar y término para interponerlo, fué cuando el 12 de junio de 1956, como respuesta a tal solicitud, se firmó el traslado a don V. M. R. de un oficio en el que, recordándole la notificación de 19 de febrero de 1953 se completaba entonces subsanándose el defecto que tenía, con la indicación precisa de que podría dicho Sargento impugnar su separación gubernativa ateniéndose a lo dispuesto en la Ley de 18 de marzo de 1944 en relación con el texto refundido de la Ley de lo Contencioso-administrativo de 8 de febrero de 1952, es decir, señalándole ya concretos preceptos legales reguladores del recurso procedente, que en efecto era el contencioso-administrativo que ha entablado, y como entonces lo hizo dentro del plazo previsto por el art. 7.º de dicha Ley de 1952, es vista la improcedencia de declarar en este caso prescrita la acción para interponer el presente recurso, sin que sea admisible, como el representante de la Administración sostiene,

que deba empezarse a contar dicho plazo desde el día en que el interesado tuvo simplemente noticia oficial de su baja en la Guardia Civil, lo cual por sí solo no fué una notificación en sentido procesal, según los citados clarísimos preceptos del Código de Justicia castrense."

Alegada por el recurrente la nulidad de la Orden Ministerial por falta de fundamentación legal, la Sala sienta sobre ello la doctrina siguiente, con expresión también de una síntesis de los hechos que motivaron la incoación del expediente gubernativo.

"Acerca de este extremo ha de partirse como base innegable de que la propuesta de separación del servicio que para el Sargento don V. M. R. formuló el Director General de la Guardia Civil fué perfectamente razonada por éste, pues primero expuso, de modo concreto, el hecho probado de que la conducción de presos desde Melilla a Málaga, trajo cierta cantidad de penicilina y estreptomocina, otra de tabaco rubio y 300 guías de válvulas para automóviles con destino a un pariente suyo propietario de un camión, expuso después aquella Autoridad algunas consideraciones para calificar jurídicamente el hecho como acto que, sin ser delictivo ni enjuiciado por Tribunal de honor, resulta contrario al honor militar, pues "siendo —dijo— una de las misiones de este Cuerpo (Guardia Civil) la represión del contrabando, no es admisible que un Sargento, aprovechándose maliciosamente del uniforme, y de hallarse de servicio, intente, sin duda, beneficiarse ilícitamente con mercancías sin llenar los requisitos fiscales, que evidencia falta de moralidad para seguir en estas filas", añadió luego el Director General que todo acto de este tipo "es contrario al espíritu y misión de la Guardia Civil, por lo que su autor resulta perjudicial para continuar en el servicio" y, en fin, terminó apoyando la propuesta de separación con la cita de un terminante fundamento legal: el caso 5.º del art. 1.011 del Código de Justicia Militar, en el cual declaraba incurso al Sargento residenciado, de manera que frente a todo esto resulta por completo gratuita la afirmación de la parte actora al decir en su último escrito que "el Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil no fundamenta su propuesta más que en razones de carácter general, pero no circunscritas al caso que motivó el expediente".

"Después de propuesta tan razonada, elevóse, a tenor del citado artículo 1.020 del Código de Justicia Militar, el expediente gubernativo al Ministerio del Ejército y es cierto que el Consejo Supremo de Justicia Militar acordó informar que "procede la baja del interesado en el Cuerpo a que pertenece" sin más fundamento que consignar ante todo la frase: "abundando en las razones que expone el Excmo. Sr. Director General de la Guardia Civil", es decir, participando de idénticas opiniones sobre el caso objeto del informe y, de modo análogo, el Excmo. Sr. Ministro del Ejército limitóse, a su vez, a resolver el expediente sin más que anteponer a la fecha y a su firma la expresión "Conforme con el Consejo Supremo", por lo que la resolución objeto de este recurso no carece de la debida fundamentación, pues sabido es, por elemental principio de economía procesal en toda la práctica administrativa, que cuando algún expe-

diente es resuelto por la Autoridad competente después de una propuesta o informe reglamentario y éstos son suficientemente razonados, hasta que aquélla exprese su categórica conformidad con los mismos, para que haya de tenerse igualmente la resolución por fundada al haber hecho de ese modo suyas el que decide cuantas alegaciones consignó ante quien formuló la propuesta o informe, no pudiendo exigirse que el contenido de éstos se repita en la decisión para que tenga validez."

B) SEPARACIÓN DEL SERVICIO EN VIRTUD DE EXPEDIENTE GUBERNATIVO.

ARTÍCULO 1.011, NÚM. 5 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR

Sentencia de 2 de enero de 1959.—Estima recurso interpuesto por un Cabo Primero de la Guardia Civil contra resolución de la Dirección General del Instituto de 20 de febrero de 1952, por la que, al amparo de lo dispuesto en el art. 1.023 del Código de Justicia Militar, se acordó la separación del recurrente, por considerarse comprendido en el caso 5.º del artículo 1.011 del mismo Cuerpo legal.

Consideramos necesario para un suficiente conocimiento del alcance del fallo, consignar los siguientes hechos y fundamentos de derecho en que se apoya:

El día 17 de febrero de 1951, estando prestando servicio el recurrente en unión del guardia don J. R. V., pertenecientes ambos al puesto de S., hallándose en las proximidades de dicho Puesto pasó por allí el Teniente Coronel Primer Jefe de la Comandancia, quien al exigirles la papeleta de servicio comprobó que se encontraban a 4 ó 5 Km. del lugar que tenía señalado, y al ser interrogado el Cabo por la causa de la anomalía, manifestó que había sido por perseguir a un camión que les había intundido sospechas, y no satisfecho el Jefe de la Comandancia con estas explicaciones, ordenó la instrucción de la correspondiente causa por abandono de servicio, y tramitada ésta se dictó sentencia en 24 de abril de 1952, por el Consejo de Guerra Ordinario, cuyo fallo es del tenor siguiente: "Que debemos absolver y absolvemos libremente con todos los pronunciamientos favorables a los procesados en esta causa, Cabo A. G. Q. y guardia J. R. V., por considerar que no existe delito", cuya sentencia fué aprobada por el Capitán General de la Región, de acuerdo con el dictamen de su Auditoría, que expresó entre otros razonamiento, que sobre la base de la declaración de hechos probados, es justo estimar que la conducta de los sentenciados no tiene carácter delictivo ni puede calificarse penalmente de abandono de servicio al justificarse plenamente en autos los motivos de alejamiento del lugar, en desarrollo, precisamente, de esa función específica del servicio, siendo, en consecuencia, justa y procedente la absolución; que enviadas las correspondientes diligencias a la Dirección General de la Guardia Civil, el Director General ordenó incoar expediente gubernativo contra el Cabo Primero don A. G. Q. en averiguación de su conducta en relación con el caso quinto del art. 1.011 del

Código de Justicia Militar, en cuyo expediente, después de recibir declaración a Jefes, Oficiales y Clases de la Comandancia y formularse los cargos y oírse al interesado, el Juez Instructor, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 1.018 del Código de Justicia Militar, informó expresando que no aparecían otros cargos contra el inculcado que los que habían sido juzgados en el Consejo de Guerra en cuya sentencia fué absuelto, y siendo unánimes las demás declaraciones en favor de su buena conducta y buen concepto que merece, sin que en su documentación figure correctivo alguno, el Juez Instructor que suscribe estima que el encartado no se encuentra incluido en ninguno de los casos del art. 1.011 del vigente Código de Justicia Militar, y previo dictamen de la Asesoría Jurídica, que se limitó a resumir los hechos, exponiendo que estando completo el expediente, en uso de las facultades que le confiere el art. 1.023 del Código de Justicia Militar puede adoptar la resolución que estime conveniente en orden a la continuación o no en el servicio del residenciado; el Director General, con fecha 20 de octubre de 1952, en desacuerdo con el parecer del Instructor, dispuso la separación del Cabo Primero A. G. Q., por considerarle comprendido en el caso 5.º del art. 1.011 del Código de Justicia Militar."

"Los hechos imputados al Cabo Primero de la Guardia Civil, A. G. Q., que son los mismos que se declararon probados en la sentencia firme dictada por el Consejo de Guerra mencionado anteriormente y de los que fué absuelto libremente con toda clase de pronunciamientos favorables, no pueden ser conceptuados como actos contra el honor militar, ni puede apreciarse en la conducta del expedientado ningún motivo de olvido de sus deberes militares, ni desprovisto de la honorabilidad exigida para el desempeño de su cargo, y así se patentiza con el examen del expediente tramitado, pues según las declaraciones de los Jefes, Oficiales y Clases de la Comandancia, a excepción del Teniente Coronel que formuló la denuncia, todos los demás informaron haciendo resaltar la buena conducta del inculcado y su buena conceptualción, y el Coronel Jefe del Tercio declaró, que durante el tiempo que tuvo a sus órdenes al Cabo Primero A. G. Q., éste observó buena conducta y le mereció buen concepto hasta el momento de producirse los hechos por los que fué procesado, y como posteriormente el declarante formó parte como Presidente del Consejo de Guerra que absolvió por unanimidad al citado Cabo por haber quedado desvirtuados los cargos que contra él aparecían inicialmente, sigue siendo bueno el concepto que le merece en todos los órdenes."

"De cuanto expresado queda, es forzoso estimar que los hechos que originaron el expediente gubernativo que ha motivado el actual recurso, no son constitutivos de la falta contra el honor militar definida en el caso 5.º del art. 1.011 del Código de Justicia Militar y no puede mantenerse la sanción de separación del servicio impuesta en la resolución impugnada, la cual debe dejarse sin efecto, acordando reponer al expedientado en el cargo que le corresponde, con abono de los haberes que hubiera devengado durante el tiempo de su separación."

IV. EXPROPIACION FORZOSA

JUSTIPRECIO. MINISTERIO DEL AIRE

Sentencia de 23 de febrero de 1959.—En expediente de expropiación incoado y tramitado por la Cuarta Región Aérea respecto a terreno sitos en las inmediaciones del Aeropuerto de Sanjurjo (Zaragoza), el perito de la Administración fijó el precio a satisfacer por aquéllos en 48.343,81 pesetas: el de la propiedad en 210.055 ptas. más el 5 por 100 de afección, e interviniendo el Jurado Provincial lo estableció en 50.077,36 ptas.

La representación de la propiedad entabló recurso ante el Tribunal Provincial, que lo estimó, revocando el acuerdo del Jurado en cuanto hacía referencia a la valoración de los perjuicios derivados de la expropiación y fijó el precio a satisfacer por ésta en 83.241,73 ptas.

Apelada la Sentencia por el Fiscal, el Tribunal Supremo la confirma, previas las siguientes consideraciones, en cuanto al fondo de la cuestión controvertida:

“La sentencia apelada sigue el sistema aplicado por el Jurado Provincial a su vez, en gran parte, coincidente con la hoja que en su día redactó el perito de la Administración; pero introduciendo en sus bases de cálculo varias rectificaciones cuya pertinencia debe compartirse por los siguientes razonamientos: primero, porque los arts. 27, 38 y 39 de la Ley de 1954 cuyo alcance confirma el art. 41 del Reglamento de 1957 invitan a la mayor individualización posible entre los bienes, elementos y circunstancias que pueden servir de factor valorativo, evitando la mezcla de supuestos o conceptos cuya heterogeneidad produciría como resultado numérico una cifra desproporcionada o inexacta; y en tal sentido, al recaer los perjuicios —no meramente previsibles, sino ciertos y estimables— ocasionados por la expropiación— y no por el mero hecho de la ocupación inmediata— sobre todo el patrimonio expropiado, su computación ha de efectuarse con relación a dicho conjunto en lugar de limitarla a la pequeña parte de regadío, dado que la restante sufrirá en su explotación los daños inherentes a la pérdida del camino de acceso, y los que originarán los corrimientos y encharcamientos producidos por las obras del Sector Aéreo, y segundo, porque no cabe dar el contenido del impreso en el que figuran los datos del Acta previa de ocupación inmediata un carácter preclusivo, ni únicamente determinante o limitativo para el futuro de los conceptos que han de aceptarse para el justiprecio, cuando —como sucede en el caso de autos— aquéllos se desarrollaron y debatieron en las subsiguientes actuaciones administrativas, más aptas para dicha finalidad que el Acta, cuyo objetivo no supone confusión ni sustitución de trámite, ni puede privar a los interesados de los derechos que les reconozca la Ley.”

“En definitiva, la valoración fijada por el Tribunal Provincial resulta más cuidadosamente ponderada, dentro de los elementos de conocimiento y cálculo aportados, que la unilateral de la Administración, y aun que

la del Jurado Provincial, de la que ha conservado cuanto tenía de objetivamente apreciable, por lo que procede desestimar la apelación y confirmar la validez en derecho de la sentencia impugnada."

V. PROCEDIMIENTO. EXPROPIACION FORZOSA

A) CONSTITUCIÓN DEL JURADO PROVINCIAL

Sentencia de 8 de enero de 1959.—En expediente de expropiación incoado por el Ayuntamiento de Z., hubo de intervenir en trámite de justiprecio el Jurado Provincial que se constituyó y dictó resolución sin la presencia del técnico designado por la Corporación Local a tenor de lo prevenido en el art. 85, en relación con el apartado b) del 32 de la Ley.

Interpuesto recurso contencioso, el Tribunal Provincial resolvió en el sentido de que "al no estar constituido el Jurado en legal forma procede declarar la nulidad de lo por él acordado, con remisión del expediente administrativo para nueva resolución".

El fallo se fundamenta así:

"Previamente a las cuestiones de fondo hay que resolver sobre si el Jurado se constituyó en la forma prescrita en la Ley de Expropiación Forzosa, y a este respecto hay que tener en cuenta lo que a tal efecto dispone el art. 85 de la meritada Ley, que preceptúa: "En las expropiaciones que se lleven a cabo por razón de urbanización, el técnico a que se refiere el apartado 6) del art. 32 será designado por la Corporación local interesada", y como tal designación no se hizo, por no haber sido requerida al efecto la Corporación Municipal, se hace evidente concluir que el Jurado estaba mal constituido y, por lo tanto, lo por él acordado carece de valor, sin que lo alegado por el Abogado del Estado, de que la Corporación debió hacer el nombramiento al remitir el expediente por analogía de lo dispuesto en el art. 100 pueda tener aplicación al caso de autos, ya que si la Ley hubiera querido dar tal interpretación al art. 85 lo habría dispuesto expresamente al igual que lo ha hecho en el art. 100: es, pues, evidente que es el Presidente del Jurado el que tiene que requerir al Ayuntamiento para que haga la designación del Vocal en la forma que preceptúa el art. 85."

