

REVISTA  
*de* ESPAÑOLA  
DERECHO  
MILITAR

n.º 27

ENERO

JUNIO

1974

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 NO LOUIS**

**SECRETARIO**

**FRANCISCO MORALES SOUVIRON**

**ADMINISTRADOR**

**EMILIO RODRIGUEZ ROMAN**

---

Se ruega dirigir la correspondencia a la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, calle Tambre, 35 Madrid-2.

\* \* \*

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

---

---

**Precio de suscripción por ejemplar:**

**ESPAÑA ... .. 225 pesetas.**

**EXTRANJERO ... .. 400 pesetas.**

---

---

Doaa 95 G. Torres R  
DD

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

27

MADRID  
ENERO-JUNIO  
1 9 7 4

---

**ES PROPIEDAD**

—  
Queda hecho el depósito  
y la inscripción en el  
Registro que marca la  
Ley.

—  
Reservados todos los  
Derechos.

---

Depósito legal: M. 523-1958.

---

Breogán Industria Gráfica, S. A., Torrejón de Ardoz (Madrid)

## S U M A R I O

*Pág.*

---

### ESTUDIOS

- «La Enseñanza del Derecho Humanitario en los Institutos Militares», por el Gen. C. A. PIETRO VERRI ... .. 9
- «El secuestro de aeronaves», por JOSÉ MARÍA PUJADAS DE LA SOTA, Comandante Auditor del Aire ... .. 25

### NOTAS

- «El convenio amistoso extrajudicial», tesis doctoral, por EDUARDO MONTULL LAVILLA ... .. 71

### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

- «Derecho Penal Español. Parte General» y «Derecho Penal Español. Parte Especial», por JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEVESA ... .. 75

«Tratado de Derecho Penal», «El delito y su exteriorización», por LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA ... ..	76
«Crime. An analytical Appraisal», por MANUEL LÓPEZ-REY.	81
«Rassegna dell'Arma dei Carabinieri». Roma ... ..	83
«Neue Zeitschrift für Wehrrecht». Berlín ... ..	85
«Military Law Review». Headquarters, Department of the Army Washintgon D. C. ... ..	92
«Commandant's Annual Report» ... ..	98
«The J. A. G. Journal». The Office of the Judge Advocate General of the Navy, Washintgon, D. C. ... ..	99
«The United States Air Force J. A. G. Law Review» ... ..	103
«Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre». Bruselas ... ..	109

#### INFORMACION

V Congreso Internacional de Dublín (Irlanda), 1970 ... ..	113
Seminario de Derecho Humanitario, San Remo (Italia), 1972	114
VI Congreso Interacional de La Haya (Holanda), 1973 ...	115
VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio ... ..	116

#### LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

##### I.—LEGISLACIÓN:

Ley 14/1973 sobre negativa a la prestación del Servicio Militar ... ..	119
---	-----

**II.—JURISPRUDENCIA:**

A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por EMILIO DE MIGUEL ZAMORA ... ..	123
B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias, por JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO ... ..	145
C) Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por EMILIO DE MIGUEL ZAMORA ... ..	172
D) Jurisprudencia contencioso-administrativa, por EMILIO DE MIGUEL ZAMORA ... ..	183
E) Jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de personal, por VICENTE LÓPEZ HENARES ...	191

## I

### LA ENSEÑANZA DEL DERECHO HUMANITARIO EN LOS INSTITUTOS MILITARES (1)

*Gen. C. A. PIETRO VERRI*

Un artículo común a las cuatro convenciones de Ginebra, establece en el primer párrafo, que «las altas partes contratantes se comprometen a difundir lo más ampliamente posible, en tiempo de paz y en tiempo de guerra, el texto de las presentes convenciones en sus respectivos países, y en particular, a incluir su estudio en los programas de instrucción militar y, si es posible civil, de modo que los principios que las informan sean conocidos por toda la población» \*.

En la primera convención (heridos y enfermos en campaña) y en la segunda (heridos, enfermos y náufragos), el citado párrafo del artículo primero termina afirmando «especialmente, en las Fuerzas Armadas por el personal sanitario y capellanes militares». En la tercera convención (prisioneros de guerra) y

(1) Estudio publicado en el núm. 1.º (enero-febrero) de 1973, en la Revista «Rassegna dell'Arma dei Carabinieri».

\* Los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949 fueron ratificados por España en Instrumento de 4 de julio de 1952 (Jefatura del Estado) y publicados en las fechas que a continuación se indican: Tratado para mejorar la suerte de los heridos y enfermos en campaña (B. O. del E. de 23 de agosto de 1952); Tratado para mejorar la suerte de los heridos, enfermos y náufragos de las fuerzas armadas en el mar (B. O. del E. de 26 de agosto de 1952); Tratado para protección de personas civiles en tiempo de guerra (B. O. del E. de 2 de septiembre de 1952); Tratado sobre el trato de prisioneros de guerra (B. O. del E. de 5 de septiembre de 1952).

en la cuarta (protección a la población civil en tiempo de guerra) tiene el citado artículo un segundo párrafo que dice así: «Las autoridades civiles, militares, de policía o cualesquiera otras que en tiempo de guerra fuesen llamadas a asumir responsabilidades con relación a las personas protegidas, deberán estar en posesión del texto de la convención, y conocer perfectamente sus disposiciones.»

Una obligación idéntica, a los fines de la formación del personal militar, establece la convención relativa a la protección de los bienes culturales en caso de conflicto armado (La Haya, 14 de mayo de 1954), convención que aún no perteneciendo al derecho humanitario sino al más amplio derecho de la guerra, conviene que, por absorción de la obligación en cuestión, sea tratada conjuntamente con las convenciones de Ginebra.

La convención de La Haya, en el artículo 25 señala: «Las altas partes contratantes se obligan a difundir lo más ampliamente posible, en tiempo de paz y de conflicto armado, el texto de la presente convención y de su reglamento de ejecución en los respectivos países».

En particular, se obliga a introducir su estudio en los programas de instrucción militar, y si es posible civil, de modo que, tales principios puedan ser conocidos por la población civil en su totalidad, especialmente por las Fuerzas Armadas y por el personal adscrito a la protección de los bienes culturales.

Comprobado, que después de veinte años sólo pocos Estados han dado cumplimiento a tales obligaciones, bien descuidándolas del todo, o bien aplazando toda iniciativa, en los últimos tiempos, organismos internacionales como las Naciones Unidas y el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), o instituciones privadas, como el Instituto internacional de derecho humanitario vienen ejerciendo presiones a fin de que todos los Estados den finalmente aplicación a los empeños asumidos, realizando, aunque algunos lo hubieran hecho en parte, una enseñanza del derecho humanitario que sea completa, racional y eficaz.

El Instituto internacional de derecho humanitario ha tratado el problema en el ámbito del Congreso celebrado en Sanremo en 1971 (2-4 de septiembre).

Pero en 1972 (6-18 de noviembre), ha hecho más: ha organizado en dicha ciudad un «seminario» dedicado exclusivamente a la «enseñanza del derecho humanitario en los institutos militares».

«Misión del seminario» ha sido la de profundizar en el estudio del problema a través del intercambio de noticias sobre iniciativas y experiencias en diversos países y de coordinar un programa de enseñanza concreta y detallada que pudiera servir a los Estados Mayores para cumplir de una manera efectiva la obligación señalada por el derecho de Ginebra.

Una serie de «lecciones» de carácter propedéutico han suministrado o recordado a los participantes las nociones esenciales e indispensables sobre el tema del «seminario» nociones del derecho de la guerra y del derecho humanitario relativas a:

- Derecho de recurso a la guerra (jus ad bellum) y derecho bélico (jus in bello).
- Fuentes y normas del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados.
- Necesidades militares e imperativos humanitarios.
- Medios lícitos e ilícitos en el curso de las hostilidades.
- Comportamiento y estatuto jurídico de los combatientes.
- Responsabilidad de los Estados participantes en un conflicto armado, y responsabilidad de los individuos en materia de aplicación de las normas humanitarias.
- Principios de reciprocidad y recurso a las represalias.
- Normas esenciales y modos de conseguir su aplicación efectiva contenidas en las cuatro convenciones de Ginebra.
- Protección a la persona humana en los conflictos armados de carácter no internacional.

Entre los temas evocados en la parte propedéutica del «seminario» es útil señalar algunos que revisten un particular interés profesional.

1. Uno de estos temas es el que se refiere a la relación entre las dos exigencias opuestas entre las necesidades militares y los deberes humanitarios, y a este propósito bastará señalar el criterio de algunos intérpretes en establecer una

distinción entre «convivencia» y «necesidad» militar, sosteniendo la primacía de las exigencias humanitarias o un razonable equilibrio entre ambas.

2. Otro tema que merece ser señalado es el de la responsabilidad penal por la inobservancia de las normas de derecho humanitario. Se trata de un deber impuesto en las cuatro convenciones de Ginebra 1949, en cuyo artículo común se establece: «Las altas partes contratantes se obligan a adoptar todas las medidas legislativas necesarias para establecer las sanciones penales adecuadas aplicables a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una u otra de las infracciones graves de la presente convención definidas en el artículo siguiente.»

Por infracciones graves se entienden según los artículos de las convenciones aquí resumidos: El homicidio voluntario; la tortura o el trato inhumano (comprendidas las experiencias biológicas); procurar voluntariamente grandes sufrimientos o atentar gravemente a la integridad física o a la salud; costringir a un prisionero de guerra o miembro de la población civil de un territorio ocupado a servir en las Fuerzas Armadas de la potencia enemiga o privar a uno u otro del derecho a ser juzgados regular e imparcialmente; la destrucción y apropiación de bienes, no justificadas por las necesidades militares y realizadas a gran escala de modo arbitrario e ilícito; la detención ilícita de un miembro de la población civil de un territorio ocupado; o su captura como rehén.

A este importante problema se ha referido H. BOSLY, de cuyo meritísimo informe ha resultado:

- A Que son pocos los Estados que hasta ahora han cumplido los deberes asumidos en virtud de su adhesión a las convenciones, insertando en su legislación penal la represión de las infracciones graves señaladas en las citadas convenciones de Ginebra 1949.
- B Que aún para dichos Estados las soluciones adoptadas no son enteramente satisfactorias. Además, la definición de las infracciones y gravedad de las penas son diversas de un Estado a otro, por lo que la represión de tales infracciones se aseguran de una manera desigual.
- C Que los Estados que no han cumplido con tal obliga-

ción, las infracciones en cuestión no pueden ser perseguidas sino en la medida en que aquellas se identifican con infracciones de derecho común, circunstancia que no se registra para todas las violaciones graves señaladas en las convenciones y tampoco resulta adecuada la entidad de la pena. Por estos motivos se propugna a nivel internacional; la promulgación de una ley penal universal relativa a los delitos contra la paz; a los crímenes de guerra; y a los delitos contra la humanidad, en cuyos dos últimos tipos se comprenden obviamente las infracciones graves de las convenciones de Ginebra.

Las iniciativas emprendidas por la O.N.U. no han alcanzado hasta ahora un resultado concreto, por lo que se refiere tanto a la ley internacional penal como a los problemas conexos a la creación de un Tribunal de justicia internacional penal.

En el estado actual, pues, como advierte H. BOSLY, los responsables de las infracciones podrán ser llamados a responder de los propios actos ante los respectivos tribunales nacionales, con las posibles insuficiencias antes indicadas.

La difusión siempre más amplia de las convenciones de Ginebra entre la opinión pública, como señala H. BOSLY, conduce a ejercer presiones sobre las Autoridades del propio país, como demuestran ejemplos bien recientes, como el del Teniente Calley, responsable de la matanza de personas civiles vietnamitas en My Lai. (29 octubre 1956).

Hay que precisar además, que las normas de Ginebra prevén no solo la solución nacional sino también la posibilidad para un Estado de poner al responsable a la disposición de los tribunales de otro Estado, en cuyo daño han sido cometidas las infracciones.

3. También ha sido estudiada la responsabilidad penal del individuo en la ejecución de una orden superior que tenga un carácter manifiestamente delictivo: gran problema, como es sabido, sobre el cual se discute desde antiguo tanto en sede internacional como en el interior de cada Estado.

Afrontando su misión el «seminario» ha tomado, en primer lugar, conocimiento de las informaciones relativas a los Estados participantes y ha visto confirmado que el problema de la

enseñanza de derecho humanitario al personal militar ha sido por lo general ignorado.

Algunos Estados Mayores han publicado reglamentos para el servicio en campaña u otros, en los que se consignan normas sacadas de las convenciones de La Haya 1907, y de las convenciones de Ginebra 1949, pero aún así tales reglamentos tendrían necesidad de ir acompañados de textos de divulgación a fin de facilitar su conocimiento. Tal es el caso, digno de tenerse en cuenta, de Francia (*Réglement de discipline générale dans les armées*, 1966), de Gran Bretaña (*The Law of Land Warfare* 1958), de los Estados Unidos (*The Law of Land Warfare* 1956), de Suiza (*Manuel des lois et coutumes de la guerre* 1963).

En otros Estados, en cambio, siguen vigentes los reglamentos que si bien reproducen normas consideradas de derecho humanitario, por ser anteriores a la segunda guerra mundial no registran la enorme evolución operada en esta esfera a partir de las convenciones de Ginebra de 1949.

Por lo que se refiere a la enseñanza del derecho humanitario en Italia se imparten hoy nociones de derecho bélico a los alumnos de la Escuela de Aplicación del Ejército y a los alumnos de la Escuela de Aplicación de la Aeronáutica militar, así como a los de las Escuelas C.E.M.M., y ciclos de conferencias a los alumnos de la Academia Naval y reclutas de la Marina Militar.

Ninguno de los países representados en el «seminario» ha planificado hasta ahora de modo adecuado la enseñanza del derecho humanitario a diferentes niveles de la escala jerárquica, por lo que faltan los programas con las indicaciones didácticas y metodológicas para una actividad que presenta indudables dificultades.

Única y ejemplar excepción es la de Alemania Federal, cuyo Ministerio de la Defensa, después de haber estudiado racionalmente el problema, ha introducido la enseñanza del derecho humanitario como una parte integrante de la formación del personal militar a diferentes niveles, y ha fijado programas y dado directrices sobre los métodos de enseñanza más apropiados dotándoles con reglamentos y métodos didácticos.

En el cuadro de esta situación tan insatisfactoria, en la que

(con la excepción de Alemania Federal) la obligación impuesta por compromisos internacionales no se respeta, se ha constatado además una cierta desconfianza por parte militar con relación al derecho humanitario. Acerca de esto, O. ORECCHIO ha señalado en su notable informe, que existen militares que dudan de la eficacia de las normas humanitarias considerando que si las respetan frente a un enemigo que por el contrario no las respeta, este último obtendría ventajas militares. Este razonamiento se basa, como señala O. ORECCHIO, sobre los principios de la necesidad militar, de la reciprocidad y de la represalia que todavía tienden a informar la conducta de los beligerantes, a despecho de las prohibiciones y límites establecidos por el derecho de la guerra.

La desconfianza de parte de los militares se ha agravado con la extensión de la técnica de guerrillas, de su admisión en los territorios ocupados y de la tendencia creciente a reconocer la cualidad de legítimos combatientes, no sólo a los miembros de los movimientos de resistencia organizados sino también a aquellos que no respetan (o sólo en parte) las condiciones consideradas como obligatorias para obtener tal reconocimiento.

Esta desconfianza agravada por la falta de directrices claras y precisas, explica, como hace notar O. ORECCHIO, el difuso desinterés por el problema y en consecuencia, que tal enseñanza no sea impartida.

Debe de añadirse a esto las dificultades objetivas, incluso psicológicas, que encuentra una enseñanza de este género dirigida a hombres que vienen formados para combatir; una enseñanza que requiere paciencia, dice DRAPER, una técnica que implica una capacidad para «comunicar lo incomunicable».

El «seminario» ha considerado útil formular antes las líneas directrices de la instrucción militar en materia de derecho humanitario, a las que seguiría después un programa sobre el cual debería basarse la enseñanza; líneas directrices y programa que puedan ayudar a los Estados Mayores a resolver un problema que sólo de una manera apropiada ha resuelto Alemania Federal.

Las líneas directrices que el «seminario» ha formulado pueden ser así sintetizadas:

A todos los niveles a los que la instrucción se dirige, se debería limitar, en una primera fase a las convenciones de Ginebra 1949 (normas esenciales y prohibiciones en cuanto al trato de prisioneros de guerra, enfermos, heridos y náufragos y de la población civil), ampliando sucesivamente la enseñanza al derecho bélico en general.

La instrucción de derecho humanitario destinada al personal de tropa deberá tener en cuenta el nivel medio de educación, así como el alcanzado por los diferentes estratos de la población.

Los aspirantes al grado de Suboficial y de Oficial deberán superar un examen sobre el derecho humanitario, cuyo programa debería comprender el conocimiento de las dificultades que pueden derivarse de la aplicación de las convenciones de Ginebra. Oficiales y Suboficiales deberían ser instruidos también en materia de obediencia a las órdenes del superior en el contexto del derecho humanitario y en relación con la disciplina y el derecho penal militar.

La enseñanza del derecho humanitario en las Academias militares o Centros similares deberían ser considerado fundamental.

En los Institutos de altos estudios militares (frecuentados por Oficiales del grado de Coronel y General de Brigada), discusiones de grupo deberían tratar del derecho humanitario, considerándolo desde una perspectiva internacional.

El personal adscrito a determinados servicios especiales debería recibir una enseñanza más profunda sobre algunos aspectos del derecho humanitario.

El método debería estar señalado por el nivel de los hombres a quien se dirige la enseñanza, así como por el contenido de esta última. Según los niveles alcanzados los métodos aplicados serían escogidos entre los siguientes combinándolos empíricamente: lecciones, discusiones, medios audio visuales, opúsculos ilustrados, manuales, ejercicios escritos, prácticas de campaña, exámenes y premios.

Expertos en la materia (Oficiales con conocimientos de derecho), asesores jurídicos de diverso grado, docentes universitarios, deberían impartir la enseñanza a los cuadros de Oficia-

les, los que a su vez deberían instruir a los miembros de sus respectivas Unidades.

No debería ser considerada suficiente la enseñanza impartida por una sola vez: se debería por el contrario, considerar necesaria su repetición periódica a todos los niveles.

Debería considerarse útil el intercambio periódico de noticias sobre los programas y método de enseñanza entre los Estados Mayores de los diferentes países.

Sobre la base de estos principios, el «seminario» ha redactado un programa que se adjunta en su texto integral y que representa indudablemente un instrumento idóneo para iniciar con las adaptaciones e integraciones que resulten necesarias en determinado país, la enseñanza del derecho humanitario en las Fuerzas Armadas.

El citado programa será remitido oficialmente a los diferentes gobiernos por el Instituto internacional de derecho humanitario.

## ANEXO

### PROGRAMA DE ENSEÑANZA DEL DERECHO HUMANITARIO EN LAS FUERZAS ARMADAS

#### 1. *A nivel del personal de tropa.*

La enseñanza debería ser primordialmente teórica, breve y precisa, desarrollada con preferencia después del período inicial de instrucción. Las nociones teóricas deberán ser dadas en un lenguaje simple y comprensible a nivel de compañía por un Oficial, que a ser posible sea el mismo que ostenta el mando de la Unidad, en presencia de todo el personal encuadrado; la enseñanza teórica habría de ser complementada durante ejercicios y maniobras con demostraciones prácticas sobre el terreno, relativas a la situación concreta en que se pueden encontrar durante las operaciones bélicas; a cada soldado debería serle distribuido un texto breve que contuviera el resumen de las enseñanzas recibidas y si fuera posible un pequeño opúsculo ilustrado con reproducciones de las principales situaciones que pueden presentarse al combatiente. En el curso posterior del servicio, se debería recordar a los soldados sus principales deberes mediante la proyección de películas y diapositivas.:

En las instrucciones técnicas, de operaciones o relativas al servicio en campaña deberían insertarse simples nociones de derecho humanitario como elemento integrante de la formación del soldado mediante los métodos antes señalados u otros más perfectos en que se pusiera de manifiesto:

a) Que los miembros de las Fuerzas Armadas, heridos, enfermos o naufragos deben ser respetados y protegidos en cualquier circunstancia, y tratados y curados con humanidad.

b) El personal adscrito a las formaciones y establecimien-

tos sanitarios debe ser respetado y protegido en cualquier circunstancia.

c) Que el enemigo que depone las armas debe ser respetado.

d) Que los prisioneros de guerra deben gozar de una protección general.

e) Que las personas civiles deben ser protegidas contra cualquier atentado a su integridad física.

f) Que los bienes culturales deben ser salvaguardados.

El «Manual del soldado» editado por el Comité Internacional de la Cruz Roja es un documento en el que se podrían inspirar los encargados de la enseñanza al personal de tropa.

2. *A nivel de Suboficiales.* Teniendo en cuenta que su misión es la de respetar los principios de derecho humanitario y de hacerlos respetar por sus subordinados, los Suboficiales deberían recibir una formación adecuada a fin de que pudieran asegurar una aplicación correcta de aquéllos principios.

3. *A nivel de Oficiales.* La enseñanza del derecho humanitario debería ser tanto más profunda cuanto mayor es el grado de responsabilidad de cada uno de ellos. La enseñanza será en principio dada en las Escuelas militares y en los Institutos de formación de la oficialidad del Estado Mayor.

Para todos los Oficiales el curso de formación debería abarcar una parte teórica, impartida con la ayuda de modernas técnicas y una parte práctica sobre el terreno, en el curso de ejercicios o maniobras.

El contenido del curso de formación básica para los Oficiales podría ser el siguiente:

Primera parte.—Introducción: El carácter del derecho internacional público y sus fuentes (art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia); la noción del «jus ad bellum» y del «jus in bello» así como la de conflictos armados internacionales y no internacionales; noción del derecho humanitario; principales instrumentos del derecho humanitario, su extensión en el tiempo y en el espacio; responsabilidad de los Estados y de los individuos; sanciones y jurisdicciones competentes; persona y valores protegidos; potencias protectoras; el Comité Internacional de la Cruz Roja (C.I.C.R.), las socieda-

des nacionales de la Cruz Roja, y otras organizaciones humanitarias.

Segunda parte.—Exposición de las convenciones humanitarias y de otros convenios internacionales de derecho humanitario o de derecho bélico.

1. Disposiciones generales de las cuatro convenciones de Ginebra de 1949: Casos de aplicación (art. 3.º común a las cuatro convenciones, inalienabilidad de derechos, prohibición de represalias, comienzo y fin de la aplicación).

2. Mejora de la suerte de los heridos, enfermos y náufragos (convenciones 1.ª y 2.ª de 1949): Protección acordada a estas personas, protección del personal sanitario, formaciones y establecimientos sanitarios, repatriación de los miembros del personal sanitario, material sanitario y medios de transporte, señales distintivas).

3. Trato de los prisioneros de guerra (convención 3.ª de 1949): Clases de personas con derecho al trato de prisioneros de guerra, normas de aplicación a los prisioneros de guerra, régimen, trabajos autorizados, el problema de la evasión, contactos de los prisioneros de guerra con los representantes de las potencias protectoras y del C.I.C.R., relaciones de los prisioneros con las Autoridades, de los modos que ponen fin a la cautividad, liberación y repatriación, las oficinas de información, la agencia central de investigaciones y las sociedades de socorro.

4. Protección de las personas civiles (convención 4.ª de 1949): Respeto a la persona humana, límites de la protección garantizada a las personas civiles por la convención. Protección general de las poblaciones contra determinados efectos de la guerra, estatuto de las personas protegidas, internamiento de las personas civiles.

5. Protección de los bienes culturales (convención de La Haya de 1954): Respeto y protección, signo distintivo, abusos, prohibición de represalias, preparativos en tiempo de paz, inscripción en el registro de la UNESCO de los bienes culturales.

6. Derecho bélico: Convenciones de La Haya de 1899 y 1907, con particular referencia al Reglamento anexo a la cuarta convención 1907. Protocolo de Ginebra de 1925, objetivos militares, principios de proporcionalidad, principios de limi-

tación adoptados con la resolución 2.444 (XXIII) de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 19 de diciembre de 1968, convención 1948 sobre genocidio, convención 1968 sobre imprescriptibilidad de los crímenes de guerra y delitos contra la humanidad.

4.º *A nivel del personal (Militar y civil)* perteneciente a categorías especiales. Llamado en algunos países a cooperar en diversos sectores con las Fuerzas Armadas en caso de conflicto armado, sería oportuno que para tal personal fuese planificada una enseñanza adecuada a sus especiales misiones.

El «seminario» se refiere de modo particular a los servicios de Sanidad (médicos y personal sanitario civil y militar), al personal de la Cruz Roja, a los servicios de protección civil y a otros organismos de socorro, a la Policía militar, servicio de seguridad, de vigilancia, personal de Gobierno Militar en territorio ocupado, y en fin, a las fuerzas de urgencia de las Naciones Unidas.

5.º *A nivel de Comandante de Grandes Unidades y Jefe de Servicios.* A fin de mantener un alto grado del conocimiento del derecho humanitario por parte de personas que asumen elevada responsabilidad, sería oportuno que los Comandantes de Grandes Unidades y Jefes de los Servicios correspondiente, así como las personas encargadas de la enseñanza de derecho humanitario en las Escuelas Oficiales, asesores jurídicos del Ministerio de Defensa y de otros mandos militares, así como dirigentes de servicios especiales (Jefe del Servicio de Sanidad Militar, de la Policía Militar, de las Unidades de Frantera, etcétera), asistiesen a conferencias, seminarios, etc., llamados a tratar los problemas actuales del derecho humanitario.

6.º *Consideraciones generales.* Para que la enseñanza a los diversos niveles pueda ser realizada de modo eficaz es absolutamente necesario que aquéllos que son llamados a impartirla hayan alcanzado una formación adecuada a tal fin. Una estrecha colaboración debe tener lugar entre los juristas (Magistrados militares, Oficiales jurídicos, Asesores jurídicos del Ministerio de la Defensa, y personal docente universitario en las Escuelas Militares y los Oficiales Generales y superiores responsables del adiestramiento en las Fuerzas Armadas. En las Escuelas Oficiales la parte teórica de la enseñanza debería

#### LA ENSEÑANZA DEL DERECHO HUMANITARIO EN LOS INSTITUTOS MILITARES

ser impartida por un libre docente o un experto en derecho especializado en la materia, mientras la parte práctica debería ser enseñada por Oficiales superiores igualmente especializados. En las Escuelas Militares a nivel superior, los cursos y las conferencias deberían ser dadas por expertos, en estas cuestiones, objeto de enseñanza. (Traducido del italiano por F.M.S.).

*(Ver sobre este interesante tema el estudio de los Reglamentos y material de enseñanza de las fuerzas armadas de la República Federal Alemana, hecho por el Dr. K. H. BÖHRINGER, en el núm. 2.º (1972) de la Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre (pág. 459).*

## EL SECUESTRO DE AERONAVES

Por José María PUJADAS DE LA SOTA  
Comandante Auditor del Aire.

SUMARIO: 1.—INTRODUCCION: A) Libertad y seguridad del tránsito aéreo. B) Actualidad del problema.—2. EL DELITO: A) Terminología. B) Definición. C) Elementos: 1) Ilicitud; 2) Apoderamiento; 3) Violencia o intimidación; 4) Aeronave en vuelo: 4.1.) Que se halle en su interior: 4.2.) Que la aeronave se halle en vuelo. 5) Desviación de la ruta.—3. NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO: A) Delito aeronáutico. B) Delito internacional.—4. JURISDICCION.—5. EL DELINCUENTE: A) Los motivos. B) Peligrosidad del delincuente.—6. LA LUCHA CONTRA ESTA MODALIDAD DELICTIVA: A) Medidas preventivas. B) Medidas represivas.—7. EN BUSQUEDA DE UNA SOLUCION AL PROBLEMA: A) En el ámbito nacional. B) En el ámbito internacional: OACI, ONU. 1) Convenio de Tokio. 2) Convenio de La Haya: 2.1.) Reconocimiento de una jurisdicción extraterritorial. 2.2.) Conflicto de jurisdicciones. 2.3.) Extradición. 3) Otros Convenios C) Otra factible solución.

### 1. INTRODUCCION

#### A) LIBERTAD Y SEGURIDAD DEL TRÁNSITO AÉREO

La seguridad y buen desenvolvimiento de la aviación civil internacional es una cuestión de primordial y común interés para todos los países y pueblos del mundo. Todos los Estados, por diferentes que sean sus intereses, comparten el mismo el mismo interés básico en la preservación y fomento del transporte aéreo internacional que contribuye a la difusión de los conocimientos y a la consolidación de los vínculos culturales y comerciales y de cooperación entre las naciones. La moderna sociedad no puede funcionar debidamente sin una libertad y seguridad en el tránsito aéreo.

B) ACTUALIDAD DEL PROBLEMA

Sin embargo, esta libertad y seguridad del tránsito aéreo, se ha visto perturbada gravemente en estos últimos años, como consecuencia de los numerosos secuestros aéreos y demás actos de interferencia ilícita, más la piratería en sus diversas facetas que se han llevado contra la aviación comercial internacional.

Todos estos actos de apoderamiento, interferencia, etcétera, consiguen tres objetivos que no son de desear: Poner en peligro la vida e integridad personal de las personas que vuelan, al igual que sus bienes y las propias aeronaves; Afectar gravemente a la explotación de los servicios aéreos y Socavar la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación civil, introduciendo elementos de perturbación en la cooperación internacional.

Perturbación, que si en un principio tenía una área muy delimitada, casi prácticamente a los aviones de las líneas norteamericanas, que eran desviados a Cuba, hoy día pocos son los países que se ven libres de tales actos y realizados sobre cualquier espacio aéreo.

Actualmente, ninguna línea aérea, ningún pasajero, ningún país, se siente seguro frente a los apoderamientos ilícitos de aeronaves en vuelo. Es una preocupación constante y alarmante el hecho de que se esté aumentando el número de tales actos.

Incluso supone una perturbación para la paz, este hecho reiterado y con frecuencia alarmante del secuestro de aeronaves en pleno vuelo. Porque tales actos, además de constituir delitos, que mi moral, política y legalmente tienen justificación, constituyen también actos de agresión por parte de los gobiernos que dan asilo a los piratas aéreos, en contra de todas las naciones afectadas por el secuestro.

## 2. EL DELITO

### A) TERMINOLOGÍA

Son múltiples y muy variadas las palabras que se han venido usando para determinar el acto de apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo.

En el mundo anglosajón, se define este hecho con la palabra «*Hijacking*».

MACIEL (1) lo expresa diciendo, que el delito es conocido en el campo internacional con la denominación de «*Hicking*» palabra del «*Slong*» norteamericano, que significa salteamiento o atraco a mano armada realizado mediante la interceptación de vehículos en marcha y que se originó, según se dice, en el «*Hi Jack*» (hola, Jack) con que los vagabundos saludaban a sus víctimas en el momento de asaltarlas.

Palabra muy limitada, no sólo territorialmente, al ser aceptada solamente por una parte del mundo —el anglosajón— y de difícil traducción a los otros idiomas, como igualmente al no recoger la realidad de los hechos en sus diversas formas y facetas.

Pero esto no es todo. EDMONT PETIT (2) dice que el argot no iba a detenerse aquí y la palabra «*Sky-jacking*», más apropiada aeronáutica, se utilizó muy pronto para designar a los secuestros de aviones. Pasa una etapa, y he aquí que aparece «*jetnapping*» por asimilación con la palabra universalmente conocida de «*kidnapping*». En términos oficiales y medios de

(1) ROGELIO N. MACIEL: *Desviación compulsiva de aeronaves en vuelo*. Aero-espacio, Buenos Aires, abril de 1969, pág. 55.

(2) *Piratas de alto vuelo*. Revista de Aeronáutica y Astronáutica, número 353; abril 1970, pág. 297.

los Estados Unidos se utilizan, «*aircraft piracy*» y «*unlawful*» (apropiación indebida).

En Inglaterra cuyas costumbres siguen estando siempre tan influenciadas por las cosas y palabras de la mar, es igualmente, «*piracy*» la que con más frecuencia se lee, estando incluso recomendada por la I. L. A. (International Law Association).

El propio MACIEL (3) para estos actos, acepta la denominación de «Desviación compulsiva de aeronaves en vuelo.» Denominación que no puede ser aceptada, porque para cometer tales actos, no es necesario la desviación en su ruta de la aeronave, sobre todo a partir del Convenio de Tokio en que habla de interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, sin que sea necesaria la desviación, ni por otra parte, ha de ser forzosamente en forma compulsiva, que con arreglo al Diccionario de la Lengua, significa, obligar a uno, con fuerza o autoridad, a que haga lo que no quiere.

MAPELLI (4) los califica como de «extorsión», palabra que tampoco cuadra perfectamente, ya que conforme al Diccionario de la Lengua, significa acción y efecto de usurpar y arrebatar por fuerza una cosa a uno, o en su segunda acepción, como cualquier daño o perjuicio.

Para el Director de IATA (International Air Transport Association), en documento de 3 de enero de 1969, califica estos hechos, como de Agresión a mano armada contra aeronaves de líneas regulares. Con independencia de su competencia limitada a las líneas regulares, con lo que sustituyendo la palabra regular por comercial, quedaría solucionado el problema, pero no es preceptivo la «agresión a mano armada»; basta con cualquier clase de intimidación, ya que muchas veces se realiza sin la necesidad de armas. Por ello, es vocablo que tampoco convence.

Apoderamiento ilícito, interception, unlawful, seizure, apropiaçao ilícita, es decir, apropiación ilícita, es lo que ha retenido la OACI para su vocabulario oficial.

(3) *Ob. cit.*

(4) *Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves.* V Congreso Penal y Penitenciario Ibero-americano y Filipino. La Coruña (España), del 4 al 6 de septiembre de 1969.

El Convenio de Tokio de 14 de septiembre de 1963, sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, si bien no define, en su capítulo IV, dice «Apoderamiento ilícito de aeronaves.»

El Delegado de Ghana (5) en las reuniones para el Convenio de La Haya de 1970, proponía se identificará el delito por su nombre y en principio presentaba «piratería aérea» o «secuestro aéreo», aunque finalmente propusiese como otra alternativa la expresión de «apoderamiento ilícito de aeronaves».

Por su parte el delegado de Canadá (6), expresaba su opinión de que la precisión en las expresiones empleadas en el Convenio, ayudaría a los legisladores nacionales a ser igualmente precisos. Pero fuese cual fuese la denominación que se diese al delito en el mismo, sería conocido por el público, como el «Convenio sobre secuestros.»

El delegado de Kenia (7), prefería el título «Convenio sobre apoderamiento ilícito de aeronaves» y dijo que la palabra «delito» en el texto podría ampliarse, mediante la adición de la frase «popularmente mencionado como secuestro».

La propuesta de Ghana para que se definiese el delito, fue rechazada por 21 votos contra 17 con 14 abstenciones. En su consecuencia, se acordó no poner ningún nombre al delito definido en el artículo 1.º y que se considera como el apoderamiento de la aeronave o el ejercicio del control de la misma.

Deliberadamente hemos dejado para el final las palabras «piratería aérea» y «secuestro aéreo», que son las expresiones que con más fuerza han sido introducidas por los medios de comunicación oficial (prensa, radio y televisión).

No obstante ello, dichas expresiones no son aceptadas por la doctrina, sobre todo la expresión «piratería» por su marcado matiz marítimo. En el Convenio de La Haya se define el delito «Como toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo, ilícitamente, mediante violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos». Concepto en el que no encaja la palabra piratería, tal como se de-

(5) Actas de la Conferencia de Derecho Aéreo. La Haya, diciembre de 1970. Editadas por OACI en 1972. Volumen I, pág. 37.

(6) Volumen anteriormente citado, pág. 37.

(7) Volumen anteriormente citado, pág. 38.

fine en el Convenio sobre Alta Mar de Ginebra de 1958, que en su artículo 15, la piratería implica un acto ilegal de violencia cometido a) *para fines privados*, por la tripulación o pasajeros de un barco o aeronaves privados, y b) realizados sobre *alta mar* o en un lugar *fuera de la jurisdicción de cualquier estado*, c) contra *otro* barco o aeronave o personas o bienes en el mismo.

Lo que ocurre es, que bajo el título general de «interferencia ilícita» o (también acto de intervención ilícita) la OACI agrupa dos categorías bien distintas de actos: la «captura ilícita en vuelo» y el «sabotaje o ataque armado de los aviones e instalaciones en tierra». Por ello, como en la Convención de La Haya sólo se trata de la primera de ellas, es por lo que no encaja la palabra «piratería» y se tuvo muy en cuenta no hacer la menor alusión a ella.

Otro tanto ocurre en nuestra legislación española, que en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, y dentro del capítulo III. Delitos contra el Derecho de Gentes, se recogen en el artículo 40, dos figuras delictivas distintas: la primera, los que con violencia o intimidación se apoderan de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento; y la segunda, los que desde el aire, tierra o mar, y por cualquier medio, provoquen la caída, pérdida, incendio, aterrizaje o amarraje de una aeronave, con el propósito de apoderarse de ella o de atentar contra las personas o cosas que se encuentren a bordo. Para la primera figura, que es similar a la interferencia ilícita del Convenio de La Haya, encuadra la terminología de secuestro, que aparte su carácter jurídico procesal, es también, según el propio diccionario de la lengua española, el acto de aprehender indebidamente a una persona para exigir dinero por su rescate, o para otros fines, y en todos los actos de interferencia ilícita, quedan tanto los tripulantes como los pasajeros retenidos por el secuestrador. Para la segunda figura, encuadra el concepto de «piratería» recogido en el Convenio sobre Alta Mar de Ginebra de 1958. En la referida Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, y en su artículo 39 recoge un secuestro de aeronaves similar al del párrafo primero del artículo 40 en que por sus circunstancias de lugar y tiempo, da lugar a un delito de secuestro con características

especiales y que para BRAVO NAVARRO (8) es un secuestro cualificado.

Por ello, a nuestro modo de entender, lo que no se puede hacer, es pretender recoger en una sola palabra, las dos figuras delictivas a que nos venimos haciendo referencia, especificadas entre los delitos contra el derecho de gentes, pero sí, la palabra «secuestro» si hacemos referencia al número primero del artículo 40 y la de «piratería», la correspondiente al número segundo.

Ello, no quiere decir, que no aceptamos la expresión de interferencia ilícita como se recoge en los Convenios de Tokio y La Haya, y que a mayor abundamiento, servirá para que las respectivas legislaciones nacionales, se habituen a emplear dicho término con carácter internacional, pero que las expresiones «secuestro o piratería aérea», son las que mejor se adaptan para la calificación popular de tales hechos, sin especificación de que su calificación legal, corresponda a uno u otro número del citado artículo 40 y que por otra parte, es el aceptado comúnmente por los diversos medios de comunicación (prensa, radio y televisión).

## B) DEFINICIÓN

MAPELLI (9) define este delito «Como el delito internacional, atentatorio a la libre comunicación de los pueblos y a la seguridad de la navegación aérea, que se comete mediante violencia o intimidación realizadas sobre personas o cosas, a fin de someter al control del agente una aeronave comercial en vuelo que ha perdido la protección efectiva de las autoridades situadas en tierra, desviándola antirreglamentariamente de su ruta, establecida según los planes de vuelo, desposeyendo al Comandante, del legítimo ejercicio de sus funciones y realizando ello con propósitos ajenos a los servicios de transporte a que está afecta la aeronave, bien tenga lugar la violencia o intimidación sobre la máquina, cosas transportadas, sus ocupantes, viajeros

(8) *Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo*. Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 356, julio 1970, pág. 544.

(9) *El apoderamiento ilícito de aeronaves*. Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 371, octubre 1971, pág. 779.

o miembros de la tripulación y pudiendo tener lugar la violencia o intimidación por persona o personas ocupantes de la propia aeronave, o por quien o quienes se encuentran fuera de la misma, cualesquiera que sea utilizado.»

ALVAREZ ROLDÁN (10) sin definir el delito de secuestro de aeronaves, lo considera como el apoderamiento y desviación de su ruta prevista de una aeronave en vuelo, o excepcionalmente, cuando se halla dispuesta a emprenderlo, mediante violencia o maquinación fraudulenta ejercidas sobre el Comandante de la misma o miembro de la tripulación o pasaje, por persona o personas a bordo.

BRAVO NAVARRO (11) define el delito de apoderamiento o secuestro, como «todo acto de violencia cometido a bordo de aeronave en vuelo, que tienda ilícitamente a someter ésta al control del agente, despojando al Comandante y personal de tripulación de sus facultades de mando y dirección».

El Convenio de Tokio de 1963, no declara que un acto de apoderamiento ilícito y por la fuerza de una aeronave o del control de la misma, constituya un delito, porque no define delitos, pero sí en su capítulo IV, artículo 11 núm. 1.º dice que existe apoderamiento ilícito de aeronaves, «Cuando, mediante violencia o intimidación, una persona cometa a bordo cualquier acto ilícito de apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave en vuelo, o esté a punto de cometer tales actos.»

En el proyecto presentado para su discusión y aprobación en la conferencia internacional de derecho aéreo de La Haya (celebrado en diciembre de 1970) en su artículo 1.º se dice que comete delito (que en adelante se denominará «el delito»), toda persona, que a bordo de una aeronave en vuelo:

a) Ilícitamente, mediante violencia o intimidación, se apodere de tal aeronave o ejerza el control de la misma, o intente cometer uno de tales actos, o

(10) *El secuestro de aeronave*. Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 346, septiembre 1969, pág. 695.

(11) *Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo*. Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 356, julio 1970, pág. 354.

b) sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer uno de tales actos.

Discutido el referido proyecto, quedó aprobado y redactado su artículo 1.º de la siguiente forma:

Comete un delito (que en adelante se denominará «el delito»), toda persona que, a bordo de una aeronave en vuelo,

a) Ilícitamente, mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación, se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma, o intente cometer cualquiera de tales actos.

b) Sea cómplice de la persona que cometa o intente cometer cualquiera de tales actos.

Concepto que como se aprecia, se basa totalmente en el proyecto, con la única diferencia de incluir la amenaza de violencia y cualquier forma de intimidación, para que no pueda quedar excluida, ninguna forma de intimidación.

De las definiciones doctrinales anteriormente expuestas, con excepción de la de BRAVO NAVARRO, se establece como elemento indispensable, que exista una desviación antirreglamentaria de la ruta, o simplemente una desviación en la ruta prevista, pero estimamos que dicha circunstancia no es necesaria para calificar los hechos como constitutivos del delito de secuestro aéreo, y que desarrollaremos más ampliamente en el capítulo siguiente, al ir examinando los diversos elementos constitutivos del delito.