Apelada esta Sentencia el Tribunal Supremo la confirma, después del siguiente razonamiento:

"Conteniendo la súplica de la demanda como una de sus peticiones la declaración de nulidad del acuerdo recurrido por concurrencia de vicios fundamentales en la constitución del Jurado Provincial de Expropiación de Zaragoza, es evidente la prioridad que tiene su resolución sobre cualquiera otra petición, puesto que para pasar a su examen tendría que desestimarse la existencia de los defectos procesales alegados como fundamentos de la pretendida nulidad, siendo reiterada la Jurisprudencia de este Tribunal expresando la necesidad de reconocer, aun de oficio, sin necesidad de denuncia expresa de las partes, los vicios sustanciales en la

tramitación de los expedientes administrativos, dada la importancia del cumplimiento de las normas procesales como sólida y eficaz garantía del orden jurídico, y en el caso actual es incuestionable que el Jurado Provincial de Expropiación no se constituyó ni actuó con arreglo a las prescripciones legales marcadas taxativamente en el art. 85 de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, al no intervenir el funcionario técnico nombrado por el Ayuntamiento de Zaragoza como era obligada su intervención, y el haber resuelto el asunto sometido a su decisión en primera convocatoria sin la asistencia del técnico designado por el Ayuntamiento incumpliendo lo preceptuado en el art. 33 de la citada Ley."

"En todo procedimiento administrativo la infracción de los requisitos legales fundamentales acarrea la nulidad de las actuaciones desde el momento en que se cometieron y ha de reponerse el expediente a dicho trámite para continuarlo con arreglo a derecho, por lo cual es de estimar la petición formulada en la demanda de anulación de la resolución reclamada con la consecuencia de reponer las actuaciones al cauce legal, como acertadamente ha decidido el Tribunal Provincial en su sentencia, la cual procede confirmar desestimando la apelación interpuesta y sin hacer condena de costas por no apreciarse mala fe ni temeridad."

H) NECESIDAD DE LA "DECLARACIÓN PREVIA DE LESIVIDAD", CUANDO ES LA PROPIA ADMINISTRACIÓN LA QUE RECORRE CONTRA RESOLUCIÓN DEL JURADO PROVINCIAL DE EXPROPIACIÓN. EL ARTÍCULO 56 DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA, EN RELACIÓN CON LOS 35 Y 126 DE LA LEY DE EXPROPIACIÓN FORZOSA DE 16 DE DICIEMBRE DE 1954

Sentencia de 18 de junio de 1959.—El art. 35 de la vigente Ley de Expropiación estatuye que la resolución del Jurado, que se ha de notificar a la Administración y al propietario, "ultimará la vía gubernativa, y contra la misma procederá tan sólo el recurso contencioso-administrativo". Y en el art. 126, 2 de la propia Ley, se establece que "ambas partes podrán interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos que sobre justo precio se adopten".

En este fallo del Tribunal Supremo se aceptan los considerandos de la sentencia apelada, dictada por el Tribunal Provincial, en la que se expone muy amplia y documentadamente la doctrina referente a los conceptos básicos que en el epígrafe se consignan.

Es como sigue:

"1.º El Tribunal se ha pronunciado en este tema en numerosas resoluciones, entre las cuales es necesario citar la sentencia de 7 de mayo de 1958, en la que se mantiene el criterio de estimar inadmisibles los recursos interpuestos por la Administración en supuesto en que, como en el presente caso ocurre, no existe una declaración previa de lesividad del acto administrativo recurrido, tesis que, por lo demás, viene impuesta por el concepto de lesividad administrativa constituido por dos elementos: a) la lesión

como hecho en si, y b) la lesión como violación jurídica: suponiendo el primero una declaración formal, objetiva y económica que debe de hacerse por la propia Administración, como en definitiva ya establecía el artículo 7.º del texto refundido de 8 de febrero de 1952, y más tarde recogió el art. 56, parrafo 2.º de la vigente Ley Jurisdiccional, por lo que, en todo caso, *no es posible admitir que la Ley de Expropiación venga a conceder la excepcional facultad de que los órganos de la Administración queden al margen de la declaración procesal de lesividad previa*, limitándose en el fondo del precepto de la Ley de Expropiación a formular una declaración de tasa legal, por lesión económica, referida a la diferencia matemática de un sexto, en relación con una valoración subjetiva y anterior, y en cuanto al segundo de los requisitos, es decir, la lesión como violación jurídica, no cabe olvidar que aquel daño, aquella disminución lesiva en lo patrimonial, debe ser contraria a la Ley y, por tanto, antijurídica, lo que, en definitiva, tiene que ser así, desde el momento en que la Administración ha de repugnar lo antijurídico por esencia fundamental y por sustancia, siendo necesario que el daño, la merma, la disminución patrimonial tenga esa condición de jurídica, en cuyo supuesto es el Estado el primer interesado en ello".

"2.º Estos dos elementos a que nos referimos vienen exigidos por nuestra jurisprudencia con todo rigor, en cuyo sentido se manifiestan las sentencias de 8 de enero de 1907, 11 de diciembre de 1914, 27 de septiembre de 1915, 20 de junio de 1932, 15 de enero de 1919, 13 de abril de 1931, 25 de abril de 1944, 16 de diciembre de 1907, 26 de abril de 1915, 11 de diciembre de 1917, 17 de marzo de 1916, 22 de enero de 1943 y 2 de enero de 1950, todas ellas expresivas de la necesidad de existencia de lesión material o ponderable económicamente, mientras el desarrollo de la doctrina relativa a que es preciso la lesión jurídica, se encuentra integrada en sentencias como la de 9 de febrero de 1942 y, posteriormente, la de 24 de abril de 1944, 3 de julio y 5 de octubre de 1946, 21 de noviembre de 1947, 22 mayo de 1948 y 9 de noviembre de 1949, resoluciones que de manera terminante precisan la necesidad de los dos elementos a que constantemente nos referimos, lesión objetiva, y lesión jurídica, todo ello como concepto técnico de la lesividad y recurrible, y si bien el primero de estos términos está tasado y definido "a priori" por el cómputo del coeficiente matemático —un sexto— no es posible extender el sentido a que dentro de ese margen se defina la declaración administrativa como acto lesivo, siendo más lógico entender que esta tasación de la Ley de Expropiación tiene por objeto facilitar la mecánica de la declaración, en pura economía procesal administrativa, pero en ningún caso equivale a eliminar la declaración funcional en el proceso contencioso, tanto más cuanto que al examinar el núm. 2 del art. 126 de la propia Ley de Expropiación se observa que expresamente dice: "que el recurso deberá fundarse en lesión, cuando la cantidad fijada...", lo que en el fondo demuestra que lo verdaderamente fundamental es "fundarse en lesión" y no declarar lesión, demostrando con ello que el legislador, incluso dentro de la Ley de Expropiación, exi-

de esa declaración expresa de lesividad plena, que constituye la formalidad esencial que se impone a la Administración para poder alzarse de sus propios acuerdos, cuando los mismos causaron estado y definieron derechos”.

“3.º Con independencia del concepto de lesividad administrativa, anteriormente desarrollado, que nos conduce a la conclusión de la necesidad de la previa declaración de lesividad, es lo cierto que tal necesidad viene impuesta por la Legislación, porque la Ley de 27 de diciembre de 1956 imponía en su art. 56, párrafos primero y segundo, así como en el 57, párrafo cuarto, y en el 58 núm. 5.º, esa previa declaración de lesividad para los casos en que la Administración pretenda accionar, normas todas de tipo general dirigidas al acto administrativo que causó estado y haya decidido el fondo del asunto, posición que ratifica el preámbulo de la vigente Ley consagrando una legislación unánime que figura plasmada en el art. 391 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955 en los arts. 78, 110, 111 y 112 del Reglamento económico-administrativo de 29 de julio de 1924 en el artículo 117 de la Ley de Contrabando y Defraudación de 14 de enero de 1929, en el Estatuto de la Dirección General de lo Contencioso, de 21 de enero de 1925 (arts. 18, 19 y 21) en su Reglamento Orgánico de 27 de julio de 1943 (arts. 14, 23, 51 y 86), en el Reglamento del Ministerio de Justicia de 9 de julio de 1917 (art. 294), en el del Ministerio de Agricultura de 14 de junio de 1935 (art. 21), en el de Industria y Comercio de 25 de junio de 1942, en el de Educación Nacional de 30 de diciembre de 1918, en el art. 2.º del Reglamento del Impuesto de Derechos Reales de 7 de noviembre de 1947 y en el Estatuto de Recaudación de 29 de diciembre de 1948, conjunto de disposiciones que permiten apoyar la tesis anteriormente desarrollada, con las normas y preceptos que se indican, que en el fondo van elaborando ese principio fundamental, relativo a que la Administración no puede accionar contra sus propios acuerdos, sin la previa y fundamental declaración de lesividad.”

“4.º Excepción a toda la línea legislativa a que nos referimos puede constituirla el art. 126 de la Ley de Expropiación forzosa de 16 de diciembre de 1954, cuando nos dice que ambas partes —no cabe entender otra cosa más que Administración y expropiado— pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra los acuerdos del Jurado de Expropiación, añadiendo el precepto que en este caso el recurso deberá fundarse en lesión, cuando la cantidad fijada sea inferior o superior en más de una sexta parte, a lo que se haya alegado por el recurrente en trámite oportuno, pero con independencia del análisis ya realizado del concepto “fundarse en lesión” y, sobre todo, de ese término cuantitativo del sexto, es lo cierto que no es posible entender que tal artículo venga a formar lo que sucesivamente viene impuesto, tanto por las disposiciones antes mencionadas como por el concepto legal de lesividad, sin olvidar en cuanto a la cronología legal que la Ley de Expropiación anterior a la Ley Jurisdiccional ajustaba sus términos al texto del año 1952 y, en cambio, el Reglamento por virtud del cual la Ley de Expropiación se desarrolla (art. 126)

de 1957), nos dice expresamente que el recurso citado en el art. 126 de la Ley se acomodará a las disposiciones generales sobre jurisdicción y procedimiento contencioso-administrativo (arts. 56, 57 y 58 de la Ley de 27 de diciembre de 1956) demostrando con ello ese art. 140 del Reglamento al que nos referimos, que también en materia de expropiación se exige la declaración de lesividad, sin que, por último, en cuanto a este punto del problema, podamos olvidar el orden jerárquico de las fuentes legales, de tal manera que el Reglamento —año 1957— no podría nunca reformar la Ley —año 1956— que cronológicamente es posterior a la de Expropiación Forzosa de 1954.”

“5.º Por otra parte y en relación con la naturaleza del acto recurrido, es patente que nace del Jurado de Expropiación, contra cuyo acuerdo procede el recurso, toda vez que la resolución que el Jurado dicta se notificara a la Administración y pondra fin a la vía gubernativa, de tal manera que contra ella sólo cabe el recurso contencioso, con lo que queda patente que dicho acuerdo del Jurado es el verdadero acto administrativo recurrible, siendo preciso examinar seguidamente para fijar su exacta naturaleza, tanto su procedencia como su actividad y sus efectos.”

“6.º En cuanto a su procedencia, ateniéndonos exclusivamente a los tiempos modernos, y dejando a un lado el art. 321 de la Constitución de 1812, el Real Decreto de 23 de julio de 1835, la Ley de 5 de julio de 1940, el Real Decreto de 16 de septiembre de 1856, la Ley de Ensanche de 1892, el de la Dirección General de lo Contencioso de 21 de enero de 1925, su Reglamento de 27 de julio de 1943, el Estatuto de Calvo Sotelo de 1924 y la Ley de 31 de octubre de 1935, cabe tener en cuenta como disposiciones contemporáneas la Ley de 25 de noviembre de 1944 —creación de la Comisaría de Urbanismo—, la Ley de Régimen Local de 17 de julio de 1945, la de 24 de junio de 1955 y cuantas disposiciones crean en las distintas capitales de España las Comisaría Urbanas, hasta llegar al nacimiento del Jurado de Expropiación, en virtud del art. 31 de la propia Ley.”

“7.º En cuanto a la actividad y funcionamiento del organismo indicado —Jurado de Expropiación— hasta tener en cuenta el art. 33, que determina su constitución, funcionamiento, la designación de su Presidente, su propia denominación, la condición de funcionarios de sus vocales, la forma de designación de los mismos, el nombramiento del Vocal Técnico por el Organismo de la Administración, con lo que se concede a la fundación de este órgano un evidente e indiscutible carácter de tipo administrativo, que no cabe desconocer.”

“8.º Pasando, por último, el examen de los efectos de las resoluciones que el Jurado dicta, el art. 35 de la Ley de Expropiación nos dice que con su actuación quedará ultimada la vía gubernativa, y frente a su decisión sólo cabe el recurso contencioso, términos tan expresivos que frente a ellos nada puede significar aquel contenido del art. 126 de la Ley, tan ampliamente debatido, que en el fondo indica una notoria imprecisión, pero, en todo caso, es patente que estos efectos de la resolución del Jurado son los propios de un órgano de la Administración, al igual que ocu-

re con otros antiguos y bien conocidos, aunque se designen con el apelativo de Tribunales, sin perjuicio de lo cual sus características tampoco suscitan dudas respecto a su verdadera actividad, exclusivamente administrativa."

"9.º También es forzoso tener en cuenta como doctrina legal y genérica, aplicable en nuestro caso, el contenido de disposiciones como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración de 26 de julio de 1957, cuyo artículo 37 declara que "la Administración no podrá anular de oficio sus propias declaraciones de derecho salvo cuando infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado", o sea, que no basta en tales casos el tradicional "oido el Consejo", sino que el dictamen ha de ser favorable a la infracción, sin olvidar que según el discurso de presentación de aquella Ley en las Cortes, se trata de afirmar el sometimiento de la Administración a un Régimen Jurídico, preciso y concretamente referido a la Ley de lo Contencioso y a la de Expropiación Forzosa, sentado así el principio de sujeción del Estado y de la Administración al derecho, lo que en definitiva responde a una de las más finas tradiciones de nuestro pensamiento, que no puede ser otra, sino la característica del recurso contencioso y la concepción originalísima de la lesividad española, cuya ausencia en este expediente hace inadmisibile el recurso, sin que esta exigencia pueda constituir inconveniente firme, porque cuando la Administración necesite ir contra sus propios actos es forzoso que previamente haya de pasar por esa declaración previa de lesividad, al carecer de facultades para modificar sus propias declaraciones, en cuyo sentido se pronuncian los dictámenes del Consejo de Estado de 28 de junio de 1952, 5 de diciembre del mismo año y 24 de marzo y 12 de mayo de 1955."

OLEGARIO GONZÁLEZ GARCÍA

**E) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA
EN MATERIA DE PERSONAL (Sala 5.ª) (*)**

SUMARIO: I. *Actos impugnables:* No se requiere en la ley vigente, que los mismos "vulneren un derecho de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del demandante".—II. *Ascensos:* Cumplimiento de las condiciones para ser considerado apto: declaración de aptitud y ascenso. Nombramientos conferidos por Decreto y acuerdo del Consejo de Ministros.—III. *Artículo 12 del Estatuto de Clases Pasivas:* Cómputo, a efectos de aplicación del mismo, del tiempo servido en empleos "provisionales".—IV. *Interpretación de disposiciones reguladoras de derechos pasivos:* Ha de ser estricta y literal.—V. *Ordenes comunicadas:* Carecen de valdez y eficacia y no pueden servir de fundamento para hacer declaraciones de derechos.—VI. *Pensiones alimenticias:* A) Alcance del art. 224 del Código de Justicia Militar. B) Prescripción.—VII. *Pensiones extraordinarias familiares:* Arts. 65, 66 y 67 del Estatuto. Su diferente alcance.—VIII. *Pensiones ordinarias familiares:* A) Tienen derecho a ellas las familias de las clases de tropa de la Guardia Civil que causaron baja en el Cuerpo antes de la publicación de la Ley de 6 de noviembre de 1941, pero fallecieron después. B) Arts. 224 del Código de Justicia Militar y 94 del Estatuto de Clases Pasivas.—IX. *Pensiones extraordinarias de retiro:* A) Leyes de 19 de diciembre de 1951 y 13 de diciembre de 1943. Sus preceptos no alcanzan a quienes no hayan obtenido la categoría de Oficial o Suboficial. B) Abono de servicios por razón de campaña, con arreglo al artículo 23 del Estatuto de Clases Pasivas. C) No corresponden a los separados del servicio en virtud de expediente gubernativo. D) Se aplican a un separado del servicio en virtud de expediente gubernativo.—X. *Prescripción:* Pensiones extraordinarias. Los arts. 70 y 71 del Estatuto de Clases Pasivas en relación con el 124 de su Reglamento.—XI. *Procedimiento:* No cabe recurso contra las "omisiones" de la Administración. Casos de falta de resolución de peticiones formuladas: artículos 38 de la Ley de lo Contencioso y 94 de la de Procedimiento Administrativo.—XII. *Recompensas:* Cruz Laureada de San Fernando. Prescripción del derecho a las pensiones anejas a ella y del de transmisión de las mismas.—XIII. *Retiros:* A) Edad. Escala Auxiliar y Agrupación Temporal Militar para destinos civiles. B) Por imposibilidad física. No les es de aplicación la Ley de 15 de julio de 1952 (sueldo regulador de Capitán). C) Escala complementaria. No les es de aplicación la Ley de 20 de diciembre de 1952. D) El militar retirado no puede ser jubilado como funcionario civil.—XIV. *Revocación o anulación de oficio, de actos administrativos declarativos de derechos:* No pue-

(*) A partir de este número, deja de publicarse la "Jurisprudencia de agravios", siendo sustituida por la "Jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de personal" de la Sala 5.ª del Tribunal Supremo.

de acordarla la Administración, a no ser con arreglo al art. 37 de la Ley de régimen jurídico de 26 de julio de 1956 o al 56 de la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

1 ACTOS IMPUGNABLES

No se requiere en la ley vigente, que los mismos "vulneren un derecho de carácter administrativo, establecido anteriormente en favor del demandante".

Sentencia de 28 de abril de 1959.—Un Capitán de la Escala Auxiliar, perteneciente a la Agrupación Temporal Militar para destinos civiles, solicitó del Ministerio del Ejército se le reconociera el derecho a ser retirado a los cincuenta y ocho años de edad, declaración a la que no accedió el expresado departamento.

Interpuesto recurso, la Sala, en los fundamentos del fallo, favorable a la suplica del recurrente, expone sobre el concepto indicado en el epígrafe, la siguiente interesante doctrina:

"Aun cuando pudiera entenderse que el acto administrativo impugnado no implica la violación de derecho subjetivo alguno, por cuanto que el alegado por el recurrente, de ser retirado a los 58 años de edad todavía no ha sido conculcado, ya que no se ha producido el agravio correspondiente, el cual sólo sería realidad cuando el retiro del señor V. E. se produjera en edad diferente a la pretendida, y por el simple anuncio de que se efectuara al cumplir los cincuenta y seis años o no acceder a realizar una declaración, reconociendo dicho supuesto derecho, lo cierto es que, tal estimación, a los efectos de fijar la competencia de esta Jurisdicción para conocer de las resoluciones impugnadas, es inoperante, pues si bien es innegable que, conforme al artículo primero de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, en su texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, es una de las condiciones imprescindibles para que puedan interponerse recursos de dicha índole, el que las resoluciones que se impugnan "vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante", dándose entonces lugar a la excepción de incompetencia de jurisdicción, según el art. 44 de dicha Ley, cuando la índole de la resolución reclamada no se comprenda dentro de dichas condiciones, y que por lo referente al caso presente, tendría aplicación, máxime ante el criterio mantenido por la Jurisprudencia, entre otras, en sentencias del 17 de noviembre de 1947, 18 de enero de 1949 y 5 de febrero de 1950, por las que declaró que la Jurisdicción contencioso-administrativa no se ha establecido para prevenir posibles y futuros agravios al derecho de los particulares, sino para remediar los ya causados, no es menos cierto que, promulgada la nueva Ley reguladora de esta Jurisdicción, del 27 de diciembre de 1956 y suprimidas las antiguas excepciones, para quedar sustituidas por causas o motivos de inadmisibilidad de los recursos, conforme al artículo 82 de la misma, se encuentra entre otras, en su apartado c), cuando tuvieren por objeto actos no susceptibles de im-

pugnación, a tenor del capítulo 1.º del título 3.º de dicha Ley, en cuyo artículo 37 se considera admisible en cuanto a las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, sin efectuar el anterior distingo legal sobre necesidad de un derecho ya vulnerado, sino *exigiéndose solamente, en el art. 28 de la propia vigente Ley, el interés directo en la anulación de aquellos actos o disposiciones, como suficiente legitimación para poder demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, con cuyo precepto ha sido la nueva Ley verdaderamente innovadora, ampliando considerablemente las garantías que corresponden a los administrados*, ya que no es necesario que la Administración haya lesionado un derecho subjetivo para proteger los intereses individuales, bastando la apreciación por el Tribunal de la existencia de un interés personal y directo, así como de que el acto administrativo representa un perjuicio para el recurrente."

"Para comprobar si dichas circunstancias concurren en el caso presente y deducir la procedencia de admisibilidad del recurso contencioso-administrativo promovido por el señor V., basta la simple estimación, no sólo del perjuicio que sufriría el recurrente de mantenerse las resoluciones impugnadas —cosa evidente, ya que dejaría de prestar servicios activos dos años antes de aquella edad en que, a su juicio, procedería— sino que incluso es real y tangible el "interés personal y directo" que tiene en cuanto a lo resuelto, pues entendiendo por tal "aquel que, de prosperar la acción entablada, originaría un beneficio jurídico en favor del accionante", no cabe duda alguna sobre la certeza de éste, ya que tendría derecho a continuar en servicio activo dichos dos años, lo cual constituye el mejor derecho o beneficio jurídico que lograría en su interés personal y en forma directa, por lo que es incuestionable y pertinente la admisión de la acción ejercitada ante esta Jurisdicción, ya que conforme el art. 28 de la Ley de 27 de diciembre de 1956, el actor está legitimado para solicitar la declaración de no ser conforme a Derecho las resoluciones recurridas, puesto que tiene interés directo en la anulación de dichos actos administrativos."

II. ASCENSOS

Cumplimiento de las condiciones para ser considerado apto: declaración de aptitud y ascenso. Disposiciones reguladoras. Ley de 19 de diciembre de 1951 y Decreto de 25 de enero de 1941, sobre nombramientos conferidos por Decreto y acuerdo del Consejo de Ministros.

Sentencia de 13 de enero de 1959.—En ella, al estimar recurso interpuesto por un Teniente Coronel de Infantería contra resolución del Ministerio de Ejército, de 7 de abril de 1958, que le denegó su petición de ser declarado apto para el ascenso a Coronel, se exponen con toda amplitud los antecedentes legislativos sobre la materia, considerados suficientes para fundamentar el fallo.

La trascendencia de la doctrina que se expone y el interés del asunto aconsejan consignar aquella con el debido detalle, debiendo significarse, no obstante, que para enjuiciar debidamente el alcance del extenso razonamiento, ha de tenerse en cuenta el contenido del art. 7.º del Decreto de 12 de marzo de 1954, sobre situaciones militares, no mencionado en la Sentencia.

"La cuestión básica que se plantea en el presente recurso contencioso-administrativo, es la de resolver si el actor tenía derecho a que se declarara su aptitud para el ascenso a Coronel de Infantería y a obtener este empleo, en el momento en que se produjeron las promociones al mismo de aquellos Tenientes Coroneles de la referida Arma más modernos que él; y con este objeto, *se hace preciso diferenciar, entre la adquisición o cumplimiento de las condiciones precisas para ser tenido por apto para el ascenso, la declaración de aptitud y el subsiguiente ascenso, momentos completamente distintos y que tienen que producirse con total independencia cronológica*, aun cuando para llegar al tercero de ellos, o sea, al ascenso, deben ser requisitos ineludibles legalmente la previa posesión de la aptitud y la declaración de ésta, así como también es preciso para que se produzca la mencionada declaración, que el interesado hubiera cumplido las condiciones necesarias para ello, de donde se sigue la consecuencia de que jurídicamente considerados, dichos tres momentos vienen a constituir cada uno de ellos, respectivamente: el primero, la mera posesión *de facto* de un conjunto de servicios de antigüedad que, en unión de otras calificaciones o conceptuaciones sobre conducta, aplicación, capacidad y puntualidad en el servicio, capacitan para ser reconocido con conocimientos o condiciones bastantes para el ascenso; pero sin que este hecho o posesión obligue a que tenga que producirse la referida declaración o reconocimiento de aptitud, ya que ésta deberá efectuarse cuando legalmente se encuentra establecido, por lo que, *mientras no llega dicho momento, queda delegada aquella tenencia de condiciones a una simple expectativa de derechos que, como tal, no los crea ni genera, sino que marca únicamente la posibilidad de poderlos lograr en su día; pero también la de perderlos antes de llegar a adquirirlos mediante la declaración de aptitud, pues si bien siempre se mantendrán como realidad ocurrida los servicios prestados, pueden alterarse las otras condiciones precisas para ser apto, tales como las conceptuaciones sobre conducta del interesado o capacidad y aplicación de éste*; es el segundo momento el reconocimiento oficial de dicha aptitud, mediante la declaración que la Administración formula en tal sentido, instante desde el cual no cabe le sea negada, pues el acto administrativo llevado a efecto engendra plenitud de derechos en favor de quien se trata, sin que pueda posteriormente ser discutida, ya que ello significaría una violación o lesión de los derechos subjetivos declarados en su favor y que la Ley ampara, pues debe tenerse en cuenta que este reconocimiento o declaración de aptitud no es un acuerdo que la Administración pueda adoptar libremente, sino que su pronunciamiento se encuentra limitado por disposiciones ju-

rídicas que imponen la resolución a adoptar, siempre que el interesado reúna los servicios y conceptuaciones debidos; es decir, que aun cuando éste no tiene su derecho reconocido en tanto no se produzca el acto administrativo declaratorio de la aptitud, sí tiene, en cambio, derecho a exigir el mencionado reconocimiento de reunir las condiciones legales y llegado el término o instante que la Ley fijó para ello; y el tercer momento, o sea, el ascenso, es una mera resultancia de los dos factores anteriores en concurrencia con la existencia de vacante; es decir, que si viene a constituir en sí el acto de mayor importancia para los interesados, por sus efectos económicos, honoríficos, de mando y jerarquía, es, jurídicamente, el de menor elaboración, ya que viene a ser una simple consecuencia de las premisas sentadas anteriormente y de una circunstancia de hecho, cual la vacante en la categoría superior."

"Abonan este criterio, por lo que afecta al derecho al ascenso: el párrafo 2.º del art. 13 de la Ley Constitutiva del Ejército de 29 de noviembre de 1878, que reconoció el mismo conforme a las normas que se fijaran; el art. 13 de la Ley adicional de 19 de julio de 1889, que dispuso la subsistencia del anterior precepto; el art. 5.º del Reglamento de ascensos de 29 de octubre de 1890, que consignó ya el principio de que el ascenso en todos los empleos hasta Coronel inclusive sería por antigüedad sin defectos; el apartado A) de la Base 9.ª de la Ley de Reorganización del Ejército de 29 de junio de 1918, que repite idéntica norma, pero añadiendo la condición de la previa declaración de aptitud; el art. 12 de la Ley de 12 de septiembre de 1932, que reitera la antigüedad entre los que reúnan aptitud, y los arts. 1.º y 3.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951, que constituye la normativa vigente en la actualidad, que respectivamente preceptúan "ascenderán al empleo superior inmediato cuando exista vacante y estén declarados aptos para el ascenso, con arreglo a las condiciones fijadas..." y "declarada la aptitud para el ascenso se otorgará éste, hasta el empleo de Coronel inclusive, cuando corresponda por rigurosa orden de antigüedad"; por lo que atañe a la necesidad de la previa declaración de aptitud, además del art. 6.º del Reglamento de ascensos de 29 de octubre de 1890 y también del art. 6.º del Reglamento para la clasificación de aptitud de 24 de mayo de 1891, las tres últimas Disposiciones citadas en orden al derecho de ascenso, o sean, las Leyes de 1918, 1932 y 1951; en lo que se refiere a la determinación de las condiciones para poder obtener la declaración de referencia han sido fijadas por distintas disposiciones que han regulado sucesivamente la materia, estableciendo normas distintas y que han sido, desde el art. 6.º del Reglamento de 29 de octubre de 1890, pasando por el también art. 6.º del Reglamento de 24 de mayo de 1891, así como por el apartado C) de la Base 9.ª de la Ley de 29 de junio de 1930, los arts. 13 al 15 inclusivos de la Ley de 12 de septiembre de 1932, y el art. 1.º de la Orden de 12 de abril de 1940 hasta llegar a los arts. 2.º y 4.º de la vigente Ley de 19 de diciembre de 1951, y en orden a la fijación del momento en que debería efectuarse la declaración de aptitud; mientras el art. 4.º del Real decreto de 2 de enero de 1919 la disponía

para "tan pronto reúnan las condiciones establecidas", debiendo cursar propuestas mensuales los Jefes respectivos e incluso facultando su artículo 12 a quienes se consideraran con derecho a ello para solicitarla, si transcurrían tres meses desde que las hubiesen cumplido sin aparecer en el *Diario Oficial*. en cambio, el art. 11 de la Real orden de 9 de junio de 1930 imponía a los Jefes de Cuerpos el envío para dichos fines de las hojas de servicios "del personal que entre en el primer vigésimo de su escala", criterio que rectifica el anterior y que es mantenido en el también art. 11 de la Orden de 12 de abril de 1940, que estatuye, para los que ingresen en dicho lugar de las escalas, el envío mensual de las hojas propuestas de aptitud, por los Cuerpos u Organismos donde radiquen las Hojas de Servicio, y sin que en la vigente Ley de 19 de septiembre de 1951, sobre este particular, se concrete cuando deba efectuarse la declaración referida, sino únicamente en su art. 13, que las correspondientes a "todos los empleos, hasta el de Teniente Coronel o asimilado inclusive, se tramitará por las respectivas secciones del Ministerio."