Por ello, a nuestro modo de entender, al considerar que los elementos básicos que deben de entrar en la definición del secuestro son:

- a) Que el acto fuera ilegal.
- b) Que existiese fuerza o intimidación.
- c) Que se cometiese el acto a bordo de aeronave.
- d) Que el acto tuviese lugar «durante el vuelo» y
- e) Que el acto consistiese en apoderarse de la aeronave o ejercer el control de la misma de cualquier forma, definimos el delito de secuestro aéreo, como «El acto de apoderarse del control o de la posesión de una aeronave ilegalmente, mediante violencia o cualquier clase de intimidación, por parte de persona o personas que se hallen a bordo de la misma, estando ésta en vuelo».

C) ELEMENTOS

1. *Ilicitud.*

El requisito de la ilicitud, es uno de los elementos constitutivos del concepto del delito de secuestro aéreo. La expresión «ilícito» viene recogida en los conceptos que sobre el secuestro aéreo, dan los autores para definirlos. Igualmente, tanto en el Convenio de Tokio de 1963 sobre infracciones cometidas a bordo de aeronaves, como en el Convenio de La Haya de 1970, sobre represión del apoderamiento ilícito de aeronaves, viene exigiéndose dicho elemento. Por el contrario, nuestra Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, de 24 de diciembre de 1964, en su artículo 40 número primero, que recoge la figura del delito de secuestro de aeronaves, no hace para nada referencia a dicho requisito, limitándose a decir, que comete dicho delito «los que con violencia o intimidación se apoderen del aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento». No olvidemos que dicha Ley, pionera de las leyes sobre secuestros aéreos, es un tanto arcaica, y que dada la dinamicidad del derecho penal aeronáutico, requiere una puesta al día. No obstante esa omisión, no quiere decir que no se exija el requisito de la ilicitud para la calificación del delito. Si el apoderamiento fuese lícito, cabría decir que existía una causa de justificación, que legitimase dicho acto, pero el hecho en sí, habría sido tipificado.

Al discutirse la redacción del artículo 11 del Convenio de Tokio, hubo necesidad concreta de utilizar la expresión «ilícitamente» a fin de aclarar que el apoderamiento cometido por medio de la violencia, podría, en ciertas circunstancias ser legal.

Igualmente, al discutirse el Convenio de La Haya, se utilizó la expresión «ilícitamente» pese a que algún delegado se mostrase partidario de no utilizarla, porque entendía que bastaba que, en el apoderamiento concurriese la violencia o la intimidación, para tipificar el delito; pero no se tuvieron en cuenta dichos criterios y por la misma razón que en Tokio, se terminó expresándola. Pero es más, en dichas discusiones, había delegados que eran partidarios de utilizar la expresión «sin la

autorización legal» y otros la de «sin justificar», porque manifestaban que la palabra «ilícito» podía interpretarse de dos formas diferentes, a saber, como acto cometido sin la autorización legal, o como acto cometido sin justificación, es decir, no tanto en defensa propia o por accidente, como en el ejercicio de un derecho o en el desempeño de una función. Sea como quiera, es que en ambos Convenios, la ilicitud es uno de los elementos necesarios para dicha figura.

Algún autor, concretamente FOLCHI (12) prefiere la expresión «apoderamiento antijurídico» al considerar que la expresión «ilícito» no es solo lo contrario a la ley, sino también lo contrario a la ética, con lo cual el adjetivo es demasiado amplio para lo que realmente quiere destacarse. Otro tanto, sigue diciendo, cabe decir del apoderamiento ilegítimo, porque también lo ilegítimo no es sólo lo que está en contra de algo, sino lo que no es genuino o auténtico, ello de acuerdo con su etimología.

Por el contrario, todos los tratadistas patrios y entre ellos BRAVO NAVARRO (13) y MAPELLI (14) se hallan conformes en que la ilicitud en el apoderamiento, es elemento indispensable para tipificar el delito.

Estimamos, que dentro de nuestra terminología penal, el adjetivo que mejor encuadra para calificar estos apoderamientos, además de la violencia o la intimidación, es el de «ilegítimos», que conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, equivale a decir, sin causa, razón o motivo que lo justifique.

Con ello se evita, que el término ilícito, pueda interpretarse en un sentido subjetivo, en cuyo caso el acto ejecutado por un menor, o por persona privada de razón, no sería ilícito, y en cambio se habría cometido el delito, aunque debiese quedar impune, por concurrir una causa de justificación.

Pero como quiera que el término «ilícito» interpretado ob-

(12) *El secuestro de aeronaves*. Conferencia dictada en el Ministerio de Comunicaciones el día 2 de julio de 1970. Caracas-Venezuela, página 12.

(13) *Ob. cit. de Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo* pág. 535.

(14) *Ob. cit. de Apoderamiento ilícito de aeronaves* pág. 778.

jetivamente, encuadra perfectamente en nuestro ordenamiento jurídico-penal, y a mayor abundamiento es el empleado en los Convenios internacionales, a cuya igualdad terminológica deben tender las respectivas legislaciones nacionales —para evitar problemas de interpretación y conflictos jurisdiccionales— lo admitimos como correcto.

## 2. *Apoderamiento.*

Otro de los elementos constitutivos del delito de secuestro de aeronaves, es el de apoderamiento de las mismas. En nuestra patria sólo ha habido un caso de secuestro aéreo, en que se haya manifestado el Tribunal Aeronáutico (15), por lo que no puede haber doctrina elaborada ni jurisprudencial. Pero tenemos que pensar en cuanto al apoderamiento de una aeronave, que ésta no es un objeto mueble manuable, por lo que su apoderamiento físico en vuelo no es posible. La aeronave tiene unos elementos de propulsión y de manejo que tienen que ser controlados por la tripulación y por lo tanto, lo que hay que conseguir es el dominio y control de dicha tripulación, y en este caso es cuando se produce el apoderamiento de la aeronave.

Las decisiones en el manejo de la aeronave, al ser de tipo técnico, siempre tienen que ser tomadas por el piloto, ya que no está en condiciones técnicas el secuestrador de poder ordenar régimen de motores, rumbos, altura, etc.

Es difícil admitir, que se pueda ejercer el mando sobre la misma sin el apoderamiento. La aeronave es cerrada y es precisamente desde su interior como se puede ejercer el apoderamiento o mando de la misma, sin perjuicio de que esté dominado o cercada desde el exterior, como aconteció con un avión norteamericano que fue desviado a Italia, siendo en todo momento seguido y dominado militarmente desde el exterior.

Nuestra Ley Penal y Procesal se limita a definir el secuestro como, los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento.

(15) No se recoge el secuestro de Tshombe ni el último avión sueco aterrizado en Barajas, por no haber tenido intervención el Tribunal Aeronáutico.

Por el contrario, en el artículo 11 del Convenio de Tokio se dice «apoderamiento, interferencia o ejercicio del control de una aeronave»; y en el artículo 1.º del Convenio de La Haya se dice «se apodere de tal aeronave, ejerza el control de la misma». Es decir, que en estos dos últimos textos, las expresiones no son términos sinónimos, sino independientes; una cosa es el apoderamiento y otra el ejercicio del control. El apoderamiento equivale a hacerse dueño de la aeronave, mientras que el ejercicio del control, es escuetamente eso, el poder disponer del control de la aeronave a través de la tripulación.

Quiere ello decir, que en nuestro texto legal, al expresarse solamente la palabra «apoderamiento» es necesario hacerse dueño de la aeronave? La interpretación que debe darse es negativa. La palabra apoderamiento la define el Diccionario de la Lengua, como hacerse dueño de alguna cosa, pero también la define, como ocuparla, ponerla bajo su control. En este sentido es como debe interpretarse la palabra apoderamiento.

A la misma interpretación se llega si comparamos dicha figura delictiva con otra similar de la Ley Penal y Procesal; la del delito de sedición, en que constituye una agravación del delito, si los tripulantes llegan a apoderarse de la aeronave. En este caso, es cuando hay que interpretarse el apoderamiento, como equivalente de hacerse dueño de la aeronave.

### 3. *Violencia o intimidación.*

La violencia y la intimidación constituye otro de los elementos integrantes de este delito. La violencia equivale al empleo de la fuerza física, mientras que la intimidación supone el de coacción moral.

La violencia hay que entenderla en su sentido amplio, tanto la violencia sobre las personas, como la fuerza en las cosas, porque si bien la violencia no puede dirigirse directamente sobre una máquina o cosa material, puesto que las mismas no pueden ser objeto de violencia y menos de intimidación, sí indirectamente, cuando la ejecución de dichos actos, tienen por objeto intimidar al Comandante de la aeronave, con el fin de someter el control de la misma, a los deseos del secuestrador.

En el concepto de violencia, hay que incluir el empleo de

narcóticos y en general, el empleo de sustancias que priven de sentido a las personas, como igualmente aquellas sustancias que sin privar el sentido, hacen perder momentáneamente la aptitud, como sería por ejemplo, el arrojarles pimienta a la cara.

Por el contrario, la intimidación, es la coacción moral ejercida sobre una persona. Es la presión moral que por miedo o el terror se ejerce sobre el ánimo de una persona para obtener algo de ella.

La amenaza es una modalidad de la intimidación, y por tanto, cualquiera que sea la forma de manifestarse la amenaza, constituye intimidación.

Es independiente el medio empleado para lograr la violencia o la intimidación; es indiferente que sea ejercitada a través de armas, tanto blancas como de fuego, objetos contundentes, como la simple fuerza humana. Como igualmente, es indiferente que las armas sean reales o simuladas; es suficiente que tengan el parecido suficiente para lograr el objeto de la intimidación; máxime cuando la persona que se halla en tales circunstancias, no se halla en situación psíquica de apreciar las condiciones reales o simuladas del instrumento, con que es objeto de la amenaza.

Normalmente, esta violencia o intimidación, será ejercida sobre el Comandante de la aeronave, pero basta que sea ejercida sobre cualquier persona que se halle a bordo de la misma, si con ello el secuestrador consigue su objetivo; pero es más, esta amenaza de causar un mal en la vida o en la integridad de las personas, o un simple daño en las cosas, puede recaer sobre personas que no se hallen a bordo, o daños sobre cosas que no sea la propia aeronave, siempre que tengan entidad suficiente para conseguir del comandante de la aeronave, el someter el control a su voluntad.

A tal efecto, en el Convenio de La Haya, se amplió la fórmula de «mediante violencia o intimidación» que tradicionalmente se venía recogiendo tanto en nuestra Ley Penal y Procesal, como en el Convenio de Tokio, y en el proyecto para el Convenio de La Haya, redactado por el Comité Jurídico de la O.A.C.I., por la fórmula «mediante violencia, amenaza de violencia o cualquier otra forma de intimidación», para dar cabida en ella

a cualquier forma de violencia o intimidación, que tuviese por fin, el logro de los objetivos propuestos por el secuestrador.

#### 4. *Aeronave en vuelo.*

Este elemento, encierra dos conceptos: Uno, que la violencia o intimidación para el apoderamiento, proceda o sea ejercitada por persona que se halle en el interior de la aeronave; otro, que la aeronave se halle en vuelo.

##### 4.1. Que se halle en su interior.

En el interior de la aeronave hay que distinguir dos grupos de personas. Uno, formado por los miembros de la tripulación y otro grupo formado por el pasaje en general. Dentro del primer grupo, hay que distinguir a su vez, entre el comandante de la aeronave y el resto de la tripulación, pasando desde el segundo piloto, hasta el último aeromozo o azafata. Si es el propio comandante, quien con fines personales, incumple el plan de vuelo aprobado por la autoridad aeronáutica o previsto por el explotador, desviándose de su ruta, no cabe duda que ha llevado a cabo un apoderamiento ilícito de la aeronave, que para BRAVO NAVARRO (16), al no existir la violencia o intimidación directa sobre terceras personas, no constituye el hecho un crimen contra el Derecho de Gentes, pudiendo no obstante, ser considerado como infracción del tráfico aéreo, y ser objeto de las sanciones penales, gubernativas o laborales que procedan.

Sin embargo, entendemos que con arreglo a la legislación penal española, el comandante de la aeronave, si maliciosamente con riesgo para la navegación, quebranta sin justificación el plan de vuelo, podrá ser responsable de un delito contra la seguridad de la aeronave, recogido en el artículo 15 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, o hasta incluso, de un delito contra la propiedad del artículo 60 de dicho texto legal, por emplearla ilegalmente en provecho propio o de un tercero. Pero si este desvío de su ruta lo realiza mediante el empleo de violencia o intimidación —y que puede darse sobre el pasaje y más particularmente sobre la tripulación, quie-

(16) *Ob. cit.* de atentados contra la navegación aérea, pág. 17.

nes como profesionales, al poderse dar cuenta del desvío de la ruta por parte del comandante, e intentar persuadirle de su propósito, son objeto de violencia o intimidación para el logro por aquel de sus fines— no cabe la menor duda de que será responsable del delito de secuestro aéreo del artículo 40, número 1.º de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea.

No hay que olvidar, que los bienes jurídicos resultan afectados por igual, cualquiera que sea la persona que lleve a cabo la acción delictual, y por tanto la indiferencia en la calidad del sujeto activo es esencial en este delito.

Otro tanto puede decirse del resto de la tripulación. Si ya hemos dicho que puede ser cometido, incluso por el propio comandante, con mayor motivo por el resto de la tripulación.

Lo normal y la experiencia lo demuestra, es que el secuestro sea llevado a cabo por alguno o algunos miembros del pasaje en general, y a quien o quienes encaja de lleno la figura delictiva a que nos venimos refiriendo.

En el terreno doctrinal, hay algún autor, como FOLCHI (17), que estima, que caso de ser alguno de los tripulantes quien lleve a cabo el secuestro, debería preverse una penalidad más agravada, por la mayor peligrosidad que ello trasunta y por la mayor facilidad que para el tripulante resulta cometerlo.

#### 4.2. Que la aeronave se halle en vuelo.

El segundo concepto de la aeronave en que vuelan, es que la aeronave se halle en vuelo. Por definición legal de la Ley Penal y Procesal (18) «Se entenderá que la navegación aérea comienza en el momento en que una aeronave se pone en movimiento con su propia fuerza motriz para emprender el vuelo, y termina, cuando realizado el aterrizaje, queda inmovilizada y son parados sus motores». Es decir, que con arreglo a dicho precepto, una aeronave se considera en vuelo, cuando por su propia fuerza motriz se dirige a cabecera de pista para iniciar el despegue, y cuando una vez aterrizado se dirige a la zona de desembarque del pasaje y son parados sus motores.

En términos semejantes se expresa el Convenio de

(17) *Ob. cit.* pág. 12.

(18) Art. 11, núm. 4.º

Tokio (19) y el Proyecto del Comité Jurídico para el Convenio de La Haya (20).

Por el contrario, el Convenio de La Haya (21) ya se expresa en términos algo diferentes, puesto que establece que «A los fines del presente Convenio, se considerará que una aeronave se encuentra en vuelo desde el momento en que se cierran todas las puertas externas después del embarque hasta el momento en que se abre cualquiera de dichas puertas para el desembarque. En caso de aterrizaje forzoso, se considerará que el vuelo continúa hasta que las autoridades competentes se hagan cargo de la aeronave y de las personas y bienes a bordo».

A primera vista, parece que este concepto y el anterior son casi idénticos, pero encierran una gran diferencia. Normalmente, una vez procedido al embarque del pasaje y cerradas las puertas, comenzará la aeronave a ponerse en movimiento por la pista de rodadura para dirigirse a cabecera de pista y poder iniciar el despegue. Como decimos, normalmente debe ser cuestión de muy poco tiempo, pero puede ocurrir, que la torre de control no autorice esa rodadura por diversas circunstancias —a título de ejemplo, aeronave que se dispone a tomar tierra en emergencia— por lo que este breve momento, que puede alargarse, puede ser aprovechado por el secuestrador, para llevar a cabo su actuación delictiva. Es de suma importancia poder determinar cuando se realiza el hecho, ya que si el mismo se realiza antes y después del «vuelo» es competente para conocer de ellos, la Jurisdicción del Estado a que pertenece el aeropuerto, mientras que si es durante el «vuelo» es competente la Jurisdicción del Estado de matrícula de la aeronave.

Ello determina que el secuestrador, pueda elegir la jurisdicción que le será aplicable al delito que pretende cometer.

Las compañías aéreas, definen sus vuelos, como el conjunto de las operaciones de bloque a bloque, entre el aeropuerto del primer despegue y el del último aterrizaje, en un trayecto que comprenda las escalas existentes en vuelo.

Al debatirse el Convenio de La Haya, el delegado de Aus-

(1) Art. 1.º, núm. 3.º

(20) Art. 3.º

(21) Art. 2.º

tralia (22) proponía reemplazar la expresión «en vuelo» por las palabras «en servicio», considerando como tal, a la aeronave desde el momento que comienza el manejo de la misma a los efectos del vuelo, hasta que se estacionase definitivamente en el punto de destino final en el propio país.

En dicho Convenio, no fue aceptado tal criterio, pero a partir del anteproyecto del Convenio sobre actos de interferencia ilícita contra la aviación civil (no apoderamiento ilícito de aeronaves, léase Convenio de La Haya) en su artículo segundo, apartado I a) se dice «A los fines del presente Convenio se considerará que una aeronave está «en servicio» desde el momento en que comienza el manejo de la misma a los efectos del vuelo, hasta que se estaciona definitivamente en el punto de destino final en el propio país. Este concepto, es mucho más amplio, ya que abarca todas las operaciones, desde que la aeronave está dispuesta para determinado vuelo, hasta que definitivamente se estaciona en el país final de destino.

Pero tal vez lo más interesante, es que la O.A.C.I. proponga para todos los Convenios, la misma expresión y que por su parte los Estados adapten sus legislaciones nacionales a dicho concepto, para tratar de evitar posibles problemas de competencia, que de lo contrario pueden surgir.

##### 5. *Desviación de la ruta.*

¿Es preceptivo que el secuestrador consiga el desvío de la ruta, para consumar el delito de secuestro aéreo? Nos inclinamos por la negativa.

No desconocemos que son varias las razones que inducen a mostrarse contrarios a nuestra tesis. En el terreno doctrinal, ya hemos visto en el epígrafe correspondiente al defenir el delito, como varios tratadistas en la materia, incluyen entre los elementos integrables del mismo, el desvío de la ruta.

En el terreno jurisprudencial, si bien no puede hablarse con propiedad de una verdadera doctrina jurisprudencial, entre

(22) Pág. 103 del volumen II, Documentos. OACI, Montreal (Canadá), 1972 sobre la Conferencia Internacional de Derecho Aéreo. La Haya, diciembre de 1970.

otras, al ser un solo caso en el que ha tenido ocasión de manifestarse el Tribunal Aeronáutico, aunque justo es reconocer que su fallo es contrario a nuestra tesis.

En este caso, el secuestrador no consiguió su objetivo de desviar la aeronave a Albania cual era su finalidad.

El Tribunal Aeronáutico, al fallar la causa número 1/70 de la Jurisdicción de la Tercera Región Aérea instruida al efecto, no estimó fuese cometido el delito en grado de consumación y sí solamente en grado de frustración como lo justifica en uno de sus Considerandos «... por cuanto si bien el procesado practicó todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, éste no se produjo por causas independientes de su voluntad, ya que por la actitud decidida de la Autoridad aeronáutica no llegó a tener lugar el despegue de la aeronave en su escala normal en Zaragoza para dirigirse al punto indicado por el procesado, sin que la realización de las operaciones previas al despegue, bajo la actitud intimidatoria del inculpado, pueda considerarse como apoderamiento consumado de la aeronave, según sostiene el Ministerio Fiscal...».

Para nuestro punto de vista, no hallamos ajustado a derecho el fallo anterior y disentimos del mismo. El artículo 40, número 1.º, no exige el requisito del desvío de la ruta. No hace alusión para nada a dicho extremo. Se limita a castigar, a los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelan. Apoderamiento, que como ya expusimos en su epígrafe correspondiente, equivale a someter el control de la aeronave a su voluntad, con independencia de la finalidad perseguida por el secuestrador. Lo que la Ley protege es la seguridad de la navegación aérea. Por ello, quién ataca a esa seguridad en el vuelo, cualquiera que sea la finalidad del delincuente, consuma el delito de secuestro aéreo. Imaginemos el mismo caso, en el que la finalidad del secuestrador no hubiese sido la de dirigirse a Albania, sino una exigencia de tipo económico. El delito se habría consumado, con independencia de que hubiese logrado o no la cantidad exigida. Que obtenga los beneficios del delito, es independiente a su consumación.

Normalmente, y la práctica lo demuestra, que la circunstancia del desvío, acompañará al delito. El delincuente tratará de arribar a un país en que su acción pueda quedar impune,

bien por ser país que no acceda a la extradición en favor del Estado de matrícula de la aeronave, bien porque dicho acto no esté sancionado en su legislación nacional y no tenga ratificado el Convenio de La Haya, ni tratado de extradición con el Estado de matrícula de la aeronave, bien sea por la causa que fuese.

Pero ello no quiere decir que sea elemento necesario para cometer el delito, basta con que con la violencia o intimidación llegue a ejercer el control de la aeronave para que el delito quede consumado.

Imaginemos el supuesto de que una aeronave nada más iniciado el vuelo, es objeto de secuestro con la finalidad de obtener determinada cantidad de dinero, o conseguir la libertad de determinados presos políticos. Puede ocurrir que en pleno vuelo o en el primer aeropuerto e llegada, incluso todavía dentro del propio país, haya conseguido ya su propósito. Alarguemos el viaje, y en cualquiera de los trayectos y escalas reglamentarias, ya fuera del país de origen, consigue su objetivo, sin necesidad de haber variado la ruta. Es decir, que consiga su objetivo durante el viaje reglamentario, sin necesidad de cambios de ruta. ¿No ha cometido el delito de secuestro aéreo, porque no ha habido cambio de ruta? Entendemos que ha sido cometido un delito de secuestro aéreo.

Nuestro criterio es el mantenido por la O.A.C.I. Dicho requisito del desvío de la aeronave, fue objeto de vivas discusiones en el seno del Subcomité del Comité Jurídico que preparó el anteproyecto del Convenio de La Haya (23).

En un principio, consideró que únicamente debería existir delito, cuando la intención de su autor consistiese en cambiar el itinerario de la aeronave. Y aunque algunos miembros del Subcomité continuaron considerando que había que conservar la intención, el Subcomité eliminó dicha condición y a través del Comité Jurídico pasó al Convenio en ese sentido.

La razón primordial —entre otras— es que estimó, que toda violencia, cualquiera que fuese el motivo, ejercitada a

(23) Pág. 4 del volumen Informes y documentación del Subcomité del Comité Jurídico sobre secuestro de aeronaves. OACI, Montreal (Canadá), 1969.

bordo de aeronave a fin de obtener el control de la misma, constituía un peligro para la seguridad de la navegación aérea, y, por consiguiente, debía ser reprimida.

Por todas las razones anteriormente expuestas, es por lo que consideramos que no es necesario el cambio de ruta, para consumir un delito de secuestro de aeronaves.

### 3. NATURALEZA JURIDICA DEL DELITO

#### A) DELITO AERONÁUTICO

Suelen señalarse como caracteres específicos del derecho aeronáutico en general, y también del derecho penal aeronáutico, los siguientes: Dinamismo, Reglamentarismo, Autonomía, Internacionalidad y no Politicidad.

El carácter de internacionalidad como contrapuesto al de no politicidad, lo examinaremos en el epígrafe siguiente, ciéndonos para considerar al delito de secuestro de aeronaves como delito aeronáutico, a los caracteres de autonomía, dinamismo y reglamentarismo.

Su autonomía viene determinada, porque sin dejar de tener que recurrir al derecho penal, en parte es un derecho penal nuevo, no sólo por sus novedosas figuras propias, sino por la manera de entender y aplicar los preceptos comunes a estas nuevas figuras delictivas.

El dinamismo, que equivale a adoptar en constante evolución y de manera continua las nuevas condiciones que el adelanto de la aviación lleva consigo, y como consecuencia de este dinamismo su reglamentarismo o leyes especiales, para recoger la multiplicación de nuevos preceptos positivos, de manera tal, que no basta la simple sanción en leyes generales, sino en textos especiales que vayan recogiendo hasta el más mínimo detalle y puedan ser renovadas con frecuencia.

Sin embargo, no todos los tratadistas están conformes con esta independencia del derecho penal aeronáutico, lo que llega a plantear unas discusiones de carácter doctrinario, acerca de si los delitos aeronáuticos, deben figurar en los respectivos códigos penales nacionales, o por el contrario, deben ser in-

cluidos en Códigos o leyes penales aeronáuticas especiales. Aunque como decimos se trata más de un problema doctrinario que real.

Dentro de estas dos posturas, nos inclinamos por aquella en que los delitos aeronáuticos deben ser incluidos en leyes penales especiales aeronáuticas y no en el código penal común, basándonos en esos caracteres que especializan al derecho penal común, basándonos en esos caracteres que especializan al derecho penal aeronáutico y que precisan una renovación frecuente y puesta al día, no propia de los códigos penales, de por sí más perennes.

Por lo que respecta al derecho patrio, el problema está totalmente resuelto en favor de considerar a los delitos aeronáuticos y entre ellos al de secuestro de aeronaves —delitos contra el derecho de gentes— como un delito típicamente aeronáutico, al ser tipificado en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, y no en el código penal común.

Quizá sea útil desacar que la mayoría de las legislaciones, siguen una línea impuesta por la internacionalización de la materia, ya que aparecen claramente inspiradas por las convenciones internacionales.

Razones todas ellas, más que suficientes, para considerar al delito de secuestro de aeronaves, como un delito aeronáutico, y en consecuencia, para ser incorporado a las leyes aéreas y no a los códigos penales.

## B) DELITO INTERNACIONAL

El otro carácter que constituye la naturaleza jurídica del delito de secuestro aéreo, es su internacionalidad.

Para FOLCHI (24) ello es así por lo siguiente: *a)* el delito puede iniciarse en el espacio aéreo de un Estado y continuarse en otro u otros y aún concluirse en un tercer Estado. *b)* Se ponen en peligro, efectivo o potencialmente, bienes jurídicos sometidos a distintas jurisdicciones. *c)* La dependencia de un hecho técnico de caracteres incuestionablemente internacionales. *d)* La puesta en peligro de bienes jurídicos propios del gé-

(24) *Ob. cit.*, pág. 13.

nero humano o comunes a él, como son la libertad de las personas, el comercio internacional, la libertad de transitar, de elegir el medio de comunicación, el derecho de los pueblos a comunicarse entre sí por vía aérea y el interés de todos los países en el desarrollo de la aeronavegación.

La internacionalidad del secuestro de aeronaves, es igualmente manifestada por la diversa nacionalidad de los pasajeros e incluso de la propia tripulación; diversidad de países; sobrevuelo de territorios no sometidos a soberanía estatal; nacionalidades diversas de los aviones, máxime si llegase a ser realidad la doble matrícula de aeronaves e incluso la ausencia de matrícula nacional, cuando las mismas pertenezcan a organismos internacionales; y es que las diversas legislaciones internas contra el apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo, resultarán ineficaces, si no las incorpora cada Estado dentro del marco que proporciona un tratado internacional, porque los graves peligros inherentes al extraño fenómeno antisocial del secuestro, cuyos efectos sobrepasan las fronteras nacionales, debe eliminarse mediante legislación represiva de carácter internacional.

A tales efectos, nos parece interesante el discurso pronunciado con ocasión del XXV aniversario de las Naciones Unidas, por el entonces Secretario General, U Thant, que pronunciaba las siguientes palabras: Que el secuestro era un crimen contra un servicio internacional que afectaba a diversidad de naciones, pueblos e intereses, y como tal debiera estar sujeto a las normas del derecho internacional. Los aviones pueden construirse en un país, poseerse por otro país a otro, utilizan instalaciones y servicios en todo el mundo, transportan pasajeros de todas las nacionalidades y a menudo sus tripulaciones, están compuestas de hombres de diferentes nacionalidades.

Por su parte WALTER BINAGHI (25) Presidente del Consejo de la O.A.C.I., en la sesión inaugural de la Conferencia Internacional de derecho aéreo de La Haya de 1970, hablando en

(25) Pág. 3.º del volumen I, Actas. Editadas por OACI en 1972 con motivo de la Conferencia Internacional de derecho aéreo de La Haya, diciembre de 1970.

nombre de los delegados presentes y del Consejo de la O.A.C.I., determinaba que «El apoderamiento ilícito de aeronaves había sido una seria amenaza a la seguridad y eficacia de la aviación civil internacional que era elemento vital de nuestra civilización».

Los delegados de los diversos Estados asistentes a la Conferencia, se mostraron en términos similares, aunque a título de ejemplo citaremos a uno solo de ellos: así el delegado de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (26) expresaba el reconocimiento de su gobierno por el espíritu de cooperación que prevalecía en la consideración internacional de la cuestión de los secuestros.

Por su parte el observador de la Federación internacional de Trabajadores de Transporte (27) que fue invitado a hablar por el presidente en la segunda sesión plenaria de la Convención de la Haya, dijo que su Organización expresaba sinceramente, que entre otros puntos en el Convenio se pudiese en claro que «el secuestro debiera definirse como Delito internacional, y los Estados partes en el Convenio obligarse a castigarlo severamente, de preferencia con sentencias de prisión de larga duración».

Del interés despertado por la Convención sobre apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo, basta decir, que con independencia de las Naciones Unidas y el Consejo de Europa que estuvieron representados por observadores, enviaron también sus observadores los siguientes organismos internacionales (28).

- Asociación de Derecho Internacional.
- Asociación de Transporte Aéreo Internacional.
- Cámara de Comercio Internacional.
- Consejo Internacional de Asociaciones de Propietarios y Pilotos de aeronaves.
- Federación Aeronautique Internationale.

(26) Volumen anterior pág. 11.

(27) Volumen anterior pág. 12.

(28) Volumen II. Documentos. Editado por OACI, Montreal (Canadá), 1972, con motivo de la Conferencia internacional de derecho aéreo de La Haya de 1970, pág. 207.

- Federación Internacional de Asociaciones de Pilotos de Líneas Aéreas.
- Federación Internacional de Trabajadores del Transporte.
- Instituto de Transporte Aéreo.
- Organización Internacional de Policía Criminal.
- Unión Internacional de aseguradores de Aviación.

Creemos que con todo lo anteriormente expuesto, queda justificado el carácter internacional del delito de secuestro aéreo.

#### 4. JURISDICCION

En principio, toda ley penal, por el mero hecho de serlo, es de carácter territorial.

sobre Navegación Aérea establece, como ya establecía el artículo 1.º de la Convención para la Aviación Civil de Chicago de 7 de diciembre de 1944, que «El espacio aéreo situado sobre

Basándose en este criterio universalmente aceptado, la Ley el territorio español y su mar territorial está sujeto a la soberanía del Estado Español» (29).

Y en su artículo 7.º establece que «A las aeronaves extranjeras, mientras se encuentran en territorio de soberanía española, o en espacio aéreo a ellas sujeto, les serán aplicadas las disposiciones de esta Ley, así como las penales, de policía y seguridad pública vigentes en España.

Si las aeronaves volaran siempre sobre espacios atmosféricos situados encima de distintos Estados o territorios dependientes de los mismos, no habría problemas. Bastaba con proclamar con carácter general el principio territorial anteriormente expuesto, de que es competente para conocer de los delitos cometidos a bordo de aeronaves, el Estado sobre cuyo territorio se vuela.

Pero esto no es así, la aeronave, atraviesa espacios no sometidos a soberanía alguna, mares y atmósferas libres, sobre los que ninguna noción puede atribuirse jurisdicción. Si no

(29) Artículo primero.

hubiera forma en estos casos de atribuir la competencia a algún determinado Estado, quedarían los delitos impunes, contradiciendo de este modo los principios y fundamentos del derecho penal, que no pueden hacerse depender la licitud o ilicitud de un hecho, del lugar en que éste se comete.

Por ello este principio de la territorialidad de las leyes penales, sufre una excepción en favor de la navegación aérea, al establecer la jurisdicción en favor del Estado de matrícula de la aeronave, cuando la infracción no afecte al Estado sobrevolado o deba ejercer la jurisdicción para el cumplimiento de acuerdos multilaterales.

Por lo que respecta al caso concreto de secuestro de aeronaves, pueden estar interesados en ejercer la jurisdicción tanto el Estado de matrícula de la aeronave, como el Estado en cuyo territorio aterrice la misma con el delincuente todavía a bordo o donde sea hallado el presunto delincuente, y que desarrollaremos más detenidamente al examinar el Convenio de La Haya.

Examinado el problema que pudiera plantear el principio de la territorialidad de las leyes penales, réstanos por examinar la clase de órganos que serán los componentes para conocer de los delitos de secuestro de aeronaves ¿Corresponde este conocimiento a los tribunales ordinarios? ¿o por el contrario, les corresponde a los tribunales especiales?

En realidad es más bien una cuestión teórica que práctica, íntimamente relacionada sobre el carácter aeronáutico del delito de secuestro de aeronaves y que veíamos al estudiar la naturaleza jurídica de este delito.

En nuestra patria se halla resuelto este problema en favor de una jurisdicción penal aeronáutica especial, y que, conforme al artículo 76 de la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, se compone de los siguientes órganos: ... 4.º El Tribunal Aeronáutico.

Al Tribunal Aeronáutico le corresponde el conocer de las causas que se instruyan por los delitos comprendidos en esta Ley (entre ellos el de secuestro de aeronaves) no reservados al Consejo Supremo de Justicia Militar (30).

(30) Art. 79.

El Tribunal Aeronáutico se compondrá de un Presidente con categoría de General y cuatro vocales con la de General o Jefe. El Presidente y dos de los vocales deberán ser pilotos pertenecientes al Arma de Aviación en servicio activo; los otros dos vocales, uno de los cuales actuará como ponente, pertenecerán al Cuerpo Jurídico del Aire, con preferencia para quienes posean el diploma en Estudios Superiores de Derecho Internacional, Aéreo e Industrial.

Se designarán, además, dos vocales suplentes, pilotos pertenecientes al Arma de Aviación, en servicio activo, para el caso de que los titulares de esta clase no puedan actuar por causa legalmente justificada. Igualmente se designarán dos vocales suplentes del Cuerpo Jurídico del Aire, a los mismos efectos. Igual nombramiento se hará por el Ministerio del Aire para un período de cuatro años, pudiendo los designados serlo de nuevo al finalizar dicho período (31).

Las funciones del Ministerio público estarán a cargo de un General o Jefe del Cuerpo Jurídico del Aire. En el Consejo Supremo de Justicia Militar se encomendarán al Teniente Fiscal Togado del Aire (32).

Al ser la misión del Tribunal Aeronáutico dictar la sentencia, similar a la función desarrollada por los Consejos de Guerra, y el hecho de la condición militar de los miembros componentes del Tribunal, como el trámite posterior de aprobación de sentencia que tiene que serlo por la Autoridad judicial de la Región o Zona Aérea en cuya jurisdicción se hubiere cometido el delito. ¿Quiere ello decir que los delitos de la Ley Penal y Procesal y entre ellos el de secuestro aéreo entran de lleno en la jurisdicción militar? Nada más contrario a ello.

Existen varias razones que abogan para descartar esa impresión que a primera vista parece deducirse de que los delitos aeronáuticos son juzgados por una jurisdicción militar aérea.

En primer lugar, entre los órganos que ejercen esta jurisdicción —si bien su competencia queda limitada a las faltas— se encuentran los Comandantes de aeronaves y los Jefes de

(31) Art. 80.

(32) Art. 84.

aeropuerto. Los primeros, en las aeronaves comerciales son civiles, y los segundos, son también civiles, dependientes directamente de la Dirección General de Aviación Civil, aunque estas plazas se provean con miembros pertenecientes al Ejército del Aire, pero no en atención a su condición militar, sino a sus conocimientos aeronáuticos, necesarios para la misión a desarrollar. Muchos de los pilotos de las líneas comerciales españolas proceden del Ejército del Aire y sin embargo nadie duda de su condición civil.

Otro tanto puede decirse del Tribunal Aeronáutico. Sus componentes son Generales o Jefes del Ejército del Aire y además en actividad; pero sus nombramientos no se debe a sus respectivas condiciones y graduaciones militares, sino por los conocimientos que aportan, y como los más idóneos para enjuiciar unos hechos en que es, muy conveniente, los conocimientos aeronáuticos y jurídicos de esta especial rama jurídica.

Lo que ocurre es, que en materia aeronáutica, toda su competencia la atribuye la ley española al Departamento Administrativo del Aire, y entre ellas la penal plasmada en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea, al no estar tipificados los diversos delitos derivados de la navegación aérea en el ordenamiento jurídico penal común.

Al requerirse unos conocimientos especiales para poder enjuiciar estos tipos de delitos, es racional que el Departamento del Aire los haya elegido entre miembros de su propio Ejército capacitados para ello, que no recurrir a la formación de nuevos funcionarios, pero insistimos, no basándose en su condición militar, sino en sus respectivos conocimientos, aunándose los conocimientos técnicos derivados de la navegación aérea, entre pilotos, con los jurídicos de esta especial rama del derecho entre miembros del Cuerpo Jurídico del Aire.

Como decimos, no se trata de un Código Castrense, sino de un Código penal especial, de naturaleza común, como lo prueba el que tanto las causas de exención de la responsabilidad criminal, como las modificativas de la misma que se aplican, son las señaladas en el Código penal común y no las del Código de Justicia Militar; y a mayor abundamiento, las nor-

mas supletorias de sus disposiciones generales, son las del libro primero del código penal común.

En resumen, que no se trata de una jurisdicción militar aérea, y sí por el contrario de una jurisdicción penal aeronáutica especial.

## 5. EL DELINCUENTE

### A) LOS MOTIVOS

El móvil de este tipo de delito no es único. No es un móvil concreto y determinado el que mueve al delincuente para llevar a cabo el apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo. Su motivación es múltiple y responde a cuantos móviles puedan imaginarse. Por eso, el pretender hacer una clasificación de los móviles, es prácticamente imposible y no digamos nada si se pretende que esa clasificación tenga un carácter exhaustivo.

Sin pretender establecer una clasificación de los móviles que determinan a los delincuentes a llevar a cabo su actuación delictiva, y sí solamente para tratar de centrar los móviles más principales, exponemos a continuación la siguiente clasificación:

*Enfermedad mental.*—En este tipo de delincuentes es frecuente observar alguna anormalidad en sus facultades psíquicas.. Puede ir desde el simple inestable social hasta el demente peligroso. Desde el tímido e introvertido que necesita una buena dosis de alcohol para llevar a cabo su cometido hasta el verdadero peligroso social. Desde el que se considera un fracasado y busca una exaltación de su «yo» al demente criminal nato.

*Ideal político.*—Probablemente es el móvil más frecuente. Y suele presentar dos facetas: El que busca en el secuestro la forma de encontrar el derecho de asilo en otro país evadiéndose del propio con objeto de hurtarse al régimen político del mismo, como el que lo ejecuta para obtener una opinión pública contraria hacia dicho país, ó como medida coercitiva o de represalia contra el mismo.

*Fines particulares.*— La variedad es abundantísima. Desde el que desea trasladarse de un país a otro, sin abonar el pasaje correspondiente, simplemente porque desea visitar a sus familiares, o la nostalgia por la vuelta a su país de origen, hasta el que pretende huir de la acción de la justicia, buscando la impunidad a sus delitos.

*Fines económicos.*—Una gran variedad de los secuestros aéreos, han tenido por móvil el exigir ciertas cantidades de dinero. Aunque en definitiva se trata de un móvil particular, al igual que si es un móvil político, es tal el número de ellos que su finalidad era la económica, que aconsejan establecerlos con categoría independiente.

Muchas veces, este móvil principal, va acompañado de otros móviles, tales como el deseo de popularidad, el romanticismo con que han sido tratados en diversos medios de difusión, el vértigo de la altura, etc., etc., que favorecen su realización.

Pero probablemente la verdadera causa de esta proliferación de secuestros aéreo, habrá que buscarla en que en una gran cantidad de casos, los delincuentes consiguen la impunidad de sus actuaciones delictivas. Impunidad, que si en algunos casos no llega a ser absoluta, sí cuando menos relativa, al ser sancionados con penas benignas en relación con la trascendencia y punibilidad de sus actos. Porque lo que pretenderán los secuestradores, es arribar a determinados países —elegidos de antemano— en que no accederán a su extradición en favor del Estado de matrícula de la aeronave y los sancionarán con arreglo a sus leyes nacionales. Leyes nacionales, en que prescindiendo del carácter internacional de estos delitos, y encubriendo su enemistad política con el Estado de matrícula de la aeronave, les dan el carácter de delito político, concediéndoles su asilo político, o en el mejor de los casos los sancionarán con penas leves, lo que induce a los futuros secuestradores, al observar como no son sancionados con la debida gravedad sus actos de interferencia ilícita de aeronaves en vuelo, a mostrarse sujetos activos de esta delincuencia moderna.

**B) PELIGROSIDAD**

Es enorme el riesgo que corre, no solamente el pasaje y la tripulación, sino la carga en general y la propia aeronave, durante el tiempo que dura el vuelo bajo la amenaza del secuestrador. Son múltiples las causas de este riesgo, por lo que vamos a ceñirnos a las más importantes, haciendo referencia a los elementos personales y materiales que pueden verse afectados por el secuestro:

a) *Condiciones psíquicas y nerviosas del comandante de la aeronave.*

El comandante que pilota una aeronave bajo la amenaza del secuestrador, es más que probable que sus facultades psíquicas se hallen mermadas, y no en las óptimas condiciones que su alta responsabilidad lleva consigo. Hay que agregar a ello, que muchas veces, el secuestrador le obligará a volar un exceso de horas, superiores a las que las propias compañías establecen como máximo para sus propios pilotos, y con ello un cansancio que puede influir en su rendimiento. Se le obligará en muchas ocasiones, a despegar con el balizaje apagado, con su correspondiente riesgo, y a tomar tierra en aeropuertos con deficientes ayudas a la navegación aérea, pistas cortas para dicho tipo de aeronaves, y sin hallarse en posesión de las correspondientes cartas de aproximación y toma de tierra.

b) *Condiciones psíquicas y nerviosas del secuestrador.*

Por su parte el secuestrador mientras está llevando a cabo su amenaza, no cabe la menor duda que sus condiciones psíquicas y nerviosas se hallan afectadas, y cualquier error o nerviosismo motivado por cualquier gesto o ademán de la tripulación o del pasaje, puede desencadenar la catástrofe. Un simple disparo a bordo en las aeronaves presurizadas puede ocasionar la caída de la misma.

c) *Condiciones que afectan a la navegación en sí.*

Son numerosas pero vamos a señalar las más corrientes: Se puede obligar al vuelo en condiciones meteorológicas adversas; el navegar por rutas incontroladas con riesgo de colisión con otras aeronaves, e incluso la posibilidad de ataque y destrucción por Fuerzas Aéreas; agotamiento del combustible, el repostamiento del mismo con el pasaje a bordo (prohibido por los reglamentos nacionales); exceso de horas de vuelo de las aeronaves y tomas de tierra con ruedas cuyos neumáticos se hallen desgastados por un excesivo número de tomas de tierra e incluso reventadas.

En tales circunstancias, el secuestrador no sólo pone en peligro la vida de los pasajeros y tripulantes de la aeronave, la misma aeronave y su carga, sino que expresa un desprecio general por la comunidad internacional, ya que socava la confianza de los pueblos del mundo en la seguridad de la aviación. Es por eso, no sólo debido al propósito que persigue, sino al medio empleado para lograrlo, donde reside la peligrosidad del mismo.

## 6. LA LUCHA CONTRA ESTA MODALIDAD DELICTIVA

Ante la proliferación de esta forma delictiva, es natural que dentro de toda política criminal, ocupe lugar destacado aquellas medidas que tiendan a suprimir tales actos: medidas que pueden agruparse en dos grupos: Un primer grupo formado por las medidas preventivas y otro segundo formado por las medidas represivas.

Ello ha determinado a los tratadistas, a las propias compañías aéreas, a los propios Estados y muy particularmente a la Asociación Internacional de Transporte Aéreo (I.A.T.A.) a solicitar la creación de una serie de medidas, tendentes a eliminar o cuando menos disminuir los secuestros aéreos.

### A) MEDIDAS PREVENTIVAS.

Son muchas y muy variadas las propuestas; pero vamos a limitarnos a señalar las más importantes, pero sin entrar en

## EL SECUESTRO DE LAS NAVES

el fondo de ellas, pues con su sola enumeración, se aprecia en que consiste cada una de ellas. Señalemos pues las más importantes, estableciendo par asu agrupación, según tengan lugar antes del vuelo o durante el vuelo:

### a) *Previas al vuelo.*

- La obligatoriedad de todo pasajero, antes de subir a bordo, de pasar ante pantallas especiales que permitan detectar pistolas o cualquier otro tipo de armas.
- La obligatoriedad, igualmente de que todo paquete u objeto que lleve el pasajero consigo en el momento de subir al avión, de ser examinado por servicios especiales, a fin de evitar que en ellos puedan ocultar armas.
- Un riguroso control de equipajes, carga, correo y paquetes postales.
- La confección de listas de personas sospechosas de subversión, con intercambio de dichas listas por medio de la Interpol o a través de cualquier otro medio.
- La notificación a otros gobiernos de la emigración de personas subversivas.
- Aumentar la seguridad en los aeropuertos a fin de incluir, entre otras medidas, guardas armados en las aeronaves y alrededor de las mismas, mientras éstas sehallan estacionadas.:
- Aumento de la seguridad en los servicios de las aeronaves (por ejemplo: abastecedores, limpieza, etc.).

### b) *Durante el vuelo.*

- Aislar la tripulación del resto del pasaje, a cuyo fin la cabina de pilotos, deben ser construidas a prueba de balas y dotadas con sistemas de seguridad que imposibiliten el acceso a ellas de cualquier secuestrador, y de forma tal que sólo pueda abrirse la puerta de acceso, desde la propia cabina y previa consulta en clave con personal de la tripulación que preste sus servicios entre el pasaje.
- Equipar a la tripulación con aparatos que disparen ga-

ses que pongan fuera de combate, dardos de drogas, etcétera.

— Dotar a la tripulación de armas.

— Presencia de guardias armados a bordo.

La propia I.A.T.A. solicitaba de la O.A.C.I. previamente a la Convención sobre interferencia ilícita de aeronaves en vuelo, aprobada en La Haya, la adopción de medidas tendentes a eliminar los secuestros aéreos, y que agrupaba en estos tres grupos: *a*) medidas que podrían ser examinadas por los gobiernos (considerar el delito como «crimen internacional», firma y ratificación del Convenio de Tokio, ejecución de tratados internacionales de extradición, etc.) *b*) medidas a ser tomadas por las autoridades aeroportuarias y *c*) medidas tomadas por las líneas aéreas. Algunas de estos dos últimos grupos, las que consideramos más importantes, quedan recogidas en las líneas anteriores.

Sin embargo, dichas medidas no han surtido los efectos apetecidos o más bien no han sido establecidas.

A estos efectos, cabe destacar que, Norteamérica, tal vez por ser el país más afectado por los secuestros aéreos, en los 531 aeropuertos existentes, cuenta con la ayuda eficaz de la policía federal o de un grupo de fuerzas especiales, mientras termina la formación de este cuerpo especial para dotarlo a todos los aeropuertos. La administración americana en breve obligará a todo pasajero a pasar por pantallas especiales que detectan cualquier tipo de armas que lleven consigo; al examen de todo paquete que lleven consigo, como el dotar a las cabinas de mando de los aparatos de sistemas de seguridad. Incluso anuncia, con el fin de evitar nuevas cargas al Tesoro, el establecimiento de pequeñas tasas a abonar por los viajeros, para sufragar los gastos de este nuevo servicio.

## B) MEDIDAS REPRESIVAS

Somos de la opinión, que si bien las medidas preventivas poco contribuyen a eliminar los secuestros aéreos, las medidas represivas —con buena voluntad por parte de los Estados— terminarían con los secuestros aéreos en la misma medida que éstos han proliferado.

No hay que olvidar, que en un delito cualquiera, el delincuente juega con un tanto por ciento a su favor, de que el delito no será descubierto, y caso de serlo, de no existir pruebas materiales de que haya podido ser el autor del hecho. Extremos éstos que inducen en un tanto por ciento muy elevado a decidir la voluntad de los delincuentes a llevar a cabo su actuación delictiva.

Por el contrario, el autor de un delito de secuestro aéreo, sabe que su delito no puede pasar desapercibido, y que no escapará a la acción de la justicia, si no cuenta con la colaboración de un Estado, que proceda a darle asilo, sin acceder a la extradición, o en el peor de los casos para él, a castigarlo con penas benignas. Cuando el secuestrador sepa que tan pronto arribe a un país, será extraditado al de matrícula de aeronave, donde será juzgado severamente, se dejarán de cometer secuestros aéreos, o cuando menos su número descenderá tanto, que dejará de ser una verdadera preocupación para la navegación comercial.

Pero para el logro de que estas medidas sean eficaces, es necesario la colaboración internacional. Es necesario que todos los Estados, consideren al delito de secuestro aéreo, como un delito internacional, y que dejando de lado conceptos jurisdiccionales, cooperen eficazmente a la exterminación de esta nueva figura delictiva.

Que los distintos regímenes políticos de los Estados, no sirvan de pantalla para encubrir a los secuestradores. En cuanto a la forma o formas de poderse llevar a cabo este intento de terminación o cuando menos de su reducción al mínimo, lo dejamos para el capítulo siguiente al tratar de la búsqueda de una solución al problema.

## 7. EN BUSQUEDA DE UNA SOLUCION AL PROBLEMA

Al tratar de hallar una solución o soluciones al problema de los secuestros aéreos, y que tanto preocupa a la humanidad por su proliferación y la peligrosidad que los mismos representan, hay que intentar buscarlos, bien en el ámbito nacional y mejor aún en el ámbito internacional:

A) EN EL ÁMBITO NACIONAL

Hasta tanto no exista una represión eficaz contra los secuestros de aeronaves, cada Estado, independientemente, debe ir plasmando en su legislación penal —y mejor aún en Ley penal especial, dado el dinamismo de esta rama penal— la figura delictiva del secuestro de aeronaves, de una forma paralela (si no uniforme) con la figura delictiva que se establece en el artículo primero del Convenio de La Haya.

Por otra parte, la sanción a imponer por este tipo de delito, debe de ser grave, a fin de disuadir a todo futuro delincuente de la realización de todo acto contrario a la seguridad de la navegación aérea.

España puede presumir de ser la pionera (no conocemos legislación anterior) de haber plasmado en su ordenamiento jurídico-penal, concretamente en la Ley Penal y Procesal de la Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964, la figura del delito de secuestro de aeronaves. Esta figura viene recogida en el número primero del artículo 40, dentro del Capítulo III. «Delitos contra el derecho de gentes» al sancionar a «los que con violencia o intimidación se apoderen de la aeronave en que vuelen o faciliten a otros su apoderamiento».

Su penalidad es la de reclusión mayor. La cual será agravada con la de reclusión mayor a muerte, en los siguientes casos:

1. Si el medio violento empleado para la aprehensión de la aeronave, la pone en peligro de siniestro.
2. Si el delito fuese acompañado de homicidio, lesiones graves, violación o abusos deshonestos.
3. Si se hubiese dejado a alguna persona sin medios de salvarse.

Quizá por ser la pionera, o cuando menos de las primeras, en sancionar este delito, sería conveniente su revisión para adaptarla —sino totalmente, cuando menos paralelamente— a los requisitos y terminología empleados en el Convenio de La Haya.

Pero estas medidas nacionales, de ir plasmando en sus respectivos ordenamientos jurídico-penal, la figura del delito de

secuestro de aeronaves, incluso con una adaptación total a la figura del delito de secuestro de aeronaves, incluso con una adaptación total a la figura definida en La Haya, y más aún, el que todos los países vayan ratificando dicho Convenio serán pasos agigantados que se irán dando, pero mientras no exista una verdadera buena voluntad por parte de los Estados para el cumplimiento efectivo y muy concretamente a la concesión de la extradición, sin falsas pantallas políticas que en innumerables ocasiones se quiere dar a estos delitos, y hasta que no se busquen soluciones mejores, será un avanzar en el camino, pero éste no llegará a feliz término, en tanto y cuanto los Estados no colaboren de una manera decidida y sin trabas en el ámbito internacional, pues es precisamente en este ámbito donde hay que buscar la solución definitiva para acabar con estos delitos.

B) EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL: O.A.C.I., O.N.U.

Precisamente en este terreno, es donde primordialmente hay que intentar buscar la solución al problema.: No hay que olvidar que el delincuente de secuestro de aeronaves, dispone de una gran facilidad para trasladarse de un país a otro, y por tanto, si todos los países no colaboran decididamente para el logro de estos fines, poco será la logrado.

Para el logro de estos fines, es de destacar la ingente labor desarrollada por la O.A.C.I., plasmada en los Convenios celebrados bajo su patrocinio, y muy concretamente por lo referente al secuestro de aeronaves (apoderamiento ilícito de aeronaves) al celebrado en La Haya en 1970, que si bien en principio no fue suscrito por España, el Instrumento de Ratificación, fue depositado en Washington el día 30 de octubre de 1972, entrando en consecuencia, en vigor para España el día 29 de noviembre de 1972, de conformidad con lo establecido en el artículo 13 del referido convenio (33).

Finalmente, tenemos que destacar, que por mucha labor que realice la O.A.C.I., si no cuenta con medios coercitivos

(33) B. O. núm. 13 de fecha 15 de enero de 1973.

para el cumplimiento de las medidas tomadas, poco se logrará, y esta función corresponde a la Organización de las Naciones Unidas.

### 1. *Convenio de Tokio.*

El Convenio de Tokio se aplica a las infracciones a la ley penal, así como a todos los actos que pongan en peligro la seguridad de la aeronave o de las personas o bienes o el mantenimiento del buen orden y de la disciplina a bordo.

Sin embargo, el Convenio adoptado en Tokio no declara que un acto de apoderamiento ilícito y por la fuerza de una aeronave o del control de la misma constituya un delito. Esto se debe a que durante la redacción del Convenio se acordó expresamente que no se habrían de definir los delitos, ni siquiera los que indudablemente se rigen por las leyes nacionales, por ejemplo, el homicidio culpable.

Por lo que se refiere a los delitos cometidos a bordo de una aeronave, las leyes nacionales respectivas de los Estados en cuestión continúan siendo aplicables, pero el Convenio declara que el Estado de matrícula de la aeronave es competente para ejercitar la jurisdicción. Lo mismo sucede en el caso de actos que pongan en peligro la seguridad, aunque el Convenio declara que el comandante de la aeronave puede tomar ciertas medidas para impedir que se cometan y tomar medidas coercitivas contra las personas en cuestión, desembarcándola o entregándola a las autoridades competentes del Estado de aterrizaje. Las facultades y deberes del Estado de aterrizaje en tales ocasiones aparecen previstas en el Convenio.

El Convenio declara también que los delitos cometidos a bordo de las aeronaves de un Estado contratante se considerarán, a los fines de la extradición, como si se hubiesen cometido en el territorio de dicho Estado; pero se declara expresamente que «Ninguna disposición de este Convenio se interpretará en el sentido de crear una obligación de conceder la extradición».

## 2. *Convenio de La Haya.*

### 2.1. Reconocimiento de una jurisdicción extraterritorial.

El principio de la territorialidad de las leyes penales, sufre una excepción establecida en favor de la navegación aérea, al reconocerse una jurisdicción extraterritorial.

Ya existía un precedente a este reconocimiento en el artículo 3.º del Convenio de Tokio como acabamos de ver. Bien es verdad, que dicho Convenio sólo afecta a las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves, pero ya se disenta del criterio tradicional de la territorialidad de las leyes penales, al establecerse que «El Estado de matrícula de la aeronave será competente para conocer de las infracciones y actos cometidos a bordo» y que «Cada Estado contratante deberá tomar las medidas necesarias a fin de establecer su jurisdicción como Estado de matrícula sobre las infracciones cometidas a bordo de las aeronaves matriculadas en tal Estado».

En el Convenio de La Haya, se reconoce igualmente la jurisdicción extraterritorial al establecer en su artículo 4.º como Estados interesados en ejercer la jurisdicción, los siguientes:

a) El del Estado de matrícula de la aeronave, si el delito se acomete a bordo de una de sus aeronaves.

b) El del Estado en cuyo territorio aterrice la aeronave, si el presunto delincuente se halla todavía a bordo.

c) El del Estado en que el arrendatario tenga su oficina principal, y caso de no tener tal oficina, el de su residencia permanente, si el delito se comete a bordo de una aeronave dada en arrendamiento sin tripulación.

d) El del Estado en cuyo territorio se halle el presunto responsable si dicho Estado no concede la extradición.

### 2.2. Conflicto de jurisdicciones.

Según el Convenio, acabamos de ver que los países que tienen jurisdicción concurrente sobre el delito, pueden reducirse primordialmente a los siguientes:

a) El Estado de matrícula.

b) El Estado en que la aeronave aterrice con el presunto delincuente todavía a bordo.

Hay muchas probabilidades por tanto de que se originen disputas acerca de la jurisdicción a aplicar, por ejemplo, cuando el delincuente sea súbdito del Estado en que aterrice la aeronave y el delito sea cometido en una aeronave matrícula en otro Estado, o cuando la sanción por el delito en tal Estado en que la aeronave aterrice sea menos severa que en el Estado de matrícula de la misma.

Incluso este problema de conflicto de jurisdicciones, puede complicarse en aquellos casos en que la aeronave secuestrada haya hecho escala en diversos Estados antes de aterrizar en el territorio en el cual el presunto delincuente abandona la aeronave, ya que todos estos Estados, conforme al Convenio podrían solicitar el ejercicio de su jurisdicción. Ello determinó, que algún delegado en los debates previos al Convenio, se mostrasen partidarios de modificar la redacción propuesta en el sentido de que figurase en lugar de «con el presunto delincuente todavía a bordo», por la fórmula de «y allí es arrestado el presunto delincuente». Sin embargo la moción no prosperó y quedó redactada en su primitiva forma.

Con independencia de este inciso de poder estar interesado en ejercer la jurisdicción más de dos Estados, lo verdaderamente importante es poder determinar, si en el Convenio se resuelve el problema de conflicto de jurisdicciones. Y desgraciadamente tenemos que decir que no.

Si el Convenio intentase resolver el problema consistente en cuál de los Estados interesados en ejercer la jurisdicción, debía ejercerla, ello implicaría la determinación de un orden de prioridad de las competencias. Pese a que tuvo gran apoyo la opinión de que el Estado de aterrizaje sería la jurisdicción más práctica, ventajosa y efectiva, teniendo en cuenta el hecho de que dispondría del presunto delincuente y los testigos, se consideró que no debía preverse tal cosa en el Convenio y en consecuencia no se establece un orden de prioridad de competencias, si no que se limita a señalar los Estados que pueden y deben estar interesados en ejercer su jurisdicción.

Idéntico criterio se refleja en el artículo 7.º del Convenio que se limita a determinar que el Estado contratante en cuyo

territorio sea hallado el presunto delincuente, si no procede a la extradición del mismo, someterá el caso a sus autoridades competentes a efectos de enjuiciamiento, sin excepción alguna y con independencia de que el delito haya sido o no cometido en su territorio.

Con ello, no se da una preferencia jurisdiccional al Estado en cuyo territorio sea hallado el presunto delincuente, lo que se reconoce es el darle una facultad discrecional de proceder o no a su enjuiciamiento, bien accediendo a la extradición en favor del Estado de matrícula, bien enjuiciado los hechos por sus propios órganos jurisdiccionales.

En suma, que en el Convenio no se resuelve de una manera taxativa el conflicto jurisdiccional, ya que en definitiva lo que le interesa es que el delito no quede impune, siéndole indiferente corra a cargo su enjuiciamiento en favor del Estado de matrícula de la aeronave o del Estado en cuyo territorio aterrice.

En consecuencia, habrá que recurrir a los tratados de extradición de los Estados contratantes del Convenio para resolver el conflicto, pero únicamente en vía bilateral y no con carácter general.

### 2.3. Extradición.

El verdadero escollo —hasta ahora insuperado— que se ha presentado para eliminar el secuestro y demás delito de piratería aérea en general, ha sido el de la extradición.

Antes de examinar como quedó desarrollado el problema de la extradición en el Convenio, es conveniente ir examinando como fue gestándose a través de todos los elementos que intervinieron en el mismo. Empezando por el Subcomité Jurídico y a través de sus reuniones, se observa cómo acuerdan por unanimidad que la captura ilícita de aeronaves debe considerarse como un delito que entraña extradición. Este acuerdo queda plasmado en la primera parte del artículo 8.º del anteproyecto, al estipularse que el delito será considerado como delito extraditible en todo tratado de extradición celebrado o a celebrarse entre Estado contratantes. En su segundo número se establece que los Estados contratantes que no

subordinen la extradición a la existencia de un tratado o a la condición de reciprocidad, deberán reconocer el delito como caso de extradición entre ellos. Dedúcese de ello, que ya no es delito extraditable PER SE, sino con caracteres especiales, y ello como consecuencia de no querer obligar a ningún Estado a proceder a la extradición de las personas, si ello no está de acuerdo con su propia legislación. Obligar a la extradición per se, equivalía a declarar en el Convenio, que todo acto de secuestro aéreo, es un delito no político, y este extremo acreó las discrepancias entre los miembros del Subcomité, pues una mayoría estimó, que no se podía aceptar por principio que un caso de secuestro aéreo no pudiese nunca ser un acto de carácter político. Además, era tradicional para ciertos países el respeto al derecho de asilo, y tal derecho sería apropiado en ciertos casos de secuestro. Igualmente se tuvo en consideración que —en ciertos países— sería necesario cambiar la propia constitución ,mientras que en otros las leyes básicas nacionales tendrían que ser modificadas, si el Convenio incluyese una obligación internacional e incondicional de extraditar.

La conclusión general a que se llegó, fue que el Convenio debería prever que el secuestro constituía un delito extraditable, pero que la obligación de extraditar, estaba sujeta a excepciones. A título de ejemplo, podía ser cuando se tratase de un nacional o bien cuando el acto fuese substancialmente una forma de escapar a una persecución política y un medio de obtener asilo.

Finalmente, en el número 3.º de dicho artículo, se estipula que a los fines de la extradición, se considerará que el delito ha sido cometido, no solamente en el lugar en que ocurrió, sino también en el territorio del Estado de matrícula de la aeronave y en el del Estado donde haya aterrizado la aeronave y el presunto delincuente la haya abandonado. Es decir, aquellos Estados en que de conformidad con el artículo 4.º del mencionado anteproyecto, pueden ejercer jurisdicción.

El artículo 8.º del proyecto del Comité Jurídico viene expresado casi en idénticos términos, modificado algo en cuando a su redacción, pero no en cuanto a su contenido jurídico.

En el texto definitivo del Convenio y en su artículo 8.º se

añade un nuevo número, concretamente el segundo y corriendo los restantes números un lugar.

Este segundo número, para hacer referencia a aquellos casos en que si los Estados que subordinan la extradición a la existencia de un tratado, reciben una solicitud de extradición, pueden DISCRECIONALMENTE considerar el presente Convenio como la base jurídica para la extradición. La extradición por otra parte, estará sujeta a las demás condiciones exigidas por el derecho del Estado requerido. En definitiva, que siempre quedan facultados los Estados para proceder o no a la extradición. Entendida así la extradición. Si por razones —normalmente políticas— los secuestradores pueden escapar a la extradición. ¿Cabe preguntarse, cuál será el verdadero alcance de este Convenio?

Entendamos que el Convenio si quería ser eficaz, debería haber establecido una base independiente de extradición, de forma que la extradición no se encontrase restringida a los casos en que ya existiesen tratado de extradición en vigor, o por establecer, pero con las limitaciones establecidas de quedar facultado a su legislación nacional.

El Convenio debería haber contenido una disposición expresa en el sentido de que el «secuestro» no debería ser considerado como delito político a los fines de la extradición.

No siendo así, la obligación de extraditar, pudiera ser en la práctica ilusoria. Porque otorgar asilo a un secuestrador, constituye un acto de agresión en contra del Estado con jurisdicción sobre aeronaves secuestradas. Mientras no se reconozca con valentía esa verdad, mientras no se exija a los gobiernos transgresores, abstenerse de otorgar asilo a los secuestradores de aviones, la piratería aérea en general, continuará alterando la seguridad de todos los viajes aéreos, y la integridad de la estructura de orden de la que depende la comunidad internacional.

### 3. *Otros convenios.*

Con posterioridad al Convenio de La Haya de 1970, que constituye el quinto de los convenio celebrados bajo el patrocinio de la OACI, es de destacar, que su labor no queda detenida

ahí, sino que sigue su trabajo para la represión de los actos de terrorismo y piratería aérea en general, debiéndose hacer mención especial al Convenio para la represión de actos ilícitos contra la seguridad e la Aviación Civil de 23 de septiembre de 1971 firmado en Montreal.

### C) OTRA FACTIBLE SOLUCIÓN

Acabamos de ver, cómo el Convenio de La Haya no es una solución total al problema —sin género de dudas— al no haberse atrevido a consignar en su articulado, un precepto estableciendo un orden preferencial de jurisdicciones entre los distintos Estados llamados a ejercerla, ni a considerar al delito extraditable per se, muy probablemente ante el temor de que no fuese suscrito por suficiente número de Estados.

En este sentido, es muy probable que el acuerdo internacional más eficaz para eliminar el secuestro de aeronaves, consistiese en prever la devolución del secuestrador al Estado de Matrícula de la aeronave.

Hay quien, como Jiménez Asenjo (34) estima que para evitar el delito de secuestro de aeronaves, la primera medida que deben tomar los Estados, todos los Estados, es declararle fuera de los beneficios de la extradición y proclamarle delito de «Lesá humanidad» —un delito contra el Derecho de Gentes, como el genocidio o la piratería—, y entregar directamente al culpable, sin excusa ni pretexto, al Estado que los reclama, a falta de una jurisdicción internacional.

Esta jurisdicción internacional, es muy probable que constituya una buena medida para tratar de eliminar los delitos de secuestro de aeronaves; en este sentido, existe una tendencia actual a la creación de un Tribunal Internacional en el seno de las Naciones Unidas, para conocer de este tipo de delitos. Tribunal por otra parte con el suficiente poder judicial y ejecutivo para poder exigir el cumplimiento de sus fallos por encima de las soberanías nacionales.

(34) *Los secuestros aéreos*. Revista de Derecho judicial; núm. 47, julio-septiembre 71, pág. 65.

## EL SECUESTRO DE LAS NAVES

A primera vista con más visos de realidad, y que las dificultades que surgieron en el Convenio de La Haya, al no quererse ceder nada de sus jurisdicciones en favor de otros Estados; no transigir con la extradición, basadas casi siempre en ideologías políticas, encubiertas en el derecho de asilo, no surjan al ceder la competencia ante un Tribunal Internacional, porque sin la complicidad agresiva de los gobiernos asilantes, no se puede perpetrar fácilmente el delito de secuestro de aeronaves. Porque lo que alimenta a los secuestradores a cometer el delito, es la seguridad de quedar impune el mismo, y aún en muchos caos, la de recibir trato de héroes de la violencia, en vez de delincuentes de lesa humanidad.

## BIBLIOGRAFIA

- ALVAREZ ROLDÁN, Luis: *El secuestro de aeronaves*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 3, septiembre 1969.
- BRAVO NAVARRO, Martín: *Apoderamiento ilícito de aeronaves en vuelo*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 356, julio 1970.
- BRAVO NAVARRO, Martín: *Atentados contra la navegación aérea*, Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército de Tierra, Diploma de Derecho Internacional.
- ADMONT PETIT: *Piratas de alto vuelo*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 353, abril 1970.
- FOLCHI, Mario: *El secuestro de aeronaves*, Conferencia dictada en el Ministerio de Comunicaciones el día 2 de julio de 1970. Caracas-Venezuela.
- JIMÉNEZ ASENJO, Enrique: *Los secuestros aéreos*, Revista de Derecho Judicial, año XII; núm. 47, julio-septiembre 1971.
- LOSTIAU FERRÁN, Francisco: *La cooperación internacional y la navegación aérea*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 365, abril, 1971.
- MACIEL, Rogelio N.: *Desviación compulsiva de aeronaves en vuelo*, Revista Aéreo-espacio. Buenos Aires, abril 1969.
- MAPELLI LÓPEZ, Enrique: *Consideraciones sobre la extorsión de aeronaves*, Trabajo presentado al IV Congreso Penal y Penitenciario Ibero-Americano y Filipino. La Coruña (España), del 4 al 6 de septiembre de 1969.
- MAPELLI LÓPEZ, Enrique: *El apoderamiento ilícito de aeronaves*, Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 371, octubre 1971.
- OACI: Conferencia Internacional de Derecho Aéreo. La Haya, diciembre de 1970. Volumen I. Actas. 1972.
- OACI: Conferencia Internacional de Derecho Aéreo. La Haya, diciembre de 1970. Volumen II. Documentos. Montreal-Canadá 1972.
- OACI: Informes y Documentación del Subcomité Jurídico sobre el secuestro de aeronaves. Montreal-Canadá 1969.
- Revista de Aeronáutica y Astronáutica; núm. 353, abril de 1970.
- TAPIA SALINAS, Luis: *El apoderamiento ilícito de una aeronave*. Trabajo presentado en la Conferencia Internacional de Transporte Aéreo, Quito 1969.

## Notas

**MONTULL LAVILLA (Eduardo):** *El convenio amistoso extrajudicial*. Tesis doctoral leída en la Universidad de Zaragoza en el curso académico 1972-73. 651 págs. (No publicada.)

El doctor Montull Lavilla, catedrático de Derecho de la Escuela Universitaria de Estudios Empresariales de Zaragoza y Comandante Auditor Diplomado de la V Región Militar, dedica su tesis a un tema de enormes dificultades. El convenio amistoso extrajudicial carece en nuestro país de normas legales reguladoras, de bibliografía específica con carácter sistemático y congruente y, en torno al mismo, se cuestiona prácticamente todo: desde su *nomen iuris*, hasta su licitud, pasando por su naturaleza.

La tesis contempla el aspecto, que podríamos llamar «estático» de la institución: concepto, naturaleza y distinción con respecto a las figuras afines. Se divide en tres partes. La primera parte nos introduce en la problemática general; partiendo de una noción preliminar, trata de la discutida denominación (convenio amistoso extrajudicial, convenio concursal prejudicial), y de las ventajas e inconvenientes que reporta acudir a este expediente para evitar una declaración judicial de quiebra o una suspensión de pagos en su caso. En cuanto a la normativa aplicable por analogía, propone no sólo la aplicabilidad de las normas generales sobre contratos, sino también de las reglas concursales. La parte segunda está dedicada a delinear la naturaleza del instituto. El doctor Montull, apartándose de las configuraciones actuales predominantes (carácter bilateral o unilateral) lo clasifica en la categoría de los contratos plurilaterales, conteniendo una estipulación en favor de tercero, para explicar cual es la singular posición del deudor común, cuya intervención no perfecciona el contrato, sino que genera la irrevocabilidad de los actos de disposición hechos en su provecho (se apoya para esta construcción en el artículo 1.257, párrafo 2 del C. C. y el 222, párrafo 2 del C. de C.). Otro epígrafe de esta parte se consagra a la cuestión de la necesidad del consentimiento unánime de todos los

## NOTAS

acreedores, para que tenga lugar el convenio precitado; dando una solución brillante y satisfactoria al problema, negando esa pretendida necesidad de consentimiento unánime (su conclusión —que compartimos sin reservas— es que cabe perfectamente un convenio amistoso extrajudicial en el que sólo intervenga una parte de los acreedores, siempre que la modificación que consientan de las preexistentes relaciones obligatorias, haga cesar el estado de insolvencia del deudor común). Por último, destaca la materia referente a la licitud del convenio, donde huyendo de soluciones fáciles, argumenta de forma sólida y convincente, especialmente al enfrentar el convenio al deber de manifestarse en quiebra, para apoyar la posibilidad de acoger esta institución en nuestro ordenamiento concursal. Se refiere, luego, a la naturaleza civil o mercantil del convenio, punto bastante pacífico en la doctrina. La tercera parte se dedica a la delimitación del convenio con respecto a las figuras afines: condonación, transacción, novación y cesión de bienes. Al referirse a estas tres últimas figuras, el trabajo tiene una envidiable claridad expositiva, muy destacable si se tiene en cuenta lo complejo del asunto (en especial lo que hace relación a la cesión de bienes, que es uno de los posibles —y el más frecuente— contenidos que puede adoptar el convenio amistoso extrajudicial).

En cuanto a la bibliografía manejada sobresale el examen atento, en ocasiones exhaustivo (fundamentalmente en lo tocante a la naturaleza del convenio) de la doctrina italiana y también de la francesa, compensando así la insuficiencia doctrinal de que adolece el tema en la doctrina patria. También merece especial mención el buen manejo de las categorías e instituciones propias del Derecho Civil, a las que precisa aludir de un modo constante y reiterado (así en el examen de la condonación, novación, cesión de bienes, etc.), logrando, en muchos casos, meditadas y valiosas aportaciones (es un buen ejemplo de lo dicho la atención dedicada a los que llama negocios de destinación a la liquidación, en el punto referente a la cesión de bienes).

La única observación, que podríamos formularle, se refiere a limitar el empleo de este convenio a los casos de quiebra fortuita, descartándolo, cuando ésta sea culpable o fraudulenta, problemática sólo esbozada en la tesis. De todas formas no se nos escapa la complejidad de la materia. Tengamos en cuenta que la calificación de la quiebra es, lógicamente, posterior a la declaración de la misma, mientras que el convenio estudiado es anterior y tiene como fin excluirla. Luego la insolvencia no puede ser calificada, propiamente, de culpable o fraudulenta en

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

el momento del convenio, momento en el que deberíamos movernos por simples indicios de culpabilidad o fraudulencia. Lo cual explica y justifica que sólo tengamos un esbozo de ello en el texto.

Estamos ante un estudio enjundioso y reflexivo de una institución poco y mal conocida en España. Llena la tesis del profesor Montull un importante vacío en nuestro derecho concursal. La obra ha de resultar de interés no sólo para los estudiosos del Derecho, sino para los mismos abogados, por cuanto ofrece los perfiles de un instrumento de enorme utilidad práctica en el mundo de los negocios, que sustituye con ventaja a otros procedimientos tendentes a solucionar situaciones de des-arreglo económico.

Esperamos pronto la publicación, a ser posible íntegra de la tesis, o cuando menos de algunas partes fundamentales de la misma que creo dotadas de perfecta autonomía.

De otro lado, ya hemos advertido que contemplaba el aspecto «estático», queda abierta a posteriores estudios la «parte dinámica» o aplicación concreta de la figura. Cuestiones como: la «par conditio», los diferentes contenidos que puede adoptar este contrato plurilateral, la posición de los acreedores privilegiados, modo de tomar acuerdos, órganos que se pueden instituir, esperan un tratamiento riguroso. El profesor Montull, en varios puntos de la tesis, manifiesta su intención de continuar en su momento esta tarea. Nadie mejor que él, para llevarla a cabo. (José F. Blascos.)

## *Recensiones y Noticias de Libros*

**RODRÍGUEZ DEVESA (José María):** *Derecho Penal Español. Parte General*, 3.<sup>a</sup> edición, 877 páginas, y *Derecho Penal Español: Parte Especial*, 5.<sup>a</sup> edición, 1.220 páginas, ambos aparecidos en Madrid, en septiembre de 1973.

Desde que en 1963 el Catedrático de la Universidad Central y Coronel Auditor, José María Rodríguez Devesa, iniciara en Valladolid la publicación de su Parte Especial del Derecho Penal Español —de cuyos diversos fragmentos dio José Gigardo oportuna cuenta en esta REVISTA (números 16, 17 y 19), de la misma manera que de las tres primeras ediciones la dieron en otros lugares los destacados penalistas Manuel Cobo, Antonio Quintano y José Antón—, saludamos ahora, no sólo la aparición de la 5.<sup>a</sup> edición de esta Parte Especial —tan sólo ocho años después de concluirse la 1.<sup>a</sup> edición—, sino la 3.<sup>a</sup> de la Parte General, antes de los cuatro de editarse por primera vez.

El tiempo transcurrido y la difusión lograda hace inoportuna una detallada recensión de lo que es ya tan bien conocido. Si acaso habría que destacar como fundamentales novedades respecto de las ediciones anteriores: en la Parte General una exposición y breve comentario del Proyecto de Bases de 1972 para la reforma del Código Penal, y en la Especial, la incorporación al libro de los interesantes comentarios, antes dados en suplemento, respecto de las parciales reformas del Libro II hechas en 1971.

Pero es bien legítimo publicar aquí nuestra satisfacción porque, al reanudarse la vida de nuestra entrañable REVISTA, pueda registrarse el éxito de quien tan decisivamente contribuyó a fundarla y enriquecerla con sus valiosos aportes. Porque es bien claro que se trata de la obra conjunta y completa que ha adquirido la mayor difusión actual entre las de la especialidad, confirmando la certeza del rotundo aserto de que, «es el mejor manual dedicado a tal materia», salido de la más autorizada y antigua pluma de los penalistas españoles vivos, tras las sensibles y recientes bajas de Quintano Ripollés, Jiménez de Asúa y Juan del Rosal.

El excepcionalmente rápido ritmo de las ediciones —que al principio recalcábamos y que no ha impedido nunca un severo proceso de

actualización y mejora de cada una de ellas—, se relaciona con la utilización de la obra por la inmensa mayoría de los estudiantes de casi todas las Universidades españolas, cuya formación jurídica penal se ve así facilitada desde el principio por una completa y moderna exposición de la dogmática penal y un riguroso análisis de los delitos comprendidos en la legislación española —tanto la común como la especial, apenas atendidas en los Manuales o Tratados generales—; proporcionando además los últimos y más ajustados esclarecimientos jurisprudenciales, siempre a la luz de una crítica científica, expuesta con expresivo vigor y certero empalme con la compleja y cambiante realidad de la hora actual. (F. J. J.)

JIMÉNEZ DE ASÚA (Luis): *Tratado de Derecho Penal*. Tomo VII. *El delito y su exteriorización*. 1.022 páginas. Losada, S. A. Buenos Aires, 1970.

Con pocas fechas de diferencia, el año 1971 registró dos importantes hechos referentes al Profesor Jiménez de Asúa. Uno, la triste noticia de su muerte, acaecida en Buenos Aires, a los 82 años de edad, más de sesenta de los cuales fueron consagrados al cultivo del Derecho Penal.

Si con su labor de Cátedra (profesor en más de 30 Universidades) formó una legión de discípulos, a través de su ingente producción científica (registra cerca del millar de obras y trabajos menores publicados), logró ser el más fecundo y conocido de los penalistas españoles de todos los tiempos. No es ocasión ni lugar para otra ponderación de sus méritos científicos ni mucho menos para una traída a colación de sus deméritos de la misma clase, sino sólo para recordar al gran trabajador de esta disciplina, que en su inacabada enciclopedia ha condensado de manera impresionante el saber mundial de un siglo de dogmática penal.

Otro, es la llegada a España de su libro póstumo, el Tomo VII de su monumental Tratado, que ojalá hubiera podido ultimar con los anunciados, tomo VIII, «Unidad y pluralidad de acciones y delitos» y tomo IX, «El delincuente»; amén de otro posible volumen dedicado a «La pena y las medidas de seguridad». Es de este esperado volumen VII del que queremos dar cuenta aquí. Y decimos «esperado», no sólo porque han transcurrido ocho años desde la aparición del anterior sino porque abarca un contenido —condicionalidad objetiva, punibilidad y formas de aparición del delito— que apenas ocupó sitio en su anterior producción, con lo que había legítima curiosidad por conocer su aportación personal a esta materia.

Quizás las mil páginas añadidas últimamente a las más de seis mil que iban publicadas de su Tratado, no han aportado esenciales escla-

recimientos a la compleja temática abordada, en la que acoge con amplitud y elogio las contribuciones de los jóvenes Profesores españoles, Córdoba Roda, Cobo, Rodríguez Mourullo y Cerezo Mir, bien que por razones subjetivas antepuestas a las científicas, mantenga un deliberado silencio sobre la producción de los más cuajados e importantes, López-Rey y Rodríguez Devesa. Pero siempre destacará en una visión global del libro, el inigualable y utilísimo caudal informativo, de doctrina, textos legales y jurisprudencia, que no desmerece en esta ocasión última del excepcional nivel de los tomos anteriores.

*Condiciones objetivas o presupuestos de la punibilidad.*—De acuerdo con los autores alemanes que giran en torno a la construcción de la acción finalista, Asúa las estima características del delito y no del tipo (al que son «anexas»), pero el dolo no tiene por qué abarcarlas, pues son extrínsecas a la conducta o al hecho y están referidas a la actuación de la amenaza penal, pero sin influir en la cuatía de la pena.

Por supuesto que estima difieren de los requisitos procesales o de procedibilidad, concernientes al ejercicio de la acción penal, que como dice Maurach, no afectan a lo injusto ni a la punibilidad, sino a la persecución por parte de la justicia. Asúa también excluye de las condiciones objetivas de punibilidad, otras como: la declaración de divorcio y no consentimiento como condición para perseguir el adulterio, (pág. 60); la licencia para perseguir ciertas formas de delitos contra el honor, (calumnia e injuria), (pág. 62); la previa declaración de quiebra para perseguir a los quebrados, etc. Básicamente él sólo entiende como auténtica condición objetiva de punibilidad: la sentencia firme o sobreseimiento del imputado, en el delito de acusación o denuncia falsa del artículo 325 del Código penal español; pero tiene subido interés el estudio que hace de diversas circunstancias similares, demostrando no tienen el carácter comentado, sino que juega otro papel en el análisis técnico jurídico del delito.

*La punibilidad.*—Rotundamente afirma Jiménez de Asúa que la penalidad no es una mera consecuencia del delito sino una característica del mismo, como la acción antijurídica o la culpabilidad, separándose con ello de Maurach, Schöenken, Schröder, Welzel y otros modernos penalistas alemanes, sin olvidar a Felipe Crispigni, Bettiol, Soler, Gómez y Fontán. A la controversia sobre si la punibilidad es «carácter» o «consecuencia» del delito, dedica cerca de treinta interesantes páginas (110 a 137). Terminadas con la postura de la doctrina española que, con la excepción ilustre de Rodríguez Muñoz, sostiene —en base principal al artículo 1.º del Código penal español que, «estar sancionado con una pena es la característica que define el delito».

Con el estudio de las excusas absolutorias —nombre no usado en Alemania ni en Italia—, o mejor las «causas de exclusión de la pena», seguida de un Capítulo XXI (que es un utilísimo y bien elaborado resumen de todas las causas eximentes —o aspectos negativos del delito— al que se añade un estudio pormenorizado de algunas respon-

sabilidades y efectos secundarios no excluidos por los respectivos casos de exención de pena), termina Asúa el examen de los caracteres esenciales del delito, objeto del Título II del «Tratado», que le ha ocupado más de 3.700 páginas de las ediciones que consulto. Dedicó especial cuidado a las que pueden ser consideradas como tales eximentes en las legislaciones de España y Argentina, precediendo una laboriosa síntesis de la materia en los Códigos iberoamericanos. La «exceptio veritatis» en la calumnia y en la injuria, y el encubrimiento entre próximos parientes, es seguido de unas amplias consideraciones sobre el homicidio «in rebus Veneris» o uxoricidio por adulterio, para concluir con las que llama «excusas absolutorias posteriores», oriundas del arrepentimiento activo y de la reparación, rúbrica bajo la que, entre otras, comprende: el desistimiento en la tentativa (párrafo 3.º del Código penal español), el arrepentimiento en el delito frustrado (párrafo 2.º del mismo precepto), matrimonio con la ofendida en los delitos contra la honestidad (artículo 443, párrafo 3.º), y el desistimiento en la rebelión y sedición (artículo 226 del precitado Código español), donde vuelca innumerables consideraciones, ajenas a una obra científica y a un autor objetivo o simplemente sereno. Han quedado fuera de su enumeración otros casos que también hubiera criticado severamente —bastaba que por motivos técnicos—, como sobre todo el del párrafo segundo del artículo 296 del Código de Justicia Militar, al eximir de pena a los seis inculcados de voz sediciosa si se averigua el culpable, omitiendo también las exenciones de los no Oficiales o Suboficiales en los delitos de rebelión (artículo 294) y de cualquier participación en los de traición (artículo 268) y de espionaje (artículo 278); por no citar también los especiales alcances, meramente atenuatorios, del desistimiento de la sedición (artículo 297), tema que con carácter general tanto ha iluminado el Profesor Cobo.

Aborda en el Título III (*La exteriorización del delito*) la materia sobre la que el pensamiento de Asúa se conocía menos, y comprende en aquél, no sólo los grados de aparición del delito a través del iter criminis sino, simultáneamente, también cuanto afecta a la unidad y pluralidad de acciones o de delitos, ya que la resolución manifestada, la tentativa, consumación o el delito agotado, tanto cabe aparezcan como una unidad o como a través de varios hechos o actos penales conjuntos.

Comienza lamentando lo que ocurre con la máxima «el pensamiento no delinque». Nadie que gobierne se atreve a negarlo como principio, pero no hay gobernante que no se ingenie para coartar o penar aquellas expresiones del pensamiento que consideren nefastas al equipo que dirige la política al frente del Estado. «Se escriben —añade— constituciones sobremanera liberales y democráticas y luego se aguja el ingenio para hallar leyes o decretos que hagan tabla rasa de los derechos ampliamente concedidos en la parte dogmática de aquellas». Luego desarrolla el enorme material que ocupa las casi ochocientas páginas siguientes, con arreglo a esta distribución sistemática:

A) *Fase interna* (ideación, deliberación, resolución), en la que abundan consideraciones acordes con el pensamiento y estilo del autor, acerca de la incriminación de opiniones (especialmente las extremistas y comunistas) y la propaganda.