"En lo referente al caso que se controvierte actualmente, no obstante haber ascendido el accionante a Teniente Coronel en 23 de agosto de 1948, es decir, en plena vigencia de la orden de 12 de abril de 1940, de conformidad con la doctrina sentada anteriormente en esta Sentencia, no puede aceptarse su pretensión de tener derecho a que se declarara su aptitud a partir del momento en que cumplió los tres años de servicios en destinos propios del Arma o Cuerpo, como exigía el art. 1.º de aquella disposición para los Tenientes Coroneles, o solamente dos años como tal, por haber estado cuatro de Comandante, pues si bien es cierto que mientras rigió el art. 4.º del Real Decreto de 2 de enero de 1919 pudo sostenerse dicho criterio, puesto que establecía como momento de hacer la declaración de aptitud aquel en que se cumplieran las condiciones precisas para ello, no es menos evidente que promulgado el art. 11 de la Real orden de 9 de junio de 1930, que rectificó la orientación seguida por las normas jurídicas anteriores, sólo puede adquirirse el derecho a la precitada declaración de aptitud cuando se entre en el primer vigésimo de la escala del empleo que se ostente, como estableció dicho precepto y mantenía la legislación entonces vigente, o sea, la Orden de 2 de abril de 1940, también en su art. 11; de donde se sigue, que lo único, en 23 de agosto de 1950, que poseía el recurrente era una expectativa o esperanza de poder lograr una declaración de aptitud cuando se situara entre la primera vigésima parte de los Tenientes Coroneles de Infantería e incluso un derecho a poderlo exigir cuando llegara dicho momento."

"Rechazado este pretendido derecho a ser tenido por apto desde el 23 de agosto de 1950 y publicada la Ley de 19 de diciembre de 1951, es preciso concretar el momento de su vigencia, conforme el art. 3.º del Código civil, para determinar la posible aplicabilidad de la misma al demandante, y a este tenor es esencial su 2.º Disposición transitoria, en la que literalmente se consigna que "las condiciones señaladas en la presente Ley como necesarias para obtener la declaración de aptitud en los empleos

inferiores hasta el de Teniente Coronel inclusive, únicamente serán exigibles a partir de 1.º de enero de 1956, observándose hasta entonces las normas actualmente en vigor", es decir, que se mantuvo la aplicación durante cuatro años de la legislación anterior en esta materia: o sea, de la Orden de 12 de abril de 1940, criterio amplio y generoso en favor de los *Jefes y Oficiales a que pudiera referirse y que ya había tenido su precedente, aun más consecuente con anteriores situaciones*, puesto que no establecería límite a la vigencia de la legislación primitiva, en el apartado D) de la Base 9.ª de la Ley de 29 de junio de 1918, el cual, tras distinguir entre los "declarados aptos y con derecho a serlo", reconoce a unos y otros la posibilidad de ascenso "cumplidos los requisitos que señala la legislación vigente hasta ahora", y de esta disposición transitoria no puede llegarse a otra conclusión, sino a la que es de ineludible aplicación al señor J. B., la Ley de 19 de diciembre de 1951, ya que teniendo reconocido, en el Octavo Fundamento de Derechos de su escrito de demanda, que alcanzó o ingresó en la primera vigésima parte de la Escala de Tenientes Coroneles de Infantería en 6 de octubre de 1957, es evidente que en esta fecha ya eran totalmente inaplicables las normas de la Orden de 12 de abril de 1940, por ser posterior al 1.º de enero de 1956 y, en cambio, precisaba para ser declarado apto para ascender a Coronel, conforme al art. 4.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951 un tiempo mínimo de tres años de efectividad y servicios durante dos de ellos en Unidades armadas, desempeñando cometidos de su empleo superior."

"El hecho de que no se resolviera expresamente sobre la declaración de aptitud del interesado, cuando llegó a la primera vigésima parte de la Escala de Tenientes Coroneles de infantería, no puede privarle del derecho que entonces pudiera ostentar, sin que el incumplimiento de tal deber por parte de la Administración sea justificable, ni por derogación del art. 11 de la Orden del 12 de abril de 1940 que lo imponía, ya que la Ley de 19 de diciembre de 1951 no contradice tal extremo, sino que, al contrario, tácitamente lo confirma, al regular, en su art. 13, quiénes deban tramitar tales declaraciones y silenciar el momento en que deba hacerse, con lo que queda en vigor la norma jurídica anterior no contradicha, ni menos aún a base de invocar el desuso y la costumbre de efectuar simultánea e implícitamente la declaración de aptitud con el ascenso, pues ello se encuentra en abierta oposición a las prescripciones generales y terminantes del art. 5.º del Código civil, según las cuales aquéllas no pueden prevalecer frente a las normas legales; por lo que, partiendo de tal omisión, es forzoso pasar a considerar si el señor J. B. tenía las condiciones de aptitud para el ascenso a Coronel, negadas por la Administración, primero en forma tácita al no promoverlo cuando le correspondió la vacante de febrero de 1958, y después expresamente al denegarle su petición de 3 de marzo del mismo año, así como el subsiguiente recurso de reposición, y a este tenor es evidente que, desde su ascenso en 23 de agosto de 1948 hasta febrero de 1958 en que le correspondió el empleo superior, tenía con exceso la efectividad de tres años exigida como Teniente Coronel, si por

tal entendemos el disfrute de dicha categoría militar, y aún también si consideramos como efectivos servicios los prestados en dicho empleo fuera del Arma, o sea, en la Dirección General de Marruecos y Colonias, pues estos han sido reconocidos tanto por la Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército como por ese mismo, en las resoluciones impugnadas en las presentes actuaciones, quedando reducida la disparidad entre dicho Departamento Ministerial y el actor, a los dos años que deben servirse en unidades armadas y cometidos de su empleo; pero en cuanto a este extremo, si bien es cierto que, real y físicamente, el recurrente, desde el 23 de agosto de 1948 hasta mediados de marzo de 1949, sólo prestó unos siete meses aproximadamente de servicios de la índole expresada, no es dable exigirle complete los dos años, como pretenden los acuerdos recurridos, pues para sentar la conclusión, que como norma y en términos generales sería ilícita, se hace preciso olvidar que en el presente caso es de orden excepcional, pues el señor J. B. paso a desempeñar, en la última citada fecha, cargo que le fué conferido por Decreto de 10 de marzo de 1949, y que le son plenamente de aplicación las disposiciones del Decreto de 25 de enero de 1941, conforme a cuyo art. 1.º "el tiempo servido en cargos conferidos por Decreto y acuerdo del Consejo de Ministros, se considerará, para todos los efectos, como servido en destino propio de su Carrera, Arma, Cuerpo o especialidad", de donde se infiere que al interesado le es computable el tiempo de su actual destino, para todos los efectos, como si estuviese en destino propio de su Arma, sin distingo alguno, que no es dable realizarlo al no efectuarlo la norma jurídica citada, y, por tanto, si le es válido para conferirle efectividad de servicios, también lo debe ser para entender cumplidas las demás condiciones de aptitud, derivadas de ejercer cometidos propios de su empleo en unidades armadas, pues éstos no dejan de constituir funciones inherentes a destinos de su Cuerpo o Arma y, en consecuencia, están comprendidos dentro de la norma genérica del citado Decreto de 1941, que abarca todos los destinos que en ellos pudieran existir, incluso los de especialización."

"Esta interpretación del Decreto de 25 de enero de 1941 es más lógica y ajustada a su espíritu, así como a su texto, que aquella otra encaminada a distinguir, como hacen las resoluciones recurridas, entre varias clases de destinos dentro del Arma de Infantería, no solamente por la razón ya considerada anteriormente, de no estar autorizada la expresada diferenciación, sino por cuanto que su art. 2.º ordena que "la libre utilización del personal, para los cargos de la Administración del Estado, que por lo especial de su función son de libre nombramiento del Gobierno, no significará para los interesados retraso alguno en el progreso de sus Escalafones respectivos", precepto que se infringe claramente, por el acuerdo del Ministerio del Ejército de 7 de abril de 1958, que desestimó la petición del recurrente, de que se declarara su aptitud para el ascenso a Coronel y por la resolución del propio Departamento de 28 del mismo mes, que no dió lugar a la reposición del anterior acuerdo, pues es patente que al no promoverlo al empleo superior en febrero de 1958 sufre un retraso en su

Escalafón, que aun cuando pueda serle compensado posteriormente, volviendo a situarlo donde le correspondiera, cuando cumpla las condiciones que se le exigen, no deja de ser cierto y evidente, por lo menos durante mas de un año dicho retraso, en contraposición con lo querido por el legislador, por lo que, como en dichos actos administrativos se vulnera el ordenamiento jurídico establecido, se impone su anulación "

"Además de dichas motivaciones de fondo para anular las resoluciones recurridas, en todo caso sería también obligado el hacerlo por estar dictadas con falta de garantías jurídicas de ineludible observancia, pues *no han sido guardadas las dispuestas en el art. 10 de la Real orden de 9 de junio de 1930, que al atribuir al Ministerio del Ejército la facultad de resolver "las dudas o reclamaciones que se produzcan sobre la declaración de aptitud" estatuye que lo hará "oyendo previamente al Consejo Supremo del Ejército y Marina", cuya norma ha sido casi literalmente reproducida por el art. 15 de la Ley de 19 de diciembre de 1951, pues sólo sustituye la denominación de este último Organismo por la audiencia previa "al Consejo Superior del Ejército o Consejo Supremo de Justicia Militar, según proceda" y cuyo dictamen no puede ser sustituido,* como se ha hecho en el caso presente, por el de la Asesoría Jurídica de dicho Departamento Ministerial, pues por muy estimable que éste sea no puede suplir aquel que la Ley quiso se emitiera, ni ofrecer las garantías del que produzca un órgano de asesoramiento o consejo de carácter colegiado y que por su propia alta categoría en las materias que le son atribuidas lleva en su denominación la conceptualización de Superior o Supremo."

III ARTICULO 12 DEL ESTATUTO DE CLASES PASIVAS

Cómputo, a efectos de aplicación del mismo, del tiempo servido en empleos "provisionales".

Sentencia de 15 de enero de 1959.—Estima recurso interpuesto contra acuerdo de 15 de octubre de 1957, del Consejo Supremo de Justicia Militar sobre fijación de haber pasivo al recurrente, que había ascendido a Capitan provisional el 10 de marzo de 1945 y se retiró por edad el 19 de octubre de 1957. Se postulaba en el recurso el reconocimiento del derecho al percibo del ciento por ciento de los haberes que sirven de regulador, concediendo al efecto el aumento del diez por ciento con arreglo al art. 12 del Estatuto de Clases Pasivas.

He aquí los fundamentos del fallo:

"Dicho precepto del Estatuto, inspirado en el generoso propósito de mejorar los haberes de retiro de los empleados militares que al ser retirados forzosamente por edad cuentan con cierto número de años de efectividad en sus empleos, ha de interpretarse sin criterios restrictivos por razón del carácter provisional del titular del empleo, aplicándolo en razón de los servicios prestados, con arreglo al número primero del art. 8.º del

Estatuto, sin subordinación a la condición de interinidad o transitoriedad del grado, pues de otra suerte no se lograría la finalidad legal al otorgar el aumento del diez por ciento sobre el haber de retiro por el artículo citado cuando, como en este caso, se trata de un Capitán provisional, que con el mismo sueldo, prerrogativas, responsabilidades y obligaciones de los efectivos vino ejerciendo la función o cometido propio del empleo desde su ascenso a Capitán por Orden de 10 de abril de 1945 con antigüedad del día 17 de marzo anterior, prestando día por día sin solución de continuidad los servicios por el tiempo necesario, sumado al del desempeño desde que fué promovido a Capitán efectivo, para obtener el incremento solicitado, siendo indiferente, a estos efectos, el carácter con que sirvió el empleo, pues el beneficio lo adquirió por la prestación real y verdadera de la función o cometido con grado de Capitán."

"En el expediente administrativo del recurrente aparece, a mayor abundamiento, que al pasar a la Escala Complementaria en aplicación de lo dispuesto en el art. 3.º de la Ley de 14 de octubre de 1942 por Orden del Ministerio del Ejército de 15 de marzo de 1950 fué promovido al empleo de Capitán efectivo con la antigüedad que tenía de provisional, o sea, la de 17 de marzo de 1945, con lo cual viene a reconocerse por la propia Administración la validez o utilidad de los servicios prestados en la anterior situación a los efectos de la mejora por su efectividad de prestación día por día, y se confiere carácter definitivo al empleo desempeñado hasta entonces provisionalmente, consolidación o mutación que guarda similitud con el abono de servicios a los temporeros, regulado en el número noveno del art. 8.º del Estatuto."

"Cuestiones como ésta han sido planteadas y resueltas anteriormente por el Tribunal Supremo, estableciendo en las sentencias de 22 de mayo de 1958 y 28 de noviembre último la doctrina interpretativa del art. 12 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926, tan mencionado, *en el sentido de que el tiempo servido en el empleo de Capitán provisional es computable para determinar el número de años exigido de efectividad en el empleo, a fin de disfrutar del aumento del diez por ciento sobre el haber del retiro correspondiente concedido en dicho precepto.*"

Análoga doctrina se mantiene en Sentencias de 26 de enero, 5 de febrero, 23 de febrero y 15 de abril del mismo año.

IV. INTERPRETACION DE DISPOSICIONES REGULADORAS DE DERECHOS PASIVOS

Ha de ser estricta y literal.

Sentencia de 13 de marzo de 1959.—Al enjuiciar recurso interpuesto sobre señalamiento de haber pasivo, contra acuerdo del Consejo Supremo, por un Teniente de Infantería que había ascendido ya en la Agrupación Temporal Militar de Servicios Civiles, al empleo de Capitán de Comple-

mento, cuyos emolumentos no llegó a percibir, continuando con los de Teniente, la Sala reitera la doctrina que se indica:

"El art. 2.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 respecto de cuya aplicación media absoluta conformidad en armonía con el art. 4.º de la misma, art. 3.º de la de 19 de diciembre de 1951 y Orden aclaratoria de 8 de enero de 1953 —supuesto que el recurrente participó en la Guerra de Liberación— establece que las pensiones extraordinarias que hayan de percibir los militares retirados consistirán en los porcentajes que fija con relación al tiempo de servicios; pero expresamente referidos aquéllos al sueldo del empleo, circunstancia que denota, con claridad, ha de tratarse del último que se disfrutó efectivamente, mientras se permaneció en activo y en concepto de remuneración paralela al cumplimiento de una función determinada, ya que en materia de clases pasivas impera la interpretación estricta y literal de la norma."

V. ORDENES COMUNICADAS

Carecen de validez y eficacia y no pueden servir de fundamento para hacer declaraciones de derechos.

Sentencia de 20 de marzo de 1959.—Al resolver recurso en materia de pensión extraordinaria solicitada al amparo de la Ley de 13 de diciembre de 1940 (pensiones causadas por militares muertos en el cautiverio, en lucha o ejecutados por negarse a servir en el ejército rojo), el Tribunal Supremo examina el problema a que el epígrafe hace referencia y declara nula de pleno derecho —en su relación con el caso del litigio— la Orden comunicada de 30 de abril de 1941, por la que exceptuó del beneficio de pensión extraordinaria del sueldo entero a los familiares de los que hubieran percibido haberes del Gobierno marxista.