B) *Resoluciones manifestadas*, donde destaca el examen de la proposición y la conspiración en las leyes españolas, casi exclusivamente a base del trabajo del Profesor Rodríguez Mourullo, «La punición de los actos preparatorios», que alaba en forma desacostumbrada; la delimitación de la «*conspiracy*» anglosajona (que estuvo a punto de enturbiar más las sentencias del juicio de Nuremberg); y algunas puntualizaciones sobre conceptos de tan confusa contigüidad y equivalencia (de modo singular en nuestro Código castrense), como la provocación, excitación, incitación e inducción, que coloca por orden más lógico, recalcando que las dos primeras atienden al acto y no al resultado, como la inducción, que exige un ascenso del inducido y es ya una coautoría.

C) Fase externa en sentido estricto: a) *Actos preparatorios*, pasando una completísima revista a las posturas doctrinales sobre su punibilidad o impunidad y haciendo ver cómo el endurecimiento de los gobiernos hace proliferar casos de tipificación y castigo de tales actos preparatorios, de ordinario impunes, considerando no como acto sino como delito preparatorio la asociación ilícita. b) *Tentativa*. Antes de desarrollarla en particular, dedica un ilustrativo capítulo a la teoría general del delito imperfecto, deteniéndose especialmente en las teorías objetivas y subjetivas, con atención singular a la postura del finalismo a propósito de la tentativa, para concluir diciendo (pág. 453-454) que, «La tentativa y la frustración son grados del *iter criminis* que no llegan a la perfección del delito, por lo que puede decirse son delitos imperfectos, cuya antijuridicidad radica en el desvalor de la acción, de la que constituye un comienzo ejecutivo; su resultado —que gradúa la punibilidad— que constituye un peligro para el bien jurídico; y su culpabilidad, con el dolo de consumación, que por causas ajenas al agente no ha llegado a su resultado final». Más de cien páginas dedicará a la tentativa propiamente dicha, que define como «comienzo de ejecución de un delito determinado, que no se realiza conforme al «plan del autor» por interrupción accidental de los actos ejecutivos o frustración del mismo», deteniéndose especialmente en el elemento subjetivo en la tentativa y en el comienzo de la ejecución de un delito determinado, atendiendo al plan del autor.

Aunque dentro de la tentativa, considera que tienen cabida la tentativa desistida o desistimiento y el delito imposible «tentativa inidónea de la ciencia germánica», trata de éstos en separados capítulos posteriores y pasa en el IV, al c) *Delito frustrado*, donde recalca su criterio opuesto a su diferencia de la tentativa, con la consiguiente repercusión en cuanto a la penalización análoga o diferenciada, terminando con el examen de figuras delictivas en que, adelantando el momento

consumativo, se pena la tentativa de manera autónoma, a través del mecanismo de los vituperados «delitos de emprender».

*El delito imposible* es tratado en el capítulo VI junto con un apéndice sobre la llamada «carencia de tipo», de dudosa sustantividad y claridad, que suele sistematizarse como simple atipicidad (al hablar de los caracteres negativos del delito) o como tentativa inidónea, o bien llevándola a la teoría del error. Destaca en el trato del delito imposible la referencia a las posturas legislativas al respecto, con especial referencia a la española posterior a 1944 y las posibles contradicciones con su nueva definición entre el artículo 52 y la clásica de la tentativa recogida en el artículo 3.º refiriéndose finalmente, a las críticas de los penalistas españoles al artículo 411, párrafo 3.º que castiga como delito independiente, en base a una responsabilidad objetiva por el resultado, un delito imposible de aborto realizado sobre mujer no encinta, creyéndola embarazada o por emplear medios inadecuados para producir aquél. Otro aspecto cuidadoso y ampliamente tratado es el de las doctrinas sobre la punibilidad del delito imposible y el fundamento para sancionarlo.

Sumamente precisa es la distinción que hace entre *desistimiento* (tentativa abandonada) y el arrepentimiento cuando Jiménez de Asúa dice (pág. 791) que «se desiste en la tentativa *sensu stricto* o tentativa inacabada y se arrepiente el sujeto activo en la acabada o frustración». También aquí se aporta un completo repertorio de posturas explicativas de la impunidad en el desistimiento, entre las que parecen dominar las utilitarias, templadas por razones de Justicia, pero sin excluirse en algún caso opiniones contrarias a la impunidad del desistimiento, que en España ha de ser «propio y voluntario». Tan meritorio como infrecuente en el tratamiento que hace (págs. 842 a 846) del desistimiento de los partícipes y en la instigación.

Amén de un sumario trato del arrepentimiento y del delito consumado y el agotado, han de citarse especialmente de entre estas páginas finales del tomo, las correspondientes al capítulo VIII, donde al tratar de la tentativa en relación a determinados delitos, nos deja unas utilísimas puntualizaciones sobre la materia, indispensables para una correcta matización de difíciles y concretos casos, tan iluminados ahora para la aplicación a ellos de la dogmática expuesta.

Finaliza el volumen, «el día de la raza» de 1969, «esperando que los dos últimos tomos de este Tratado han de ver prontamente la luz». Pero se apagó —y es bien de lamentar— la vida del que iba a escribirlos, sin cumplirse el deseo expresado veinte años antes, al final del sentido Prólogo con que empezara esta monumental obra: «¡Ojalá tenga vida y fuerzas para contemplar a la conclusa!». (F. J. J.)

LÓPEZ-REY (Manuel): *Crime. An analytical Appraisal*. 278 páginas. Routledge and Kegan Paul Ltd. London, 1970.

Que la delincuencia es un problema de la sociedad y que por tanto, su tratamiento no debe ser llevado a cabo sólo como un quehacer profesional de la Justicia Penal sino como una función social efectuada por variados estamentos de aquella, es la tesis dominante en este libro, lamentablemente poco conocido en España, la patria de su autor.

Campea en la obra un análisis crudo de la realidad criminológica y de los obstáculos principalmente institucionales que se oponen en tantos países a la implantación de este nuevo enfoque de una «prevención del delito y tratamiento de los delincuentes», por usar el nombre de la Sección de las Naciones Unidas en la que el profesor LÓPEZ-REY trabajó sin desmayo durante veinte años; los doce últimos como Jefe de la misma y principal organizador de sus tres primeros Congresos. E infatigablemente a lo largo de los últimos cuarenta años, «diseminando Criminología» —como él gusta decir— por todo el mundo, en contacto directo con las instituciones penales y penitenciarias de más de sesenta países visitados, en dos de los cuales ha elaborado sendos Proyectos de Código Penal, ascendiendo a más de un centenar los trabajos publicados por este incansable e insigne Criminólogo y Profesor de Derecho Penal.

El capítulo I, acerca de la extensión de la delincuencia, está dominado por la preocupación de la discrepancia entre lo que oficialmente se registra como tal y la que realmente se produce. Las cifras negras de la criminalidad —tan extensas en todos los países, a cualquier nivel de desarrollo— impiden asentar sobre bases firmes las medidas que se tomen para reprimirla, y así, esa discrepancia entre la realidad, que pocos contemplan bien, y la apariencia, que basta para la mayoría, es el lema tomado de nuestro Baltasar GRACIÁN para encabezar, ya en la Introducción, el libro del que damos cuenta. La copiosa información estadística que proporciona sobre los más variados países, se torna más interesante al ofrecerla por grupos de delitos, especialmente los políticos (págs. 50-52), los cometidos al amparo de puestos oficiales (págs. 39-48), contra las leyes internacionales (págs. 48-50), la delincuencia organizada (págs. 35-39), etc. Por supuesto que, en estos tipos de infracciones las estadísticas devienen inútiles.

Sin duda es el capítulo II, «El delito como problema social», el que más interés y novedad encierra. Se parte de la base de que, el considerable fracaso de la política criminal clásica seguida por los gobiernos para evitar la creciente extensión y gravedad de la delincuencia y la aparición de nuevas formas de la misma instaladas en esfera difícilmente asequibles a ser combatidas por los métodos tradicionales, «muestran claramente el carácter sociopolítico del delito, como fenómeno individual o colectivo. Se trata de un problema político, que como tal debe ser encarado, debiendo ser utilizados los aportes científicos dentro

de los límites impuestos por consideraciones políticas, de entre las cuales es de primera importancia el respeto a los derechos humanos. Más adelante dirá que, «el delito y no el delincuente es el punto de partida y de llegada de la política criminal tanto como los de la criminología y la penología». Paralelamente dijo antes (*The All-Embracing Conception of Contemporary Criminology*, publicado en «Criminológica». *Journal of the American Society of Criminology*. Vol. V núm. 3 noviembre, 1967), por lo que respecta al delincuente, «el estudio del delincuente tiene que ser hecho a la luz de lo que el delito significa sociopolíticamente».

El interés del capítulo está en la exposición y discusión de las nuevas teorías explicativas de la criminalidad: el delito como un efecto de la desorganización social, de Sutherland; como un fenómeno patológico social, de Barbara Wootton; como conflicto cultural (Thorsten Sellin); como un producto de los cambios sociales; las explicaciones psicoanalíticas del delito; las biológicas (con cita, en calidad de pionero —1637—, del Dr. Esteban Pujasol, amén de una previa alusión a Juan Huarte de San Juan), deteniéndose en las ponderadas posturas de MEZGER y EXNER y aludiendo a los hallazgos genéticos, que explican por la presencia de una determinada proporción de cromosomas, ciertos disturbios psicofisiológicos de conducta, especialmente plasmados en violencias contra personas o cosas, así como también, refiriéndose a tratamientos hormonales de delincuentes encaminados a corregir sus anormales tendencias sexuales. Finalmente, explana diversas interpretaciones marxistas sobre las causas del delito y sus aplicaciones en algunos países socialistas, que examina con moderna información y crítica.

Lo más sobresaliente del capítulo III, titulado «La teoría de la delincuencia juvenil», es su entendimiento de que en la separación de su tratamiento respecto de la criminalidad adulta se ha exagerado, llegándose a fundamentar en la especialidad de una «cultura de adolescentes», de una «subcultura de la juventud», un diferente sistema de valores, que resulta demasiado ligado a su sorprendente condición de «mercado de consumidores». LÓPEZ-REY no se muestra propicio a ahondar mucho las diferencias con la delincuencia común, ni mucho menos a elevar los límites de edad para sacar fuera de los marcos normales el tratamiento de la responsabilidad penal de los jóvenes. «Que los muchachos deben ser salvados es bastante correcto, con tal que los adultos sean salvados de las atrocidades de los muchachos; y que estos «constituyen el capital de la sociedad del futuro», es también verdad, aunque es obvio, que también deben ser consideradas otras formas de trabajo y de uso del capital representadas por adultos y personas de edad.

La expansión y distribución de la delincuencia es examinada en el capítulo IV en cuanto causas exógenas de la criminalidad, como circunstancias que de una manera u otra influyen en su producción:

crecimiento de la población, creciente inseguridad, corrupción (especialmente en medios oficiales) sexo, bandas, migración, aglomeraciones urbanas, etc.

Destaca de entre las consideraciones finales formuladas por el profesor LÓPEZ-REY la noticia de que, según sus propias investigaciones, el promedio de la población penal, que diariamente está recluida en las prisiones de todos los países del mundo, oscila entre millón y medio o dos millones de personas, no menos de 1.300.000, de los cuales lo están por menos de 6 meses y en la mayor parte de los casos por menos de 3. Obviamente, no cabe pensar que la mayor parte de la población penal pueda ser objeto de un serio tratamiento de rehabilitación; confirmando, no ya el descrédito de las penas cortas de privación de la libertad, sino poniendo en cuestión la utilidad de todo el sistema, máxime si en la realidad, muy pocos países tienen sus instituciones penitenciarias equipadas al menos con arreglo a las Reglas Mínimas dadas al efecto por las Naciones Unidas. (F. J. J.)

**VERRI (Pietro):** *Generale di Corpo d'Armata. Los conflictos armados, los combatientes y el derecho humanitario.* Núm. 3 (mayo-junio, 1973, 101 págs.).

*Rassegna dell'Arma dei Carabinieri.* Roma.

Esta revista publica en el núm. 1. (enero-febrero) de 1973, un estudio titulado «La enseñanza del derecho humanitario en los institutos armados» que nuestra revista se honra en publicar en el presente número, estudio debido al General del Arma dei Carabinieri, Pietro Verri, figura ilustre del derecho militar italiano y publicista insigne de temas jurídicos internacionales, autor igualmente de un estudio de relevante interés sobre «Los conflictos armados, los combatientes y el derecho humanitario» que con el carácter de suplemento ha sido publicado con el núm. 3 de la citada revista (mayo-junio) de 1973, trabajo que ofrece indudable interés por cuanto aborda el espinoso problema de la aplicabilidad de las normas internacionales del derecho humanitario a los conflictos armados de orden interno y que por tanto están desprovistos de carácter internacional, situación muy especial por la dificultad de definir legalmente su verdadero estatuto y porque su admisión implicaría un reconocimiento de combatientes legítimos a favor de personas desprovistas de tal condición de acuerdo con las normas imperantes que regulan el derecho de la guerra, admisión que atentaría al principio de soberanía nacional tan celosamente defendido por los Estados. Esta actitud que niega la extensión de las normas humanitarias a todo conflicto que no tenga carácter internacional es combatida por aquéllos que afirman que el respeto a la persona humana «per se» es suficiente para

establecer esa protección jurídica con independencia de cualquier consideración ulterior. La posición intermedia ha prevalecido, y un acuerdo en tal sentido fue alcanzado con la redacción del artículo 3 común a las cuatro Convenciones de Ginebra, cuya redacción es la siguiente:

«En caso de conflicto armado de carácter no internacional surgido sobre el territorio de uno de las altas partes contratantes, cada una de las partes en conflicto deberá aplicar al menos las disposiciones siguientes:

1.º Las personas que no participan directamente en las hostilidades (comprendidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan de puesto las armas y los que han sido puestos fuera de combate por cualquier causa) serán en todas las circunstancias tratadas con humanidad, sin distinción alguna desfavorable basada en la raza, color, religión, creencia, sexo, nacimiento o fortuna, o todo criterio análogo». Consiguientemente están prohibidos en todo tiempo y lugar, con relación a las personas antes señaladas.

a) Los atentados a la vida e integridad corporal, particularmente el homicidio en cualquier forma, mutilaciones, tratos crueles, torturas o suplicios;

b) Captura de rehenes;

c) Atentados a la dignidad de las personas, tratos humillantes o degradantes;

d) Condenas dictadas y ejecuciones efectuadas sin juicio previo; todo juicio debe ser verificado por un tribunal regularmente constituido, con las garantías judiciales reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados.

2.º Los heridos y enfermos serán atendidos y cuidados. Un organismo imparcial como el Comité Internacional de la Cruz Roja, podrá ofrecer sus servicios a las partes en conflicto».

La dificultad básica de la cuestión está en determinar cuando puede hablarse de un «conflicto armado de naturaleza interna» porque naturalmente escapan a este concepto cualquier acción violenta emprendida por personas o grupos contra el orden establecido legalmente, estas acciones caen dentro de la esfera común del derecho penal interno. El concepto de conflicto armado debe referirse por tanto sólo al caso de guerra civil o insurrección armada en que las partes en conflicto provistas de armas bélicas y siguiendo instrucciones previas se comportan abiertamente como beligerantes, actúan disciplinadas jerárquicamente y por su fuerza y número llegan a constituir una amenaza para el orden establecido.

Como se ve la definición no es muy precisa y puede dar lugar a situaciones difíciles de comprender, por no existir una línea de demarcación precisa en la variedad de situaciones que pueden presentarse, pero resulta no obstante pese a la indeterminación apuntada que la protección en la variedad de situaciones que pueden presentarse, pero supone una obligación mínima que debe respetarse por todo Estado, sin que por otra parte dicha aplicación confiera a los insurgentes reco-

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

nocimiento legal alguno, ni menoscabe la libertad de acción de aquéllos que actúan en defensa del Estado para hacerlo en la forma que las propias leyes le autorizan para imponer su autoridad (F. M. S.).

*Neue Zeitschrift für Wehrrecht.* Berlín.

#### *Cuaderno 1 de 1969*

Karl-Günther von Hase: *Aktuelle Probleme der Rechtsplege* (Problemas actuales de la administración de justicia).

Recoge el discurso pronunciado en Munich, el 23 de agosto de 1968 por el Ministro de Defensa VON HASE, con motivo de la toma de posesión del nuevo Procurador General de las Fuerzas Armadas. En este trabajo, tras hacer notar que por primera vez se ha dotado a la «*Bundeswehr*» de jueces independientes, con competencia disciplinar y administrativa, se aborda el análisis de las disposiciones aplicables en lo que se refiere a recursos de los militares, para terminar con unos comentarios acerca de los objetores de conciencia.

Johannes Illguth: *Die Personalakten des Soldaten* (La documentación personal de los militares).

#### *Cuaderno 2 de 1969*

Doctor Dieter Fleck: *Die Völkerrechtliche Bedeutung Deutscher Gewaltverzichtserklärungen* (La significación a la luz del Derecho Internacional de la declaración alemana de renuncia a la violencia).

Analiza desde el punto de vista iusinternacionalista el valor de las negociaciones para llegar a un acuerdo sobre la renuncia a la violencia entre la Alemania Federal y los países integrantes del Pacto de Varsovia. El autor, en relación con los esfuerzos desplegados por el Gobierno alemán en este sentido se hace —y trata de contestar cumplidamente en su trabajo— las siguientes preguntas: ¿Qué valor jurídico tiene tal renuncia? ¿Hasta qué punto podrán mejorar la seguridad jurídica de Alemania, las declaraciones de renuncia a la violencia de los países del Pacto de Varsovia? ¿Qué consideraciones de Derecho Internacional deberán hacerse en relación con las renunciaciones de una y otra parte?

#### *Cuaderno 3 de 1969*

Doctor Klaus Dau: *Zur Neuordnung des Wehrdisziplinarrechts* (La Reforma del Derecho Disciplinario alemán).

Contiene un análisis del Proyecto de Ley, sometido en aquél momento al Parlamento federal, que implicaba modificaciones sustanciales de la Ley de 1967, tanto en lo que se refiere a terminología, aplica-

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

ción y ejecución de medidas disciplinarias, como a competencia, procedimiento y reorganización de los Tribunales militares.

##### *Cuaderno 4 de 1969*

Doctor Hans-Heinrich Jescheck: *Der Strafrechtliche Schutz der Bundeswehr Gegen Zersetzung* (La defensa jurídico-penal militar de la «Bundeswehr» contra la desmoralización).

El trabajo —que se completa en el mismo fascículo con unas reflexiones del Dr. Schweck sobre el tema— estudia a la luz del derecho alemán, el tratamiento penal que deba darse a la propaganda para la negativa a la prestación del servicio militar, la desmoralización directamente política, el sabotaje y el deterioro de los medios de guerra.

##### *Cuaderno 5 de 1969*

Doctor Krüger-Sprengel: *Rechtsfragen der Militärischen Nutzung des Meeresboden* (Cuestiones jurídicas respecto a la utilización a fines militares de los fondos marinos).

Partiendo del examen de la naturaleza jurídica de los fondos marinos, así como de las aguas superiores, como también de la plataforma continental y zona contigua a las aguas territoriales, se exponen en el trabajo los programas actuales y futuros relativos a la utilización militar de aquellos fondos. El autor reserva el monopolio a los Estados ribereños, de cualquier tipo de explotación, cuando se trate de aguas territoriales, mares interiores o plataforma continental y, en todo caso, una zona de defensa, lo cual implica el problema de su determinación.

##### *Cuaderno 6 de 1969*

Doctor Gunther Moritz: *Probleme des Völkerrechtlichen Verbots Von-B-Und C-Waffen* (Problemas de Derecho Internacional respecto a la prohibición de armas B y C —armas biológicas y químicas—).

El autor (sobre cuyo tema vuelve en el cuaderno núm. 4 de esta revista, año 1970), con la finalidad de contribuir a una eficaz proscripción de las mencionadas armas, interviene en la discusión —que envuelve un puro problema de Derecho Internacional— respecto a los medios políticos y militares más eficaces para alcanzar tal objetivo, sobre la base —tan frecuentemente denegada— de su esencial dependencia y conexión con la amenaza de guerra atómica. El Dr. Moritz termina este estudio exponiendo los últimos intentos para conseguir una regulación internacional de la materia.

##### *Cuaderno 2 de 1970*

Doctor Günther Moritz: *Die Begriffe «Krieg» und «Bewaffneter» Konflikt in der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland* (La idea

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

de guerra y de conflicto armado en la legislación de la República Federal alemana).

Después de analizar el contenido de los términos «guerra» y «conflicto armado» en el Derecho Internacional, el Dr. Moritz se lamenta de que, al margen de los Acuerdos internacionales ratificados por Alemania, no hayan sido incorporados en su legislación interna, y que los dispositivos de defensa contra ataques extranjeros, contemplados desde ese punto de vista legal, se amparan exclusivamente en las expresiones «*spannungsfall*» (supuesto de tensión) o «*verteidigungsbereitschaft*» (prevención defensiva), recogidos en la Constitución, expresiones, que, aunque de hecho están relacionadas con los términos «guerra» y el carácter internacional del «conflicto armado», no pueden concordar, desde el punto de vista jurídico, ni objetiva, ni circunstancialmente con la interpretación que se da a esos términos en el Derecho Internacional, lo que puede dar lugar en consecuencia, a falta de claridad e inseguridades en la aplicación de las correspondientes normas del derecho internacional de guerra.

### Cuaderno 3 de 1970

Christoph Lammich: *Der Präventivbefehl* (El mandato preventivo).

El autor, al replicar al Dr. Busch (que en esta Revista —núm. 2-59— al igual que antes otros juristas estudiaron este problema) sobre la legitimidad de la orden dada a un militar, para evitar la comisión por éste de una falta durante el tiempo libre de servicio, estima que cuando el mandato del superior no cumpla un fin relacionado con el servicio, es ilegítimo y no vincula al subordinado.

### Cuaderno 5 de 1970

Hans-Günther Schwenk: *Gedanken Einer Strafvollzugsreform in der Bundeswehr* (Reflexiones sobre una completa reforma penal en la «Bundeswehr»).

Sobre la base de una nueva mentalidad que el autor postula para que la pena sirva tanto de adecuado castigo y remedio terapéutico y educativo para el corregido, como de control militar y social, se examina la legislación penal alemana y se ofrecen sugerencias para su reforma, en particular sobre los siguientes puntos: 1.º cumplimiento uniforme de sanciones; 2.º participación en el servicio del corregido; 3.º el encargado de la ejecución, y 4.º reglamentación.

### Cuaderno 1 de 1971

Dr. Friedhelm Krüger-Sprengen: *Völkerrechtliche pflichten und rechte für kriegsschiffe im frieden* (Obligaciones y derechos de los barcos de guerra en tiempo de paz).

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

El estudio se centra sobre el estatuto del barco de guerra ante el Derecho Internacional, en la situación normal de paz, es decir, al margen de los conflictos armados, en cuyo supuesto se aplican disposiciones internacionales específicas del derecho de la guerra (v. gr.: derecho de presa de barcos mercantes). El autor, tras exponer las normas tanto escritas (entre las cuales Krüger destaca el Acuerdo de Ginebra sobre el alta mar de 29 de abril de 1958), como consuetudinarias, que componen el estatuto general del barco de guerra en tiempo de paz, entra en el análisis de los problemas a que puede dar lugar su actividad en alta mar (maniobras navales militares, defensa y protección de los cables conforme al Acuerdo de 1884, medidas contra la trata de esclavos, piratería, vigilancia sobre actividades pesqueras, fondos marinos) terminando por hacer algunas consideraciones respecto a las futuras reglamentaciones sobre estas cuestiones, en las cuales influirán sin duda alguna, los Acuerdos que se alcancen en la anunciada conferencia del mar.

### *Cuaderno 3 de 1971*

Dr. Günther Moritz: *Zum Stand der Diskussion über das völkerrechtliche Verbot von B- und C-Waffen* (Estado de la discusión sobre la prohibición de Derecho Internacional de las Armas B y C, biológicas y químicas).

Nuevamente MORITZ vuelve sobre el tema (véanse sus trabajos recogidos en los cuadernos 6-69 y 4-70 de esta misma Revista, citados anteriormente), puesto que a juicio del propio autor, se trata de una cuestión de permanente actualidad, por ser consideradas las armas biológicas y químicas, armas de destrucción masiva «cuya proscripción y eliminación es un objetivo que las Naciones Unidas se han propuesto alcanzar desde el fin de la segunda guerra mundial».

### *Cuaderno 4 de 1971*

Dr. Jürgen Schreiber: *Der teilweise unverbindliche Befehl* (La orden parcialmente no vinculante).

El autor contempla el supuesto de que con ocasión del cumplimiento de una orden lícita, se requiera al inferior un servicio suplementario y personal en favor del superior, y partiendo del principio recogido en la legislación militar alemana, según el cual la camaradería constituye un elemento de cohesión de la «Bundeswehr», la negativa a cumplir tal servicio, aunque no constituya una falta penal o disciplinaria, va contra aquél principio, especialmente si la tarea ajena al servicio encomendada no supone esfuerzo alguno.

### *Cuaderno 5 de 1971*

Dr. Krügel Sprengel: *Kriegslist und perfidieverbot* (La astucia de guerra y la prohibición de la perfidia).

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Las reglas del Derecho Internacional de Guerra, cumplen una doble función. Por una parte obligan a los legítimos órganos estatales a tomar las debidas precauciones con las cuales se satisfacen las exigencias del Derecho. Por otra, la personal obligación de cada soldado de observar aquellas reglas. Pues bien: la muerte alevosa, el abuso, la astucia y la perfidia son hechos o medios bélicos actualmente proscritos por el Derecho Internacional, aunque no siempre lo fueran, como señala KRÜGEL al hacer una exposición del desarrollo histórico de la perfidia. Tras estudiar el Derecho Internacional vigente (Ordenanzas de La Haya de 1907) y las propuestas del Comité de la Cruz Roja en sus reuniones en Ginebra del 24 de mayo al 11 de junio de 1971, el autor considera urgente clarificar los derechos y deberes de los combatientes respecto a esta cuestión, máxime porque los modernísimos medios de lucha que proporciona la técnica de nuestros días, hacen necesario actualizar las reglas vigentes o crear otras nuevas.

Volker Fleig: *Die einschränkung der meinungsfreiheit des soldaten* (La restricción de la libertad de pensamiento de los militares).

Estudio, en relación con la legislación alemana de las limitaciones que se imponen a los militares, en las libertades reconocidas por la constitución sobre emisión de pensamiento, distinguiendo si la declaración se produce durante o fuera del servicio y se trata o no de una cuestión política, exigiendo, en todo caso su enjuiciamiento, la debida ponderación de las circunstancias concurrentes.

### *Cuaderno 1 de 1972*

Dr. Dieter Fleck: *Die neubestätigung und weiterentwicklung des humanitären völkerrechts in bewafneten konflikten* (Confirmación y desenvolvimiento del Derecho internacional humanitario en los conflictos armados).

Se trata de un detallado examen del Derecho internacional humanitario actualmente vigente (acuerdos de La Haya de 1899 y 1907, Protocolo de Ginebra de 1925 para la prohibición del uso de gases asfixiantes y medios bacteriológicos, el Convenio de 1954 para la defensa de los bienes culturales y los cuatro Acuerdos de Ginebra de 1949); FLECK señala los últimos esfuerzos de la O.N.U. y en especial de la Cruz Roja (uno de cuyos estudios, ha sido ya objeto de discusión por expertos gubernamentales de 41 países, durante los meses de mayo y junio en 1971) para completar la regulación o regular «ex novo» cuestiones tan importantes como la protección del personal civil herido o enfermo, la protección de transportes sanitarios y la de periodistas en misiones peligrosas.

### *Cuaderno 2 de 1972*

Herman Giessen: *Das koalitionsrecht des soldaten und seine schranken nach dem soldatengesetz* (Derecho de asociación y sus límites de los militares ante la ley marcial).

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Sobre la base de la circular de 28 de septiembre de 1971 del Ministerio de Defensa, que contiene nuevas normas sobre la libertad de expresión y discusión en el seno del Ejército de la República Federal alemana, el autor examina especialmente cuáles son los límites, que por razones de lealtad con el Ejército y deber de camaradería, se imponen a los militares en los derechos de aquella naturaleza reconocidos por la Constitución.

El tema es también abordado en forma de réplica al anterior por ERNST WIRMER, en el mismo cuaderno de la Revista que reseñamos.

### *Cuaderno 6 de 1972*

Dr. Karl-Heinz Böhringer: *Der notwendige abschied von der theorie der freiheit der meere* (El caso de la teoría sobre la libertad de los mares).

Tras un breve examen histórico del principio sobre la libertad de los mares, que en estos momentos se concreta fundamentalmente en la libertad de tráfico y pesca (el autor deja fuera de su examen los cables submarinos y la libertad de sobrevuelo) el Dr. Böhringer expone los motivos por los cuales han resultado infructuosos los esfuerzos para solucionar a nivel internacional, los problemas que presenta en la época actual, conseguir una regulación apta para ser aceptada universalmente, terminando su trabajo en el sentido de proponer una extensión de los derechos de soberanía nacionales, sobre la base de zonas jurisdiccionales en las que cada país ejercería sus derechos, y cuya determinación debería encomendarse a un grupo de expertos.

### *Cuaderno 1 de 1973*

H. J. Hofer: *Die streitkräfte als ersuchende und ersuchte behörde im recht der amtshilfe* (Las Fuerzas Armadas como sujeto activo y pasivo de servicios de ayuda oficial).

Durante la existencia de la «Bundeswher» han aumentado constantemente las peticiones oficiales de ayuda entre la Administración civil y las Unidades de las Fuerzas Armadas. La decisión a adoptar en cada caso, por los Comandantes en Jefe o Directores de Departamento de la Administración, así como la determinación del contenido, alcance y modalidades de dichas prestaciones, ofrece no pocas dificultades por la especial condición de las Fuerzas Armadas y la falta de una común regulación de la materia.

El trabajo de HOFER supone un intento de aclarar la problemática esencial de tales ayudas en lo que a la «Bundeswher» se refiere.

### *Cuaderno 2 de 1973*

Klaus P. Fiedler: *Zur verbrechensprophylaxe des «dienstziehungs*

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

*delikte*» (Para una profilaxis penal en los delitos de abandono de servicio).

Entre los delitos específicamente militares, figuran hoy en primer lugar, por su frecuencia, los de ausencia arbitraria del servicio y la desertión. De ello es índice la siguiente estadística: en 1970 fueron 7.621 los soldados que abandonaron injustificadamente el servicio; en 1971, eran ya casi 9.800, para alcanzar en 1972 un número aproximado de 12.000.

El autor tras remontarse a las Pandectas para distinguir la «*emansio*» (ausencia por poco tiempo, injustificada, del cuartel que termina con el regreso voluntario del fugado) de la «*desertio*» (abandono por largo tiempo del cuartel al que vuelve, una vez reducido, el desertor), estudia los medios para prevenir y evitar estos delitos terminando por afirmar que sólo cuando el Ejército y la sociedad sean conscientes de su motivación y diversas formas de aparición, se podrá contrarrestar eficazmente este fenómeno patológico que se viene produciendo en progresión en la República Federal alemana.

#### *Cuaderno 4 de 1973*

Dr. Hans-Heinrich Jescheck: *Vollzug von freiheitsstrafen an soldaten - bemühen um eine individuelle gestaltung der behandlung* (Ejecución de las penas privativas de libertad impuestas a los militares: esfuerzos para una individualización de su tratamiento).

El trabajo reproduce la ponencia que, bajo el mismo título, presentó el autor en el VI Congreso Internacional de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, que tuvo lugar en La Haya (22 al 25 de mayo de 1973).

La Ponencia se basa en la respuesta que catorce países (entre ellos España) dieron al siguiente cuestionario:

¿Cuáles son las penas privativas de libertad, impuestas en los respectivos países a los militares? ¿Qué autoridades están facultadas para pronunciarlas y asegurar su ejecución? ¿De qué forma se ejecutan y, especialmente, en qué establecimientos? Reformas y proyectos existentes en este sentido.

Un interesante trabajo de derecho comparado, que viene a enriquecer los valiosos estudios con que cuenta ya la Sociedad organizadora del Congreso.

#### *Cuaderno 5 de 1973*

Dr. Dieter Fleck: *Represalien in bewaffneten konflikten* (Las represalias en los conflictos armados).

El trabajo del Dr. Fleck es una recensión amplia del libro «*Belligerent Reprisals*», obra del jurista holandés FRITS KALSHOVEN (que obtuvo el premio Ciardi-1973 de la Sociedad Internacional de Derecho

Penal Militar y Derecho de la Guerra) en el que tras analizar los fundamentos generales del derecho de represalias en los conflictos internacionales, se hace una exposición de su desarrollo histórico, desde la Conferencia de Bruselas de 1874 y Conferencias de La Haya de 1899 y 1907, hasta las propuestas, sobre las que actualmente está trabajando el Comité Internacional de la Cruz Roja, para ser llevadas a la Conferencia internacional a celebrar el próximo año en Ginebra sobre Derecho Internacional humanitario. La obra del Dr. Kalshoven y las consideraciones que sobre la misma hace el Dr. Fleck —quien termina abogando también por una limitación del uso de las represalias en los conflictos armados, no internacionales—, además de darnos luz respecto a una cuestión de tan candente actualidad significa, sin duda alguna, una aportación muy útil a los trabajos, actualmente en curso.

(Martín Bravo Navarro)

*Military Law Review*, Headquarters, Department of the Army, Washington. D. C.

Número 43 (signatura oficial 27-100-43), enero 1969; III, 162 págs.

Entre los estudios contenidos en este número cabe destacar:

Wilsie H. Adams, Jr.: *The Freedom of Information Act and Pretrial Discovery* (La Ley de libertad de información de 1966, y la obtención de datos documentales previamente al juicio), págs. 1-35. La citada Ley ha modificado recientemente la sección 3 de la de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*), que regula el derecho de los particulares a obtener información documental en los registros y archivos de los organismos y dependencias de la Administración, instituyendo, como aspecto más significativo de la reforma, una acción judicial que puede ejercitarse en los casos de negativa injustificada de exhibición de documentos o manifestación de datos, añadiendo así una nueva vía judicial en la obtención de tales informes, junto a la que ya existía, al amparo de las Normas federales de procedimiento civil (*Federal Rules of Civil Procedure*, 1964), para el supuesto de pleito civil y en favor sólo de las partes para documentar su demanda (*pre-trial discovery*). El autor considera como acierto indudable la posibilidad de examen jurisdiccional, en cada caso, de lo que se estime materia «exceptuada» de información (asuntos secretos, reservados, confidenciales...), de acuerdo con la tabla de exenciones contenida en las nuevas disposiciones.

Ronald B. Stewart: *Trial by the Press* (Enjuiciamiento por la Prensa), págs. 37-70. Se centra este estudio sobre el problema que supone, respecto de los procesos penales, la difusión previa o coetánea de noticias, comentarios u opiniones por parte de la Prensa (*prejudicial news*), con toda la carga de posible influencia, no sólo sobre la opinión pública, sino incluso sobre quienes, de una u otra forma, intervienen

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

en el proceso. Examina el autor las garantías actualmente vigentes para evitar esas posibles consecuencias (medidas que pueden ser preventivas o sancionadoras, ya por la vía disciplinaria, ya penal, incluso por desacato al Tribunal; procesales, mediante la invalidación del veredicto, el previo examen de los jurados, etc., etc.), así como otras que pudieran establecerse, llegando a la conclusión de que el mejor control, conforme han propugnado siempre la Magistratura y la Abogacía, es el que se deriva del binomio «juicio justo-prensa libre» (*both fair trial and free press*).

Michael A. Brown: *Must the Soldier Be A Silent Member of Our Society?* (¿Tiene que ser el soldado un miembro mudo de nuestra sociedad?), págs. 71-109. Estudio comparativo de los derechos individuales del militar y del ciudadano en materia de libertad de expresión, constitucionalmente garantizada, con examen de las restricciones existentes conforme a las leyes y disposiciones reglamentarias en uno y otro campo, civil y militar.

Joseph P. Creekmore: *Acceptance of Foreign Employment by Retired Military Personnel* (La aceptación de empleo al servicio de extranjero por el personal militar retirado), págs. 111-162. Se contiene aquí un alegato jurídico e histórico en favor de la modificación de las normas vigentes (1929) sobre determinadas restricciones e incompatibilidades impuestas al personal militar retirado, y que derivan de una interpretación extensiva y errónea de preceptos constitucionales que, por su sentido, origen histórico y razón de ser, no debieron nunca ser entendidos de tal manera.

Número 44 (signatura oficial 27-100-44), abril 1969; III, 130 págs.

Contiene los siguientes estudios y comentarios:

Robert N. Johnson: *Electronic Data Processing and the Judge Advocate* (El proceso electrónico de datos y el letrado militar), págs. 1-69; artículo en el que se describe con detalle el empleo, a efectos de información y documentación, de esta nueva herramienta de trabajo en el área de la práctica forense y la investigación jurídica, exponiéndose previamente los antecedentes históricos del uso de los computadores por el Ejército, para explicar luego, con sencillez de lenguaje técnico, el proceso seguido en la recogida de datos, su ulterior programación y las posibilidades de empleo que el sistema ofrece.

Gerge C. Ryker: *The New French Code of Military Justice* (El nuevo Código de Justicia Militar francés), págs. 71-96; constituye este estudio una de las primeras exposiciones en lengua inglesa de los antecedentes y novedades normativas del *Code de Justice Militaire* de 1965, del que en su día tuvimos ocasión de dar cuenta en las páginas de

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

nuestra Revista (\*). Se contienen en este artículo numerosas observaciones del autor de naturaleza propiamente comparatista, referidas al sistema norteamericano.

George S. Prugh, Jr.: *United States European Command: A Giant Client* (El Mando norteamericano en Europa, cliente gigantesco), páginas 97-121; en la organización regional de los intereses americanos en el exterior, el USEUCOM comprende alrededor de medio millón de nacionales estacionados en el extranjero, en una de las áreas geográficas de mayor actividad y responsabilidad militar, económica, política y jurídica. Más de trescientos letrados, civiles y militares, dependen del mando de este colosal despliegue de fuerzas. Sus variadas y múltiples misiones se analizan aquí tomando como tipo las que corresponden al Auditor asesor del Comandante en Jefe (CINCEUR).

Robert Gerwig: *Court-Martial Jurisdiction over Weekend Reservist?* (¿Tienen jurisdicción los Tribunales castrenses sobre los reservistas «de fin de semana?»), págs. 123-129; análisis de las normas pertinentes del Código Uniforme de Justicia Militar respecto de la cuestión concreta, considerada desde el punto de vista jurisdiccional, de aquellos reservistas que sin ser llamados propiamente al servicio activo, acuden no obstante a entrenamientos, más o menos periódicos, de corta duración.

Número 46 (signatura oficial 27-100-46), octubre 1969; III, 130 págs.

Cabe destacar los siguientes estudios:

Albert J. Esgain: *The Position of the United States and the Soviet Union on Treaty Law and Treaty Negotiations* (La posición de los Estados Unidos y la Unión Soviética en materia de Derecho convencional positivo y negociación de Tratados internacionales), págs. 31-76. Estudio comparativo de las doctrinas y prácticas soviéticas y occidentales en relación con las diversas cuestiones que plantea el Derecho internacional convencional: naturaleza jurídica, entrada en vigor, ejecución, violación, denuncia, interpretación, eficacia, etc., de los tratados internacionales. Tras señalar los contrastes que se plantean entre las tesis soviéticas y las tradicionales de Occidente, el autor concluye señalando la gran importancia que tiene el conocimiento de aquéllas, con vistas a todo tipo de negociación de acuerdos internacionales con la U.R.S.S.

Robert Emmett Quinn: *Some Comparisons between Courts-Martial and Civilian Practice* (Algunas comparaciones entre la práctica judicial de los Consejos de Guerra y los Tribunales ordinarios), págs. 77-97. Análisis, desde el punto de vista de la doctrina jurisprudencial, de una serie

(\*) Vid.: J. H. Orozco: *El reciente Código de Justicia Militar francés*, R. E. D. M., número 20, págs. 77 y ss.; el mismo: *El Proyecto de Código de Justicia Militar francés*, R.E.D.M., núm. 19, págs. 97 y ss.

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

de puntos de contacto, similitud o contraste entre el procedimiento judicial ordinario y el especial militar.

*Número 47* (signatura oficial 27-100-47), enero 1970; III + 140 págs.

Entre los estudios comprendidos en sus secciones de artículos y comentarios, cabe destacar:

David M. Brahms: *They Step to a Different Drummer: A critical Analysis of Department of Defense Position Vis-a-Vis In-Service Conscientious Objectors* (Ellos marchan a otro ritmo: análisis crítico de la actual postura del Departamento de Defensa respecto de los objetores de conciencia al servicio militar), págs. 1-34; el autor examina aquí el actual estatuto jurídico del soldado que, por motivos religiosos, éticos o filosóficos, participa de creencias antitéticas a su continuación en el servicio activo. Se analizan las tendencias y directrices marcadas al respecto por el Departamento de Defensa y los procedimientos arbitrados para su tratamiento jurídico, llegándose a la conclusión de que en la actual situación aquéllos requieren considerable retoques y mejoras, pues en su estado presente ni los intereses de los objetores, ni los del servicio activo, resultan protegidos adecuadamente.

Dulaney L. O'Roark, Jr.: *Extraordinary Contractual Actions in Facilitation of the National Defense from a Department of Defense Attorney's Point of View* (Las acciones extraordinarias derivadas de contrato como instrumentos en pro de la Defensa nacional, consideradas desde el punto de vista del letrado del Departamento de Defensa), páginas 35-103; exposición de los métodos posibles, establecidos tanto en favor del Estado como de los contratistas, para la modificación de condiciones en la contratación administrativa como consecuencia de la necesidad de adaptar los contratos a las cambiantes circunstancias reales. Tras una detenida relación de los criterios generales que se han de emplear en el tratamiento de estas peticiones de modificación de cláusulas contractuales, el autor termina por sentar la importancia clave que siempre se ha de otorgar a las necesidades estatales en juego, con arreglo a las cuales han de resolverse las reclamaciones de adaptación que sean justas.

Ernest A. Simon: *The Operation of the Korean Armistice Agreement* (Funcionamiento y resultado del Acuerdo de armisticio en Corea), páginas 105-139; el armisticio concertado en Corea se aparta del concepto clásico en Derecho internacional, tanto por su contenido, como por la forma en que fue negociada y por la manera en que viene siendo aplicado en la práctica. Quizá estima el autor el mando de las Fuerzas de las Naciones Unidas hubiera podido ya denunciar justificadamente el Acuerdo, vistas las numerosas y graves violaciones del mismo perpetradas por Corea del Norte; pero es lo cierto que aquellos mismos factores que hacen de él algo más que un armisticio tradicional, unidos a las limitaciones que para el empleo de la fuerza impone la pro-

pia Carta de las Naciones Unidas, hacen recomendable no sólo que el Acuerdo se mantenga, sino incluso que se amplíe su marco de acción. *Número 48* (signatura oficial 27-100-48), abril 1970; III + 166 págs.

El presente volumen de esta excelente Revista especializada comprende, en su sección doctrinal, los siguientes artículos:

John Clay Smith, Jr.: *Executive Orders 10988 and 11491, and Craft Recognition in the Federal Service* (Las Ordenes presidenciales números 10.988 y 11.491, y el reconocimiento del asociacionismo profesional entre el personal dependiente de Servicios federales), págs. 1-32, detenido análisis crítico de la gestación y consecuencias de las más recientes reglamentaciones relativas a las relaciones laborales y sindicales del personal dependiente o contratado en la Administración federal.

William L. Shaw: *Selective Service Litigation and the 1967 Statute* (Los casos judiciales surgidos en relación con el sistema de servicio selectivo y el Estatuto de 1967), págs. 33-89, exposición de los resultados, en los tres últimos años, del sistema de reclutamiento establecido por esta fuente estatutaria, es decir, la *Military Selective Service Act of 1967*; con un resumen de las resoluciones judiciales y administrativas más importantes, en aquellos puntos de mayor dificultad, como son los relativos a objetores de conciencia, ministros religiosos o destrucción de documentos.

Edward F. Sherman: *Judicial Review of Military Determinations and the Exhaustion of Remedies Requirement* (La revisión judicial de las resoluciones administrativas militares y el requisito del previo agotamiento por los interesados de las vías de recurso a su alcance), páginas 91-150.

James J. McGowan y William D. Haught: *Consular Protection of Foreign Nationals in the United States Armed Forces* (La protección consular de los extranjeros alistados en las Fuerzas Armadas de los Estados Unidos), págs. 151-166.

*Número 49* (signatura oficial 27-100-49), julio, 1970; III + 162 págs.

Stratton R. Heath, Jr.: *Status of Forces Agreements as a Basis for United States Custody of an Accused* (Los Convenios sobre estatuto de fuerzas armadas en territorio extranjero, como base jurídica para acordar la detención y custodia de un acusado), págs. 45-88. Conforme a los diversos acuerdos suscritos por los Estados Unidos sobre estatuto y régimen jurídico de sus tropas estacionadas en país extranjero, se autoriza a sus propios órganos disciplinarios y judiciales a retener bajo custodia propia al personal militar acusado de delito cometido en el país receptor, hasta el momento de su enjuiciamiento o ejecución de la sentencia. La práctica usual considera que tal detención ha de acordarse conforme a los requisitos establecidos en el Código Uniforme de Justicia Militar y Manual para los Consejos de Guerra, mas el autor sostiene y razona que tal tesis carece de fundamento, propugnando que ha de atenerse al texto de aquellos Convenios, que son di-

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

rectamente ejecutivos y aplicables al caso concreto y que por sí mismos son suficientes para justificar el pertinente acuerdo de detención del imputado.

Frederick Bernays Wiener: *Martial Law Today* (La ley marcial, hoy), páginas 89-107. El tema de este artículo, como el título indica, es la «ley marcial», es decir, la imposición excepcional del poder militar sobre un territorio o comunidad civil. El autor pasa revista a la larga historia de errores cometidos en este terreno en las últimas décadas y expresa su esperanza de que hayan servido para algo las duras lecciones que la práctica ha dado, que deberán tenerse siempre presentes con vistas al futuro.

Richard E. Cumming: *The Staff Judge Avocate as Legal Adviser to the Post Surgeon: Malpractice, Hospital Negligence and Related Matters* (El auditor como asesor jurídico del personal médico-militar en los casos de reclamación por supuestos tratamientos médicos inadecuados, negligencia en hospitales y asuntos afines), págs. 109-156.

George D. Schrader: *Defense in Outer Space* (La defensa en el espacio exterior), págs. 157-162. Breve comentario de los aspectos más sobresalientes del tratado de 22 de abril de 1969, suscrito por 89 países en el marco de las Naciones Unidas, sobre exploración y utilización pacífica del espacio cósmico.

Número 50 (signatura oficial 27-100-50), octubre 1970; III + 173 páginas, en el que se contienen los siguientes trabajos:

Charles A. Cushman: *The «Custody» Requirement for Habeas Corpus* (La «custody» como requisito del recurso y mandamiento de «Habeas Corpus»), págs. 1-32; se ocupa este estudio del análisis del grado de privación de libertad de que tiene que ser objeto el ciudadano para poder ejercitar su derecho a solicitar del Tribunal un mandamiento de «Habeas Corpus», que es —según clásica definición— «un recurso o remedio extraordinario y discrecional, interpuesto ante el oportuno órgano judicial para el examen de la legalidad de la detención o restricción de libertad ejercida sobre el cuerpo de una persona». El autor se ocupa del estudio del concepto de «detención o custodia», con particular examen de los casos en que aparecen implicados individuos que aún no han entrado al servicio activo de las Fuerzas Armadas o que ya han dejado de pertenecer a las mismas. Aunque se pone de relieve la dificultad de concretar y definir con seguridad el concepto en cuestión, el autor afirma que se ha ampliado mucho y que parece seguirá haciéndolo así, hasta el punto de que la idea de *custody* se habrá de extender mucho más allá del limitado concepto de «privación física de libertad» (*physical restraint*).

Richard K. Dahlinger: *Tort Liability of Nonappropriated Fund Activities* (Responsabilidad por «tort» en las actividades sufragadas con fondos no oficiales), págs. 33-69, estudio sobre este tipo de responsabilidad respecto de la actuación y funcionamiento de sociedades privadas,

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

recreativas, sociales o ideológicas, que puedan constituirse en el Ejército, analizando los posibles casos de responsabilidad individual de sus miembros o empleados, y los medios de que éstos disponen para evitarlo.

Richard R. Boller: *Pretrial Restrain in the Military* (La detención previa al juicio en el ámbito castrense), págs. 71-115. Los problemas sociales, jurídicos y hasta económicos que originan las detenciones gubernativas innecesarias son muchos y, a veces, muy graves. Hasta el servicio puede verse afectado por ello, al verse privado de personal y recursos humanos que le son necesarios. Con abundantes notas históricas y antecedentes de todo género, el autor estudia el estado actual del régimen vigente de detención y prisión preventivas, así en la órbita militar como en la jurisdicción ordinaria, enlazando sus consideraciones con dos principios de resonancia constitucional: los de *due process* (derecho de todo acusado a ser juzgado judicialmente) y *probable cause* (requisitos formales y materiales de «justificación y legalidad» de la detención y prisión preventiva).

Robert Gerwig: «...*In the Line of His Duty*» («... En acto de servicio»), págs. 117-140, exposición de las implicaciones que supone el encontrarse en acto de servicio, a los efectos administrativos y penales, sustantivos y adjetivos.

*Commandant's Annual Report 1969-1970, The Judge Advocate General's United States Army, Charlottesville* (Virginia), 1970, 96 págs. *Annual Report 1970-1971*, ídem, ídem, 115 páginas. *Annual Report 1971-1972*, ídem, ídem, 147 páginas.

Estos tres volúmenes constituyen las respectivas memorias anuales, para los cursos indicados, de la *Escuela del Cuerpo Jurídico del Ejército norteamericano*, de cuya institución y funcionamiento dio cuenta en estas páginas el entonces Director de la misma, John F. T. Murray (\*).

Junto a un amplio material estadístico y fotográfico, con expresión de catálogo de publicaciones, organigramas, etc., estas memorias anuales recogen cumplidamente todas las actividades académicas desarrolladas en la Escuela para el período considerado, exponiendo todo lo que de interés puede resultar respecto de las instalaciones de que aquella dispone, planes de estudio, generales y especializados, organización, conferencias profesadas, etc., etc. Una vez más tenemos ocasión aquí de reconocer la solvencia profesional y científica de este Centro

(\*) Vid. JOHN F. T. MURRAY: *La Escuela del Cuerpo Jurídico del Ejército Norteamericano*, trad. de J. H. OROZCO, en R.E.D.M., núm. 16 (julio-diciembre, 1963), págs. 59-81.

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

de enseñanzas jurídicas, adscrito a la Facultad de Derecho de la Universidad de Virginia.

*The Judge Advocate Journal*, boletín núm. 42, publicado por la *Judge Advocate Association*, Washington, D. C., mayo de 1970, 54 págs.

Además de las referencias usuales a las reuniones, noticias y nombramientos que afectan a la Asociación de Auditores, el presente boletín recoge, junto a los artículos de más interés de que luego haremos mención, los respectivos informes presentados en 10 de agosto de 1970 por los Auditores Generales de los tres Ejércitos, Tierra, Mar y Aire, sobre el estado de los asuntos y materias encomendados a sus respectivas jurisdicciones, lo que nos permite conocer, en forma de apretado resumen, el volumen y naturaleza de las misiones desempeñadas por los correspondientes Servicios jurídico-militares de los Estados Unidos.

En tre los artículos a que nos referíamos, merecen ser citados:

Kenneth J. Hodson: *The Military Justice Act*, hace un estudio general de la Ley sobre la Justicia Militar de 1968, en vigor el 1.º de agosto de 1969, que ha revisado el Código Uniforme de Justicia Militar y el Manual para los Consejos de Guerra, llevando a cabo la modificación más extensa y profunda promulgada en estas materias desde la publicación del Código citado en 1950.

William L. Shaw: *Military Litigation Involving Personal Convenience of the Servicemen*, expone y analiza la jurisprudencia más reciente relativa a aquellos casos judiciales en los que se planteó la cuestión de los límites de la salvaguardia y protección de la conveniencia o interés personal de quienes forman parte de los Servicios Armados, en relación, por ejemplo, con las solicitudes de retiro voluntario o abandono del servicio activo o la elección de destino o exclusión de ciertas áreas geográficas para prestar servicio (como Vietnam).

*The Judge Advocate Journal*, boletín núm. 42, publicado por la *Judge Advocate Association*, Washington, D. C., mayo de 1970, 54 págs.

Entre otros trabajos que contiene se pueden destacar los siguientes:

Dennis R. Hunt: *Vietnam Hustings* (págs. 8-48), artículo en que se analizan los debates, modificaciones y reformas de todo orden a que la guerra del Vietnam ha dado lugar en el terreno de la normativa y la práctica del Derecho penal militar, sustantivo y adjetivo.

William Lawrence Shaw: *State Military Legislation* (págs. 52-78), análisis de la evolución experimentada desde mediados del siglo pasado por la legislación interna de los Estados federados sobre materias militares, dentro de los límites de su exclusiva competencia legislativa en el marco de la Federación.

*The J. A. G. Journal*. The Office of the Judge Advocate General of the Navy, Washington, D. C.

*Volumen XXIII, número 1* (julio-agosto 1968)

Homer A. Walkup: *Investigation: 1968* (La investigación judicial desde sus orígenes hasta hoy), págs. 3-18.

Kenneth F. Hickey: *Rights of Parties and Witnesses Under New Investigative Rules* (Derechos de las partes y testigos según las nuevas normas sobre investigación judicial), págs. 19-22.

Richard C. Smith: *Sonic Booms Claims* (Reclamaciones por daños derivados de los ruidos producidos por aeronaves), págs. 23-26.

Thomas F. Bastow: *Some Considerations in Determining Line of Duty/Misconduct Status* (Algunas consideraciones sobre la determinación de si los daños o lesiones se produjeron en acto de servicio o como consecuencia del mal comportamiento del sujeto), págs. 27-31.

*Volumen XXIII, número 2* (sept., oct., nov. -968)

George F. O'Malley: *Important Procedural Changes, Chapters I-XXIV, Manual for Courts-Martial, United States, 1969* (Importantes modificaciones en las normas procesales, en los capítulos I a XXIV del Manual para los Consejos de Guerra de 1969), págs. 37-42.

Joseph E. Ross: *Punishments and the Punitive Articles. Chapters XXV, XXVI y XXVIII, Manual for Courts-Martial United States, 1969* (Penas y leyes penales: los capítulos XXV, XXVI y XXVIII del Manual para los Consejos de Guerra de 1969), págs 43-47.

Richard J. Selman: *Evidence and Matters of Defense, Chapters XXVII and XXIX, Manual for Courts-Martial United States, 1969* (La prueba y las excepciones que pueden alegarse en defensa del reo: capítulos XXVII y XXIX del Manual para los Consejos de Guerra de 1969), págs. 49-53.

*Synopsis of Significant Changes, Manual for Courts Martial, United States, 1969* (Sinopsis de las modificaciones más importantes en el Manual para los Consejos de Guerra de 1969), págs. 54-60.

*Volumen XXIII, número 3* (diciembre 1968-enero 1969)

Jahn C. Novogrod: *Internal Strife, Self-Determination, and World Order* (Guerra civil, autodeterminación y orden público internacional), páginas 63-72.

John R. Brock: *Civil Disorder and the Rule of Law* (Alteración del orden público y Estado de Derecho), págs. 73-80.

Bruce A. Harlow: *Legal Aspects of Claims to Jurisdiction in Coastal Waters* (Aspectos jurídicos de las pretensiones de jurisdicción sobre las aguas territoriales), págs. 81-95.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

*Volumen XXIV, número 3* (diciembre 1969-enero 1970)

John R. Brock: *Threats to Freedom of Navigation* (Amenazas a la libertad de los mares), págs. 75-78 y 86.

Michael R. Deddish, Jr.: *The Right of Passage by Warships through International Straits* (El derecho de paso de buques de guerra por los estrechos internacionales), págs. 79-85.

Stephen J. Murray: *The North Sea Continental Shelf Cases. A Critique*. (Examen crítico de los casos planteados ante el Tribunal Internacional de Justicia, en relación con la plataforma continental del Mar del Norte), págs. 87-98.

John C. Novogrod: *Collective Security under the Rio Treaty: The Problem of Indirect Aggression* (La seguridad colectiva conforme al Tratado de Río, de 1947: el problema de la «agresión indirecta»), páginas 99-110.

*Volumen XXIV, número 4* (febrero, marzo, abril 1970)

J. Michael Hammer: *Chemistry and the Law: May the Body Speak for Itself?* (La química y el Derecho: ¿se puede dejar «hablar» al cuerpo por sí mismo? La cuestión de los análisis sanguíneos de ingestión de alcohol), págs. 115-120 y 128.

John H. Stassen: *Legal Restrictions on Employment Activities of Naval/Naval Service Personnel* (Limitaciones legales que afectan al personal de la Armada e Infantería de Marina, en activo o retirado, respecto de la aceptación de empleos y colocaciones civiles), págs. 121-128.

Chesney D. Floyd: *Government Appeals in Military Criminal Cases* (Ciertos supuestos de apelación por parte de la acusación en los procedimientos criminales castrenses), págs. 129-148.

*Volumen XXIV, número 5* (mayo-junio 1970)

Ernest B. Wright: *The Growth of the Federal Tort Claims Act* (El concepto de «inmunidad soberana» como principio interpretativo de la «Federal Tort Claims Act» de 1946), págs. 151, 156 y 162.

Eugene R. Fidell: *Comment: Is There a Common-Law of Foot-note Five?* (Comentario sobre determinada alternativa legal en la punición de delitos de desobediencia a órdenes generales), págs. 157-162.

Warren A. Schneider: *Maritime Claims and the NATO Status of Forces Agreement* (Las reclamaciones planteadas por muerte o lesiones producidas en accidente marítimo y el Acuerdo sobre el estatuto jurisdiccional de las Fuerzas de la O.T.A.N.), págs. 163-168.

*Volumen XXV, número 1* (julio-agosto 1970)

Chesney D. Floyd: *Extraordinary Writs in Favor of Government* (La excepcionalidad de la apelación por parte de la acusación en los procedimientos criminales), págs. 3-9 y 30-31.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Richard T. Hildreth: *Who is the Father of the Child?* (La investigación de la paternidad y la Jurisdicción de Marina), págs. 10-17.

Kenneth F. Ripple: *Eye-Witness Identification: The Case for Preventive Counseling* (La admisibilidad y valoración probatoria de las identificaciones llevadas a cabo por testigos presenciales), págs. 18-23.

John J. Reilly: *Non-Verbal Statements: Observations on a Unique Concept Employed by Military Courts* (Observaciones en torno a una práctica judicial peculiar de los Tribunales Militares sobre la posible equiparación de gestos y ademanes a la expresión oral, en la confesión del sospechoso previa a toda advertencia de sus derechos constitucionales a guardar silencio), págs. 24-29.

*Volumen XXV, número 2* (septiembre, octubre, noviembre 1970)

Robert I. Cusick, Jr.: *In-Service Conscientious Objection: Problems of the Growing Privilege* (La objeción de conciencia al servicio militar: problemas resultantes de la ampliación de estas exclusiones), págs. 35, 40 y 46.

Jack W. Howay: *Longshoremen's and Repairmen's Shipboard Injuries* (Las lesiones y daños de estibadores y personal de reparaciones a bordo), págs. 41-46.

Donald B. Brant, Jr.: *Deferment of Confinement - An Analysis* (Análisis de las nuevas normas introducidas por la «Military Justice Act» de 1968 respecto del cómputo de ciertas penas privativas de libertad en los casos de aplazamiento de la ejecutoriedad de la sentencia), páginas 47-52 y 60-61.

Jethro K. Lieberman: *«Cafeteria Workers» Revisited: Does the Commander Have Plenary Power to Control Access to His Base?* (De nuevo el caso «Cafetería Workers versus McElroy»: ¿Tiene plenas facultades el Comandante de una Base militar para controlar el acceso a la misma?), págs. 53-56 y 61-63.

John C. Reynolds: *Alien Servicemen: Residents or Nonresidents for Federal Income Tax Purposes* (Los extranjeros como miembros de las fuerzas armadas: su condición de residentes o no, a los efectos del impuesto federal sobre la renta), págs. 57-60.

*Volumen XXV, número 3* (diciembre-enero 1970-71)

John R. Brock: *Introduction to the 1971 Issue on Law of the Sea* (La propuesta presidencial de 1971 sobre Derecho marítimo), páginas 67-68.

Williams R. Palmer: *Territorial Sea Agreement - Key to Progress in the Law of the Sea* (Un acuerdo internacional sobre el mar territorial es la clave del progreso en Derecho marítimo), págs. 69-78.

W. Frank Newton: *The New Quest for Atlantis: Proposed Regimes for Seabed Resources* (Un nuevo desafío propio de atlántes: regímenes propuestos para la explotación de los recursos de los fondos marinos), págs. 79-92.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Norman A. Wulf: *International Control of Marine Pollution* (Control internacional de la polución de las aguas del mar), págs. 93-100.

*Volumen XXV, número 4 (febrero-marzo-abril, 1971)*

Paul Mines: *Voluntariness of a Confession: Burden of Proof and Full Court Determination* (Espontaneidad y libertad de la confesión: carga de la prueba y plenas facultades del Tribunal para su admisión), páginas 103-112.

Richard P. Ward: *In-Service Conscientions Objectors: Suggested Revisions in Present Procedures of Processing* (Objetores de conciencia al servicio militar: modificaciones que se proponen al procedimiento seguido en la tramitación de los actuales expedientes de exclusión), páginas 113-116 y 140-141.

Joseph P. Della Maria, Jr.: *Negotiating and Drafting the Pretrial Agreement* (La «negociación» y la redacción del «acuerdo» entre las partes previo al enjuiciamiento en vista pública), págs. 117-132 y 141.

Arthur W. Tifford: «*Babbidge*»: *A Time for Change* (El caso «United States versus Babbidge»: un cambio jurisprudencial en torno a la prueba pericial psiquiátrica), págs. 133-140.

*The United States Air Force J. A. G. Law Review*. The Office of the Judge Advocate General, Headquarters, U.S.A.F., Washington, D. C.

*Volumen X, número 5 (septiembre-octubre 1968)*

Howard F. Dick y Richard A. Smith: *Warranties and Their Use in DOD Contracting: A Brief Guide to Some Legal and Practical Aspects* (Las cláusulas de garantía y su uso en la contratación administrativa del Departamento de Defensa: breve guía en ciertos aspectos prácticos y jurídicos), págs. 4-19.

Michael F. Noone, Jr.: *May Plaintiffs Include the United States Claim Under the Federal Medical Care Recovery Act Without Government Intervention?* (Conforme a la Ley de indemnizaciones por asistencia médica federal, ¿tienen los reclamantes que incluir en sus peticiones, sin intervención del Gobierno federal, las indemnizaciones debidas a éste?), págs. 20-27.

Frank Reda: *Enforced Retention of Contractor Employees Overseas* (Retención forzada en sus puestos de empleados civiles contratados para servir en el extranjero), págs. 28-38.

Frank Reda: *Anatomy of Cost-Plus-Percentage-of-Cost* (Anatomía de la contratación administrativa a precios variables según costo: al costo más un porcentaje del mismo), págs. 39-44.

Willian P. Rudland: *Fifth Amendment and Article 31. Admissibility*

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

of *Bodily Fluid Test Results in Courts-Martial* (La Quinta Enmienda y el art. 31 del Código Uniforme de Justicia Militar. Admisibilidad ante los Consejos de Guerra de los resultados del análisis de fluidos anatómicos), págs. 45-55.

Volumen XI, número 1 (invierno, 1969)

Norman A. Faulkner: *Advice on the Purchase and Sale of a Home* (Asesoramiento legal sobre compra y venta de viviendas), págs 6-57.

Norman A. Faulkner: *Lease of Dwellings by Military Personnel* (El arrendamiento de vivienda por el personal militar), págs. 58-69.

Lionel L. Riave y Marion T. Bennett: *Federal Assistance Programs Pertaining to Members of the Armed Services, Dependents, and Veterans* (Los programas federales de asistencia social que afectan a los miembros activos y retirados de los Servicios Armados y a quienes de ellos dependen), págs. 70-167.

Volumen XI, número 2 (primavera, 1969)

Carl Goldschlager: *The Military Judge - A New Judicial - Capacity* (El Magistrado militar, nuevo cargo judicial), págs. 175-180.

Jean E. Simpson: *How the MCM, 1969 (Rev.), Provides for: I. Improvements in Trial by Special Court-Martial. II. Increased Safeguards Against Command Influence. III. Simplified Procedures on Oaths and Records of Trial* (Manera en la que el Manual para los Consejos de Guerra (revisado) ed 1969 provee a: 1, Introducir mejoras en el enjuiciamiento por el Consejo de Guerra Especial; 2, Incrementar las garantías frente a la influencia del mando militar; 3, Simplificar los procedimientos en el juramento y escrituración en la vista del proceso), págs. 181-197.

Frank T. Moniz: *The New Court, TJAG, and Deferment of Confinement* (El nuevo Tribunal Militar Revisor y el aplazamiento en la ejecución de ciertas penas privativas de libertad), págs. 198-204.

Walter L. Lewis: *The Standing Committee to Keep the Manual for Courts-Martial Up-To-Date* (El Comité especial interministerial designado para mantener al día el Manual para los Consejos de Guerra), páginas 205-207.

William R. Kennedy: *The Trial Judiciary* (El Cuerpo de Magistrados militares, asesores de los Consejos de Guerra), págs. 208-211.

Robert O. Rollman: *Of Crimes, Courts-Martial and Punishment. A Short History of Military Justice* (De los delitos, de las penas y de los Consejos de Guerra: breve historia de la Justicia Militar), págs. 212-222.

David F. Addlestone y Robert J. Wynne: *Miranda and Military Justice* (El «caso» Miranda versus Arizona y la Justicia Militar), páginas 223-244.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Volumen XI, número 3 (verano, 1969)

Leroy C. Brown y Sidney R. Kuperberg: *New Concepts in Government Contracting and Unusual Types of Contracts* (Nuevos conceptos en la contratación administrativa y tipos infrecuentes de contratos), páginas 248-251 y 259.

John F. Congers: *The Mobile Homes Transportation Problem* (Problemas jurídicos derivados del traslado de alojamientos y viviendas móviles), págs. 252-259.

Leonard F. Roberts: *The «Truth in Negotiation» Act and Reductions in Contract Price for Defective Cost or Pricing Data* (La Ley sobre «buena fe en la negociación» y las reducciones en los precios contratados, por deficiente fijación en presupuesto de coste o precios), páginas 260-272.

William P. Rudland: *Cancellation or Termination?: The Erroneous Award* (¿Cancelación o caducidad? La decisión equivocada), páginas 273-284.

James T. Austin: *The Staff Judge Advocate and Nondiscrimination in Air Force Employment Practices* (El Auditor asesor del mando y la no discriminación en la práctica de contratación de personal en las Fuerzas Aéreas), págs. 285-303.

Louis E. Hay: *Administration of the Reporting Requirements of Patent Rights Clauses in Air Force Contracts* (Establecimiento, en los contratos suscritos por las Fuerzas Aéreas, de las cláusulas pertinentes respecto de los derechos de patente), págs. 304-314.

Eugene M. Solimine: *Price Adjustments for Contractor-Owned Construction Equipment* (Ajustes de precio en función del equipo de su propiedad empleado por el contratista), págs. 315-320.

Sanford M. Fitzsimmons y Abraham Goldfarb: *Schweigert and Delays of Second-Tier Subcontractors* (El «caso» Schweigert Inc. versus United States y la mora del segundo o tercero subcontratista), páginas 321-327.

Volumen XI, número 4 (otoño, 1969)

Morton J. Gold: *Invention Disclosure Review Board* (La Junta para la Revisión y Protección de las patentes de invención), págs. 340-342 y 351.

Donald P. Smith: *A Fundamental View of Data Procurement* (Un aspecto fundamental de la propiedad industrial en la contratación administrativa), págs. 343-351.

Howard B. Scheckman: *What is Your Claim to Fame, or Do Patent Attorneys Really work?* (¿Cuál es su demanda de prestigio y fama? o ¿Funcionan bien, realmente, los letrados asesores en materia de patentes?), págs. 352-364.

Frank Reda: *Subcontractors: Privity and Severin* (Subcontratistas: el secreto y el «caso» Severin versus United States), págs. 365-371.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

T. I. Harris: *Publication: The Fine Line* (La publicación, línea divisoria en la regulación jurídica de la propiedad literaria), págs. 372-376.

Frank E. Maloney: *Trends in United States Government Liability for Accidents Resulting in Injuries to Employees of Government Contractors* (Orientación en cuanto a la responsabilidad del Estado federal por los accidentes de trabajo con resultado de lesiones en empleados de un contratista), págs. 377-386.

Paul M. Pahules: *Intellectual Property and the Air Force* (La propiedad intelectual y las Fuerzas Aéreas), págs. 387-392.

Charles L. Nichols: *Article 105 Misconduct as a Prisoner* (El artículo 105 del Código Uniforme de Justicia Militar), págs. 393-398.

Robinson O. Everett: *Collateral Attack on Court-Martial Convictions* (Impugnación de las sentencias en los Consejos de Guerra), págs. 399-421.

*Volumen XII, número 1 (invierno, 1970)*

William H. Carnahan: *Copyright or Wrong* (Perspectiva de la protección de los derechos de propiedad intelectual), págs. 4-20.

Ronald W. Howell: *The Guilty Plea Recent Developments* (El actual enfoque jurisprudencial en torno al reconocimiento de culpabilidad por el acusado), págs. 21-33 y 59.

John D. Blagg, Jr.: *The USAF Disability Evaluation System An Overview* (Consideración general sobre el sistema de retiro por inutilidad física en las Fuerzas Aéreas), págs. 34-43 y 70.

M. Stephen Turner: *Hospital Recovery Claims: The United States as a Subrogee* (Derecho del Estado federal a repetir contra terceros responsables por los gastos de curación y hospitalidades prestadas, subrogándose en las acciones de que las víctimas dispusieron), págs. 44-51.

Phillip A. Johnson: *The Defense of Entrapment* (La táctica de la defensa frente a una acusación basada en una previa «manipulación» de los hechos), págs. 52-59.

Percival B. Hamilton: *Civil Air Patrol: A Volunteer Civilian Auxiliary of the Air Force* (La Patrulla Aérea Civil como auxiliar civil voluntario de las Fuerzas Aéreas), págs. 60-70.

Gordon H. Miller: *Some Observations on Dying Declarations and Their Use in Military Trials* (Algunas observaciones en torno a las declaraciones de fallecimiento y a su empleo ante los Tribunales militares), págs. 71-75.

*Volumen XII, número 2 (primavera, 1970)*

Juliette D. Pearce: *Air University* (La Universidad Aérea de la Base Maxwell), págs. 88-89.

*Fair User or Infringement?* (La grabación, con fines de enseñanza, de programas televisivos, ¿constituye una práctica lícita o una infracción de los derechos de propiedad intelectual?), págs. 90-99.

William A. Crawford, Jr.: *The Ambit of «O'Callahan»* (Las repercusiones del «caso» O'Callahan versus Parker), págs. 100-111.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Edward L. Kohler: *The Controversy over Air Force ROTC* (La controversia sobre el programa de enseñanza y entrenamiento del Cuerpo de Oficiales de la Reserva de las Fuerzas Aéreas), págs. 112-119.

Joseph W. Kastl: *How to Conduct Better Interviews* (Técnicas para dirigir mejor las entrevistas con el cliente al que se asesora), páginas 120-123.

Keith E. Nelson: *Conduct Expected of an Officer and a Gentleman: Ambiguity* (Ambigüedad de los standards de comportamiento exigidos al Oficial y caballero), págs. 123-141.

Charles A. Riccio, Jr.: *Another Step for Mankind. The Agreement on the Rescue of Astronauts and Return of Objects Launched into Outer Space* (Otro paso en favor de la Humanidad: el Acuerdo de 1968 sobre rescate de astronautas y devolución de objetos lanzados al espacio exterior), págs. 142-153.

Douglas M. Hindley: *The Effect of «O'Callahan» on Drug Abuse Cases* (El efecto del «caso» O'Callahan versus Parker en los supuestos de consumo abusivo de drogas). págs. 154-157 y 161.

Volumen XII, número 3 (verano, 1970)

*Social Security Retirement Benefits of Military Personnel* (Los haberes pasivos de retiro del personal militar), págs. 171-201.

Robinson O. Everett: *Military Justice is to Justice as...* (La Justicia militar es a la Justicia como...), págs. 202-214.

John R. Donnelly: *The Military Judge and Multiple Confessions by a Single Accused: Jackson v. Denno and the Westover Situation* (El Magistrado militar y las diversas confesiones de un solo acusado: el «caso» Jackson versus Denno y la situación creada por el «caso» United States versus Westover), págs. 215-221 y 236.

Frank Reda: *Unorthodox Avenues of Contractual Relief* (Vías heterodoxas en la modificación de condiciones en la contratación administrativa), págs. 222-230.

Charles D. Ablard: *The International Telecommunications Satellite Consortium Conference. Where Do We Go From Here?* (La Conferencia de la Unión Internacional de Telecomunicaciones por Satélite. ¿A dónde vamos?), págs. 231-236.

Volumen XII, número 4 (otoño, 1970)

Walter D. Reed: *Introduction to the Special International Law Issue* (Introducción a este número, especialmente dedicado al Derecho internacional), págs. 240-241.

Hamilton De Saussure: *The Laws of Air Warfare: Are They Any?* (Las leyes de la guerra aérea: ¿es que existen algunas?), págs. 242-251.

Everett G. Hopson: *The Executive Agreement in United States Practice* (El «Acuerdo ejecutivo» en la práctica de los Estados Unidos), páginas 252-263.

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

A. J. Butler: *The Problem of Foreign Civil Litigation and the United States Air Force* (El problema de los litigios civiles en el extranjero y las Fuerzas Aéreas de los Estados Unidos), págs. 264-275.

Charles M. Stewart: *Fair Trial? The Trial Observer's Report* (¿Juicio imparcial? El informe del observador del proceso), págs. 276-283.

Will H. Carroll: *Official Duty Cases under Status of Forces Agreements: Modest Guidelines toward a Definition* (El acto de servicio según las previsiones de los Acuerdos sobre el estatuto jurisdiccional de Fuerzas en el extranjero: modestas pautas para su definición), páginas 284-289.

Peter D. Ehrenhaft: *Foreign Taxes on Overseas Activities of the Defense Department* (Los impuestos extranjeros sobre las actividades ultramarinas del Departamento de Defensa), págs. 290-297.

Richard S. Schubert: *Non-Criminal Matters Under the Status of Forces Agreement (SOFA) with the Federal Republic of Germany* (Las materias no penales según el Acuerdo sobre estatuto jurisdiccional de las Fuerzas en el extranjero, respecto de la República Federal de Alemania), págs. 248-306.

### Volumen XIII, número 1 (invierno, 1971)

Morton J. Gold: *Government Tort Liability and the Safety Function in the Air Force Contract Management Division* (La responsabilidad por «tort» del Estado federal y la función de seguridad en el trabajo en el Departamento de contratación administrativa de las Fuerzas Aéreas), 3-11.

Bernard Wray: *Labor Management Relations in the Air Force* (Las relaciones laborales en las Fuerzas Aéreas), págs. 12-29.

Thomas C. Morrison: *The Role of Trial Counsel in Sentencing Proceedings* (El papel del Auditor asesor del Tribunal en la elaboración de la sentencia), págs. 30-43.

Don G. Holladay: *The Boundaries of the Warrantless Search* (Los límites del registro no autorizado), págs. 44-49.

John A. Cutts: *Corroboration of Confessions: The Oppen Rule* (La ratificación de confesiones: la doctrina jurisprudencial en el «caso» *Oppen versus United States*), págs. 50-75.

### Volumen XIII, número 2 (primavera, 1971)

John E. Moye: *The Air Force Correction Program for the 1970's* (El programa de rehabilitación de delincuentes de las Fuerzas Aéreas para la década de los años 70), págs. 81-95.

Howard F. Dick y Richard A. Smith: *Comments on the Problem of Value Assurance in Government Contracts* (Comentarios sobre el problema del aseguramiento de calidades en la contratación administrativa), págs. 96-115.

Richard F. Papcun: *Proprietary Jurisdiction* (Las competencias le-

#### RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

gislativas del Estado federal y del federado, respecto de ciertos terrenos reservados al empleo militar), págs. 116-127.

Edward N. Paslick: *Project One Hundred Thousand. Its significance to the Military Lawyer* (El «Proyecto 100.000». Su importancia para el letrado militar), págs. 154-161.

#### *Volumen XIII, número 3 (verano, 1971)*

Grant C. Reynolds: *An Ephemeral Summary of Environmental Law* (Resumen «efímero» de las normas vigentes sobre preservación del medio ambiente), págs. 169-183.

Robinson O. Everett y Laurent R. Hourcle: *Crime Without Punishment Ex Servicemen, Civilian Employees and Dependents* (Delito sin sanción penal: infracciones cometidas por personal militar licenciado, empleados y personal civil que acompaña a las Fuerzas Armadas), páginas 184-201 y 223.

John A. Cutts, III: *Criminal Responsibility: The New Federal Rule versus Military Law* (La responsabilidad criminal en ciertos supuestos de enfermedad mental: el nuevo criterio jurisprudencial impuesto en los Tribunales federales ordinarios y el Derecho especial militar), páginas 202-223.

#### *Volumen XIII, número 4 (otoño, 1971)*

Roger A. Jones: *Multiplicity in the Military* (El concurso de delitos en la jurisdicción militar), págs. 232-250.

William H. Carnahan: *Copyright in the Military Realm of Learning* (Los derechos de autor en el campo de la enseñanza militar), páginas 251-257.

Kent C. Dugmore: *The Newest Frontier in Communications: The Direct Broadcast Satellite* (La novísima frontera en las comunicaciones: el satélite de radiodifusión), págs. 259-269.

Burress Carnahan: *Comment Article 15 Punishments* (Comentario sobre las sanciones disciplinarias establecidas en el art. 15 del Código Uniforme de Justicia Militar), págs. 270-286.

(J. H. O.)

#### *Revue de droit penal militaire et de droit de la guerre.*

#### *Volumen XI, número 1 (1972)*

En la sección «Estudios» se contienen dos temas elaborados con ocasión del Congreso de Dublín (Irlanda) celebrado desde el 25 al 30 de mayo de 1970, por los Grupos designados al efecto. En el primero se aborda «la protección de la vida humana en los conflictos armados» y en el segundo el estudio de «la Historia del Derecho Penal Militar y

## RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Disciplinario Militar». Un tercer tema señalado a la Comisión de Criminología Militar se refiere a «La prevención de la delincuencia militar y tratamiento del delincuente en los medios militares», estudio este publicado en el número 2 de 1972 de la citada Revista.

### *Volumen XI, número 2 (1972)*

Este número de la revista publicada entre otros un interesante estudio del Dr. K. H. BÖHRINGER, Consejero de la República Federal Alemana relativo a los reglamentos de enseñanza militar adoptados por el Ministerio de la Defensa, sobre el «Derecho internacional humanitario aplicable a los conflictos armados». Esta enseñanza será obligatoria para las fuerzas armadas y formará parte integrante de la instrucción reglamentaria del soldado alemán. Con ello la República Federal Alemana no sólo cumple con los compromisos formalmente contraídos sino que partiendo de la experiencia derivada de la segunda guerra mundial, enuncia el principio de que «los soldados deben ser instruidos en tiempo de paz y en tiempo de guerra de sus deberes y derechos cívicos y de derecho internacional». Muchos de los manuales de enseñanza llevan en su cubierta la frase de Abraham Lincoln «Creemos que el derecho también da la fuerza». La enseñanza en cuestión será dada en las Escuelas Militares por profesores de Derecho y en las Unidades por Oficiales, previamente instruidos por asesores jurídicos.

Los Reglamentos en cuestión contemplan los diversos planes de enseñanza y están divididos de la siguiente forma: 1.º Directivas para la Instrucción General. 2.º Plan de instrucción común elemental. 3.º Convenciones de Ginebra. Los Reglamentos desde el número 4.º al 13 contienen las diversas partes de que consta el Manual de Enseñanza y abarca los derechos de los heridos, enfermos y náufragos en caso de guerra; derechos de los prisioneros; protección a las personas civiles no combatientes; protección a los bienes culturales en caso de conflicto armado; leyes y costumbres de la guerra y derecho de la guerra terrestre; derecho de la guerra aérea; derecho de la guerra marítima; derecho de neutralidad, y finalmente, una compilación de los problemas jurídicos más importantes y sus soluciones.

Esta enseñanza se completa con opúsculos ilustrados, imágenes fijas, proyección de películas y gráficos, todo lo cual contribuye a facilitar la enseñanza haciéndola al propio tiempo más asequible a todos los niveles de cultura.

### *Volumen XII, número 1 (1973)*

La Revista de la Société de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre, publica en su Sección de Estudios, un trabajo de H. HARRIS (U.S.A.) sobre «Las armas modernas y las leyes de la guerra terrestre» en que se aborda una vez más el problema existente entre las necesi-

dades militares y los imperativos humanitarios; siendo norma tradicional que el objeto de la guerra es vencer al enemigo; todo aquello que excede de tal propósito es innecesario y por ende moralmente ilícito, de ahí el movimiento por una humanización de la guerra, mediante una interpretación restrictiva del principio de la necesidad militar. El problema adquiere particular importancia en lo relativo a la destrucción de bienes enemigos como ha ocurrido con frecuencia al ser evacuadas ciudades cuya caída se consideraba inminente, como medio de restarle recursos al enemigo, mediante el incendio u otro medio de destrucción; en este punto prevalece la opinión «que sólo cuando sea exigido imperiosamente por las necesidades de la guerra» puede justificarse la destrucción masiva de los bienes enemigos. Como puede apreciarse hay una falta de delimitación entre estos principios antagónicos por lo que el autor propugna la implantación de normas prácticas que al menos reduzcan esta distancia que parece insalvable entre las normas jurídicas internacionales y las exigencias naturales de la guerra.

E. ROSENBLAD (Suecia) aborda un tema de gran interés cual es el relativo a la «guerrilla» y el Derecho internacional. Por lo que respecta a los combatientes entre dos o más Estados, las reglas de La Haya (1907) establecen la protección de los miembros de las fuerzas armadas regularmente organizadas y bajo ciertas condiciones también se extiende tal protección a las milicias y cuerpos de voluntarios militarmente organizados. Las Convenciones de Ginebra de 1949, partiendo de igual supuesto amplían la protección concediéndole el estatuto de «prisioneros de guerra» a los «movimientos de resistencia» siempre que cumplan determinados requisitos; estar mandados por una persona que se haga responsable de la conducta de sus subordinados; lleven un signo distintivo reconocible a distancia; porten armas abiertamente y se comporten con arreglo a las leyes y usos de la guerra. La Convención mencionada no es pues aplicable a aquellos combatientes que no cumplen estas condiciones y éste es precisamente el caso de la mayor parte de los que practican la llamada guerra de «guerrillas» que por tal motivo no alcanza a la protección dispensada a los prisioneros de guerra. Pero, como se indica en otra parte de este número, una protección mínima puede serles otorgada por aplicación del artículo 3.º, común a las cuatro Convenciones de Ginebra, según el cual las personas enumeradas deben en todo caso ser tratadas con humanidad y establece una serie de prohibiciones específicas en favor de tales prisioneros. De una parte el criterio que ha prevalecido tradicionalmente, es el de reconocer la categoría de combatientes exclusivamente a aquellas personas que estaban autorizadas legalmente para llevar a cabo operaciones militares en nombre del Estado, pero los conflictos armados surgidos con posterioridad a la segunda guerra mundial, los combatientes participan en una guerra «total» en la que en mayor o menor grado interviene toda la población esté o no encuadrada en unidades regulares,

carácter que preside las guerras modernas, las consecuencias de la misma se dejan sentir por igual tanto sobre los combatientes como sobre la población civil; así ocurre con los bombardeos aéreos sobre poblaciones civiles, por el bloqueo que priva de suministros a toda una ciudad o un país, por la propaganda psicológica mediante el empleo de amenazas dirigidas a la parte más débil de la población, etc. Todo ello se ha puesto de manifiesto desde la segunda guerra mundial; basta citar los nombres de Argelia, Filipinas, Indochina, Cuba, Nigeria y Oriente Medio, que ponen de manifiesto la dificultad de aplicar las normas existentes a los simples combatientes que participan en una guerra de «guerrillas» (valga la tantología). La mayoría de los combatientes de «guerrillas» no cumplen todas las condiciones exigidas por las Convenciones para la aplicación del estatuto de prisioneros de guerra y buena prueba de ello se encuentra en la dificultad de combinar la táctica de «sorpresa» propia de la guerrilla con la exigencia de las condiciones antes señaladas como es la de llevar los combatientes, signos distintivos que les hagan reconocibles a distancia.