Razonamiento:

"La Orden comunicada del Ministerio del Ejército de 30 de abril de 1941, que exceptuó del beneficio de la pensión extraordinaria del sueldo entero a los que hubieran percibido sus haberes del Gobierno marxista, es una disposición que no fué publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, según aparece, y de consiguiente, *no habiendo sido promulgada en forma, como es obligación para que tenga validez y eficacia, para que lleve consigo fuerza imperatoria su texto, aunque se hubiere podido publicar en ediciones llamadas oficiales, no puede servir de fundamento a un Tribunal para hacer declaraciones de derecho, conforme a Jurisprudencia constante, en interpretación del art. 1.º del Código civil, de general aplicación, y menos si como la expresada contiene preceptos prohibitivos, y de acuerdo, asimismo, con el art. 7.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial que les prohíbe a Magistrados, Jueces y Tribunales aplicar disposiciones, de cualquier clase que sean, que estén en desacuerdo con las Leyes, y hoy de modo solemne establecido por la Ley de 26 de julio de 1957 en su artículo 29 al negar efectos jurídicos de carácter general a las disposiciones*

administrativas, que no se hubieren publicado en el *Boletín Oficial del Estado*, porque sólo con la publicación expresada "entraran en vigor conforme a lo dispuesto en el art. 1.º del Código civil", siendo nulas de pleno derecho, dice en el 28, las disposiciones administrativas contrarias a las Leyes. Pero *no solamente por su origen incierto y oscuro, como se ha visto, sino por su incompetencia de atribuciones, es la Orden que examinamos nula de raíz, por cuanto que se opone al art. 9.º del Reglamento de Clases Pasivas, que exige se hagan las declaraciones de carácter general aclaratorias o interpretativas de preceptos legales, referentes a derechos pasivos, exclusivamente por la Presidencia del Consejo de Ministros con informe del Ministro correspondiente y, en todo caso, del titular del Departamento de Hacienda, que instruirá siempre el correspondiente expediente, y en el caso que examinamos la Orden de 30 de abril de 1941 es del Ministerio del Ejército y pretende dar normas en materia de derechos pasivos, sin atribuciones, por tanto, para ello y, además, alterando, como veremos seguidamente, lo ordenado en la Ley de 13 de diciembre de 1940, siendo así que se lo prohibían, además, los arts. 5.º del Real decreto de aprobación del Estatuto de Clases Pasivas, cuando exige que solamente puede ser modificado por disposiciones de carácter legislativo, y el 8.º del Reglamento dicho, que lo recoge cumplidamente."*

VI. PENSIONES ALIMENTICIAS

A) Alcance del art. 224 del Código de Justicia Militar.— Inoperancia de las razones de equidad invocadas.

Sentencia de 25 de mayo de 1959.—La esposa de un guardia civil expulsado del Cuerpo con arreglo a la Orden-circular de 17 de enero de 1893, solicitó pensión alimenticia que le fué denegada y al recurrir en reposición contra dicho acuerdo alegó que las esposas de otros guardias civiles, condenados en la causa que su marido había sido absuelto, disfrutaban pensión de aquella clase.

Confirmado el acuerdo denegatorio formalizó recurso contencioso que no prosperó y en cuyo fallo se expone por la Sala:

"Las pensiones extraordinarias reguladas en el último párrafo del artículo 224 del vigente Código de Justicia Militar en favor de las esposas, hijos y madres viudas de los condenados a la pena de pérdida de empleo en todo caso o a la separación del servicio, mientras no perciban haberes pasivos por hallarse presos, han de estimarse exclusivamente referidos al caso específico que en dicho precepto se menciona, pues por estar dedicado éste a la determinación de los efectos de ambas penas, tanto en lo que hace relación directa a los militares condenados, cuanto en lo que —conforme al art. 230 del mismo Cuerpo legal— concierne a sus familias no admite interpretación extensiva, que autorice a comprender en su texto situaciones que, aun cuando guarden paridad por razones de analogía o de equidad, son ajenas al concepto que el texto legal desenvuelve y a

la materia que desarrolla el capítulo en que se inserta, atinente de manera estricta a la fijación de los efectos de las penas y no de otras medidas sancionadoras de naturaleza distinta, de donde se infiere que como el esposo de la recurrente no se encuentra en ninguno de los casos previstos en el precepto que se estudia, puesto que su situación es la de expulsado del Cuerpo de la Guardia Civil, no por condena impuesta por causa criminal, sino mediante resolución dictada por la Dirección General de dicho Cuerpo en uso de sus facultades gubernativas, según consta en la certificación aportada a las actuaciones, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 núm. 2.º de la Ley Reguladora de esta jurisdicción, es manifiesta la improcedencia de aplicar a la situación creada por la mentada resolución gubernativa las normas legales que han sido objeto del precedente estudio."

"Es inconcuso que los acuerdos que se impugnan en la demanda se ajustan al ordenamiento jurídico vigente, sin que en ellos se aprecie infracción de ningún mandato legal, razón por la cual y como quiera que la facultad revisora propia de esta jurisdicción ha de versar, precisamente, sobre la determinación de si los actos administrativos que se ofrecen a su conocimiento son conformes o no a las normas del derecho, claramente se advierte la imposibilidad de que prospere el recurso, origen de estas actuaciones, por falta de base jurídica y en atención a que las razones de equidad que en la demanda se alegan no pueden cambiar la interpretación de la norma jurídica en favor de circunstancias no previstas en ella, sin perjuicio de que esas circunstancias pudieran encontrar mejor protección, bien sea por la concesión del beneficio directamente al esposo de la recurrente, si le alcanzaren las disposiciones del art. 94 del Estatuto mencionado y normas complementarias sobre jubilación de los funcionarios separados del servicio, de la Orden de la Presidencia del Consejo de Ministros fecha 25 de julio de 1935 o de la Ley de 17 de julio de 1953, según los casos, o bien por el otorgamiento de aquél en favor de la recurrente, mediante la modificación de las disposiciones en vigor por quien corresponda."

B) Prescripción.

Sentencia de 25 de mayo de 1959.—Declara prescrito el derecho a la pensión alimenticia solicitada por haberlo sido fuera del plazo de cinco años establecido en el art. 92 del Estatuto de Clases Pasivas.

VII. PENSIONES EXTRAORDINARIAS FAMILIARES

Artículos 65, 66 y 68 del Estatuto. Su diferente alcance.

Sentencia de 31 de marzo de 1959.—Un Capitán de Infantería sufrió un accidente cuando en acto de servicio la motocicleta en que viajaba chocó contra un árbol. Resultó con traumatismo cerebral y varias otras lesio-

nes de las que curó, quedando inútil para el servicio. No obstante, un año después, falleció a consecuencia de un absceso cerebral sobrevenido a causa del accidente de que fuera víctima, según se acreditó mediante certificación facultativa.

Solicitada por su viuda pensión extraordinaria le fué concedida en cuantía del cuarenta por ciento del sueldo regulador, contra cuyo acuerdo se interpuso recurso contencioso-administrativo que el Tribunal Supremo desestima, con base en la siguiente doctrina:

"El fondo de la cuestión debatida se reduce a decidir si la recurrente, como viuda del Capitán don Manuel C. V., tiene o no derecho a la pensión extraordinaria equivalente al sueldo entero del empleo que aquél disfrutaba, conforme a lo dispuesto en el art. 66 del Estatuto de Clases Pasivas."

"Las pensiones extraordinarias causadas por los militares en favor de sus familiares, no sometidas, como su calificación indica, a las reglas comunes, se conceden tan sólo en atención a la causa que motiva la muerte del militar, causa que puede ser y es distinta en los supuestos que regulan los arts. 65, 66 y 68 del Estatuto de Clases Pasivas; pero entre las cuales media una distinción fundamental, que separa las referidas en los dos artículos primeramente citados, de las que motivan el art. 68, que si tienen también su origen en accidentes producidos en actos de servicio no son expuestas de suyo a ocasionar la muerte, como en los casos a que se refieren los arts. 65 y 66, en que la muerte se origina por accidentes o riesgos que son propios y peculiares de la naturaleza especial del servicio prestado en sumergibles y aparatos de aviación, o en la experimentación, ensayo o manejo de armas de guerra, proyectiles o gases tóxicos (art. 65) o en acción de guerra, como resultas de las heridas causadas directamente por el enemigo, o por los elementos de guerra propios o accidentes ocurridos en función de servicio, en operaciones activas de campaña, o por cualquiera de las otras causas que determina el art. 66, entre las cuales se halla la que motivara el fallecimiento del personal de la Policía Armada, ocurrido violentamente en acto de servicio de armas propio del Cuerpo o por heridas recibidas durante el mismo antes de ser dado de alta para el servicio; causas todas que, como se hecha de ver, aun siendo distintas, guardan entre sí una íntima relación analógica, porque todas ellas derivan de una última razón, cual es el espíritu de sacrificio exigido al militar en el cumplimiento de su deber; y si esto es así, natural consecuencia ha de ser que cuando el fallecimiento tiene su origen en accidente ocurrido, si en acto de servicio, pero en la prestación de uno cualquiera, que de suyo, no pone en riesgo la vida, se otorgue la pensión extraordinaria en cuantía distinta, y a ello responde lo que el art. 68 dispone para tales casos."

"Aun admitida la relación de causa a efecto entre el accidente y la muerte del Capitán señor C., es lo cierto que dadas las circunstancias en que aquél se produjo, esto es, de modo puramente casual y fortuito, en acto de servicio, no puede causar otra pensión extraordinaria que la que, precisamente para estos casos, determina el art. 68 del Estatuto, consi-

tente en el cuarenta por ciento del sueldo devengado por el causante, según acordó el Consejo Supremo de Justicia Militar en la resolución que se impugna."

La misma doctrina se reitera en Sentencia de 16 de mayo.

VIII. PENSIONES ORDINARIAS FAMILIARES

A) Tienen derecho a ellas las familias de las clases de tropa de la Guardia Civil que causaron baja en el Cuerpo antes de la publicación de la Ley de 6 de noviembre de 1941, pero fallecieron después.

Sentencia de 19 de enero de 1959.—Al estimar recurso interpuesto por la viuda de un Carabínero contra acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar por el que le había sido denegado el derecho a pensión, se mantiene por la Sala la tesis reflejada en el epígrafe, haciéndolo en los siguientes términos:

"Con arreglo a la Ley de 6 de noviembre de 1941 es de aplicación al personal de Tropa del cuerpo de la Guardia Civil, en el que se halla refundido el de Carabineros, lo dispuesto en el Estatuto de Clases Pasivas vigente de 22 de octubre de 1926 sobre pensiones de viudedad causadas por el personal militar a favor de sus familiares."

"Acreditado en autos que el Carabínero A. D. P., separado o baja en el Cuerpo en virtud de una información gubernativa, a fines de octubre del año 1940, vino percibiendo haberes pasivos hasta su fallecimiento, ocurrido en 28 de enero de 1958, la viuda tiene derecho a pensión conforme a las disposiciones legales mencionadas, porque este derecho se perfecciona en el momento de la muerte del causante, acaecida hallándose en vigor la Ley de 6 de noviembre de 1941, que estableció pensiones en favor de las viudas, incurriendo en manifiesto error la tesis de la Administración al sostener debe atenderse a la fecha de la separación del servicio para determinar los derechos pasivos familiares, entonces no existentes; pues el hecho formador del de pensión de la viudedad y orfandad es el tiempo del fallecimiento del causante, conforme al ordenamiento o normativa de las Clases Pasivas del Estado."

Sentencia de 5 de marzo 1959.—En supuesto análogo al anterior se mantiene la misma tesis afirmativa, apoyándola en el siguiente razonamiento:

"La Ley de 6 de noviembre de 1941, habida cuenta de que, como expresaba en su Exposición de motivos, el personal de Tropa de la Guardia Civil debe ser considerado como funcionarios del Estado por su doble condición de militares y agentes de la Autoridad, vino a remediar la desigual situación en que, en relación con los restantes funcionarios públicos, se hallaban éstos en cuanto se refiere a derechos pasivos de sus familiares, ya que no gozaban de las pensiones de viudedad y orfandad reguladas por la Legislación de Clases Pasivas del Estado, y al efecto, en su artículo único estableció que "es de aplicación al personal de Tropa de la Guardia

Civil lo dispuesto en el Estatuto de Clases Pasivas vigente, aprobado por Decreto-ley de 22 de octubre de 1926 sobre pensiones de viudedad y orfandad causadas por los empleados civiles y personal militar en favor de sus familias, así como lo que preceptúa, en relación con dichas pensiones, el Reglamento para la aplicación del mencionado Estatuto, aprobado por Decreto de 21 de noviembre de 1927, condición que en manera alguna se condiciona al personal de Tropa de la Guardia Civil que se halle en activo, con exclusión de aquellos que hubieren pasado a la situación de retirado, por lo que, tanto por no contenerse a este respecto distinción en la Ley y no ser, por consiguiente, lícito hacerlo, según aforismo jurídico recogido como principio de Derecho en múltiples sentencias de este Supremo Tribunal, cuanto porque remitiendo dicha Ley al Estatuto de Clases Pasivas y concediendo éste las pensiones de viudedad y orfandad no sólo a las viudas y huérfanos de los funcionarios en activo, sino de aquéllos en situación de retirados o jubilados, no parece que haya pretendido el legislador de 1941, al dictar con amplitud y generosidad la Ley comentada, limitar sus efectos a los familiares de Guardias Civiles en activo servicio, en el momento de ser publicada, excluyendo a aquellos otros, también funcionarios del Estado, en situación de pasividad."

"Este criterio de nacimiento del derecho a pensión de viudedad al fallecimiento del causante, vigente ya por consiguiente la Ley de 1941 y de la aplicación de sus beneficios tanto a las viudas y huérfanos de funcionarios en activo como en situación pasiva que abonan el derecho de la recurrente a percibir la pensión de 300 pesetas mensuales, establecida como mínimo en la Ley de 17 de julio de 1956, como viuda del Guardia Civil retirado don E. G. H. es el mismo sustentado por el propio Consejo Supremo de Justicia Militar en múltiples resoluciones, como la de 27 de noviembre de 1942, estableciendo la doctrina de que todos los individuos de tropa del Cuerpo de la Guardia Civil, fallecidos en la situación de retirados con haber pasivo o sin él, legan derechos pensionistas en favor de los familiares, con la única excepción de que el óbito del causante ha de ocurrir con posterioridad a la vigencia de la Ley que crea el derecho, es decir, la de 6 de noviembre de 1941, que fué adoptado también por la Jurisdicción de Agravios en alguna de sus resoluciones, como la dictada por el Consejo Supremo de Justicia Militar, incluso en el caso contemplado al informar rotundamente en sentido favorable al reconocimiento de su derecho, el recurso de reposición interpuesto ante dicho Alto Tribunal por la hoy recurrente."

B) Artículos 224 del Código de Justicia Militar y 94 del Estatuto de Clases Pasivas.