Las Convenciones tampoco contemplan la necesidad de proteger a la población civil que se encuentra en la zona de conflicto, lo que origina gravísimos perjuicios para su seguridad.

Por todo ello se hace necesario establecer nuevas reglas de Derecho internacional que revisen las actuales condiciones exigidas para el reconocimiento a favor de los combatientes, del estatuto de prisioneros de guerra, todo lo cual será objeto de estudio por el Comité Internacional de la Cruz Roja, según se tiene ya anunciado. (F. M. S.)

## Información

### V Congreso Internacional de Dublín (Irlanda) de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, celebrado durante los días 25 al 30 de mayo de 1970.

El Congreso tuvo por objeto el estudio de dos cuestiones principales; el problema de la obediencia militar en relación con el derecho penal interno y el derecho de la guerra y de otra parte el estudio de una definición de los conceptos de «guerra» y «combatiente», a tenor de la evolución reciente de ambos conceptos.

El primer tema relativo a la obediencia militar en relación con el derecho penal interno y el derecho de la guerra preocupa hondamente a todos aquéllos que se enfrentan con la organización de las fuerzas armadas para la defensa del país pues la obediencia militar a las órdenes de un superior es un supuesto necesario en toda organización militar, mas en la práctica, la aplicación en principio puede ofrecer dificultades, naturalmente con referencia al cumplimiento de órdenes «manifiestamente ilegales» habiéndose discutido tal posibilidad y las implicaciones legales a que pueda dar lugar en este último supuesto, tanto en el caso de cumplimiento como de incumplimiento. El primer punto del cuestionario propuesto era el relativo al derecho de dar órdenes y el deber de obedecerlas según el derecho penal interno y desde el punto de vista internacional o del derecho

de gentes. El informe general estuvo a cargo de Sahir Erman Profesor de derecho penal y de derecho penal militar en la Universidad de Estambul (Turquía), estando los informes remitidos por los diversos países a cargo de M. Veuro (Italia), Stubbs (Gran Bretaña), Zvi Hadar (Israel), Papadatos (Grecia), Nyholm (Dinamarca), Monsen (Noruega), Wampach (Luxemburgo), y Teniente Coronel Kersten (Holanda). Todos los «rapports» han sido publicados en la Revista de la «Société de Droit penal militaire et de droit de la guerre» en el número X-1, correspondiente al año 1971.

El segundo de los temas propuestos al Congreso era el relativo a la noción de «guerra» y de «combatiente» en los conflictos modernos particularmente a la vista de la evolución reciente de ambos conceptos. Particular interés ofrecía el tema relativo al denominado «estatuto del combatiente»; la distinción entre combatiente y no combatiente; entre combatiente «lícito» e «ilegítimo» acerca de cuyos temas hizo una interesante exposición el Coronel G.I.A.D. Draper. El «rapport général» fue redactado por el Profesor de la Universidad Católica de Milán,

## INFORMACIÓN

Balladore Pallieri y expuesto por el General (C.A.) Pietro Verri, estando las ponencias a cargo de Van Gerven (Bélgica) doctor Moritz (Alemania Federal) M. Paucot y M. Léauté (Francia) F. K. Green (Estados Unidos) y Moss, Terra Ururahy y Guei-

ros Leite, por Brasil. El discurso de clausura fue pronunciado por O. Dal-  
laigh, Chief Justice of Irlanda. Los distintos estudios y ponencias han sido publicados por la mencionada revista en el número X-2, de 1971. (F. M. S.)

### Seminario de Derecho Humanitario. San Remo (6-18 de noviembre de 1972.

Por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario se celebró un seminario sobre la enseñanza del derecho humanitario en los institutos militares al que asistieron relevantes personalidades, que discutieron sobre los diversos asuntos sometidos a debate. El citado Instituto constituye una organización surgida en 1970 por iniciativa de personas interesadas en la difusión de las normas de derecho humanitario, asociación que ha merecido el apoyo de entidades estatales y la adhesión entusiasta de estudiosos del derecho internacional. Tiene por objeto principalmente, fijar los límites de la acción bélica y la protección de ciertas categorías de personas durante los conflictos armados (heridos, prisioneros, civiles) proscribiendo el empleo de métodos contrarios al derecho humanitario respecto de las citadas personas expuestas a medidas de represalia, crueldad, malos tratos, abandono, marchas forzadas o cualquier género de discriminación.

Intervinieron en los coloquios desarrollados con tal motivo bajo la dirección del General Ottavio Orrechio; el Coronel Draper, Profesor de Estudios Jurídicos en la Universidad de Sussex (Gran Bretaña) Jean

Pictet, Vicepresidente del Comité Internacional de la Cruz Roja; Henry Bosly, Abogado General del Tribunal Militar (Bélgica); Jovica Patrnogic; Profesor de la Universidad de Ginebra, y Paul de la Pradelle, Director del Instituto de Estudios Políticos de Aix en Provence, entre otros. Las sesiones tuvieron lugar en Villa Nobel, sede del Instituto Internacional de Derecho Humanitario, en la ciudad de Sanremo (Italia).

Como resultado de los trabajos realizados se acordó tomar la resolución que literalmente transcribimos a continuación:

1. La adaptación de las Convenciones de La Haya de 1907 sobre el derecho de la guerra a las reglas formuladas por las Convenciones de Ginebra de 1949.

2. Harmonizar las reglas contenidas en el Pacto de las Naciones Unidas sobre derechos civiles y políticos y en la Convención europea sobre derechos humanos con las reglas contenidas en la Convención de Ginebra de 1949.

3. La elaboración de proyectos de protocolos adicionales en relación con el artículo 3 de dichas Convenciones que contenga:

- a) La competencia de autorida-

## INFORMACIÓN

des imparciales como el Tribunal Internacional de Justicia, para declarar en relación con el citado artículo, la existencia de un conflicto armado.

b) La distinción entre actos amparados por el derecho de la guerra y crímenes realizados contra personas inocentes, como desviación de aeronaves en vuelo, presa de rehenes, violación de inmunidades diplomáticas que hacen indignos a sus autores del trato dispensado a los comitentes.

4. Mejoramiento de los medios de información para ilustrar a la opinión pública sobre un mejor conocimiento de las normas de derecho humanitario utilizando cuantos

medios tecnológicos sean aconsejables, mediante;

a) reglamentos internacionales y nacionales sobre el derecho de la guerra y norma que repriman las infracciones.

b) Decisiones judiciales internacionales y nacionales que condenan a los autores de tales infracciones.

5. La adopción de acuerdos según las directivas de la Convención europea sobre funciones consulares, para incrementar el respeto a las reglas del derecho internacional humanitario.

6. Estudio de los medios susceptibles de procurar una asistencia legal gratuita a las personas privadas de la protección consular de sus países de origen (F.M.S.)

### VI Congreso Internacional de La Haya, de la *Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra*, celebrado durante los días 22 al 25 de mayo de 1973.

Organizado por la citada sociedad y bajo la Presidencia de M. John Gilissen, Presidente de dicha Entidad y Profesor de Universidad en Bruselas, se desarrolló en las citadas fechas un programa consagrado al estudio de dos temas principales; el primero relativo al «Alto el fuego» tema del que fue Ponente Mme. Bastide, Profesora de la Universidad de París y Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas de Francia. En el tema expuesto intervinieron el Coronel Draper, de Gran Bretaña; General P. Verrì, de Italia; H. Bosly de Bélgica; W. L. Williams, de Estados Unidos y F. Green, de la misma nacionalidad; la Presidencia de esta primera sesión estuvo a cargo de

don Eduardo de Nó Louis, Vicepresidente de la Sociedad y Consejero Togado.

La segunda sesión se ocupó del tema «Ejecución de penas privativas de libertad impuestas a militares: individualización de su tratamiento» del que fue Ponente el doctor Hansheinrich Jescheck, profesor de la universidad de Friburgo y Director del Max-Planck Instituto; intervinieron en el desarrollo del tema el Coronel R. Mayerus, de Bélgica, y Capitán P. Weinberg, de Estados Unidos.

Entre otros «rapports» sobre tan interesante tema se presentó el del Coronel Auditor, don Francisco Jiménez Jiménez, en colaboración con el Teniente Auditor, don Jesús Cejas

## INFORMACIÓN

Mohedano, que expusieron el punto de vista de nuestra legislación con respecto a este problema. Dicha sesión fue presidida por Vittorio Veutro, y George S. Prugh, Vicepresidentes de la Sociedad.

Al margen de estas dos sesiones se reunieron comisiones especializadas para el estudio de diversos problemas y entre otros los relacionados con la protección de la vida humana en los conflictos armados, engaños y ardidés de guerra, derecho disciplinario militar y criminología militar.

En la sesión de apertura dio la bienvenida a los asistentes en nombre del Gobierno Holandés, M. M. J. P. D. Barón van Harinxma

Thoe Slooten, Director de los Servicios Jurídicos del Ministerio de la Defensa.

Terminadas las sesiones de trabajo se reunió la Asamblea general de socios y se procedió a la elección del nuevo Consejo de Dirección que quedó constituido en la forma siguiente: Presidente, Paucot (René); Vicepresidentes, de Nó Louis (Eduardo); Veutro (Vittorio); Prugh (George S.) y Hinz (Joachim); Secretario General y Director de la Revista, Bosly (Henri), y Tesorero, Kalshoven (Frits). Finalmente fueron designados como Presidente y Secretario de Honor, respectivamente Gilisen (John) y Leaute (Jacques). (F. M. S.)

### VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio.

Se han celebrado en Sevilla, durante los días 24 al 29 del pasado mes de septiembre, las VII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Aeronáutico y del Espacio, organizadas por el Instituto Iberoamericano de Derecho Aeronáutico y del Espacio y de la Aviación Comercial.

Pertenecen a este Instituto 296 especialistas y estudiosos de esta rama del Derecho del mundo Iberoamericano.

Los trabajos científicos de las jornadas se distribuyeron en las siguientes Ponencias:

1. Problemas legales sobre la detección de recursos naturales desde el espacio exterior.
2. El charter aeronáutico.
3. Cuestiones jurídicas y económicas actuales en relación con los seguros.

#### 4. Actualidad jurídica aeronáutica.

La primera ponencia estudió la problemática de la detección de recursos naturales desde el espacio exterior. Dicha detección debe estar regida por los principios y normas contenidas en el Tratado del Espacio y otros instrumentos internacionales, siendo necesario concluir un Convenio multilateral de carácter específico sobre estas actividades y abierto a todos los Estados.

La Asamblea Extraordinaria del Instituto organizador de las Jornadas aprobó por aclamación una declaración sobre este tema, que por razón del histórico lugar donde fue formulada, se acordó denominar «Declaración de la Rábida», que se presentará a la Subcomisión de Asuntos Jurídicos de la Comisión

## INFORMACIÓN

sobre la utilización del espacio ultraterrestre.

La regulación jurídica de los vuelos «Charter», objeto de la segunda ponencia, aparece como necesidad derivada del progresivo desarrollo alcanzado en los últimos tiempos por este tipo de transporte.

Ello interesa no solamente al derecho aeronáutico, sino de modo fundamental a la navegación aérea comercial en todos sus aspectos y singularmente, en el económico y político.

Al reglamentarse el transporte «charter» debe tenerse presente su peculiaridad, como forma especial de transporte que obedece a motivaciones, presenta características, satisface necesidades y cumple fines muy diferenciados dentro del amplio campo de la navegación aérea.

Se estudiaron dentro del seguro aeronáutico sus circunstancias específicas así como la internacionalidad, característica ésta propia de

toda institución aeronáutica, que confiere a estos seguros aspectos singulares sin olvidar que pertenecen al ámbito genérico del contrato de seguro.

Es preciso una reglamentación de los mismos que abarque las distintas clases y circunstancias distintivas sin omitir la necesidad de implantar su obligatoriedad.

Por último, se trataron en las Jornadas algunas cuestiones sobre la actualidad jurídica aeronáutica, con especial referencia a la Asamblea Internacional de la O.A.C.I. y conferencia diplomática celebradas en el mismo mes de septiembre en Roma relativas al apoderamiento ilícito de aeronaves.

Con las correspondientes ponencias se presentaron diversas comunicaciones y como resultado de las deliberaciones se aprobaron las conclusiones definitivas de las Jornadas. (M. B. N.)

# Legislación y Jurisprudencia

## I. LEGISLACION

### CODIGO DE JUSTICIA MILITAR.—SERVICIO MILITAR

#### **LEY 14/1973, sobre negativa a la prestación del Servicio Militar**

La declaración VII del Fuero de los Españoles proclama, a título de honor, la obligación de servir a la Patria con las armas, obligación que tradicional y universalmente se considera el primer y principal deber del ciudadano con la nación a que pertenece, y que en España se halla reiterado y desarrollado en la Ley General del Servicio Militar de veintisiete de julio de mil novecientos sesenta y ocho.

El legislador no ha previsto el tratamiento penal de la negación expresa a cumplir esta obligación. Pero desde hace algún tiempo se repite, de forma esporádica y limitada, el hecho de reclutas que al incorporarse a Cuerpo se niegan a vestir el uniforme, hecho que se ha venido castigando con arreglo al artículo trescientos veintiocho del Código de Justicia Militar como desobediencia a superior, lo que ha dado lugar a que cumplida la pena y devueltos al Ejército respectivo, en mérito de las accesorias, se haya repetido el hecho, provocándose así una serie de condenas sucesivas, cuyo final sólo puede preverse con la llegada de la edad en que se pasa a situación de licencia absoluta, si antes no se contrae una causa de inutilidad.

Bien se advierte que la acción finalista del agente no es el mero desacato a la orden particular del superior de que vista el uniforme, sino el más amplio propósito deliberado de dejar incumplida, en términos absolutos, aquella primordial obligación de servir a la Patria con las armas. Por ello se hace preciso llevar a nuestro ordenamiento penal militar este tipo delictivo, constituido por la expresa negativa a prestar el servicio militar. A tal efecto se señalan las penas adecuadas, según el hecho tenga lugar en tiempo de paz o en tiempo de guerra o territorio declarado en tal estado; se establece la correspondiente exclusión del servicio en cada supuesto por cumplimiento de la condena, ya que la infracción del deber de prestarlo es precisamente la

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

razón de penalidad, y se incluye como efecto de ésta la incapacidad que para el ejercicio de derechos, cargos y funciones públicas y para el establecimiento de relaciones contractuales y laborales con Entidades públicas, señala el artículo 108 de la Ley General del Servicio Militar, y para ejercer la docencia y obtener licencia de uso y tenencia de armas, reduciendo la posibilidad de rehabilitación a la retractación efectiva de su conducta delictual.

En su consecuencia, se incluye en el texto vigente del título XII, tratado II del Código de Justicia Militar, un capítulo V bis, bajo la rúbrica «negativa a la prestación del Servicio Militar», integrado por el artículo 383 bis, redactado en los términos que en la parte dispositiva se expresan.

En su virtud, y de conformidad con la Ley aprobada por las Cortes Españolas, vengo en sancionar:

Artículo único. Se incluye en el texto vigente del título XII, tratado II del Código de Justicia Militar, un capítulo V bis, bajo la rúbrica «negativa a la prestación del Servicio Militar», integrado por el artículo 383 bis, con el siguiente texto:

### CAPITULO V BIS

#### NEGATIVA A LA PRESTACION DEL SERVICIO MILITAR

##### *Artículo 383 bis.*

El español que, declarado Soldado o Marinero útil rehusara expresamente, y sin causa legal, cumplir el servicio militar, será castigado:

1. Con la pena de tres años y un día a ocho años de prisión si el hecho ocurriera en tiempo de paz.

2. Con la pena de reclusión si se cometiere en tiempo de guerra o en territorio declarado en estado de guerra, salvo lo que dispongan los bandos que dicten las autoridades militares competentes.

Dichas penas no llevarán consigo las accesorias militares previstas en los artículos 218 y 219 del presente Código, pero sí las demás que correspondan y la incapacidad del condenado, mientras no se rehabilite, para ejercer derechos políticos, ostentar cargos y funciones públicas y para establecer relaciones laborales y contractuales de todo orden con Entidades públicas o subvencionadas o intervenidas por el Estado, con Entidades paraestatales autónomas y con las Corporaciones de Administración Local, así como para la docencia y para obtener permiso de tenencia y uso de armas. La rehabilitación sólo podrá obtenerse mediante el cumplimiento efectivo de las obligaciones militares, que podrá solicitarse en cualquier momento desde que se inicia el sumario hasta la fecha en que el condenado alcance la edad de la licencia absoluta, y que en ningún caso será objeto de las reducciones previstas en el artículo 62 de la Ley reguladora del Servicio Militar. Cum-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

plido el período de servicio en filas se declarará también cumplida la condena de quienes no la hubiesen terminado por incorporarse a aquél antes de su término.

Una vez cumplida la condena impuesta, el penado quedará excluido del servicio militar, excepto en caso de movilización por causa de guerra o declaración de estado de guerra.

### DISPOSICIONES TRANSITORIAS

Respecto de las causas iniciadas y aún no concluidas y de las condenas en curso de cumplimiento por hechos comprendidos en la presente Ley, se estará a lo siguiente:

Primera.—En las causas que se hallen en tramitación se aplicará la norma penal más favorable, y para su determinación se dará audiencia al procesado, asistido de su defensor, para que opte por la aplicación de uno u otro preceptos y sin que se retrotraiga el trámite procesal, se proseguirán las actuaciones hasta la celebración del Consejo de Guerra.

En aquellas causas en que haya recaído sentencia que se encuentre pendiente de aprobación se dará audiencia al procesado en la forma expuesta, y de optar por la aplicación de esta Ley, se dispondrá la celebración de un nuevo Consejo de Guerra, con anulación de la sentencia recaída.

Si el reo hubiese sido ya condenado en otro u otros procedimientos, se estará a lo establecido en la transitoria tercera.

Segunda.—Los condenados, en una o varias causas, a penas de tres años y un día o ms de privación de libertad y que lleven cumplido como mínimo ese tiempo, podrán solicitar de la autoridad judicial la aplicación de la presente Ley, con los efectos dispuestos en la misma.

La Autoridad Judicial, con su Auditor, oyendo previamente al Fiscal Jurídico-Militar, conmutará la condena o condenas impuestas, por la que lleve efectivamente cumplida, declarará su exclusión del servicio militar, su incapacidad en los términos previstos y ordenará su inmediata ex-carcelación.

Tercera.—Los condenados en una o varias causas a penas que, sumadas, no alcancen los tres años y un día de privación de libertad efectivos, seguirán cumpliendo normalmente su condena. Si al término de ésta incurriesen en el delito previsto en la presente Ley, la autoridad judicial, con las mismas formalidades y audiencias a que se refiere la disposición anterior, dispondrá que, para el cumplimiento de la pena que en su caso se imponga, se abone el tiempo que el reo hubiese estado privado de libertad como consecuencia de la condena o condenas anteriores.

**LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

**DISPOSICION ADICIONAL**

El Gobierno dictará las disposiciones necesarias para el cumplimiento de la presente Ley.

**DISPOSICION FINAL**

La presente Ley entrará en vigor el día de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

Dada en el Palacio de El Pardo a diecinueve de diciembre de mil novecientos setenta y tres.

**FRANCISCO FRANCO**

El Presidente de las Cortes Españolas,

**ALEJANDRO RODRÍGUEZ DE VALCÁRCEL Y NEBREA**

## II. JURISPRUDENCIA

### A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

#### 1. Sentencia de 12 de enero de 1972.—Resistencia a fuerza armada.—Artículo 186, 9.º, Código Justicia Militar.—Daños.—Responsabilidad Civil.

*Primer resultado.*—Que el Consejo de Guerra ordinario, reunido en la Plaza de Santa Cruz de Tenerife el día 18 de marzo de 1971, dictó sentencia por la que se condena al procesado B. P. L., paisano, sin antecedentes penales y en libertad provisional, a la pena de un mes y un día de arresto mayor y accesorias correspondientes como autor de un delito de insulto a la Fuerza Armada previsto y penado en el Artículo 310 del Código de Justicia Militar, con la circunstancia atenuante calificada segunda del Artículo 189 en relación con la eximente primera del Artículo ciento ochenta y cinco del mismo texto legal .

*Segundo Resultado.*—Que notificada la sentencia el Fiscal, procesado y Defensor, ninguna de estas partes hizo uso de su derecho de recurrir en impugnación del fallo. En cambio, la Autoridad Judicial y su Auditor, aceptando los hechos y calificación jurídica de la sentencia, estimaron que el Consejo de Guerra había incidido en error de derecho, por inaplicación del penúltimo párrafo del artículo doscientos treinta y nueve del Código de Justicia Militar en relación con el cuatrocientos trece. En su virtud denegaron la aprobación de la Sentencia y acordaron la elevación de los autos a este Consejo Supremo, a fin de que subsanado el error advertido, se dictase contra el procesado condena de dos meses y un día de arresto mayor con las accesorias y declaración de responsabilidad civil que en la misma resolución determinan.

*Tercer resultado.*—Que recibidos los Autos en este Consejo Supremo de Justicia Militar,

el Excmo. Sr. Fiscal Togado, ratificándose en su informe escrito y adhiriéndose a los razonamientos de la Autoridad Judicial y su Auditor de que se deja mención en el Resultado anterior, solicitó se impusiese al procesado el correctivo de dos meses y un día de arresto mayor, con las accesorias y declaración de responsabilidad civil propuestas por aquellos.

El Defensor solicitó la absolución del procesado.

*Cuarto resultado.*—Que estudiados los Autos y oídas las respectivas alegaciones de las partes, esta Sala establece como más ajustados a la

resultancia de la prueba y modificando parcialmente los apreciados por el Consejo de Guerra, los siguientes hechos probados:

Sobre las tres horas y treinta minutos del día diecinueve de julio de mil novecientos setenta, la pareja de la Guardia Civil, en acto de servicio integrada por los guardias segundos F. J. G. y J. H. S., al llegar al lugar conocido por Peniche encontraron la carretera obstruida por un coche y un grupo de personas que discutían y se peleaban, entre las cuales se encontraba el procesado B. P. L. Procedieron los guardias a dispersar a la gente y tomar el nombre de los alborotadores, pero cuando para ello se dirigieron al procesado, éste arrebató al guardia F. J. G. de sus manos la libreta en que iba anotando los nombres, y se dio a la fuga. En su persecución salió corriendo el guardia F. J. G. que logró darle alcance, pero al aprehenderlo y sin que conste que el B. P. L. emplease violencia contra el Guardia, ambos cayeron y rodaron por una ladera pedregosa. Reducido el procesado fue detenido y recuperada la libreta. En su caída, el Guardia F. J. G. sufrió luxación del hombro derecho y otras erosiones, habiendo curado totalmente sin deformidad ni merma de su aptitud para el trabajo y utilidad para el servicio, el día diecinueve de agosto fecha en que fue dado de alta. También el procesado resultó con erosiones leves que después de la primera cura no necesitaron asistencia facultativa. No se acredita en Autos que el procesado obrase bajo el influjo de notable alteración de sus facultades, producida por la embriaguez alegada, que ha de estimarse concurre solamente con carácter leve.

El guardia civil F. J. G. invirtió en su curación la cantidad de mil cuatrocientas setenta y una pesetas con dieciséis céntimos, habiéndole por otra parte quedado inservible la guerrera por los desgarros sufridos por lo que hubo de gastar dos mil novecientas pesetas, en la adquisición de una nueva. Asimismo se adeudan al doctor don G. G. G. la cantidad de dos mil pesetas, por atenciones prestadas a ambos lesionados. El procesado carece de antecedentes penales.

*Considerando.*—Que en principio es acertado el criterio de la Autoridad Judicial y su Auditor al señalar como defecto de la Sentencia del Consejo de Guerra la indebida inaplicación del artículo doscientos treinta y nueve, en su penúltimo párrafo del Código de Justicia Militar y consecuentemente la del artículo cuatrocientos quince (aunque por error material se cita el cuatrocientos trece) del mismo Código. En efecto la apreciación hecha en la Sentencia de la eximente incompleta segunda del artículo ciento ochenta y nueve como atenuante calificada, autoriza al Tribunal, según el artículo ciento noventa y tres a imponer la pena inmediatamente inferior a la señalada al delito que es la de seis meses y un día a seis años de prisión (artículo trescientos diez). Dicha pena inmediatamente inferior ha de determinarse con arreglo al artículo doscientos treinta y nueve que en su penúltimo párrafo, dice procede imponer el arresto correspondiente a falta grave, a cuya infracción quedará equiparado el hecho, a efectos de pena-

lidad. Y siendo de dos meses y un día a seis meses la duración del arresto correspondiente a las faltas graves, es evidente el error del Consejo de Guerra al descender a la pena de un mes y un día de arresto mayor.

Sin embargo, ha de advertirse que para la correcta aplicación en el presente caso, de dicho criterio sería necesario partir de la concurrencia efectiva de la eximente incompleta que se aplica, esto es, se aceptase en esta sentencia como hecho probado la declaración hecha por el Consejo de Guerra en el sentido de que el procesado se encontraba en el momento de delinquir en un estado de intoxicación alcohólica de tan grave intensidad que afectase gravemente a su conciencia y libertad convirtiéndole en un semi-imputable.

*Considerando.*—Que del análisis crítico de la prueba que consta en autos, no se deduce la certeza ni aún la mera probabilidad de que el procesado en el momento de delinquir hubiere estado afectado de un trastorno mental de tal magnitud, provocado por su estado de embriaguez, que le afectase a su conciencia y libertad en términos tales que su responsabilidad quede aminorada con el efecto de una eximente incompleta.

En relación con esta probación ha de destacarse que las únicas referencias a tal estado existentes en la Causa, son las manifestaciones del procesado, no apoyadas ni confirmadas total o parcialmente por ninguno de los testigos, a pesar que entre estos figura un hermano suyo. Y aún tales referencias son vagas y genéricas, así en el folio nueve, dice «que estaba un poco cargado», que tenía unas copas de vino por ser las fiestas» y en el acto del Consejo, folio sesenta y cuatro, «que tenía unas copas... y que por ello no recuerda nada». Reconocido aquella misma madrugada por el médico Dr. G. G., éste certificó que el procesado padecía leves erosiones, pero en su certificado omite toda referencia a la apreciación de síntomas de intoxicación alcohólica, ni grave ni leve, ni vestigio alguno que de haberle padecido hubiera podido y debido ser apreciada en momento tan inmediato.

*Considerando.*—Que en función del precedente razonamiento el procesado B. P. L., es autor plenamente responsable del delito de insulto a fuerza armada en su modalidad de resistencia a obedecer sus órdenes, previsto en el artículo trescientos diez del Código de Justicia Militar.

A pesar de las lesiones sufridas en el transcurso de la consumación del delito por el guardia F. J. G., la Sala entiende que no hubo maltrato ni agresión ni el procesado empleó violencia directa contra él, según se deduce del testimonio de su compañero de pareja y aún del propio guardia. Faltando pues esta relación de causalidad, la realidad de tales lesiones sólo pueden ser tenidas en cuenta a los efectos de valorar las consecuencias del delito, en relación con la determinación de la pena según las prescripciones del artículo ciento noventa y dos del Código de Justicia Militar, si bien en este caso se

compensaran con la concurrencia de la atenuante genérica de ligera embriaguez aplicable con el carácter analógico que prescribe el número nueve del artículo ciento ochenta y seis, y la buena conducta y antecedentes del procesado.

*Considerando.*—Que toda persona responsable criminalmente lo es también civilmente en relación con las consecuencias dañosas del delito y a estos efectos debe ser tenida en cuenta la observación hecha por el Auditor en su dictámen, en el sentido de que no debe conceptuarse como responsabilidad civil, la obligación del procesado de satisfacer los gastos de su propia curación.

*Vistos* los preceptos legales citados, artículos doscientos diecisiete, doscientos veintidós, doscientos treinta y seis, ochocientos treinta y siete y concordantes del Código de Justicia Militar,

*Fallamos* que con revocación de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra que vio y falló la presente Causa, declaramos que debemos condenar y condenamos al procesado B. P. L., a la pena de *seis meses y un día de prisión*, con sus accesorias legales de suspensión de todo cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, como autor del delito de Resistencia a obedecer las órdenes de fuerza armada previsto en el artículo trescientos diez del Código de Justicia Militar y le hacemos abono de toda la prisión preventiva sufrida en esta Causa. Y en concepto de responsabilidad civil, le obligamos a satisfacer al guardia civil F. J. G., las cantidades de mil cuatrocientas setenta y dos pesetas, importe de una parte de los gastos de curación y dos mil novecientas pesetas por los daños sufridos en su guerrera. Igualmente, le obligamos al pago de los gastos de curación del guardia, debidos al facultativo Dr. G. G.

## **2. Sentencia de 10 de febrero de 1972.—Delito contra los deberes de centinela: Artículo trescientos sesenta y cuatro. Recurso de revisión (núm. 6.º Art. 954 del C. J. M.).**

*Primer resultando.*—Que, en Consejo de Guerra ordinario se condenó al procesado A. S. N., cuyo verdadero nombre es A. M. S., legionario del Tercio Sahariano D. Juan de Austria III de la Legión como autor de un delito consumado contra los deberes del centinela, previsto y penado en el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código de Justicia Militar, sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal a la pena de tres años y un día de prisión militar, con la accesorias de destino a cuerpo de disciplina por el tiempo que en su caso le restase de servicio militar obligatorio con arreglo a la Legislación de Reclutamiento, con pérdida para el servicio y de antigüedad de un período de tiempo igual al de la condena, sirviéndole de abono la prisión preventiva sufrida y sin que fueran de exigir responsabilidades civiles, absolviéndole libremente del delito de fraude por el que

venía acusado. Sirvieron de base a tal condena los siguientes hechos: «Que el tres de agosto de mil novecientos sesenta y nueve, sobre las cinco quince horas aproximadamente, el procesado Legionario A. S. N., que se encontraba de centinela en el Acuartelamiento de su Unidad en Smara, se ausentó de su servicio sin permiso alguno de Superiores, dejando en el puesto el armamento y llevando consigo la dotación de munición de que estaba provisto, siendo aprehendido sobre las ocho treinta horas del propio día por el Oficial de Servicio cuando circulaba por la pista de Smara al Aaaiún, recogándole la munición mencionada. El procesado, a quien le habían sido leídas las Leyes Penales Militares, carece de antecedentes penales. La expresada sentencia fue declarada firme por aprobación del Capitán General de las Islas Canarias en 18 de mayo de 1970, de conformidad con el dictamen del Auditor de Guerra.

*Segundo resultando.*—Que según consta en la propia Causa (fol. 66) el encartado debería haber dejado extinguida su condena el día 15 de octubre de 1972, pero, como se desprende de los antecedentes que obran en este Consejo Supremo, se informó favorablemente por la Sala de Justicia el día 17 de septiembre del pasado año de 1971, una propuesta de libertad condicional a favor de este penado por haber extinguido las tres cuartas partes de su condena el 6 de agosto del indicado año.

*Tercer resultando.*—Que al folio 81 de la Causa figura un escrito dirigido por la Prisión Militar de Galeras, el 29 de noviembre de 1970 a la Autoridad Judicial de Canarias, en el que, refiriéndose a este recurso, cuyo verdadero nombre es según se indica el de A. M. S., se dice que ha sido declarado excluido total para el servicio por padecer «oligofrenia con edad mental inferior a doce años», y que en el folio 82 aparece copia de un certificado expedido por el Secretario del Tribunal Médico Militar de Cartagena, en el que se expresa la exclusión total para el servicio del citado Legionario por las razones antes indicadas, cuyo certificado lleva fecha de dieciséis de noviembre de mil novecientos setenta.

*Cuarto resultando.*—Que, a la vista de cuanto queda expuesto, se acordó por la Autoridad Judicial de Canarias, de conformidad con su Auditor (folio ochenta y cuatro), el desarchivo de la Causa ciento veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve y que se procediera al reconocimiento médico del encartado, figurando al folio ochenta y seis, certificado del correspondiente Tribunal Médico expedido el dieciocho de febrero de mil novecientos setenta y uno, en el que se hace constar que explorado por el Jefe de la Clínica de Neuro-psiquiatría, se aprecia que padece oligofrenia con edad mental inferior a doce años, considerando el Tribunal que «existe un insuficiente desarrollo de la inteligencia que afecta por tanto a su vida psíquica general» tratándose de «enfermedad que padece desde su nacimiento».

*Quinto resultando.*—Que el Auditor de Guerra de Canarias en dictamen de veintitrés de marzo del año en curso, emitió opinión en el

sentido de que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo novecientos cincuenta y nueve del Código Castrense, habiéndose tenido con posterioridad a la sentencia firme, conocimiento de pruebas indubitadas suficientes para evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas, lo que integra el caso sexto previsto en el artículo novecientos cincuenta y cuatro del mencionado Código como motivo de Recurso de Revisión, procedía la elevación a este Alto Tribunal, de las actuaciones, con propuesta de que se procediera a la revisión de dicha sentencia, dictándose si así resultara pertinente, otra nueva en la que se recoja la circunstancia eximente de la responsabilidad criminal del encartado y se acordara lo que procediera sobre responsabilidades y situación personal del mismo; criterio éste con el que se mostró de acuerdo el Capitán General de Canarias, interponiendo en consecuencia el recurso de revisión ya que así resultaba pertinente, acordando por otra parte que entre tanto recayera la superior resolución que corresponda, se internara al recluso en el Hospital Militar de Málaga.

*Sexto resultando.*—Que una vez las actuaciones en este Consejo Supremo, fue admitido a trámite el Recurso de Revisión formulado, por resolución de la Sala de treinta y uno de agosto del pasado año, pasando seguidamente las actuaciones al Sr. Fiscal Militar quien entiende que se está en el caso previsto en el número sexto del artículo novecientos cincuenta y cuatro del Código de Justicia Militar, ya que después de ser firme la sentencia condenatoria recaída en la Causa número ciento veintinueve de mil novecientos setenta y nueve, seguida en la Capitanía General de Canarias contra el legionario A. S. N., cuyo verdadero nombre es A. M. S., se han conocido pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas y, en consecuencia, según lo dispuesto en tercer párrafo del artículo novecientos setenta y dos de dicho Código, procede anular la sentencia firme motivo de revisión y devolver lo actuado a la Autoridad Judicial remitente, para que se tramite y falle de nuevo la Causa; y que el defensor designado de Oficio para que alegara lo que conviniese al derecho del encartado, ha formulado su escrito en el que, tras resumir la opinión sustentada por el Auditor y Capitán General de Canarias así como por el Sr. Fiscal Militar de este Consejo, entiende que la perturbación mental de que es víctima su defendido anula totalmente su responsabilidad y que, en cualquier caso, un sentido humanitario de la justicia aconseja atenuar las consecuencias del error padecido y, mientras la nueva Causa se tramita, parece oportuno que cobre urgente vida la propuesta de libertad condicional formulada a favor de su patrocinado.

*Primer considerando.*—Que, de acuerdo con el razonado informe del Sr. Fiscal Militar, y por sus propios fundamentos, se da en el caso que se examina, el motivo de revisión del número sexto del artículo novecientos cincuenta y cuatro del Código de Justicia Militar ya que, después de dictada la sentencia condenatoria que motiva el recurso,

se han conocido pruebas indubitadas suficientes a evidenciar el error del fallo por ignorancia de las mismas, por lo que, a tenor del párrafo tercero del artículo novecientos setenta y dos del mismo texto legal, procede declarar la nulidad de la sentencia firme motivo de revisión, recaída en la Causa número ciento veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve de la Capitanía General de Canarias y ordenar a la Autoridad Judicial de la misma que se transmite y falle de nuevo la Causa.

*Segundo considerando.*—Que al declararse la nulidad de la referida sentencia y quedar sin efecto todos sus pronunciamientos, debe acordarse la libertad provisional del condenado en ella legionario A. S. N. cuyo verdadero nombre es A. M. S. y que, asimismo, en cumplimiento de lo que disponen los artículos novecientos setenta y siete y novecientos setenta y ocho del propio Código de Justicia Militar, han de remitirse testimonios de esta sentencia a los Organismos Oficiales a la que se enviaron de la sentencia que se anula a fin de que sean cancelados los antecedentes que en ellos figuran como consecuencia de la misma.

*Tercer considerando.*—Que conforme ordena el artículo novecientos setenta y seis del Código Castrense, si en la nueva Causa que ha de tramitarse recayere sentencia imponiendo pena privativa de libertad al condenado, le servirá de abono para su cumplimiento la totalidad del tiempo de condena extinguida por razón de la sentencia que se anula.

*Vistos los artículos citados y demás de general aplicación.*

*Fallamos,* que, estimando el presente Recurso de Revisión declaramos que debemos anular y anulamos la sentencia firme dictada en la Causa número ciento veintinueve de mil novecientos sesenta y nueve de la Capitanía General de Canarias, por un Consejo de Guerra Ordinario reunido en el Aaiún el siete de abril de mil novecientos setenta, por la que se condenó al legionario A. S. N. cuyo verdadero nombre es A. M. S., como autor de un delito contra los deberes del centinela, previsto y penado en el artículo trescientos sesenta y cuatro del Código de Justicia Militar sin concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de tres años y un día de prisión militar, con la accesoria de destino a Cuerpo de disciplina por el tiempo que le restase del servicio militar obligatorio, con pérdida para el servicio y antigüedad de un periodo de tiempo igual al de la condena impuesta, sin que fueran de exigir responsabilidades civiles, y se absolvía libremente del delito de fraude por el que fue acusado; y ordenamos a la Autoridad Judicial de Canarias que se trasmite y falle de nuevo la Causa y si en la nueva sentencia que en ella se dicte resultara condenado el expresado legionario le sirva de abono para la pena que se imponga el tiempo de condena extinguido por razón de la Causa en que recayó la sentencia anulada; igualmente acordamos que sea puesto en libertad provisional el encartado y que en trámite de ejecución de sentencia, se remita testimonio de la presente a los

Organismos Oficiales en que pueden constar antecedentes de la sentencia anulada.»

### 3. Sentencia de 24 de mayo de 1972.—Delito de abandono de servicio.—Falta leve de embriaguez.

*Primer resultando.*—Que según se recoge en la sentencia recurrida, se desprende de las actuaciones que el día 19 de junio de 1970, sobre las 3 horas aproximadamente el procesado Cabo Legionario B. N. R., sin antecedentes penales, con notas desfavorables en su documentación militar, se encontraba mandando la patrulla nocturna de vigilancia del acuartelamiento de su Unidad, en Smara (Sahara), con instrucciones de extremar la vigilancia con motivo de algunas alteraciones del orden público producidas en días anteriores, se introdujo en el Bar González, sito aproximadamente a unos cien metros de dicho acuartelamiento, tomando algunas bebidas alcohólicas, manifestando al Cabo 1.º Legionario J. G. G., que se encontraba en el local, que subiese inmediatamente al acuartelamiento por orden superior; y llegando este al mismo y dada cuenta de su presentación al Cabo 1.º R. B. C., que se hallaba prestando servicio en la Guardia de Prevención, sospechó el Cabo 1.º B., alguna anomalía por lo que ordenó por medio de un compañero que el procesado regresara inmediatamente al acuartelamiento y encontrándolo embriagado, ordenó su relevo e ingreso en prevención.

*Segundo resultando.*—Que el Fiscal Militar en su escrito de conclusiones provisionales calificó los hechos como constitutivos de un delito de abandono del servicio del artículo trescientos cincuenta y ocho del Código de Justicia Militar, para el que pide la imposición de una pena de dos años de prisión militar con las accesorias correspondientes sin que haya lugar a declaración de responsabilidades civiles, en tanto que la defensa, consideró que los hechos constituían tan sólo una falta leve de embriaguez, justipreciada y sancionada por el Coronel Jefe del Tercio.

*Tercer resultando.*—Que practicadas otras pruebas y pasadas las actuaciones de nuevo al Fiscal Militar para su escrito de acusación, éste después de ofrecer su redacción de los hechos estima que no son constitutivos de delito, sino por el contrario de faltas leves por incumplimiento de sus obligaciones militares como jefe de patrulla del artículo 443 del Código de Justicia Militar y de embriaguez por primera vez estando de servicio del artículo 446 del mismo Cuerpo Legal de las que aparece como responsable el procesado Cabo Legionario B. N. R.

*Cuarto resultando.*—Que acordaba la vista y fallo de la Causa se reunió el Consejo de Guerra ordinario en la Plaza de Aaiún el día 17 de noviembre del pasado año 1971, ante el cual el Fiscal Militar y la Defensa se ratificaron en los escritos formulados en el procedimiento, declarándose probados los hechos que en la misma se consignan, se

absuelve libremente al procesado Cabo B. N. R., del delito que se le imputa, apreciándose la comisión de una falta leve de embriaguez estando deservicio que debe reputarse como falta grave de segunda embriaguez respecto a la cual se llama repetuosamente la atención de la autoridad Judicial a los efectos que en justicia procedan.

*Quinto resultando.*—Que el Vocal Ponente del Consejo de Guerra formuló voto particular en el que tras consignar una versión de hechos análoga a la recogida en la sentencia, estimó los mismos como legalmente constitutivos de un delito consumado de abandono de servicio previsto y penado en el artículo 358, número 3.º del Código de Justicia Militar, toda vez que el procesado, siendo militar al mando de una patrulla de vigilancia con expresas instrucciones de extremar ésta, se apartó de su Unidad, introduciéndose en un bar dónde tomó diversas bebidas alcohólicas, pase a la prohibición existente con carácter general de hacerle durante el servicio, lo que efectuó en tal medida que se le encontró en estado de embriaguez por un superior y en condiciones de no poder prestar al servicio que se había encomendado para el que hubo de relevársele, considerando en consecuencia como responsable de tal delito de abandono de servicio al procesado Cabo Legionario B. N. R., a quien debe imponérsele como tal un año de prisión militar con la accesoría de deposición de empleo.

*Sexto resultando.*—Que el Auditor de la Capitanía General de Canarias en su preceptivo dictamen, en su calificación jurídica, estimando que el Consejo de Guerra incurrió en evidente error de derecho, pues los hechos constituyen un delito de abandono de servicio previsto en el párrafo 1.º del artículo 358 y castigando en el número 3.º de dicho artículo, en cuento el delito tipificado en dicho precepto ha de estimarse no sólo en dejar o desamparar el servicio de armas que se haya podido encomendar por ausencia física del lugar sometido a vigilancia, sino asimismo por el hecho de buscar deliberadamente una situación psíquica que prive al sujeto de su capacidad de dedicación para la misión que le haya sido confiada, por lo que en virtud de lo expuesto considera precedente se disienta de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra y se condene al Cabo Legionario B. N. R., como autor de un delito de abandono del servicio previsto en el precepto antes mencionado, solicitando para el mismo la pena de un año de prisión militar con sus accesorías, así como el correctivo de tres meses de arresto militar como autor de una falta grave de segunda embriaguez estando de servicio.

*Séptimo resultando.*—Que la Autoridad Judicial de la Capitanía General, de Canarias, de acuerdo con el anterior dictamen de su Auditor, muestra asimismo, su disconformidad con la sentencia recaída, y considera los hechos como constitutivos de un delito de abandono de servicio previsto en el párrafo 1.º del artículo 358 y penado en el número 3.º del mismo, del que resulta autor el procesado Cabo Legionario B. N. R. que debe ser condenado a la pena de un año de prisión militar con la

accesoria de deposición de empleo y el efecto militar de pérdida para el servicio y antigüedad por un período igual al tiempo de la condena, acordando en consecuencia el disentimiento respecto de la repetida sentencia y la elevación de las actuaciones al Consejo Supremo de Justicia Militar con propuesta de que se dicte otra en que se condena al procesado a la referida pena por el expresado delito de abandono de servicio.

*Octavo resultando.*—Que recibidas las actuaciones en este Consejo Supremo, fue vista en Sala de Justicia ante la cual el Fiscal Militar se muestra concorde con el criterio del Auditor y Autoridad Judicial de la Capitanía General de Canarias, estimando la existencia de error de derecho en la sentencia disentido pues, los hechos —de acuerdo con lo mantenido por aquéllas Autoridades— deben ser calificados como constitutivos de un delito de abandono de servicio del artículo 358 del Código de Justicia Militar, así como una falta grave de embriagarse por segunda vez estando de servicio del artículo 439 del número 5 del mismo Cuerpo legal, por lo que deben condenarse al procesado en esta Causa Cabo Legionario B. N. R., responsable en concepto de autor de tales delito y falta, a la pena de un año de prisión militar con la accesoria de deposición de empleo y efecto de pérdida para el servicio y antigüedad por un período de tiempo igual al de duración de la pena y al correctivo de tres meses de arresto militar, siéndole de abono para el cumplimiento de ambas sanciones el tiempo en que se ha hallado privado de libertad.

*Primer considerando.*—Que de los hechos relatados en el primer Resultando de esta sentencia respecto de la que muestran su identidad sustancial el Consejo de Guerra, el Vocal Ponente en su voto particular, el Auditor y Capitán General de Canarias y, finalmente, el Fiscal Militar de este Consejo Supremo, se desprende la comisión de un delito de abandono de servicio de armas del artículo 358, párrafo 1.º, en relación con su número 3.º, del Código de Justicia Militar, en cuanto el Cabo Legionario B. N. R. desatendió a la patrulla cuyo mando ejercía, la cual tenía encomendada una misión muy concreta de vigilancia en circunstancias anormales derivadas de anteriores alteraciones de orden público, y que separándose de los miembros de la misma penetró en un establecimiento de bebidas alcohólicas, donde permaneció cierto tiempo haciendo consumiciones, por lo que incurrió al rezagarse injustificadamente, en el expresado delito de abandono de servicio, según se determina en sentencia de este Consejo Supremo de 5 de junio de 1951.

*Segundo considerando.*—Que el expresado delito de abandono de servicio de armas se comete no sólo por desatender el que se tiene encomendado mediante la ausencia física del lugar donde debe realizarse, sino igualmente al recaer mediante actos voluntarios, como la ingerencia de bebidas alcohólicas, en una situación psíquica de inferioridad, que impida al sujeto dedicar la necesaria atención a la misión que se le ha confiado, como en el presente caso ocurrieron al Cabo Legionario

N. R., quien tuvo que ser relevado del mando de su patrulla a causa de falta de capacidad para ejercerlo y desempeñar adecuadamente el servicio que tenía ordenado.

*Cuarto considerando.*—Que los hechos origen de las presentes actuaciones son asimismo constitutivos de una falta grave de embriagarse por segunda vez estando de servicio del artículo 439, número 5, del Código castrense, toda vez que el procesado ha sido ya corregido con anterioridad por la misma falta en 24 de junio de 1970.

*Quinto considerando.*—Que en el apreciado delito no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal.

*Sexto considerando.*—Que no obstante la ausencia de circunstancias modificativas, teniendo en cuenta que el artículo 192 del Código de Justicia Militar permite atender a la falta de trascendencia del daño producido, mayor o menor grado de perversidad del delincuente y condiciones personales que en el mismo concurren, las cuales en el presente caso, se concretan en sus veinte años de servicio con larga permanencia como legionario en el Sahara y los efectos que la misma hayan podido producir en la personalidad del procesado, constituyen circunstancias suficientes para imponer la pena señalada al delito en su menor extensión.

*Fallamos.*—Que debemos condenar y condenamos al procesado Cabo Legionario B. N. R. como autor de un delito de abandono de servicio de armas, a la pena de *seis meses y un día de prisión militar*, con la accesoria de deposición de empleo y efecto de pérdida de tiempo para el servicio por un período igual al de duración de la pena y asimismo, como responsable de una falta grave de segunda embriaguez estando de servicio al correctivo de *seis meses de arresto militar*, debiéndose abonar al procesado para el cumplimiento de tales pena y correctivo la prisión preventiva sufrida.

#### **DELITO CONTRA LA SALUD PUBLICA (341 Y 344 DEL CODIGO PENAL)**

#### **4. Auto, de 8 de marzo de 1972. Artículo setecientos cuarenta y seis del código de Justicia Militar.—Nulidad de las actuaciones.**

*Primer resultando.*—Que la causa número 151 de 1971 de la IX Región Militar, fue vista y fallada por el Consejo de Guerra ordinario reunido en la Plaza de Melilla el día 3 de diciembre de 1971, el cual, tras declarar hechos probados los que en su sentencia figuran, estimó que constituían un delito contra la salud pública definido y sancionado en los artículos 341 y 344 del Código Penal común del que consideró responsable al en ella procesado ex-cabo legionario J. M. P. con la concurrencia de la circunstancia agravante de reiteración del número 14,

artículo 10 del mencionado Código imponiéndole la pena de diez años y un día de prisión mayor y multa de 26.000 pesetas con las accesorias de suspensión de cargo público, profesión, oficio y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, la accesoria militar de deposición de empleo y el efecto especial de estar obligado al volver al Ejército a cumplir en Unidad disciplinaria el tiempo que le pudiera restar del servicio en filas, una vez extinguida la condena. Que el defensor del procesado al amparo del artículo 797 del Código de Justicia Militar, formuló escrito de alegaciones exponiendo la ausencia de pruebas materiales bastantes necesarias para evidenciar la realización por su defendido de los hechos integrantes del delito que estimó el Consejo de Guerra, así como el resultado contradictorio de la prueba testifical practicada. Que el Auditor de Guerra de dicha Región Militar, al cumplimentar lo dispuesto en el artículo 798 del Código Castrense y en virtud de las manifestaciones que expone y consideraciones legales que formula, especialmente en razón al hecho de haberse instruido al procesado otra causa, la número 755/70, por actividades análogas a las que fueron objeto de la Causa que dictaminaba y sobre todo a la escasa eficacia de la prueba testifical en aquella practicada, propuso a la Autoridad Judicial la no aprobación de la sentencia antes dicha, por estimar que el Consejo de Guerra incurrió en error notorio en apreciación de la prueba, al dar por aprobados hechos no averados, con arreglo a los principios de la sana crítica. Que el Capitán General dio su conformidad al dictamen del Auditor y acordó con fecha 15 de enero de 1972, la elevación a este Alto Tribunal de las actuaciones, en las que el Fiscal Togado en el trámite prevenido en el artículo 830 del Código de Justicia Militar, teniendo en cuenta, de manera especial las alegaciones formuladas por el Auditor en su disenso, hechas suyas por el Capitán General, de las que parece desprenderse que la actuación del procesado J. M. P., constituyó una manifestación de actividad delictiva análoga a la investigación en la Causa 755/70, que en la actualidad y en virtud del disenso producido en la misma se encuentra pendiente de señalamiento para su visita y fallo ante esta Sala de Justicia, estima que para una ponderada calificación y en su caso, sanción de conducta del procesado con los elementos de juicio suficientes, procedería la acumulación de la presente causa a la número 755/70 antes citada, con el fin de enjuiciar en unidad de acto y procedimiento el conjunto de la actuación del procesado en relación con los hechos imputados al mismo en ambos procedimientos.

*Segundo resultando.*—Que la causa 755/70, cuyo estado de trámite se señala en el resultado anterior, fue vista y fallada por el Consejo de Guerra Ordinario reunido en la plaza de Melilla el 25 de mayo de 1971, el cual tras aclarar como hechos probados los que así constan en dicha sentencia consideró que tales hechos no son constitutivos del delito imputado al procesado M. P. por lo que lo absolvió libremente del delito contra la salud pública del que venía siendo acusado, defini.

do en los artículos 341 y 344 del Código Penal y, al propio tiempo, llamó la atención de la Autoridad Judicial, respetuosamente a fin de que se dedujeran y cursaran los testimonios de particulares oportunos al magistrado Juez de Instrucción de Melilla que lo es del Juzgado de peligrosos sociales, por si procediera la iniciación de expediente para declarar a M. P. en estado peligroso y aplicarle las medidas de seguridad y rehabilitación de la Ley 16/70 de 4 de agosto, en vigor desde el 4 de juni de 1971. El Vocal ponente de dicho Consejo, al amparo del artículo 795 del Código Castrense, formuló voto particular por estimar que los hechos estimados probados debieran completarse con otros también probados a su juicio, consistentes en que M. P. adquirió 89 paquetes de grifa que contenían en total 1.020 gramos de dicha sustancia con ánimo de revenderlos para cuyo fin los tenía así dispuestos cuando fueron intervenidos en su domicilio en registro practicado por la autoridad jolicial, y calificó dichos hechos como un delito contra la salud pública en su modalidad de comercio de estupefacientes, previsto y penado en los artículos 341 y 344 del Código Penal; condenó a J. M. P. como autor de dicho delito con la agravante de reiteración a la pena de diez años y un día de Prisión Mayor y 26.000 pesetas de multa con las accesorias legales correspondientes; y por otrosí, propuso la recisión de compromiso de voluntario a M. P., que se librase testimonio de particulares al Juzgado de peligrosos sociales y que se sometiese a la consideración de la autoridad judicial la posible existencia de un delito de falso testimonio a favor del reo cometido por el testigo M. A. H. El Auditor de Guerra, en trámite regulado por el artículo 798 del Código Castrense tras mostrarse de acuerdo con el voto particular por estimarlo ajustado a derecho, propuso al Capitán General que no prestase su conformidad a la sentencia y que elevase los autos, previo los trámites legales a este Consejo Supremo de Justicia Militar para la resolución del disenso planteado lo que así hizo el Capitán General por Decreto de 22 de julio de 1971, y al mismo tiempo dispuso que el Juez instructor remitiera a su Autoridad sendos testimonios de particulares, uno de los cuales para remitir al Juzgado de Instrucción de Melilla por si procediera aplicar a J. M. las correspondientes medidas de seguridad y otro para servir de cabeza a la causa, que se ordenará instruir a N. A. H. por el presunto delito de falso testimonio en causa criminal. Que en el trámite que previene el artículo 830 del Código Castrense el Fiscal Togado, tras un estudio de las actuaciones entendiendo que no existen defectos esenciales de procedimiento, propuso a la Sala dictase sentencia de acuerdo con el voto particular del vocal ponente mientras que el defensor al cumplimentar el trámite previsto en el artículo 830 solicitó la confirmación de la sentencia.

*Tercer resultando.*—Que en la causa 755/70 y en período plenario, a los folios 124 y 124 vuelto aparecen las declaraciones de los cabos legionarios M. B., S. R., N. A. y N. S., interesadas en su escrito de conclu-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

siones provisionales por el defensor y aceptadas por el instructor sin que conste que para la práctica de tales diligencias de prueba fueran citados el fiscal jurídico Militar y el defensor del procesado que no asistieron a ellas ni una vez conocidas manifestaron su conformidad con las mismas.

*Cuarto resultando.*—Que por el Capitán General en 28 de septiembre de 1971 se ha remitido a este Consejo testimonio deducido de la causa 419/71 instruida por éste por el presunto delito de falso testimonio en causa criminal iniciada como consecuencia del voto particular del vocal ponente del Consejo de Guerra que vio y falló la citada causa 755/70.

*Primer considerando.*—Que en atención a cuanto se recoge en el segundo y tercero de los resultandos anteriores visto el artículo 746 del Código Castrense en relación con la forma en que debieron practicarse las diligencias a que se refiere el tercero de los resultandos es indudable que en dichas diligencias existen un evidente vicio de nulidad, por esta Sala, reponiendo las actuaciones al período procesal en que tales infracciones se cometieron.

*Segundo considerando.*—Que de no dictar esta Sala sentencia definitiva, lo cual no procede según se dice en el anterior considerando, son plenamente atendibles las razones expuestas en el dictamen del Auditor de Guerra, aceptadas por el Capitán General y hechas suyas por el Fiscal Togado en la causa 151/71, a las que se refiere el primero de los resultando, por lo que procede, a juicio de la Sala, y por dichas razones la acumulación de la causa 151/71 a la 755/70, acumulación que la conveniencia de su tramitación impone se haga en el período sumario.

*Tercer considerando.*—Que aparte de lo dicho en los anteriores considerandos, la causa 429/71, no ha debido iniciarse como consecuencia de la 755/70, pues el inicio de una causa por delito de falso testimonio requiere conforme a constante Jurisprudencia del Tribunal Supremo, expuesta entre otras sentencias en las de 2 de diciembre de 1924, que se acuerde en sentencia firme recaída en la causa en la que tal testimonio se hubiese prestado lo que no sucede en el presente caso, como claramente resulta del cuarto resultando.

*La Sala Acuerda* anular las actuaciones practicadas en las causas 755/70 y 151/71, ambas de la novena Región Militar, fuera de sus respectivos períodos sumariales y su acumulación en una sola, que habrá de continuarse por los trámites legales con el número 755/70 desde el período de sumario, contra J. M. P. Asimismo, se acuerda declarar nula y sin valor ni efecto alguno desde su inicio la causa 429/71.

**5. Sentencia de 12 enero 1972.—Delito de falsificación de documento mercantil.—Delito de estafa.—Trastorno mental transitorio.—Concurso de delitos.**

*Primer resultando.*—Que el procesado soldado de Infantería con destino en la zona de reclutamiento y movilización número 67 de Santander, F. I. M., soltero, auxiliar de farmacia, de buena conducta, sin antecedentes penales, ni notas desfavorables en su documentación militar, ya con anterioridad a su ingreso en filas trabajaba por las tardes en calidad de auxiliar, en la Farmacia propiedad de R. S. C., sita en la calle X de dicha ciudad.

Es así como a mediados del mes de julio de 1969, una vez se hubo incorporado al Ejército, concibió la idea de apoderarse de un talón bancario de los que sabía guardaba el señor S. en el cajón de la mesa de la oficina; para ello, en uno de los días en que se hallaba solo en el establecimiento, sin riesgo de ser visto, dispuesto el procesado a hacer realidad el propósito delictivo madurado largamente en su conciencia, y sin necesidad de forzar dicho cajón, por la parte posterior de la mesa en que existía un hueco lo suficientemente grande para introducir la mano, metió ésta consiguiendo sacar de esta forma un talonario de cheques del Banco de Santander del que arrancó uno de los que se encontraban hacia la mitad del talonario, dejando pegada la matriz al anterior para que no se notara su falta simple vista. Una vez en su poder el referido talón G-875950, lo rellenó a máquina en el Gobierno Militar e imitó la firma de la señora del señor S, que era la persona que habitualmente firmaba los talones del Banco de Santander, presentándolo al cobro el día 19 de julio, que hizo efectivo, por cuya fraudulenta operación recibió la cantidad de 14.550 pesetas, operación repetida el mes de septiembre siguiente, concretamente el día 9, fecha en que teniendo necesidad de pagar la factura de un coche que había alquilado en «A. A.» de la calle de San Luis, cobró un nuevo talón G-875949 por el mismo procedimiento anterior, esta vez por importe de 15.500 pesetas. En el mismo mes de septiembre, y en sus últimos días, sustrajo un talonario completo del Banco de Vizcaya e imitando en esta ocasión la firma del propio señor S. cobró el día 27 el talón número 0451.743, por una nueva cantidad de 5.000 pesetas. A primeros de octubre del mismo año, el día 3, cobró en la última entidad bancaria citada otro nuevo talón, el número 0451.744, de 6.000 pesetas, y mediado el mismo mes, día 16, percibió otro en este Banco, el número 0451.745, por importe de 4.600 pesetas. Con posterioridad decidió comprar un coche usado, para la realización de cuyo propósito no vaciló en sustraer un nuevo cheque de otro talonario del Banco de Santander, y previa la falsificación correspondiente de firma y extensión del mismo, el G-899.185 por el nominal de 71.000 pesetas, la presentó al cobro obteniendo así el íntegro de la citada suma, cantidad invertida en su to-

atitud en la adquisición del vehículo marca Simca 1000, matrícula M-593.882, el cual, para evitar sospechas, transfirió al nombre de su padre. La percepción material de las cantidades defraudadas corrió a cargo del cartero de la zona de Reclutamiento y Movilización núm. 67 F. J. M., desconocedor en absoluto de los manejos fraudulentos del procesado, y al que éste, en repetidas ocasiones, le había dicho que las cantidades cobradas eran para el propietario de la farmacia y no para su propio provecho. Finalmente, al quedarse de nuevo sin dinero F. I. M., el día 19 de noviembre de 1969, se apoderó de otro nuevo talón que extendió por un importe de 28.500 pesetas, tratando de hacerlo efectivo por los mismos procedimientos anteriores, sin conseguirlo, pues el perjudicado, señor S, habiéndose apercibido de la falta de talones, al enviarle los respectivos Bancos los extractos de cuenta, puso los hechos en conocimiento de la Comisaría de Policía, montándose un servicio permanente en el repetido Banco de Santander que fructificó con la detención de F. J. M., el cual, conducido a la Comisaría prestó declaración satisfactoria de su inocencia en la participación de los hechos delictivos, respecto de los que el único culpable había sido el procesado, en autos que haya procedido el procesado F. I. M. a devolver en todo o en parte las cantidades defraudadas a su legítimo propietario.

*Segundo resultando.*—Que el Fiscal Jurídico Militar de la Región, en su intervención ante el Consejo de Guerra, después de relatar los hechos en forma análoga a la expuesta y ratificándose en su escrito de acusación, calificó los hechos perseguidos como constitutivos de seis delitos consumados de falsificación de documento mercantil, de los artículos 302, número 1.º y 303 del Código Penal Común, como medios necesarios para cometer otros tantos delitos de estafa, uno del número 2.º y los otros del número 3.º del artículo 528 del mismo Cuerpo Legal, debiendo estarse, según su criterio a efectos de punición, a lo dispuesto en el artículo 71, imponiéndose la pena señalada a los delitos de falsificación en grado de frustración del artículo 303 citado en relación con los artículos 3.º y 51 del mismo código, delitos todos ellos de los que estimó autor al procesado sin la concurrencia de circunstancias modificadoras de la responsabilidad criminal, solicitando que le fueran impuestas las penas de presidio menor y multa de 50.000 pesetas, sustituible en caso de impago por dos meses de arresto por cada uno de los seis delitos consumados de falsificación a efectos punitivos y las de seis meses de arresto mayor y multa de 25.000 pesetas sustituible en caso de impago por dos meses de arresto por el delito apreciado en grado de frustración, todos con sus accesorias y efectos legales y abono de presión preventiva, así como obligado a satisfacer al perjudicado, señor S, la cantidad de 116.650 pesetas en concepto de responsabilidad civil. La defensa, en igual trámite, y aceptando la relación de hechos del Ministerio Fiscal y su calificación jurídica, si bien rechazando totalmente a efectos punitivos y de responsabilidad civil la existencia de delitos de estafa, solicitó que se impusieran al procesado las penas

de seis meses y un día de presidio menor y multa de 5.000 pesetas por cada uno de los seis delitos consumados de falsificación de documento mercantil, y las de seis meses de arresto mayor y multa de 2.500 pesetas por el delito de falsificación en grado de frustración, por concurrir en favor de su patrocinado en concepto de autor responsable de dichos delitos, las circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal de obcecación mental y arrepentimiento espontáneo, previstas en los apartados 5.º y 7.º del artículo 186 del Código de Justicia Militar.

*Tercer resultando.*—Que el Consejo de Guerra dictó sentencia en la que recogiendo los hechos ya probados, declaró además que el procesado actuó bajo la influencia de una personalidad anímica infantil e introversión psíquica de inadptación al medio social, tal vez agravada por unas posibles deficiencias físicas y psíquicas a consecuencia de haber padecido en su niñez un principio de meningitis y de nfiltración pulmonar, según pudo apreciar el Tribunal en el acto de la vista por la propia presencia del procesado y su forma de expresarse, calificándose la conducta delictiva en los mismos términos que lo hizo el Ministerio Fiscal, como integrantes de los señalados delitos de falsificación como medio necesario para cometer los de estafa en los respectivos grados de ejecución también consignados, si bien estimando la concurrencia como circunstancia atenuante muy calificada de la prevista en el artículo 9.º número 1, en relación con la eximente 1.ª del artículo 8.º del Código Penal, condenándosele a las penas de un año y dos meses de reclusión menor y multa de 5.000 pesetas sustituibles en caso de impago por veinte días de arresto, por cada uno de los seis delitos complejos consumados de falsificación de documento mercantil, medios necesarios para cometer los de estafa, como autor responsable que los mismos, con la concurrencia de dicha atenuante calificada y como responsable también en concepto de autor con la misma circunstancia atenuante de otro delito complejo consumado de falsificación, como medio necesario para cometer el de estafa en grado de frustración a las penas de un año y dos meses de prisión menor y multa de 5.000 pesetas, y en concepto de responsabilidad civil a satisfacer al perjudicado 116.650 pesetas.

*Cuarto resultando.*—Que el Vocal ponente formuló el Voto particular del artículo 795 del Código Castrense al discrepar, rechazando la circunstancia atenuante señalada, y declarando como hechos probados los recogidos en el primer resultando y condenando al procesado F. I. M. como autor responsable de seis delitos consumados y complejos de falsificación y estafa, apreciados por el Tribunal, sin concurrencia de circunstancias modificativas a las penas de cuatro años dos meses y un día de presidio menor y multa de 50.000 pesetas sustituibles en caso de impago por dos meses de arresto, por cada uno de dichos delitos, y como autor responsable asimismo de otro delito complejo consumado de falsificación de documento mercantil, medio necesario para el de estafa en grado de frustración, sin circunstancias modifica-

tivas a las penas de cuatro años dos meses y un día de presidio menor y multa de 50.000 pesetas sustituible por dos meses de arresto en caso de impago; consigna las accesorias y efectos legales y la limitación de que el máximo de cumplimiento de las condenas del culpable no podrá exceder del triple del tiempo de la pena de mayor duración y condena a que abone como responsabilidad civil al perjudicado 116.650 pesetas.

*Quinto resultando.*—Que en trámite del artículo 798 de dicho Código, el Auditor de Guerra disintió de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra y en discrepancia también con el voto particular del Vocal ponente. Respecto de aquélla entiende que incurrió el Tribunal en error notorio en la apreciación de la prueba, al apreciar en favor del procesado la circunstancia atenuante señalada básándose simplemente en las alegaciones de la defensa y en la propia manifestación del procesado en el acto de la vista, frente a un dictamen médico, resultante de examen del pretendido anormal que no le atribuye indicios patológicos de una disminución de su responsabilidad. Considera igualmente que tanto en el fallo del Tribunal como en el del Vocal ponente se incurrió en error al hacer aplicación del artículo 71, párrafo 2.º del Código Penal, siendo así que conforme a la limitación que él mismo establece y a tenor de su párrafo 3.º, no puede estimarse a efectos punitivos la concurrencia de delitos, cuando como ocurre en el presente caso la pena correspondiente a tal supuesto, sea superior al límite representado por la suma de las penas aparejadas a los delitos en concurso, que habrán de penarse entonces separadamente. Señala también que en ambos fallos se encuadran erróneamente los diversos delitos de estafa enjuiciados en el artículo 528 del Código Penal, cuando en realidad se hallan tipificados en el artículo 529, número 1.º, en el que se recoge el engaño genérico determinante de la estafa mientras que en el artículo 528, se define y sanciona el supuesto concreto de la cantidad o calidad de las cosas entregadas en virtud de un título obligatorio de vinculación que no existe en el caso que nos ocupa y concluye el Auditor en su informe señalando que se califiquen los hechos como siete delitos consumados de falsedad de documento mercantil previstos y penados en el artículo 303 en relación con el número 1.º del artículo 302 del Código Penal; de seis delitos consumados de estafa previstos en el número 1 del artículo 529 y penados cinco de ellos en número 3.º de 528, y el otro en el número 2.º del mismo precepto; y un delito frustrado de estafa previsto en el número 1.º del artículo 529, y sancionado en el número 2.º del 528; y considerando que el procesado es autor responsable de dichos delitos sin la concurrencia de circunstancias modificativas se le impongan las siguientes penas: dos años, cuatro meses y un día de presidio menor por cada uno de los siete delitos de falsedad de documentos mercantiles; dos meses y un día de arresto menor por cada uno de los cinco delitos consumados de estafa; dos años cuatro meses y un día de presidio menor por el delito consumado de estafa, penado en el artículo 528, número 2.º, y multa de 10.000 pesetas, sustituibles por diez días de arresto por el delito frustrado y efectos lega-

les, teniendo en cuenta la limitación contenida en la regla 2.ª del artículo 70 del Código Penal, en cuanto al máximo del cumplimiento de la condena y que se declara obligado a indemnizar 116.650 pesetas en concepto de responsabilidad civil. El Capitán General prestó su absoluta conformidad al dictamen del Auditor y acordando elevar las actuaciones al Consejo de Justicia Militar para su resolución.

*Séptimo resultando.*—Que recibida la causa, el excelentísimo señor Fiscal Togado, ratificándose en su informe escrito entiende que el Tribunal incurrió en notorio error en la apreciación de la prueba, como razonadamente expone la Autoridad Judicial de la Región en conformidad con su Auditor, e igualmente en el error de derecho que por aquella se señala, y coincidiendo con la calificación jurídica de los hechos perseguidos, así como la necesidad de penar separadamente los apreciados delitos de falsedad y estafa, en correcta aplicación del artículo 71, párrafo último del Código Penal, señala además la omisión de la pena de multa que se advierte en la penalidad correspondiente a los apreciados delitos de falsedad, por ser aquella conjunta con la de privación de libertad, según se establece en el artículo 303 de dicho Código; asimismo, que el cualificado delito de estafa en grado de frustración, encuadrado en el artículo 528 número 2.º, debe ser sancionado con una pena de arresto mayor y no con la de multa, conforme a lo dispuesto en el artículo 51, prestando por último su conformidad a la declaración de responsabilidad civil. Propone en definitiva, la Fiscalía Togada, que se dicte sentencia en la que, recogiendo como hechos probados los que se declaran en el Voto particular del Vocal ponente y aceptando la calificación jurídica que se consigna en el dictamen del Auditor de Guerra que mereció la aprobación de la Autoridad Judicial en la participación en tales hechos de F. I. M. en concepto de autor responsable sin circunstancias modificativas le sean impuestas las siguientes penas: dos años cuatro meses y un día de presidio menor con sus accesorias y efectos legales correspondientes y multa de 10.000 pesetas con arresto sustitutorio de un mes en caso de impago por cada uno de los siete delitos calificados de falsedad en el documento mercantil realizados en grado de consumación; dos meses y un día de arresto mayor, accesorias y efectos correspondiente por cada uno de los cinco delitos consumados de estafa encuadrados en el número 3.º del artículo 528 del Código Penal; dos años, cuatro meses y un día de presidio menor con sus accesorias y efectos por el delito consumado de estafa tipificado en el número 2.º de dicho precepto, y la de dos meses y un día de arresto mayor, accesorias a efectos legales por el apreciado delito de estafa en grado de frustración, sirviéndole de abono al procesado para el cumplimiento de las penas privativas de libertad todo el tiempo sufrido en prisión preventiva, y debiendo satisfacer a R. S. E., en concepto de responsabilidad civil. La Defensa en igual trámite acepta dicha calificación jurídica, si bien entiende que concurre en favor de su patrocinado la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el número 1.º del artículo

lo 9.º, en relación con el apartado 1.º artículo 8.º, Código Penal, según estimó en su día el Consejo de Guerra.

*Primer considerando.*—Que centrado en parte el disentimiento de la Autoridad Judicial con su Auditor, sobre la apreciación que el resultado de la prueba ha merecido al Consejo de Guerra y aun sin olvidar el principio consagrado en el artículo 787 del Código de Justicia Militar que faculta a nuestros Tribunales a apreciar en conciencia las pruebas con arreglo a su racional criterio sin que dicha facultad tenga más limitaciones que la de haber incurrido en notorio error, el cual para que pueda llegarse a estimar es preciso que se contemple manifiesta discrepancia entre lo declarado cierto por el Consejo de Guerra y lo que de modo patente resulte de las actuaciones según constante doctrina jurisprudencial (sentencias de 16 de marzo de 1953, 29 de enero de 1958, 6 de abril de 1960, 5 de febrero de 1964, entre otras) ha de concluirse que en la sentencia consultada, incurrió el Tribunal en ese manifiesto y notorio error al estimar en favor del procesado la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal prevista en el apartado 1.º del artículo 9.º en relación con el número 1.º del artículo 8.º del Código Penal, basándose exclusivamente en las alegaciones de la defensa y en la propia presencia del procesado en el acto de la Vista, siendo así que dicha apreciación se halla en manifiesta contradicción con el testimonio médico que obra al folio 101 del procedimiento, resultante del examen del procesado a quien se considera que no tiene afectada la conciencia y libertad de acción y no se le atribuyen ni indicios patológicos de una disminución de su responsabilidad, lo que evidencia el error notorio en que incurrió el Consejo de Guerra, al apreciar la señalada circunstancia de atenuación de su responsabilidad, aceptándose en consecuencia por esta Sala de Justicia como hechos probados los que se recogen en el Resultando primero, coincidentes con los que se formulan por el Vocal Ponente en su voto particular y de acuerdo con el criterio mantenido por la Autoridad Judicial de la Región con su Auditor de Guerra y por la Fiscalía Togada.

*Segundo Considerando.*—Que la calificación Jurídica, de los hechos enjuiciados como integrantes de los señalados delitos de falsificación de documento mercantil, y de estafa, se ajusta a derecho por concurrir los elementos que tipifican dichas figuras delictivas y ha sido aceptada esencialmente por las partes intervinientes, Autoridad Regional y Fiscal Togada, siquiera haya de atenderse como acertadamente señala el Auditor de Guerra de la Sexta Región y mantiene la Fiscalía Togada que por lo que se refiere a los delitos de estafa, se hallan tipificados en el número 1.º del artículo 529 del Código Penal, en el que se recoge el engaño genérico como determinante de la estafa, no en el 528 que por error se cita exclusivamente en la sentencia consultada y en el voto particular del Vocal Ponente, y por cuanto que en este último se tipifica y sanciona el supuesto concreto de la defraudación en la cantidad o calidad de las cosas entregadas en virtud de un título obligatorio, vinculación esta que no existía en el caso que nos ocupa, si bien

se remita a dicho precepto el invocado artículo 529, a efectos punitivos según la cuantía de la estafa, lo que ha producido sin duda el error mencionado.

*Tercer considerando.*—Que conforme al criterio mantenido por la Autoridad Judicial de la Región con su auditor y por la Fiscalía Togada se advierte que tanto en el fallo del Tribunal como en el del Vocal Ponente, se incurrió en error de derecho al hacer aplicación del párrafo 2.º artículo 71 del Código Penal, que regula la penalidad imponible en los actos de concurrencia de delitos y sancionar como más graves en su grado máximo los delitos de falsedad, medio necesario para cometer los de estafa, olvidándose, al hacerlo, de la limitación que tal precepto impone y que se ratifica en su párrafo 3.º, en el que se establece que no se estimará la concurrencia de delitos cuando la pena correspondiente a tal supuesto (grado máximo del más grave), sea superior al límite representado por la suma de las penas correspondientes a los delitos en concurso los que en este caso deberán sancionarse separadamente como debió hacer el Tribunal, en cuanto que dicha limitación le permita, y le era obligado en beneficio del reo, poner separadamente los delitos de falsedad y estafa apreciados, pudiendo hacerlo en toda la extensión de las penas de presidio menor y de arresto mayor, señaladas a dichos delitos, es decir a partir de su mínima extensión y eludiendo en consecuencia la imposición del grado máximo de la pena señalada al delito más grave, en cuyo error se incide en la sentencia.

*Fallamos.*—Que resolviendo el planteado disenso, debemos condenar y *condenamos* al procesado soldado F. I. M. con destino en la Zona de Reclutamiento y movilización núm. 77, de Santander, como responsable de *siete delitos consumados de falsificación de documento mercantil*, previstos y sancionados en el artículo 303, en relación con el artículo 302 número 1.º del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor y multa de 10.000 pesetas por cada delito; como autor responsable también de un delito consumado de estafa, sin circunstancias modificativas, definido en el artículo 529 número 1.º y sancionado en el 528 número 2 de dicho Código, a la pena de dos años, cuatro meses y un día de presidio menor, con las mismas accesorias y el efecto legal señalado; como responsable en concepto de autor de cinco delitos consumados de estafa, previstos en el invocado artículo 529 núm. 1 y sancionados en el artículo 528 núm. 3, de dicho código, sin circunstancias modificativas a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, por cada delito, con la accesoria de carácter común indicada, más el efecto militar de pérdida de tiempo para el servicio por igual duración, y como autor responsable igualmente de otro delito de estafa en grado de frustración, previsto en el citado artículo 529 número 1.º, y sancionado en el artículo 528 número 2, sin la concurrencia de circunstancias modificativas a la pena de dos meses y un día de arresto mayor, con las mismas accesorias y efecto militar, sirviéndole

#### LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de abono para el cumplimiento de las penas privativas de libertad, todo el tiempo sufrido en prisión preventiva a resultas del procedimiento, y sin que el maximum del cumplimiento de la condena del culpable pueda exceder del triple del tiempo de la pena más grave que se le impone, dejando de extinguir el resto. En concepto de responsabilidad civil, se le condena a indemnizar al perjudicado R. S. G., en la cantidad de 116.650 pesetas que importa en total la cantidad defraudada.

(Emilio de Miguel Zamora)

## II. JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL DE COMPETENCIAS

AUTO DE 13 DE ENERO DE 1968

Cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Montilla y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, para conocer en causa seguida por supuesto delito de coacciones.

La Sala Especial decide la cuestión planteada atribuyendo su conocimiento a la Jurisdicción ordinaria, con base en los siguientes razonamientos:

«Que la cuestión de competencia suscitada entre el Capitán General de la 2.ª Región Militar (Sevilla) y el Juzgado de Instrucción de Montilla (Córdoba) en causa seguida por este último, por supuesto delito de coacciones, en la que aparecen denunciados un paisano y un aforado, Cabo de la Guardia Civil, sin que conste que se haya dictado auto de procesamiento contra los mismos, ha de resolverse a favor de la jurisdicción ordinaria, toda vez que conforme al párrafo primero y número 2.º del artículo 19 del vigente C. de J. M., cuando por delito no reservado especialmente a favor de jurisdicción determinada se instruya causa contra dos o más personas sometidas a distinto fuero, la jurisdicción ordinaria conocerá de la causa contra todos los culpables cuando se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra, principio también contenido en el artículo 11 de la L. e. crim. y sostenido en reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, cuando se dan los elementos *de facto* y *de jure* que encajan en el principio enunciado, como en el caso contemplado, que aparecen como datos básicos a tener en cuenta: dos personas de distinto fuero, militar y ordinario, sometidas a procedimiento, por un hecho que se estima pueda ser un delito de coacciones, que no está reservado a jurisdicción especial, y que se dice cometido en territorio en que no rige el estado de guerra.»

AUTO DE 22 DE ABRIL DE 1968

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado Municipal número 2 de los de Badajoz y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, para conocer de presunta falta de estafa perpetrada por aforado militar.

La Sala resuelve la cuestión atribuyendo la competencia a la Autoridad jurisdiccional de la II Región Militar, razonando así su decisión:

«Que según se desprende de las actuaciones recibidas, el hecho original atribuido al Subteniente del Ejército de Tierra a que las mismas se refieren, consiste en viajar sin su billete reglamentario de Ferrocarril, por no haber canjeado su lista de embarque o su pasaporte militar (no se especifica este extremo) por el correspondiente billete.»

«Que la Autoridad jurisdiccional de dicho Ejército en su decreto auditoriado de 4 de enero de 1968, ha rechazado el conocimiento de la competencia del presente asunto conforme al número 6.º del artículo 16 del C. de J. M. y el artículo 27 de la Ley de Policía de Ferrocarriles de 23 de noviembre de 1877, que se refieren respectivamente a quedar sometidos los militares a la Jurisdicción ordinaria en los casos de infracción de Leyes de Transportes, y los que cometan delitos penados en dicha Ley especial y relativos a la seguridad o conservación de los ferrocarriles, criterio éste que rebatió el Juez Municipal contendiente, al señalar en el auto de 22 de enero citado que no se trata de hecho alguno comprendido en la Ley de Policía de Ferrocarriles expresada y sí de un hecho constitutivo de estafa, cuyo conocimiento corresponde a la Jurisdicción especial; apareciendo de lo expuesto que, efectivamente, no puede considerarse aplicable el citado precepto de la Ley de Policía de Ferrocarriles, que se refiere sólo a los delitos especiales previstos y sancionados en la misma, esto es, los enumerados en los artículos 16 al 23 que integran el título V, afectantes tan sólo a la seguridad o conservación de dicho medio de transporte público, entre cuyas figuras delictivas no se comprende la de este caso, lo que corrobora también el artículo 161 del Reglamento para aplicación de esta Ley especial de 8 de septiembre de 1878 y disposiciones subsiguientes del mismo Reglamento, que mantienen la competencia de la Jurisdicción ordinaria sólo para el caso de referirse los hechos enjuiciados a los que menciona la Ley de 1877 y no a otros distintos, no pudiendo alcanzar por tanto al caso de presunta estafa a que este caso se refiere.»

«Que por otra parte, también es cierto que no aparece aplicable el número 6.º del artículo 16 del C. de J. M., pues aunque dicho precepto excluye de la competencia de la Justicia castrense las infracciones relativas al transporte, como las de orden fiscal o de abastos, ello ha de entenderse legalmente con la limitación del último extremo del precepto que expresa «salvo que la infracción esté castigada en este Código (de J. M.) o atribuida especialmente a la Jurisdicción militar», lo que en este caso concurre, pues está previsto en el artículo 443, como falta leve, por el repetido Código castrense, lo que determina la competencia de aquella Jurisdicción especial, al igual que ocurriría si se considera que se trata de falta común cometida por aforado militar, según el número 2.º del artículo 7 del repetido Código, y no digamos si se considerase falta leve militar de contravenir los Reglamentos aplicables (no canjear lista de embarque o pasaporte por el correspondiente billete), porque en este caso la naturaleza de la falta es claramente militar y debe ser reprimida por los superiores jerárquicos del inculcado.»

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

### AUTO DE 1 DE JULIO DE 1968

Cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción de Avila y la Autoridad Judicial de la I Región Militar, sobre conocimiento de Diligencias preparatorias instruidas con motivo de una colisión habida entre vehículos de motor conducidos, respectivamente, por un soldado y un paisano, en que el primero resultó lesionado.

La Sala Especial acuerda atribuir el conocimiento de las actuaciones al Juzgado de Instrucción mencionado, fundamentando su decisión de esta manera:

«Que de lo actuado hasta el presente momento procesal no puede determinarse claramente si la responsabilidad penal es del paisano, del militar o de ambos, lo que obliga, sin perjuicio de posteriores actuaciones, a resolver la competencia a favor de la Jurisdicción ordinaria en debido acatamiento a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 18 del C. de J. M.»

### AUTO DE 24 DE OCTUBRE DE 1968

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Orden Público y la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar, sobre conocimiento de diligencias instruidas con motivo de ciertos actos de agresión a fuerzas de la Policía Armada.

El conocimiento de los hechos de autos, que quedan descritos suficientemente en los Considerandos que transcribimos a continuación, queda atribuido por la Sala Especial a la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar por lo que limitadamente afecta a los actos de violencia ejercidos contra la Policía Armada, estableciéndose la competencia del Juzgado de Orden Público en cuanto al resto de los hechos perseguidos; la Sala fundamenta su decisión en los términos siguientes:

«Que de lo actuado aparece que en la ocasión de autos, con motivo de la presencia en determinada ciudad del Ilmo. señor Director General de Enseñanza Superior, y so pretexto de exteriorizar sentimientos de protesta por decisiones o actitudes del mismo, carentes de toda autorización se congregaron numerosos grupos de estudiantes en la estación férrea y en su inmediaciones, por tener proyectado aquél abandonar la población utilizando el ferrocarril, pretendiendo contingentes de la Policía Armada impedir no sólo la consumación de los propósitos de los escolares, sino su presencia misma en el lugar, siendo desatendidos los requerimientos de la fuerza pública hechos en este sentido, arrojándose

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

piedras contra un convoy y también contra los agentes de la autoridad, alcanzando a varios policías armados, con producción de lesiones leves a los mismos.»

«Que para resolver la cuestión jurisdiccional planteada con carácter negativa entre el fuero de Guerra y el Juzgado de Orden Público, a estos limitados fines, y por ello sin más ni otro alcance, es imprescindible realizar una calificación de los hechos objeto de investigación, y así se observa cómo de una parte los actos de violencia realizados contra los componentes del Cuerpo de Policía Armada en el desempeño de sus funciones, cabe reputarlos insulto a fuerza armada, figura delictiva prevista en el capítulo III del título II del Tratado Segundo del C. de J. M., a lo que autoriza el artículo 18 de la Ley de 8 de marzo de 1941, infracción que queda atribuida al conocimiento del fuero de Guerra por el artículo 6.º del C. de J. M., mientras que por contra, y con independencia de lo anterior, pudo cometerse otra infracción de la que debe entender el Juzgado y Tribunal de Orden Público, como prevista en el apartado a) del artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963, bien se trate del delito de desórdenes públicos o de manifestación ilegal, de que se ocupan respectivamente los artículos 246 y siguientes y 166 y siguientes del C. P., u otro de los relacionados en aquella Ley, sin posibilidad de estimar en este caso la existencia de una relación de conexidad, de la que pudiera advenir la primacía de una u otra Jurisdicción para conocer en su virtud, con carácter total, único y excluyente, de la integridad de los hechos, no ya porque ello no haya sido invocado por los órganos contendientes, sino porque del detenido examen de las actuaciones hasta el momento practicadas no resulta la presencia de elementos suficientes que amparen un pronunciamiento de sentido quebrantador de la norma general primaria que impone la atribución separada de competencia, y ello tanto por la dificultad misma en la segura tipificación de los hechos, por la precariedad de los elementos de que se dispone, como incluso por las dudas que existen en cuanto a la posibilidad de que el sujeto o sujetos presuntamente responsables de cada infracción sean no sólo distintos en una y otra, sino independientes también los actos de preparación y desarrollo de las acciones.»