Sentencia de 9 de febrero de 1959.—La cuestión planteada en el recurso se contrae a si la demandante, viuda de un excarabinero que ingresó en el Cuerpo en 23 de septiembre de 1912 y que causó baja en el mismo el 25 de noviembre de 1939, por haber sido condenado a la pena de doce

años y un día de reclusión menor, por auxilio a la rebelión, pena que fué reducida posteriormente a la de 6 años y un día y que dejó extinguida el 12 de junio de 1945, falleciendo el 3 de julio de 1957, tiene o no derecho a la pensión de viudedad con arreglo al Estatuto de Clases Pasivas y disposiciones concordantes.

El Tribunal razona la contestación afirmativa en los siguientes términos:

“Teniendo en cuenta que lo preceptuado en el art. 224 del vigente Código de Justicia Militar, en el que se establece: “Las esposas, hijos y madres viudas de los condenados a la pena de pérdida de empleo en todo caso o a la de separación del servicio, mientras no perciban haberes pasivos por hallarse presos percibirán las pensiones señaladas en el Estatuto de Clases Pasivas para el caso de fallecimiento de los causantes”, en relación con el art. 15 del Estatuto de Clases Pasivas, que dice: “Los empleados civiles y militares que hubiesen prestado diez años de servicio efectivo al Estado, con arreglo a lo establecido en el número primero del art. 5.º y en el número primero del art. 8.º y consolidado un sueldo regulador, a tenor de los arts. 18 y 19, causarán en favor de sus familiares pensión vitalicia consistente en 25 céntimos anuales del expresado regulador” y en el 94 del mismo Cuerpo legal, que previene “La separación del servicio o cesantía, sea cualquiera la causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiera adquirido, tanto para sí como para sus familiares”, se impone reconocer que siendo el fallecimiento del causante el hecho generador del derecho a la pensión de las familias, y estando probado documentalmente en el expediente administrativo, a medio de la oportuna certificación del Registro civil de La Codosera (Badajoz), que al tiempo de dicho fallecimiento estaba en vigor la Ley de 6 de noviembre de 1941 que declaró aplicables a las familias del personal de la Guardia Civil, con el que se había fusionado el de Carabineros por Ley de 15 de marzo de 1940, los preceptos del Estatuto de Clases Pasivas en materia de pensiones no podría nunca fundamentarse la resolución denegatoria de la pensión de viudedad que se reclama en el hecho de encontrarse separado del servicio el causante antes de la publicación de la expresada Ley de 6 de noviembre, por no haber adquirido ese derecho expectante en ningún momento, ya que la realidad legal abona el criterio contrario, reconociéndolo así el Consejo de Ministros al resolver el recurso de agravios en el expediente citado en los Vistos, acuerdo dictado de conformidad con el dictamen emitido por el Consejo de Estado y que este Tribunal juzgador estima ajustado a derecho en el presente pronunciamiento.”

IX. PENSIONES EXTRAORDINARIAS DE RETIRO

A) *Leyes de 19 de diciembre de 1951 y 13 de diciembre de 1943. Sus preceptos no alcanzan a quienes no hayan obtenido la categoría de Oficial o suboficial.*

Sentencia de 2 de febrero 1959.—Al recurrente le fué señalado haber pasivo con arreglo a las Leyes de 31 de diciembre de 1921 y 15 de marzo de 1940, en relación con la Disposición adicional 6.ª del Estatuto de Clases Pasivas. El interesado prestó servicios militares desde 28 de agosto de 1938 durante la Campaña de Liberación, primero como voluntario de Falange, después incorporado al Ejército como soldado de Infantería, Cabo y, ultimamente, Sargento provisional de este Arma, hasta el día 1 de septiembre de 1940 en cuya fecha ingresó en el Instituto de la Guardia Civil como Guardia de segunda clase, ascendiendo a la primera en 1.º de agosto de 1949, permaneciendo en esta situación hasta que por Orden del Ministerio del Ejército, fecha de 26 de agosto de 1957, pasó a la de retirado como comprendido en el art. 13 de la Ley de 15 de marzo de 1940.

Al desestimar el recurso contencioso entablado, el Supremo formula las declaraciones siguientes:

“Con arreglo al art. 3.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951, a los empleados comprendidos en el art. 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943 les serán de aplicación las pensiones extraordinarias establecidas en el artículo 2.º de la citada Ley, y, conforme al art. 4.º de la misma, la concesión abarca los Generales, Jefes, Oficiales, Suboficiales y Cuerpo Auxiliar subalterno de los Ejércitos que habiendo tomado parte en la Campaña de Liberación les correspondiera retirarse por edad con menor pensión de los que esta Ley determina.”

“El grado militar del recurrente, por los antecedentes reseñados al producirse su retiro, no era otro que el de Guardia Civil de primera clase a cuya categoría hay que atenerse y no a la de Suboficial para determinar la aplicación de las pensiones extraordinarias otorgadas por la Ley de 13 de diciembre de 1943, que no alcanza a quienes siendo Sargentos provisionales causaron baja pasando al Cuerpo de la Guardia Civil y después al retiro sin lograr la categoría exigida por aquella Ley para obtener la pensión extraordinaria, y al denegar la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar en el acuerdo combatido el 90 por 100 del sueldo regulador que con arreglo a la mencionada Ley pedía el recurrente, se ajustó estrictamente a las disposiciones citadas en el primer considerando por no haber obtenido en propiedad empleo de Suboficial durante el tiempo que sirvió en el Ejército y ser Guardia simplemente al retirarse.”

Sentencia de 9 de febrero de 1959.—En este fallo se fundamenta y mantiene la misma conclusión, en el caso también de un Sargento provisional de Infantería que en 1941 pasó al Cuerpo de la Guardia Civil, en el que quedó clasificado como clase de tropa, categoría que conservaba en el momento de cumplir la edad para el retiro.

"Es obvio que al recurrente no le alcanza el derecho a la pensión extraordinaria del 90 por 100 que el párrafo 2.º del art. 4.º de la Ley de 13 de diciembre de 1943, en relación con el art. 2.º de la misma, concede a los militares de determinadas graduaciones que hubiesen tomado parte en la Campaña de Liberación, a cuya afirmación se llega mediante la contemplación del texto del mentado art. 4.º que exige los requisitos de concurrencia simultánea, consistente el uno en la expresa participación en la Campaña dicha y relativo el otro a tener la categoría de General, Jefe, Oficial, Suboficial o pertenecer al Cuerpo Auxiliar subalterno de los Ejércitos, de donde se infiere que como el demandante, no obstante haber participado en la Campaña, carece de la consideración de Suboficial que alega, no puede ampararse en los citados preceptos legales, como tampoco le benefician las disposiciones de la Ley de 19 de diciembre de 1951, de la Orden del Ministerio de Hacienda de 8 de enero de 1953 y Decreto de 30 del mismo mes y año, porque todos presuponen la posesión de una de las categorías militares a que se refiere el mencionado art. 4.º de la Ley de 1943 y no alcanzan, por consiguiente, a las Clases de tropa."

Idéntica doctrina en Sentencias de 20 de febrero y 20 de abril.

B) *Abono de servicios por razón de campaña, con arreglo al art. 23 del Estatuto de Clases Pasivas.*

Sentencia de 4 de febrero de 1959.—A un Oficial, retirado a petición propia y con ocho años, once meses y veintiocho días de efectivos servicios, se le señaló un haber pasivo del treinta por ciento del regulador, por aplicación de la Ley de 19 de diciembre de 1951. Interpuesto recurso, el Tribunal Supremo desestima su pretensión de que, computándole los abonos que le corresponden por razón de campaña, se le señale haber pasivo equivalente al sesenta por ciento.

Fundamento:

"El demandante para pasar del treinta por ciento que concede la Administración al sesenta por ciento que pretende se funda exclusivamente en el abono que le corresponde por razón de campaña con arreglo a las Leyes de 15 de marzo de 1940, 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951, pero es visto que estas Leyes otorgan abonos y pensiones; pero no derogan ni modifican el art. 23 del vigente Estatuto de las Clases Pasivas del Estado, que si bien en su número segundo declara abonables los servicios de campaña, en el párrafo último requiere para su aplicación haber cumplido veinte años de servicios efectivos día por día, cuyo artículo es ratificado por los 32, 53 y 55 del mismo Estatuto, siendo este último precepto, perfectamente aplicable al recurrente en su carácter de retirado voluntario, y si bien el art. 59 permite la inclusión de los abonos de campaña y otros, cuando todos ellos suman un total de veinte años de servicios abonables, lo limita al caso de jubilados o retirados forzosamente por edad."

La misma doctrina en Sentencia de 10 de febrero.

C) Las concedidas por las Leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951, *no corresponden a los separados del servicio en virtud de expediente gubernativo.*

Sentencia de 4 de mayo de 1959.—Por ella se desestima recurso en el que se promulga por un Brigada separado del servicio a resultas del expediente gubernativo, la concesión de un haber pasivo del sesenta por ciento del sueldo regulador, por aplicación de las Leyes citadas en el epígrafe.

Fundamentos del fallo:

“Que, aun cuando el art. 94 del Estatuto de Clases Pasivas, preceptúa que “la separación del servicio... sea cualquiera su causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiera adquirido...”, de su claro texto se deduce que, en el momento de producirse el cese en el servicio, era preciso que el interesado hubiera cumplido ya aquellas condiciones o requisito exigidos por la Legislación para que pudiera ostentar los citados derechos pasivos, a fin de que éstos les fueran declarados o reconocidos, y a tales fines, es obligado tener en cuenta que, según el art. 32 del propio Estatuto “para que los empleados militares... tengan derecho a pensión de retiro, es indispensable que, además de haber pasado a dicha situación por una de las causas expresadas en el art. 55, hubieran prestado, por lo menos, veinte años de servicios abonables...” y si bien este último requisito ha sido modificado en cuanto a las pensiones extraordinarias otorgadas por la Ley de 23 de diciembre de 1943, ya que sólo exige diez años de servicio, en su art. 2.º, para reconocer pensiones de retiro del 60 por 100, no es menos cierto que subsiste el otro requisito esencial para poder obtener dicha pensión, que es el haber sido declarado retirado, lo cual, de acuerdo con el art. 55 del mencionado Estatuto de Clases Pasivas, puede serlo a petición propia, por edad o por imposibilidad física”, si bien la Ley de 12 de julio de 1940, de selección de Escalas, también lo atribuyó a facultad discrecional del Departamento ministerial.”

“Dado lo que antecede, es preciso examinar si el recurrente, don F. S. R., se encuentra en situación de retirado, y a tales fines, los términos, confesados por el actor, de la Orden de 3 de febrero de 1945, por la que se resolvió el expediente gubernativo seguido en su contra, no dejan lugar a dudas, ya que en ella se consigna que “... causa baja en el Ejército... como comprendido en los arts. 716 y 717 del Código de Justicia Militar, pasando a la situación militar que le corresponde con sujeción a la Ley de Reclutamiento” que, como también se ha conocido, “es la de licenciado”, de donde se deriva que, en momento alguno, ha sido declarado retirado y en tanto no se produzca este hecho no es lícito la pueda ser asignada una pensión de retiro, que como se encuentra en aquella situación, en la que es visto no se encuentra el recurrente.”

“Del examen de la Ley del 13 de diciembre de 1943, tiene que llegarse a idéntica conclusión, pues las pensiones extraordinarias que por ella se crean, se refieren a “los que pasan o hayan pasado a la situación de retirados en virtud de lo dispuesto en la citada Ley de 12 de julio de 1940”, en

cuyos preceptos nunca fué comprendido el recurrente y asimismo el art. 3.º de la Ley de 19 de diciembre de 1951 al extender aquellas pensiones extraordinarias y ordenar que sean de aplicación "cualquiera que fuese la causa del retiro", vuelve a exigir como condición esencial previa a su obtención, el que el interesado ostente la condición de retirado".

"No es admisible la argumentación sostenida por el recurrente de ser similar la separación del mismo, acordada en virtud de expediente gubernativo, según los arts. 705 y siguientes del entonces vigente Código de Justicia Militar y las que pudieran decretarse de acuerdo con la Ley de 12 de julio de 1940, pues la primera tiene un carácter eminentemente punitivo o sancionador de las faltas cometidas en el ejercicio de su empleo militar y ello implica la eliminación del Ejército del personal que no se considera digno de que continúe en él, mientras que la segunda se contrae a una selección que se efectúa entre los militares que, no teniendo tacha para continuar en el Ejército, son separados de este por motivaciones de apreciación discrecional del Ministerio, que, como se dice en el preámbulo de dicha Ley "nunca podía tener la consideración de castigo."

D) *Se aplican los beneficios de pensión extraordinaria de las Leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951 a un separado del Servicio en virtud de expediente gubernativo.*

Sentencia de 27 de mayo de 1959.—La cuestión litigiosa se contrae en este recurso a determinar si el recurrente don M. G. B., Brigada de la Guardia Civil, con más de veinte años efectivos de servicio y que tomó parte en la Guerra de Liberación, por haber sido uno de los defensores durante el asedio del Alcázar de Toledo, al ser separado del Servicio por Orden de 19 de febrero de 1958, en virtud de expediente gubernativo, tiene derecho a ser clasificado con un haber del 90 por 100 del sueldo regulador, sin haber estado acogido al régimen de derechos pasivos máximos.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso y que procedo se aplique al recurrente el 90 por 100 del sueldo regulador de Brigada, por tener más de veinte años efectivos de servicios y por haber tomado parte en la Guerra de Liberación, *sin que el hecho de haber sido separado del servicio, en virtud de expediente gubernativo, afecte en lo más mínimo a los beneficios establecidos en la Ley de 13 de diciembre de 1943, en relación con la de 19 de diciembre del año 1951.*

Fundamentación del fallo en contraposición al anterior, de 4 del mismo mes:

"Conjugando los preceptos establecidos en las leyes de 13 de diciembre de 1943 y 19 de diciembre de 1951 en relación con la Orden de 8 de enero y Decreto de 30 del mismo mes de 1953, la primera del Ministerio de Hacienda y el segundo de la Presidencia del Gobierno, se impone reconocer que el legislador, con amplio criterio, extendió el ámbito de aplicación de los beneficios de la meritada Ley de 19 de diciembre de 1951, citándose las causas previstas en el art. 55 del Estatuto de Clases Pasivas y empleando la

palabra etcétera, con lo cual no limita la relación meramente enunciativa y se refieren, sin duda alguna, "a lo demás" "a lo que falta", de suerte que al no existir ninguna disposición que prive de tales beneficios a los retirados por separación del servicio, hay que reconocer el imperio de la norma legal que establece el art. 94 del precitado Estatuto, en cuanto determina que la separación del servicio, cualquiera que sea su causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos que hubiera adquirido, tanto para sí como para su familia, exceptuándose los casos que no son de tener en cuenta en el presente pleito."

X. PRESCRIPCIÓN

En materia de *pensiones extraordinarias. Los artículos 70 y 71 del Estatuto de Clases Pasivas en relación con el 124 de su Reglamento.*

Sentencia de 19 de febrero de 1959.—Con motivo de recurso entablado contra acuerdo del Consejo Supremo de Justicia Militar por el que se denegó una pensión al estimar prescrito el derecho a la misma, la Sala estudia la pretendida antinomia existente entre los artículos que en el epigrafe se citan, en el siguiente considerando:

"El estudio combinado de los preceptos que se mencionan anteriormente pone de relieve que los arts. 70 y 71 del Estatuto contienen normas específicas particularmente atinentes a las pensiones extraordinarias a que se refieren los artículos anteriores, entre los que se encuentran las causadas en favor de su familia por la Clase de tropa que muriese en acción de guerra, pensiones éstas que aparecen reguladas en el art. 66 del mismo ordenamiento, con arreglo a cuyas normas es requisito indispensable para la concesión de tales pensiones que la solicitud se formule dentro del plazo de un año, contado desde el día en que sobrevenga el fallecimiento del causante o el estado de pobreza de quien haya de disfrutarla, y ante tan clara y terminante disposición no cabe pensar en la claudicación en su eficacia, derivada de una posible antinomia con ella, nacida del contexto del artículo 124 del Reglamento aludido, expresivo de que las pensiones extraordinarias establecidas en los arts. 65, 66 y 67 del Estatuto se solicitarán "en la misma forma y término que las ordinarias", pues a ello se oponen razones de fuerte contenido persuasorio cuales son: que el Estatuto de Clases Pasivas fué aprobado con fuerza de Ley, mientras que el Reglamento no rebasa la jerarquía legal que corresponde a las disposiciones, cuya misión consiste en dictar las normas complementarias para el cumplimiento de aquellas otras que han motivado su publicación, contra las cuales no puede prevalecer su eficacia por imperativo del art. 5.º del Código civil, relativo a los efectos generales de las leyes y del art. 7.º de la Ley orgánica que prohíbe la aplicación, por los Tribunales, de reglamentos y disposiciones de cualquier clase contrarios a las leyes; que el propio Reglamento que se estudia, al referirse concretamente a las pensiones extra-

ordinarias por muerte o desaparición, hace mención en su art. 126 del plazo fijado en el art. 70 del Estatuto, así como en su art. 128 cita expresamente el plazo de un año, lo que excluye cualquier interpretación referida al plazo de las pensiones ordinarias; y, por último, que *en el supuesto—solo admisible a efectos dialécticos— de que existiese la antinomia que se indica anteriormente y que ambas disposiciones tuvieran el mismo rango, sería forzoso considerarla resuelta en favor del Estatuto, habida cuenta de que su art. 71 ha sido redactado en la forma como ahora presenta mediante Ley de 31 de diciembre de 1941 que, por ser posterior al Reglamento, produciría siempre eficacia derogatoria de los preceptos de éste.*"

XI. PROCEDIMIENTO

No cabe recurso contra las "omisiones" de la Administración. Casos de falta de resolución de peticiones formuladas: artículos 38 de la Ley de lo Contencioso y 94 de la de Procedimiento Administrativo.

Sentencia de 18 de marzo de 1959.—Un Coronel de la Escala Activa del Arma de Aviación, con motivo del ascenso de otro al empleo de General formuló escrito al citado Departamento en el que, en realidad, se solicitaba, no la revocación o nulidad del expresado acuerdo u orden de ascenso, sino que se determinara en las plantillas de la Escala activa, de la citada Arma de Aviación, "el número de los que puede haber en cada empleo sin aptitud para el Servicio de Vuelo".

Al no recaer resolución sobre la solicitud el interesado formalizó recurso contencioso, que no es admitido por el Tribunal Supremo, el cual en los considerandos previos al fallo expone la siguiente doctrina, en la que se interpretan tanto el art. 35 de la Ley de Régimen jurídico de la Administración del Estado como el 38 de la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en relación con el 94 de la de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958.

"En toda la sistemática de la Ley jurisdiccional, siempre se refiere a actos o Disposiciones de la Administración, como realiza en los arts. 1, 10, 14, 28 al 30, 37, 39, 40, 41, 44, 46, 47, 51, 53, 55 al 58, 61 al 63, 83 al 86, 90, 103, 105, 113, 118, 122, 123, 125 y 132 y confirma el art. 35 de la Ley de Régimen jurídico, sin que aquélla admita, en precepto alguno quepa ejercitar la acción contra las omisiones administrativas ni pueda conocerse de ellas ante esta jurisdicción, pues para subsanar tales negligencias de la Administración, el procedimiento adecuado es el planteado ante ella del pertinente escrito en que se solicita el cumplimiento del precepto que no se esté aplicando —en uso de la facultad de petición concedida por el art. 70 de la Ley de Procedimiento administrativo— y de subsistir la inercia de la Administración en hacerlo y resolver, los artículos 38 de la Ley de 27 de diciembre de 1956 y el 94 de la Ley de 17 de julio de 1958, dan cauce entonces ante esta jurisdicción en los plazos que en ellos se

establecen y siempre que se hubiere efectuado la previa denuncia de la mora, requisito que no ha sido cumplido en el caso presente, por lo que no cabe admitir la existencia de una denegación presunta irrecurrible.”

“De lo expuesto anteriormente se tiene que concluir que el escrito presentado por el demandante en el Ministerio del Aire, en 8 de agosto de 1957 más que un recurso de reposición contra un ascenso —que le hubiera facultado dentro del año de interpuesto para acudir ante esta jurisdicción, según lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 58 de la Ley reguladora de la misma, pero con nulas posibilidades de prosperar frente al nombramiento de tipo electivo, no pudiendo justificar el reunir las condiciones para ser promovido— constituye una verdadera solicitud, a fin de que no se omitiera el deber de dicho Departamento ministerial de fijar en las plantillas de la Escala Activa del Arma de Aviación “el número de los que pueda haber en cada empleo sin aptitud para el Servicio en Vuelo” y, en su consecuencia, es visto que el procedimiento seguido por el interesado en dicho momento, era el correcto administrativamente, como igualmente lo sería al estar sin resolver aún su pedimento, el que denunciara la mora, ya que el plazo para ello no tiene límite, pues —según el art. 38 de la Ley Jurisdiccional— sólo se impone un término de tres meses de no poderlo hacer, para dar tiempo a que la Administración se pronuncie, pero transcurrido ese plazo puede realizarse en cualquier momento, en tanto no haya recaído resolución expresa a la petición, e incluso cabe esperar a que ésta se produzca, de donde se infiere que la desviación procesal sufrida por el recurrente se ha producido cuando prematuramente ha acudido a lo Contencioso-administrativo.”

XII. RECOMPENSAS

Cruz Laureada de San Fernando. Prescripción del derecho a las pensiones anejas a ella y del de transmisión de las mismas. Artículo 13 del Reglamento de la Orden; 1.º del Estatuto de Clases Pasivas; disposición transitoria 4.ª del mismo y artículo 25 de la Ley de Administración y Contabilidad del Estado.

Sentencia de 9 de mayo de 1959.—Son presupuestos de hecho:

“Al soldado voluntario de la División Azul, P. A., muerto en acción de guerra en el frente de Rusia, el 10 de febrero de 1943, le fué concedida la Cruz Laureada de San Fernando, por Orden fecha 17 de febrero de 1944 y fallecido sin dejar descendencia, la transmisión de la pensión aneja a tan preciada recompensa correspondía en coparticipación a sus padres, F. A. D. y J. P. R.

“A fines del año 1936, desapareció del domicilio conyugal el dicho P. R. y no habiendo vuelto su esposa a saber del mismo, solicitó y obtuvo del Juzgado de Puente deume, en 9 de abril de 1946, la declaración legal de ausencia de su marido.”

“Noticiosa la madre del referido soldado de que a su hijo se le había concedido la Laureada de San Fernando, solicitó, con fecha 5 de enero de

1945, de la Asamblea de la Orden, la transmisión de la pensión aneja, acreditando con justificación debida que su marido se hallaba declarado judicialmente ausente, por lo que le fué concedida la dicha pensión en su totalidad "sin perjuicio del derecho que en su día pudiera corresponder a su esposo y padre del causante, don J. M. P. R. si éste cesara jurídicamente en su actual situación de ausencia legal, a participar en el beneficio."

"La madre del causante percibió, en efecto, la pensión solicitada, a partir del repetido día en que falleció su hijo, hasta el día 3 de mayo de 1956, en que ella falleció también."

"Transcurridos ocho meses y veinticuatro días del fallecimiento de la madre, exactamente el 27 de enero de 1957, el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Puentevedue, que como se dijo había dictado el auto de declaración de ausencia de su esposo J. P. R., dictó otro, en cuyo segundo resultando se dice a la letra "que teniendo conocimiento este Juzgado por el Militar de La Coruña de la existencia de dicho ausente, se dirigió exhorto al señor Juez Decano de los de Primera Instancia de aquella capital, para hacerle saber tal declaración de ausencia y seguidamente compareció a medio del correspondiente escrito" por lo que, cumplidos los trámites prevenidos para el caso, acordó el propio Juzgado dejar sin efecto la declaración de ausencia legal."

"El 9 de mayo de 1957 el recurrente elevó a la Asamblea de la Real y Militar Orden de San Fernando petición en súplica de la transmisión de la pensión causada por su hijo, así como de los atrasos correspondientes, a partir del 3 de mayo de 1956, fecha del fallecimiento de su esposa; solicitud que le fué denegada por acuerdo de la propia Asamblea en 19 de septiembre de 1957, en razón a las consideraciones en que el propio acuerdo se funda, para declarar como lo hizo la prescripción de la acción, por cuanto el recurrente solicitó la pensión, transcurridos más de catorce años desde que fué causada y ser ineficaz la ausencia para interrumpir el plazo de la prescripción misma; resolución mantenida el 28 de noviembre del mismo año 1957, por la que se desestimó el recurso de reposición, interpuesto contra el anterior."

El Tribunal Supremo desestima el recurso y confirma el acuerdo impugnado, fundamentando el fallo en las siguientes consideraciones:

"El art. 13 del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Fernando, aprobado por Decreto de 25 de mayo de 1951, dispone que las pensiones anejas a tan preciada recompensa serán transmisibles en los mismos términos y en condiciones iguales a las del Montepío Militar y como el Reglamento de este Montepío no hace referencia alguna a la prescripción, concluye el actor que la pensión que reclama es imprescriptible, conclusión incorrecta en el orden lógico, porque la falta de una declaración especial respecto de la prescripción no implica la negación de ella y si el Reglamento del Montepío Militar hubiera pretendido la imprescriptibilidad de las pensiones que otorga, lo hubiera dicho expresamente, sin que se sobrentienda por su silencio, por cuanto supone una excepción al principio general, y las excepciones que no se declaran no pueden sobrentenderse."

"La prescripción de las pensiones concedidas conforme al Reglamento del Montepío Militar viene impuesta por el Estatuto de Clases Pasivas, que si bien dispone en su art. 1.º que se registrarán por la legislación anterior al mismo las pensiones a las que el Estatuto no es aplicable, establece de modo concreto una salvedad expresa: la de que en todo caso se observará lo prevenido en las disposiciones transitorias del propio Estatuto, y como la cuarta de ellas hace referencia, también expresa, a la prescripción del derecho de las pensiones sin excepción alguna. *es visto que prescriben todas y, por tanto, las del Montepío Militar, y si prescriben éstas, es consecuencia ineludible que también prescriben las pensiones anejas a la Cruz Laureada de San Fernando por imperio del art. 13 del Reglamento de la Orden que manda, como antes se ha dicho, que tales pensiones se transmiten en los mismos términos y en condiciones iguales que las del Montepío Militar.*"

"El hecho de que el art. 1.º del Estatuto de Clases pasivas haya instaurado la prescripción para toda clase de pensiones, en nada se opone a que las normas para transmitir las anejas a la Laureada de San Fernando sean las mismas que rigen para las del Montepío Militar, que es lo único que dispone el citado art. 13 del Reglamento de la Orden; porque la prescripción ni altera dichas normas ni menos las contradice, por cuanto se limita a la aplicación de un plazo para el ejercicio de las acciones que de esas mismas normas se derivan, plazo que el Reglamento del Montepío no señala; pero que, por ello mismo, ha de entenderse sujeto a las reglas comunes en orden a la prescripción, y no hay, de consiguiente, antinomia alguna entre el tan citado art. 1.º del Estatuto y el 13 del expresado Reglamento, como tampoco existe entre el art. 1.º en relación con la disposición transitoria cuarta y la adicional novena, que excluye expresamente del Estatuto cuanto se refiere a pensiones anejas, a cruces y recompensas civiles y militares, porque de esa exclusión no se sigue que sean imprescriptibles."

"En modo alguno puede tacharse de nueva la doctrina expuesta, suponiéndola original porque la Orden de 30 de enero de 1882 denegó el derecho a las pagas de toca que el art. 21, capítulo 8.º, del Reglamento del Montepío Militar concede a las viudas "cuando no se reclamaron dentro de los cinco años siguientes a la muerte del causante", disposición que la propia Orden mandó se observara con carácter general; de todo lo cual se concluye que *aplicable la prescripción a las pensiones del Montepío Militar y, por ende, a las anejas, a la más preciada de las recompensas militares, su plazo no puede ser otro que el de cinco años, que establece el artículo 92 del Estatuto de Clases Pasivas, como en todo caso lo sería por aplicación del art. 25 de la vigente Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública.*"

XIII. RETIROS

A) *Edad.—Escala Auxiliar y Agrupación Temporal Militar para destinos civiles.*

Sentencia de 9 de febrero de 1959.—Se accede al recurso declarando que la edad a que corresponde al interesado pasar a la situación de retirado es la de 53 años y no la de 51. El recurrente pasó a la Agrupación siendo Teniente de la Escala Auxiliar.

Fundamentos del fallo:

“Las leyes creadoras y reorganizadoras, respectivamente, de la Escala Auxiliar del Ejército, fechas 25 de noviembre de 1944 y 30 de marzo de 1954, fijaron para el retiro forzoso de estos militares las edades en vigor para las Escalas activas del Ejército, en virtud de cuya equiparación son las mismas edades las que causan el retiro en ambas Escalas sin distinción en este aspecto por razón de procedencia.”

“Acreditado en autos que el recurrente siendo Teniente de la Escala Auxiliar ingresó en la Agrupación Temporal Militar para servicios civiles, establecida por Ley de 15 de julio de 1952, el día 8 de octubre del mismo año por orden de la Presidencia del Gobierno adjudicándosele destino definitivo en la RENFE por Orden de 21 de mayo de 1923; conforme al artículo 18 de dicha Ley le corresponde el retiro por edad al lograr la vigente en el Ejército para la Escala de procedencia en la fecha de su paso a la Agrupación, y como en el tiempo de su ingreso en ésta regía la Ley de 5 de abril de 1952, que fijó los límites de edad en destinos de Mando y de Arma o Cuerpo para los Jefes y Oficiales de la Escala activa, que según el art. 10 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 se aplicará, asimismo, a las edades para el retiro forzoso de la Escala Auxiliar, *es evidente que los Tenientes de esta última no pueden ser retirados forzosamente hasta los cincuenta y tres años, que es la edad señalada por la Ley de común régimen, fecha de 5 de abril de 1952, para este grado, como resulta claramente conjugando sus términos con los arts. 10 de la Ley de 25 de noviembre de 1944 y 18 de la Ley de 15 de julio de 1952.*”

En el mismo sentido otra Sentencia de 26 de junio.

B) *Por imposibilidad física.—No les es de aplicación la Ley de 15 de julio de 1952 (sueldo regulador de Capitán).*

Sentencia de 11 de febrero de 1959.—El recurrente, Brigada de la Guardia Civil retirado por imposibilidad física contra el criterio seguido por el Consejo Supremo al señalarle haber pasivo, pretendía se regulase éste por el sueldo de Capitán.

Se declara que no es de aplicación en estos casos la Ley de 15 de julio de 1952 con base en el siguiente breve razonamiento:

“El recurrente en su demanda cita erróneamente en apoyo de su pretensión el art. 65 del Estatuto de Clases Pasivas del Estado de 22 de oc-

tubre de 1926, queriendo sin duda invocar el mismo art. 65 del Reglamento de tal Estatuto; pero es visto que porque tal precepto en su párrafo tercero diga que los expedientes de retiro por inutilidad en su tramitación deben ajustarse a las reglas establecidas para el retiro forzoso por edad, no se puede deducir eso, que, a los efectos de regulación de pensión, puede equipararse al retiro por inutilidad al forzoso por edad, y claro está que si la Ley de 15 de Julio de 1952, que es la aplicable al presente caso, en su artículo 1.º solo concede el derecho al sueldo regulador de Capitán a los que cumplen la edad reglamentaria, o sea, a la situación de retirados forzosos por edad, quedan evidentemente excluidos los otros retirados a petición propia y por inutilidad física comprendidos en el art. 55 del mencionado Estatuto de Clases Pasivas; debiendo por todo ello desestimarse el recurso."

C) *Escala complementaria. No le es de aplicación la Ley de 20 de diciembre de 1952, sobre concesión del empleo honorífico y haber pasivo de Coronel a los Tenientes Coronales que pasen a la situación de retirados por edad y cuenten doce o más años de efectivos servicios entre los empleos de Comandante y Teniente Coronel.*

Sentencia de 24 de febrero de 1959.—Sienta la doctrina que en el epígrafe se indica, apoyándola en las siguientes consideraciones:

"El recurrente pasó a la Escala Complementaria del Ejército en 2 de diciembre de 1940, según *Diario Oficial* número 271, teniendo en aquella fecha el grado de Comandante, al que ascendió en 29 de junio de ese mismo año; todo según resulta del expediente y de la hoja de servicios del interesado unida a aquél, y en dicha Escala Complementaria ascendió a su empleo de Teniente Coronel el 13 de febrero de 1949, conforme *Diario Oficial* número 36, apareciendo como retirado por edad con fecha de 15 de enero de 1958, según acredita el *Diario* en su número 14, de donde resulta que pasó a la situación de retirado con más de diecisiete años de servicio en ambos grados conjuntamente apreciados; esto es, con más de los doce que exige la Ley de 20 de diciembre de 1952, en cuyo texto ampara su derecho el recurrente; pero conviene considerar como elemento fundamental que el recurrente no pertenecía a la Escala Activa del Ejército al pasar a su situación de retirado, sino desde 1940, o sea, desde más de diecisiete años atrás a la Escala Complementaria, y es notorio que el Decreto de 12 de mayo de 1938, que la creó para los Jefes y Oficiales de los tres Ejércitos, fué para pasar a la misma a quienes de entre ellos hubiesen perdido las condiciones intelectuales, físicas o de mando necesarias para ejercer su empleo con plenitud de facultades, disponiendo que, en tales condiciones, no podrán permanecer en la Escala Activa y pasarán a la Complementaria que se crea, hasta que les corresponda hacerlo a la situación de retirados, si es que antes no hubiesen perdido las que en la nueva escala son necesarias, ingresando en ella ya a petición propia, ya a propuesta de sus superiores, bien por falta de asistencia a los cursos de perfeccionamiento, bien por no alcanzar en ellos la calificación de aptitud correspondien-

te; de todo lo que se deduce como indeclinable conclusión que la referida Escala Complementaria no puede en modo alguno admitir parangón ni ser considerada como igual, ni, por tanto, *aquiparada* con la Escala Activa del Ejército, sino que, por el contrario, el personal que la integre será aquel que "no obstante su buena voluntad y elevado espíritu es necesario apartar de los mandos activos en beneficio de la Patria", dándoseles los destinos burocráticos o de menos actividad."

"También aparece probado que dentro de la Escala Complementaria ascendió de Comandante a Teniente Coronel en el año 1949, cumpliéndose para él la inicial preceptiva del artículo 4.º del Decreto de 1933, idéntica a la del Decreto de 22 de septiembre de 1939, que disponían que los que integren la Escala Complementaria podrían ascender en ella una sola vez, excepto los que tuviesen el empleo de Coronel, que no ascenderán ni aun esa vez siquiera, como que dicha Escala sólo admite Jefes y Oficiales en los Decretos relacionados, ya que el generalato supone siempre plenitud de facultades en quienes lo han alcanzado, acreditadas debidamente."

"La Ley de 19 de diciembre de 1951 declaró a extinguir las Escalas Complementarias y dispuso que no se concedieran en ellas nuevos ingresos, por lo que es obvio que el ciclo legal abierto con su creación en 12 de mayo de 1938, seguido con el Decreto de 22 de septiembre de 1939 y continuado con la Ley de 14 de octubre de 1942, que derogó los anteriores en cuanto se le opusieran y concedió a Jefes y Oficiales poder alcanzar por ascenso dos empleos, dicho ciclo, decimos, se cierra con la Ley de 1951, que consideramos, en la que de modo claro en su artículo 2.º se dispone que los actuales componentes de esas escalas continuarán formando parte de ellas con todos sus derechos y deberes en igual forma que hasta la fecha, lo que quiere decir que con los que tuvieron a la promulgación de dicha Ley. Y, por consiguiente, al ser publicada un año más tarde la Ley de 20 de diciembre de 1952, que dispuso se le concedería el empleo de Coronel honorífico y el haber pasivo correspondiente a dicho empleo a los Tenientes Coroneles que con doce o más años de servicios efectivos o abonos de campaña entre los de Comandante y Teniente Coronel pasaren a situación de retirados, sólo puede referirse a los procedentes de las Escalas Activas del Ejército, de ningún modo a los de las Complementarias, que declaradas a extinguir en trance de desaparición permanecen como galvanizadas sin más derechos que los que sus componentes tuvieron hasta el 20 de diciembre de 1951, fecha de promulgación de la Ley, no los que con posterioridad se otorgaran o pudieran al Ejército otorgarse mientras en las normas futuras, posteriores a esa fecha, no se determinara expresamente otra cosa o se estableciera en ellas la retroactividad que les favoreciera, pues bien se advierte que la limitación de sus derechos se ha decretado en cantidad al decir "todos", e incluso en el tiempo a mandar "en igual forma que hasta la fecha", como también se comprueba que cuando se ha pretendido mejorarles sea expresamente decretada la mejora, como en el particular citado, de poder dentro de la Escala obtener dos ascensos."

D) *El militar retirado no puede ser jubilado como funcionario civil.*

Sentencia de 13 de abril de 1959.—La cuestión en la misma planteada se refiere a si un militar retirado del Ejército voluntariamente, al amparo de lo dispuesto en los Decretos de 25 y 29 de abril de 1931 y que tenía la categoría de Maestro de Fábrica de 3.º de Artillería, percibiendo sus haberes pasivos durante algún tiempo como tal retirado, puede ser jubilado como funcionario civil, acumulándose a tal efecto los servicios prestados al Estado de indole militar y civil, a los fines de ser clasificado con arreglo al sueldo regulador que disfrutó como Profesor numerario de la Escuela de Peritos Industriales.

La Sala se pronuncia, naturalmente, por la negativa previo el siguiente razonamiento:

“Preceptuando el art. 54 del Estatuto de Clases Pasivas que los retirados del Ejército y de la Armada no podrán ser jubilados, excepción hecha si se trata de retirados por edad, pertenecientes a las clases de tropa o de Jefes, Oficiales y asimilados retirados por edad que no hubieran llegado a percibir haber alguno como tales retirados, se impone reconocer que no es posible acceder al pedimento del recurrente por no estar comprendido en ninguna de las excepciones a que se contrae dicho precepto, puesto que se jubiló voluntariamente acogiéndose a los beneficios de los Decretos de 25 y 29 de abril de 1931, no existiendo, por otra parte, ninguna disposición legislativa que autorice la jubilación que interesa, máxime cuando disfrutó de la pensión de retiro durante algún tiempo.”

“Las situaciones de retiro y jubilado son definitivas a los efectos de derechos pasivos, con acumulación de todos los servicios civiles y militares que tengan la condición legal de abonables a los fines de la pensión, sin que la vuelta al servicio, de indole civil o militar, pueda dar lugar a la mejora de la pensión ya adquirida de jubilación o de retiro, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 50, 52, 53, 56, 57 y 58 del Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926 y modificaciones posteriores.”

“Conjugando las normas legales citadas y no pudiendo estimarse razones de equidad, ya que la materia de Clases Pasivas, en general, no es viable interpretarla con criterio extensivo, se está en el caso de confirmar la resolución recurrida.”

XIV. REVOCACION O ANULACION DE OFICIO DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DECLARATIVOS DE DERECHOS

No puede acordarla la Administración, a no ser con arreglo al art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de 26 de julio de 1956 o al 56 de la reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Sentencia de 4 de febrero de 1959.—El Ministerio del Ejército, por Orden de 25 de febrero de 1958, dispuso quedara sin efecto otra de 20 del

mismo mes por la que se declaraba comprendido al recurrente —Capitán Médico de Complemento— en el art. 2.º y disposición transitoria 2.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1957, por la que se concedieron determinadas pensiones de retiro a los Oficiales de Complemento y Asimilados de los Ejércitos de Tierra y Aire que alcancen veinte años de servicios efectivos.

Entablado el oportuno recurso, el Tribunal Supremo, dando lugar al mismo, declara no ser conforme a derecho aquella resolución ministerial, que anula, y la validez de la anterior Orden de 20 de febrero.

Doctrina expuesta:

“Si la Administración no puede anular de oficio sus propios actos declarativos, salvo cuando dichos actos infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado, y no hubiesen transcurrido cuatro años desde que fueron adoptados, excepto si se trata de rectificación de errores materiales y de hecho, lo primero que se impone aclarar es si la segunda Orden de 25 de febrero se ha limitado a rectificar errores materiales o de hecho de la de 20 del mismo mes, que ha dejado sin efecto; pero partiendo de la base que la Administración interpretó una norma jurídica, o sea, la Ley de 26 de diciembre de 1957, teniendo en cuenta la hoja de servicios del recurrente que obra unida al expediente administrativo no puede aludirse a que no se manejaron las mismas cifras, descartando, por lo tanto, esos errores materiales o de hecho al referirse, como queda dicho, a una cuestión de interpretación, y, en su consecuencia, a una cuestión de derecho, por cuya razón la Administración carecía de facultades para anular su primer acuerdo, faltando, en este caso, el dictamen del Consejo de Estado, lo que obliga a anular la segunda Orden de 25 de febrero, que es la recurrida.”

“Al no poder la Administración anular de oficio sus actos declaratorios de derechos le es dable también declarar su lesividad, acudiendo al procedimiento establecido en el art. 58 de la vigente Ley de lo Contencioso-administrativo, no pudiendo desconocer los indiscutibles derechos de la Orden de 20 de febrero de 1958, en donde, accediendo al pedimento de la parte demandante en este pleito, la considera comprendida en la segunda disposición transitoria y en el art. 2.º de la Ley de 26 de diciembre de 1957, y a renglón seguido, por no decir *ab irato*, deja sin efecto la expresada Orden dictando otra, que se publica a los dos días en el *Diario Oficial del Ministerio*, anulando, sin fundamento legal, la que reconocía los derechos del impugnante, y prueba de ello es que, al desestimar el recurso de reposición, también recurrido, no hace la más mínima referencia al error material acusado en tal recurso.”

Sentencia de 22 de junio de 1959.—El Ministerio del Ejército, por acuerdo adoptado el 26 de mayo de 1959, privó, sin notificación previa al recurrente, del percibo de una gratificación que venía disfrutando desde la fecha de su incorporación a la Dirección General de Industria y Material.

El Tribunal Supremo, al conocer del recurso interpuesto, anula aquel acuerdo “por no ser ajustado a derecho y haberse dictado con evidente infracción del art. 2.º de la Ley de lo Contencioso de 1952, art. 56 de la

vigente y art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

Razonamiento:

"Ha sido principio jurídico constante, declarado expresamente en la legislación, la imposibilidad de que la Administración pueda volver sobre sus propios actos, cuando éstos hubieren reconocido derechos a particulares, los que tiene el deber de respetar no sólo por razón de las garantías atribuibles a las situaciones de derecho creadas, sino por el obligado respeto a la validez de los acuerdos que haya dictado o hechos que hubiere realizado, y, a este tenor, el art. 2.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, en el texto refundido aprobado por Decreto de 8 de febrero de 1952, en su párrafo 6.º, establece que "la Administración general podrá someter a revisión en la vía contencioso-administrativa las resoluciones que por Orden ministerial se declaren lesivas de los intereses del Estado", es decir, que para poder lograr la nulidad de sus actos declarativos de derechos en favor de terceros tiene que acudir ante esta Jurisdicción, para obtener la correspondiente Sentencia en que se declare nulo el acuerdo o resolución que considere lesivo a los intereses estatales, y el art. 56 de la vigente Ley Jurisdiccional de 27 de diciembre de 1956 reitera tal obligación, al estatuir que "cuando la Administración autora de algún acto pretendiere demandar ante la Jurisdicción contencioso-administrativa su anulación, deberá previamente declararlo lesivo a los intereses públicos... en el plazo de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiere sido dictado. Si el acto emanare de la Administración del Estado, la declaración de lesividad deberá revestir la forma de Orden ministerial..."

"La Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 20 de julio de 1957, si bien amplía las facultades administrativas para llevar a efecto la revisión de sus actos, admitiendo la posibilidad de que se efectúe por la propia Administración, cuando se trate de errores materiales y de hecho —párrafo 2.º del art. 37 de su texto refundido, aprobado por Decreto de 26 de dicho mes y año— e incluso cuando "infrinjan manifiestamente la Ley, según dictamen del Consejo de Estado" —párrafo 1.º del propio artículo— siempre mantiene como norma general, en el citado precepto, que "la Administración no podrá anular de oficio sus propios actos declarativos de derechos", a cuya normativa los casos antes reseñados vienen a constituir las únicas y nuevas excepciones establecidas; pero sin que ello implique la posibilidad de prescindirse de la acción contencioso-administrativa para obtener la declaración de nulidad de aquellos actos que no sean manifiestamente contrarios a la Ley o constituyan errores materiales y de hecho."

OLIGARIO GONZÁLEZ GARCÍA

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

La
REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR
se publica con la cooperación de los siguientes corresponsales:

En España:

Luis HERTOGS ECHEMENDIA, Sevilla. — *Ramón* TAIX 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. — *CELESTINO* BARREDA TREVIÑO, 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* RODI-GARSIA, 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