### AUTO DE 7 DE NOVIEMBRE DE 1968

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción número 30 de los de Madrid y la Autoridad Judicial de la I Región Militar, sobre conocimiento de Diligencias preparatorias seguidas contra un soldado por supuesto hurto de una motocicleta.

La Sala declara competente para conocer del procedimiento al Juzgado de Instrucción, conforme a la siguientes consideraciones:

«Que si bien en principio la calidad de militar de G. M. R. ha-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

ría atribuible, por razón de la persona, el conocimiento de los autos origen de este conflicto competencial a la Jurisdicción castrense, el principio general cede en este caso por el desafuero producido por la deserción acaecida el 18 de septiembre de 1967 y que continuaba el 8 de octubre del mismo año, fecha de la sustracción de la moto y del subsiguiente accidente de circulación en la carretera de Madrid a Toledo, pues el artículo 16 del vigente C. de J. M., en su número 9.º, plasma el desafuero y consiguiente pérdida del fuero militar para los delitos comunes cometidos durante la deserción, sin que pueda dudarse de que el hecho objeto de incriminación ocurrió durante tal deserción, y sin que produzca la recobración del fuero militar la circunstancia accidental y ajena al precepto rector del desafuero contemplado, de que en el procedimiento por deserción haya recaído auto de sobreseimiento y orden de internamiento en establecimiento psiquiátrico, pues lo que rige a efectos competenciales es la situación en que el agente se encontraba en el momento de cometer el delito común, y no las consecuencias procesales o penales que hayan podido producirse en el proceso militar por deserción en razón al estado mental del inculpado.»

### AUTO DE 15 DE ENERO DE 1969

Cuestión de competencia, no formalizada debidamente, entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y la Jurisdicción ordinaria.

En el territorio jurisdiccional de la VI Región Militar se inició procedimiento con motivo de la rotura del plomo y varios hilos telefónicos que motivaron la interrupción de las comunicaciones entre las localidades de Beasain y Vergara (Guipúzcoa), sin que aparecieran identificados los autores del hecho. La Autoridad Judicial militar se inhibió de las actuaciones, remitiéndolas al Juzgado de Instrucción Decano de los de San Sebastián, por estimar que la Jurisdicción militar no era competente ni por razón de delito, ni del lugar, ni de las personas responsables; el Juez Decano, a su vez, las envió al de Instrucción de Vergara, por haber ocurrido los hechos en su partido judicial. El Juzgado de Instrucción de Vergara no aceptó el conocimiento de lo actuado por entender que, en todo caso, los hechos serían de la competencia del Tribunal de Orden Público.

La Sala Especial del Tribunal Supremo, establecido que la cuestión de competencia no ha llegado a plantearse en forma, resuelve remitir las diligencias recibidas al Juzgado de Orden Público, para que acepte su conocimiento o, en su caso, promueva a la Autoridad Judicial militar la pertinente cuestión de competencia. Fundamenta su decisión en los términos siguientes:

«Que no puede decirse que se someta a la decisión de la Sala una cuestión de competencia, toda vez que el Juez de Vergara se limitó, dados los hechos de autos, a comunicar a la Autoridad militar que la

cuestión la debía proponer ante el Juzgado de la Jurisdicción ordinaria competente, o sea el de Orden Público, con lo que obró correctamente y con total acierto, aunque debió dar a su resolución la forma de auto y no la de providencia razonada, por lo que se está en el caso de remitir las actuaciones al Juzgado de Orden Público a fin de que o bien acepte el conocimiento de las mismas o promueva, caso contrario, la pertinente cuestión al Excmo. señor Capitán General de la 6.ª Región Militar.»

#### AUTO DE 15 DE ENERO DE 1969

Cuestión de competencia positiva, mal formada, suscitada entre el Juzgado de Primera Instancia número 2 de Santa Cruz de Tenerife y la Autoridad Judicial militar de Canarias, sobre retención de haberes a militar en servicio activo, para satisfacer cantidades fijadas en concepto de alimentos en favor de su esposa e hijas.

El indicado Juzgado de Primera Instancia siguió expediente sobre adopción de medidas provisionales, en relación con mujer casada, justificándose que doña T. C. N. había presentado en el Tribunal Eclesiástico correspondiente demanda de separación conyugal contra su esposo don A. M. H., militar en activo. Acordada la separación provisional de la esposa, que quedó en el domicilio conyugal con sus dos hijas, cuya custodia le confió el Juzgado, se le fijaron en concepto de alimentos para ella y las hijas la cantidad de 8.500 pesetas mensuales. Notificado a las partes el auto del Juzgado, no fue recurrido.

El marido no satisfizo los alimentos fijados y, tras ser requerido al efecto, el Juzgado acordó dirigirse al Capitán General de Canarias para que, dada la condición del demandado, Teniente del Ejército destinado en Canarias, ordenase a la Pagaduría militar correspondiente la retención de la cantidad fijada en concepto de alimentos.

El Capitán General comunicó al Juzgado haber ordenado la retención al Teniente demandado, de la quinta parte de sus haberes, para ponerla a disposición del Juzgado, conforme al apartado segundo del artículo 707 y artículo 709 del C. de J. M.

El Juzgado entendió que era de aplicación al caso la Ley de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio de 1948 y no el C. de J. M. y que era también de aplicación exclusiva la L. e. c. en la redacción que le dio la Ley de 24 de abril de 1958, que concede arbitrio a los Jueces para señalar los alimentos y auxilios mientras se tramita el proceso canónico de separación.

Así planteada, la Sala declara mal formada la cuestión de competencia, ordenando reponer las actuaciones al momento de la comisión del defecto procesal que se señala en el tercero de los Considerandos que transcribimos a continuación, para que se tramite conforme a las

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

normas procesales que declara ser aplicables al caso; con base, todo ello, en las siguientes consideraciones:

«Que al aplicar el artículo 710 y concordantes del C. de J. M., el Capitán General de la Región Canaria actuó conforme a lo dispuesto en los artículos 46, número 1.º, 49, número 1.º y 50 de igual Cuerpo legal, como Autoridad Militar que resolvía asunto de justicia civil, sobre la extensión cuantitativa de embargo decretado contra militar en servicio activo, por Juez ordinario, en expediente de medidas provisionales de separación, instadas por su mujer, y a efectos alimenticios; y al surgir cuestión de competencia entre el Juez civil y la Autoridad Militar, su tramitación viene dada, por no existir norma distinta, que en Ley diferente la regule, por cuanto disponen los artículos 455 y siguientes del mismo ordenamiento punitivo especial, la decisión corresponde, de acuerdo con el artículo 2.º, párrafo 3.º, de la Ley de conflictos jurisdiccionales de 17 de julio de 1948, a la Sala Especial, que dicta esta resolución.»

«Que en atención a la necesidad de observar las exigencias procesales, el artículo 467 de tan citado C. de J. M. determina que la omisión de cualquiera de los requisitos establecidos de modo preceptivo —en «ius cogens»— en las normas anteriores, para la tramitación de las competencias, invalida lo actuado en el incidente e impide la resolución, debiendo subsanarse el efecto, con restitución de lo actuado al momento en que se padeció la infracción.»

«Que examinado lo actuado, aparece como evidente la necesidad de aplicar lo dispuesto en dicho art. 467, puesto que se dejó de cumplir por el Juez de Santa Cruz de Tenerife cuanto se dispone en el número 2.º del artículo 459, toda vez que ni esperó al acuse de recibo de su requerimiento competencial, ni a la resolución que la Autoridad requerida debía imperativamente otorgar, ya que si el auto de 29 de julio de 1968, que acordaba el requerimiento, se comunicó al Capitán General el 8 de agosto siguiente (folio 55), no puede tenerse por acusado recibo del mismo por el oficio de 16 del último mes (folio 56), por referirse éste a la recepción de escritos del Juzgado de fecha 13 de julio anterior sobre retención de haberes, y que no eran otros que los derivados del auto de esta fecha (folio 41) solicitando por oficio del Capitán General la entrega mensual de cantidad para alimentos, mientras la competencia no se tramitase y decidiera, y que por lo tanto no se refieren al necesario acuse de recibo del auto sobre competencia, por lo que al faltar esta indispensable exigencia, ha de declararse mal formado el incidente, con la consecuencia de retrotraer las actuaciones al momento de la comisión de la falta, y demás efectos ya indicados, para que se tramite guardando las exigencias procesales de rigor.»

### AUTO DE 20 DE ENERO DE 1969

Cuestión de competencia negativa, mal formada, suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Utrera y la Autori-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

dad Judicial de la II Región Militar, sobre conocimiento de diligencias seguidas por accidente de tráfico de vehículos de motor conducidos, respectivamente, por militar y paisano.

La Sala Especial declara mal formada la competencia, por los motivos que expresa en las consideraciones que se recogen a continuación, ordenando la devolución de lo actuado al Juzgado de Instrucción para subsanación de la omisión producida y ulterior tramitación conforme a las normas procesales pertinentes:

«Que la cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juez de Instrucción de Utrera y la Autoridad Judicial militar de la II Región por rehusar el conocimiento de accidente de tráfico ocurrido al colisionar dos vehículos de motor, conducido uno de ellos por un paisano y el otro por un Guardia Civil en servicio activo, no puede ser decidida por mal formada, pues el Juez de Instrucción no oyó previamente al Ministerio Fiscal, y aun cuando el artículo 22 de la L. e. crim. no prescriba esa necesidad de previa audiencia, no puede estimarse que pueda prescindir de la misma cuando ha de entenderse ineludible por el artículo 27 para las cuestiones que se entablen entre Jueces Municipales y por el art. 34 cuando se promuevan entre los Tribunales de lo Criminal por razones que abarcan a las que los Jueces de Instrucción tramiten, sin que pueda entenderse subsanada la omisión por la fórmula «Visto» puesta por el mencionado Ministerio en las diligencias previas, a continuación del auto inhibitorio, por no ser propiamente informe sobre la cuestión ni previo a la resolución judicial sobre la misma dictada, como es de exigir en materia que, por ser de orden público, ha de ser tramitada con cabal cumplimiento de las normas procesales pertinentes.»

### SENTENCIA DE 27 DE ENERO DE 1969

Nos parece oportuno, como en otras ocasiones, insertar aquí, por la doctrina que establece en materia competencial, esta Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, desestimatoria de recurso de casación interpuesto contra Sentencia dictada por el Tribunal de Orden Público.

El Tribunal de O. P., entre otros pronunciamientos, condenó al procesado B. L. M., como autor de un delito de desórdenes públicos del artículo 246, párrafo 1.º, y de otro de actos con tendencia a ofender de obra a fuerza armada del artículo 309 en relación con el 312 del C. de J. M. y el 18 de la Ley de 8 de marzo de 1941, a las penas de tres meses de arresto mayor y multa de 10.000 pesetas por el primero y ocho meses por el segundo.

El procesado, alegando los motivos que se examinan en los Considerandos que transcribimos a continuación, recurrió en casación con-

tra la resolución dictada por el Tribunal de O. P., recurso que el T. S. desestima por los siguientes fundamentos:

«Que el motivo primero de recurso combate la aplicación del artículo 246 del C. P., aduciendo que los hechos probados no pueden encuadrarse en el tipo delictivo que se expresa, porque el tumulto se produjo en vía pública dentro de la Ciudad Universitaria, pero no en sede de ninguno de los establecimientos u organismos que cita el precepto legal, ello aparte de que no se indica que se tratase de una reunión propiamente dicha; razonamiento que no cabe aceptar, porque prescindiendo de que la Ciudad Universitaria es un conjunto urbano destinado a los fines de la enseñanza superior o similar, a la cual están adscritos los inmuebles y todos los servicios complementarios, y entre éstos las vías de acceso al dicho conjunto, y en un sentido amplio toda la tal zona pudiera considerarse un establecimiento público, aspecto que aquí no se recoge porque se trataría de una interpretación extensiva del tipo penal, no procedente, lo que aquí expresa la relación fáctica es que siguiendo la tónica de otros días anteriores al de autos una masa muy numerosa de estudiantes, que en algún momento rebasó la cifra de 200, se dedicó a realizar los actos que la sentencia pormenoriza, de lo cual ciertamente se infiere que tal reunión no era una cualquiera ocasional y transitoria, formada por personas o gentes que allí hubiesen coincidido casualmente, sino que era formada precisamente por estudiantes que acudían a los lugares inmediatos a los edificios o locales docentes por su condición profesional, por lo que en realidad no puede afirmarse, como lo hace el motivo de recurso, que se trataba de la calle o vía pública simplemente y que no había reunión propiamente dicha, cuando lo cierto es que era una reunión y numerosa de estudiantes, que se proponía continuar un precedente estado de agitación con el motivo o pretexto universitario, reunión originadora de un tumulto perturbador del orden público, que está tipificado en el texto del precepto sustantivo penal aplicado en este caso, con lo cual decae de por sí el motivo de impugnación que se formula, que debe ser rechazado.»

«Que en cuanto al segundo motivo formulado, éste se refiere al extremo de que el Tribunal de Orden Público no ha podido sancionar el delito de insulto de obra a fuerza armada, cuya represión incumbe a la Jurisdicción militar, para lo que cita disposiciones legales que determinan la normal competencia de la misma, a aplicar por sus órganos especiales, negando al Tribunal de Orden Público la oportuna competencia, sobre lo cual es de sentar en primer lugar que según se desprende del tercer Resultado de la sentencia impugnada, los procesados en sus conclusiones definitivas estimaron que no habían cometido los delitos que les eran imputados, entre ellos el citado, con lo que no hay dato alguno de que los inculpados y especialmente cuando conocieron las conclusiones del Ministro Fiscal, pidiendo pena por el delito de insulto a fuerza armada, hicieran observación o pedimento alguno respecto a la competencia del Tribunal dicho para conocer del

extremo, lo que confirma también el escrito de formalización del recurso que para nada se refiere al extremo de que se trata, ante lo cual hay que sentar como hecho indiscutible que el recurrente en ningún momento de la causa alegó la incompetencia del Tribunal y por el contrario se aquietó con su actuación y la aceptó, y solamente después de dictada la sentencia se articula este motivo de impugnación, que por tanto resulta una cuestión nueva, no alegada en instancia y sustraída a la declaración del Tribunal, especialmente en el trámite de previo pronunciamiento que la parte pudo suscitar, lo que en realidad se hace ahora fuera de ocasión oportuna, incidiendo la parte recurrente en una falta de probidad procesal, al pretender ahora abrir un cauce que antes de la sentencia estuvo abierto a su disposición; pero aparte de lo expuesto, como expone el Considerando primero de la sentencia, el apartado c) del artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963, creadora del Tribunal de Orden Público, atribuye al mismo competencia para conocer de los delitos que sean conexos con los de la competencia propia del Tribunal, como en este caso ocurre en que el delito de insulto de obra a fuerza armada es conexo del de desórdenes públicos que se sanciona, según las normas del artículo 17 de la L.e.crim., no puede darse lugar al motivo de recurso, planteado fuera de las normas usuales de la casación que por ello debe ser desestimado.»

#### AUTO DE 15 DE FEBRERO DE 1969

Cuestión de competencia positiva planteada entre el Juzgado Comarcal de Borjas Blancas y la Autoridad Judicial de la IV Región Militar, sobre conocimiento de falta culposa, presuntamente cometida por militar, con resultado de lesiones y daños, producida en accidente de circulación.

La Sala declara competente al Juzgado ordinario para conocer de los hechos objeto del procedimiento, razonando su decisión en estos términos:

«Que si bien es cierto que el artículo 13, núm. 1.º, del C. de J. M. atribuye a la Jurisdicción militar, por razón de la persona, el conocimiento de las causas que se instruyan por toda clase de delitos cometidos por militares en servicio activo o reserva, cualquiera que sea su situación o destino, salvo las exceptuadas a favor de otras jurisdicciones, entre las que se encuentran las que alude la norma especial, y por tanto, de prevalente aplicación, contenida en el artículo 16, número 11, que transmite a la Jurisdicción ordinaria las causas que se sigan a los militares y demás personas enumeradas en los artículos 13 y 14, las faltas comunes no penadas especialmente en el Código castrense, ni en otras Leyes o Reglamentos militares, ni en los Bandos de las Autoridades de este orden, salvo lo dispuesto en el caso 2.º del artículo 7.º; por lo que ha de decidirse la competencia a favor de la

Jurisdicción ordinaria, toda vez que en el caso contemplado no afecta al buen régimen de los Ejércitos, ni al decoro de sus clases, pues se trata de una simple falta culposa, cometida por un Cabo del Ejército, conduciendo, vestido de paisano, un automóvil de matrícula particular.»

**AUTO DE 28 DE FEBRERO DE 1969**

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Instrucción de Vergara y la Autoridad Judicial de la VI Región Militar, sobre conocimiento de un supuesto delito de robo a mano armada.

Sobre las cuatro horas de la madrugada del 24 de marzo de 1968, tres jóvenes paisanos, empuñando sendas escopetas, exigieron al vigilante en una estación de servicio de gasolina en Eibar la entrega de lo que había recaudado, llevándose un total de 5.170 pesetas.

El Juzgado Municipal de Eibar acordó remitir las actuaciones practicadas al Capitán General de la VI Región Militar, por entender que el conocimiento de los hechos no era de su competencia. La Autoridad Judicial militar acordó rechazar el conocimiento de las actuaciones, dado que los hechos no ofrecían la gravedad y características adecuadas para ser calificados con arreglo a alguna de las figuras delictivas previstas en el Decreto de Bandidaje y Terrorismo, modificado por la Ley de 2 de diciembre de 1963, estando por el contrario tipificados dentro de las variedades delictivas del C. P., todo ello de conformidad con los artículos 5.º y siguientes del C. de J. M. y 8.º, párrafo tercero, del Decreto de 21 de septiembre de 1960.

El Juzgado Municipal de Eibar remitió las diligencias al de Instrucción de Vergara por si los hechos enjuiciados fueren constitutivo de delito y a los efectos oportunos, y éste acordó devolverlas al Capitán General para que se les diese el curso que procediere, ya que entendía que el conflicto debería plantearse, en su caso, con el Juzgado de Orden Público, pues al basarse la inhibición en el artículo 8.º, párrafo tercero, del Decreto de 21 de septiembre de 1960, el supuesto cae dentro de la regla d) del artículo 3.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963 que creó dicho Juzgado especial dentro de la Jurisdicción ordinaria.

La Autoridad Judicial militar insistió en su criterio y planteada así la cuestión, la Sala la resuelve declarando que el conocimiento de los hechos corresponde al Juzgado de Instrucción de Vergara, conforme a las siguientes consideraciones:

«Que discurriendo las Jurisdicciones entre quienes se suscitó la cuestión de competencia negativa sobre un delito de robo con armas en territorio nacional, el conocimiento del mismo radica en la ordinaria y concretamente en el Juzgado de Instrucción de Vergara, en cuyo partido judicial se realizaron los hechos supuestamente delictivos, pues tipificados éstos en el C. P., artículos 500 y siguientes del mismo, y no atribuidos al Juzgado y Tribunal de Orden Público por la Ley de 2 de

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

diciembre de 1963, artículo 3.º, apartado a), sin que se esté, por otra parte, en el supuesto del apartado b) de este citado artículo, la facultad de inhibición otorgada a la Jurisdicción castrense por el artículo 8.º, apartado tercero, del Decreto de 21 de septiembre de 1960 y por el único del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, no puede ser discutida si, como ya se dice, lo realizado con aspecto delictivo tiene calificación jurídica en el antedicho Código y es la Jurisdicción ordinaria la llamada a procurar su esclarecimiento y sanción; por lo que se entiende que es el Juzgado de Vergara el que debe conocer en el correspondiente sumario de los hechos que sirvieron de origen a la cuestión de competencia negativa planteada.»

### AUTO DE 5 DE MARZO DE 1969

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Orden Público y la Autoridad Judicial de la III Región Militar, sobre el alcance del párrafo final del artículo 8.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960.

La Sala decide la cuestión atribuyendo el conocimiento de los hechos a la Jurisdicción ordinaria —y dentro de ella, concretamente, a favor del Juzgado de Orden Público—, de acuerdo con las siguientes consideraciones:

«Que la presente cuestión de competencia se suscitó entre el Capitán General de la III Región Militar y el Juez de Orden Público, al rechazar éste una inhibición acordada por aquél respecto a la actuación de una parte de los inculpados en una causa, tramitada por procedimiento sumarísimo y seguida por el presunto delito de rebelión militar, por organización clandestina, iniciada por el Juzgado Militar núm. 1 de Valencia; rechazó el Juez de O. P., por estimar que si éste conocía tan sólo de lo correspondiente a unos inculpados como no directivos de la organización y sí como simples afiliados a ella, se rompería la continenencia de la causa, por lo cual se declaraba incompetente, lo que no aceptado por la Autoridad militar jurisdiccional citada, dio lugar a las presentes actuaciones, tras las cuales y por los motivos que en ellas constan, con posterioridad, la Autoridad últimamente dicha, por decreto auditoriado, se inhibió también respecto a los restantes inculpados, remitiendo a esta Sala Especial las actuaciones nuevas, donde ya radicaban las anteriores, para resolución, por entender la Autoridad remitente que todas las actuaciones contienen el mismo aspecto jurídico, que puede ser resuelto sin más por esta Sala Especial.»

«Que procede aceptar el dictámen del Ministerio Fiscal del T. S., en el sentido de ser competente en este caso la Jurisdicción ordinaria, y concretamente el Juez de O. P., porque en efecto dada la facultad prudentemente discrecional que concede a la Autoridad militar jurisdiccional el último párrafo del artículo final, o sea, el 8.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, dictado en cumplimiento de mandato de la vi-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

gente Ley de Orden Público de 1959, para revisar la Ley de 2 de marzo de 1943 y el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947, se ha podido dictar la resolución de incompetencia que no aceptó el Juez de O. P., porque a la Autoridad militar compete legalmente apreciar las especiales circunstancias de los hechos, en cuanto a su mayor o menor gravedad, o características adecuadas para determinar la competencia de la Jurisdicción castrense o de la ordinaria, conforme a cuyo criterio puede acordar en su caso, y a favor de esta última, la correspondiente inhibición, todo lo cual aparece confirmado por el artículo único del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, sobre las libres facultades de inhibición antes señaladas, y que están motivadas por razones de seguridad y eficacia fáciles de comprender.»

### AUTO DE 29 DE MARZO DE 1969

Cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Santa Cruz de La Palma y la Autoridad Judicial de la Base Naval de Canarias, sobre conocimiento de diligencias previas instruidas por supuestas ofensas cometidas por paisanos contra el Ayudante Militar de Marina de La Palma.

La Sala Especial, con base en la argumentación que se recoge a continuación, en la que quedan también suficientemente descritos los hechos origen del procedimiento, decide la cuestión de competencia atribuyendo el conocimiento al indicado Juzgado de Instrucción:

«Que excluida la competencia de la Jurisdicción militar por razón del lugar en que se desarrollaron los hechos y por las personas supuestamente responsables, queda reducido el caso a determinar si pudiera estarle atribuida por razón del delito o falta que en principio pudieran haber cometido los paisanos contra el que tiene la condición de aforado, por ostentar el cargo de Ayudante Militar de Marina en la Isla que fue escenario del suceso.»

«Que el artículo 315 del vigente C. de J. M., en su párrafo segundo, dispensa a las Autoridades militares una extensiva y justificada protección penal, cifrada en sancionar como específico delito militar, consiguientemente enjuiciable, por razón de la materia, por la correspondiente rama de la Jurisdicción castrense, toda ofensa que, aun no habiendo sido inferida por razón u ocasión del mando o cargo ejercido por el agraviado, afecte, no obstante, al prestigio de la Autoridad misma, por cuanto venga a entrañar trascendente y voluntario menosprecio de ella, con desentendimiento, por parte del ofensor, del general respeto debido a tan relevante dignidad en desdoro y detrimento de cuanto la persona ofendida encarna y representa, claro es que siempre que tal calidad constare conocidamente al transgresor o se evidenciare mediante el uniforme u otro dato externo suficientemente significativo;

mas esta reforzada tutela penal y jurisdiccional —que no es privilegio o ventaja personal, sino legítima, aunque estricta, garantía— quedaria desnaturalizada y desbordada en su propia razón de ser y auténtica finalidad si, contra el restrictivo sentido hermenéutico propio de toda norma de excepción, se entendiera que el mentado artículo 315, con sus anejas consecuencias jurisdiccionales previstas en el artículo 7.º, regla 1.ª, del texto legal castrense, debiera ser incondicionalmente aplicable en conflictos de índole particular, por el exclusivo hecho de intervenir en él persona investida de autoridad militar, por más que esta calidad no aparezca en absoluto implicada en el suceso en cuestión.»

«Que al criterio acabado de enunciar ha de acomodarse la decisión de la presente competencia positiva pendiente entre la Jurisdicción ordinaria y la militar de Marina, con ocasión de determinado altercado seguido de agresión material, motivado por ciertos desperfectos sufridos por el automóvil particular del Ayudante Militar de Marina de La Palma, en el curso de maniobra realizada con otro coche por un paisano en aparcamiento contiguo a un Hotel de la capitalidad de la Isla; y ello en atención a las siguientes razones: a) La motivación puramente particular y la nula publicidad del incidente, ocurrido de noche y ante contadas personas, con independencia de que la noticia pudiese alcanzar, mediata y ulteriormente, mayor difusión; b) La circunstancia de no hallarse vestido de uniforme, sino de paisano y en mangas de camisa, el señor Ayudante Militar de Marina, recientemente posesionado de su cargo y, por ello, poco conocido aún en la población, según destaca el Ministerio Fiscal en su informe, sin que quepa dar por cierto ni presumir en este caso, ni siquiera a los limitados efectos de competencia, que los inculpados conocieran la calidad de su oponente; conocimiento negado por aquéllos y no aseverado terminantemente por nadie, puesto que la fugaz presentación a uno de ellos, acaecida en anterior-ocasión, según el agraviado, no permite asegurar su reconocimiento y precisa identificación al tiempo y el lugar de la reyerta; c) Porque tampoco puede decirse que en ningún momento padeciese objetivamente ni subjetivamente, se pretendiera menospreciar el principio de autoridad en desprestigio de las Instituciones armadas, toda vez que ni siquiera fue exteriorizada su oficial condición por el señor Ayudante Militar de Marina quien, con toda corrección no exenta de firmeza, se limitó a insistir en su exigencia de una satisfactoria salvaguardia de sus derechos, en cuanto dueño del automóvil damnificado, insistencia que irritó a alguno de sus contradictores, con las deplorables consecuencias ya conocidas, que culminaron en la agresión llevada a cabo, al parecer facilitada por una posible prevalencia numérica, y enjuiciable y sancionable, en su caso, por la competente Jurisdicción ordinaria, en su correspondiente grado, adecuada a la entidad de la infracción.»

AUTO DE 29 DE MAYO DE 1969

Cuestión de competencia positiva planteada entre el Juzgado de Orden Público y la Autoridad Judicial de la VII Región Militar, para conocer de hechos supuestamente constitutivos del delito de rebelión militar, en sumario seguido por el primero por delitos de asociación ilícita y propaganda ilegal.

Instruyendo el Juzgado de O. P., sumario núm. 780/1968 por asociación ilícita y propaganda ilegal contra G. G. M., y otros, por decreto auditoriado de 18 de diciembre de 1968 el Capitán General de la VII Región Militar le requirió de inhibición en lo referente a los hechos cometidos por G. G. M., J. P. A., M. I. V. S., M. M. A. y W. R. F., así como de cualquier otro procesado por hechos análogos cometidos en su territorio jurisdiccional. A juicio de la Autoridad Judicial militar, que seguía procedimiento por los mismos hechos que el Juzgado de O. P. investiga, era procedente el requerimiento de inhibición que formulaba ya que la competencia para conocer le venía atribuida porque la actuación de militares y paisanos encausados fue conjunta, sin solución de continuidad, desde junio de 1968 a su detención a finales de octubre y primera decena de noviembre. La legislación aplicable había variado durante la tramitación de los procedimientos. Si en principio era de aplicación el ordenamiento común, a partir del 18 de agosto entró en vigor el Decreto-Ley 9/1968 que califica los hechos enjuiciados como rebelión militar, por lo que debían ser investigados y sancionados en su caso por la Jurisdicción militar a tenor del artículo 8.º del Decreto de 21 de septiembre de 1960, sin que deba hacerse uso de la facultad que concede el segundo párrafo de dicho artículo, por lo que dicha Jurisdicción habrá de conocer de las dos infracciones.

El Juzgado de O. P., por auto de 31 de diciembre de 1968, acordó no haber lugar a inhibirse, manteniendo la competencia de la Jurisdicción ordinaria para conocer de las actuaciones, toda vez que no podía hablarse de dos delitos sino de uno sólo perfecto y consumado desde el principio que por su naturaleza no queda agotado en el momento de consumación jurídica, sino que se prolonga en tanto persista la actividad del sujeto agente, y es claro que no puede escindirse ni aun por el hecho de que durante el tiempo de actuación delictiva se promulgare una norma que al calificar los hechos como de rebelión militar les diera un tratamiento penal, procesal y jurisdiccional distinto con consecuencias desfavorables para el reo; que de accederse a la inhibición se iría en contra del principio de irretroactividad expresamente proclamado en los artículos 3.º del C. civil, 24 del C. P., y 208 del C. de J. M.; que en el puro orden procesal —que aquí viene a convertirse en jurisdiccional— el legislador mantiene, apenas sin excepciones, idéntica postura, señalando la continuidad en la sustanciación como nota esencial, tanto en

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

el R. D., de 14 de septiembre de 1882 en su artículo 3.º, como en el artículo 5.º de la Ley de 8 de abril de 1967; y a estos efectos hay que resaltar que desde marzo de 1968 existen actuaciones en persecución de los hechos incriminados y en aquel momento y hasta el 16 de agosto siguiente la Jurisdicción ordinaria era la única legitimada para conocer de los mismos.

Planteada así la cuestión y elevadas las actuaciones a la Sala Especial, ésta declara que el conocimiento de los hechos que son objeto del sumario número 780/1968 del Juzgado de O. P., en cuanto fueran cometidos en territorio de la VII Región Militar con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968 y atribuidos a los nombrados en el requerimiento inhibitorio y a otras personas, corresponde a la Autoridad Judicial de la Región Militar señalada, a la que con sus actuaciones se remitirán las del citado Juzgado, a fin de que deduzca el correspondiente testimonio de éstas, enviándolas después al Juez de O. P., para que continúe entendiendo de los hechos comprendidos en ellas anteriores a la fecha en que comenzó a regir dicha disposición; se fundamenta esta decisión con arreglo a las siguientes consideraciones:

«Que el conflicto suscitado por el requerimiento que hizo la Autoridad Judicial militar de la 7.ª Región Militar al Juez de O. P., para que deje de conocer de los hechos que son objeto del sumario que instruye con el núm. 780/1968, en cuanto aparezcan atribuidos a los nombrados en dicho requerimiento o a otros y se hubieran cometido en territorio de su Región con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, ha de ser resuelto en los términos señalados por la Autoridad militar, porque aunque las actividades supuestamente delictivas se desarrollan en el transcurso de cierto tiempo, unas antes y otras después de iniciar su vigencia la referida disposición legal y hubieran motivado sin ella una calificación por aplicación del C. P., común, para conocer de las cuales era competente la Jurisdicción ordinaria y dentro de ella el Juzgado de O. P., no es aceptable la tesis del titular de éste de que le corresponde entender de todas sin distinción de tiempo porque las que habían tenido lugar al restablecer la vigencia del Decreto de 21 de septiembre de 1960 en toda su integridad presentaban caracteres de delitos de asociación ilícita y de propaganda ilegal que no se habían agotado en el momento de su consumación y sí prolongadas en tanto persistió la actividad del agente, que no podían quedar escindidas en perjuicio del reo, pues si estos razonamientos pudieran ser adecuados en campo doctrinal, no lo son en el de estricta legalidad en que ha de ser decidido el conflicto si se tiene en cuenta que por razones de seguridad interior del Estado y de la paz y sosiego públicos quiso el legislador sustraer a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de esas actividades, para ponerlas término, atribuyéndolo a la castrense con calificación más grave, y que este propósito no se lograría siguiendo el criterio que sustenta el Juez requerido de inhibición.»

AUTO DE 1 DE JULIO DE 1969

Cuestión de competencia planteada entre el Juzgado Municipal núm. 7 de Sevilla y la Autoridad Judicial del II Región Militar, para conocer de hechos supuestamente constitutivos de una falta común de daños, producida en accidente de circulación, imputable a un paisano, civil contratado al servicio de Centro o Dependencia militar.

La Sala Especial decide la cuestión de competencia atribuyendo el conocimiento de los hechos a la Autoridad Judicial militar expresada, fundamentando su acuerdo en estos términos:

«Que si bien el conocimiento de las faltas comunes viene atribuido con arreglo a lo dispuesto en el núm. 11 del artículo 16 del C. de J. M., a la Jurisdicción ordinaria, se exceptúan de dicho conocimiento, en virtud de lo determinado en el artículo 7, núm. 2.º, del citado Cuerpo legal, las faltas comunes cometidas por militares, y como el núm. 6 del artículo 6 del repetido Código concede dicha calidad de aforado al personal civil contratado para prestar servicios en Centros o Dependencias militares y esa condición la ostentaba el inculpado J. M. A., cuando conduciendo el autocar matrícula ET-46.327, propiedad de la Compañía Regional de Automovilismo de la 2.ª Región Militar, colisionó con la furgoneta matrícula SE-101.099, es por consiguiente a la Jurisdicción militar de la 2.ª Región a la que compete el conocimiento de la falta común, cometida por un aforado.»

AUTO DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 1969

Cuestión de competencia positiva planteada entre el Juzgado de Instrucción de Lorca y la Autoridad Judicial de la III Región Militar, en sumarios seguidos, respectivamente, por supuestos delitos de desacato y ofensa a fuerza armada.

Por el Juzgado de Instrucción de Lorca se inició sumario en virtud de comparecencia del propio Juez titular, P. R., en la que manifestó que con motivo de un accidente de tráfico hizo llamar al Cuartel de la Guardia Civil para que con carácter urgente se personaran en el lugar de autos alguno o algunos policías de tráfico para controlar la circulación en el punto del suceso, que resultaba difícil por el impedimento que representaban los propios vehículos siniestrados; mientras tanto el propio Sr. Juez, auxiliado por particulares que se prestaron a ello, regulaba la circulación. El hecho ocurrió a las 22,30 horas y hasta las 23,35 no se personó el Sargento de la Guardia Civil de Tráfico P. V. S., el que se presentó diciendo: «Buenas noches, ya estoy aquí», a lo que contestó el Sr. Juez: «Sí, pero tarde», replicando secamente el Sargento: «Tarde, no», insistiendo el Sr. Juez: «He dicho que tarde,

sí», manifestando a su vez el Sargento en voz alta: «¡A mí no me chilla nadie! ¿Ha oído usted? ¡No tolero que me chille nadie!». Así continuó la discusión haciendo constar el Juez su condición de Autoridad a la que el Sargento estaba funcionalmente subordinado y éste su carácter de agente de la Autoridad y fuerza armada.

Designado por la Sala de Gobierno de la Audiencia Territorial de Albacete Juez especial para instruir el pertinente sumario, por auto de 19 de junio de 1969 procesó al Sargento P. V. S., por estimar que los hechos pudieran ser constitutivos del delito de desacato previsto y penado en el artículo 240, en relación con los 457 y 458, núm. 4.º del C. P., ya que la conducta del Sargento y gritos que dirigió a la Autoridad Judicial del Partido delante de numeroso grupo de personas fue totalmente desproporcionada ante la censura que por su tardanza le fue formulada por el Juez de Instrucción.

El Juzgado Militar eventual de la plaza de Murcia, por los mismos hechos, siguió causa en la que recayó auto de 9 de julio de 1969 en el que se procesaba al Sr. Juez de Instrucción de Lorca D. J. P. R., por entender que era autor del delito de ofensa a fuerza armada del artículo 311 del C. de J. M., ya que la actitud del Sr. P. R., encerraba una reprensión pública y una actitud despectiva al no dejar explicarse al Sargento. Por auto de 27 de junio, el Juez especial requirió de inhibición a la Autoridad Judicial militar, por entender que los hechos indicaban una clara actitud de desacato del Sargento que el Juez no había provocado, toda vez que la actitud de este tuvo un tono inicial mesurado de censura y sin que pueda olvidarse que la conducta de ambos aparece tan íntimamente ligada que no es posible su separación sin romper la continencia de la causa. Por decreto auditoriado de 11 de julio de 1969, la Autoridad Judicial de la III Región Militar rechazó la inhibición propuesta y requirió a su vez de inhibición al Juez especial, dada la íntima conexión de los hechos y por estimar que los imputados al Sr. P. R., tienen señalada sanción más grave.

Elevada la cuestión a la Sala Especial, el Ministerio Fiscal informó en sentido de estimar competente a la Jurisdicción ordinaria, por las siguientes razones: 1.º) Los hechos que aparecen imputados a ambos procesados se produjeron simultáneamente, al reprender el superior al inferior con ocasión de un acto de servicio, y constituyen una unidad, que no permite su descomposición, debiéndose estimar conexas las presuntas conductas delictivas, con arreglo a lo establecido en el número 1.º del artículo 17 de la L. e. crim., y núm. 1.º del artículo 23 del C. de J. M. 2.º) Con arreglo a lo prevenido en el núm. 1.º del artículo 18 de la L. e. crim., y artículo 22 del C. de J. M., es competente para conocer de los delitos conexos la Jurisdicción que conozca del delito principal, considerándose delito principal el que tenga señalada pena más grave. La Jurisdicción ordinaria conoce del delito de desacato, ya que éste produce necesariamente desafuero conforme a lo dispuesto en el núm. 1.º del artículo 16 del C. de J. M., delito al que puede corresponder la pena máxima de Prisión mayor y multa de 37.500 pesetas. La Jurisdicción militar conoce, por razón de su naturaleza, de delito

de insulto u ofensa a fuerza armada, al que puede corresponder la pena máxima de seis años de Prisión. Es claro que con arreglo a los términos en que está planteada la cuestión y sin entrar a examinar el rigor de los indicios de criminalidad que hayan determinado estas calificaciones de las conductas a enjuiciar, es lo cierto que el delito más grave es el imputado en la causa de que debe conocer la Jurisdicción ordinaria, con fuero atrayente, por tanto, respecto del procedimiento instruido por la Jurisdicción militar.

La Sala Especial acuerda resolver la cuestión de competencia planteada en favor de la Jurisdicción ordinaria, con base en los siguientes fundamentos:

«Que a la Jurisdicción militar, cuya especialidad es explícitamente subrayada, a nivel constitucional, por la vigente Ley Orgánica del Estado, y cuya fundamental y genuina razón de ser concierne al mantenimiento del buen orden y de la inexcusable disciplina en el seno de los Ejércitos, le es asimismo atribuida, por extensión legal, competencia en cuanto a delitos comunes perpetrados por personas o en lugares sujetos a la ley marcial y aún, por razón de la materia, a otros diversos supuestos que, si bien ajenos, en principio, a aquel primordial interés, importa encuadrar en dicho marco jurisdiccional para salvaguarda de las propias Fuerzas Armadas, así como, también, en aquellos excepcionales eventos, legalmente previstos, en que, por insoslayables exigencias de defensa social, resulta imprescindible la actuación primitiva del Fuero castrense, con sus proverbiales notas de celeridad y firmeza que los Tribunales militares vienen desplegando, al servicio de la comunidad nacional, cuando es menester, en abnegado y ponderado esfuerzo adicional a su privativa y peculiar función, que, por cuanto queda indicado, no es conveniente recargar más de lo estrictamente necesario, habida cuenta de la consabida inampliabilidad de lo que, por definición propia y naturaleza, es excepcional y que, por serlo, no puede ser desorbitado, con el consiguiente menoscabo de la Jurisdicción ordinaria o común dotada de fuero atrayente, y con detrimento del principio de seguridad jurídica y del derecho natural y legal de los justiciables a no ser privados de su fuero propio, que es el de la generalidad de los españoles y residentes en territorio español, para ser llevados ante Juez que no es el suyo; derecho cuya efectividad, restauradora del justo equilibrio interjurisdiccional, incumbe a esta Sala de Conflictos Jurisdiccionales garantizar y realizar, con los anejos poderes calificadores de las conductas cuestionadas, a meros efectos de competencia.»

«Que en un Estado de Derecho, cual es el Estado español, para que cualquier persona, no militar, pierda su fuero propio y se convierta, no obstante los genéricos artículos 2.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 10 de la L. e. crim., en justiciable de la Jurisdicción castrense, ha de aparecer con suficiente claridad, siquiera sea indiciaria, la comisión de un delito militar, previsto en los textos legales correspondientes, o bien que la infracción hubiere acaecido en zona o recinto

militar o colocado bajo estado de guerra, siempre que, en este último caso, figurara incluido en los bandos de guerra que se dictasen, lo que, en supuestos de colisión como el actual, obliga a esta sala de Conflictos a aquilatar, siempre a efectos de competencia, si en lo sucedido aparecen comportamientos justificativos de la intervención de la Jurisdicción castrense —salvo conexión obstativa de tal atribución— o si, por el contrario, *prima facie*, no es apreciable la concurrencia de delito reservado a aquella Jurisdicción especial, en cuyo supuesto nada vendría a entorpecer el global conocimiento de los hechos y de lo actuado por el órgano competente de la Jurisdicción ordinaria, único idóneo, de ser así, para hacer los pronunciamientos inculpatorios o exculpatorios, que fueren procedentes en Derecho.»

«Que el Benemérito Instituto de la Guardia Civil en cuanto Cuerpo militar expresamente afecto a peculiares servicios de índole civil, acomodados a su inveterado apelativo sin merma, por ello, de su militar esencia orgánica, cuidadosamente preservada de toda extraña y perturbadora injerencia, no puede menos de hallarse, por virtud de dicho cometido de auxilio o asistencia, implicado en un cierto nexo de dependencia funcional respecto de determinadas Autoridades civiles, facultadas para dirigirle requerimientos y órdenes vinculantes, por más que esta comunicación venga juiciosamente atemperada y canalizada a través de sus mandos naturales, de no tratarse de casos de urgencia, tan frecuentes en la práctica, en que órdenes y requerimientos podrán ser impartidos directamente a fin de que el apoyo no resulte moroso o baldío.»

«Que, junto a los múltiples servicios en materias de seguridad pública, resguardo fiscal y vigilancia vial y rural en que la Guardia Civil ha atesorado entrañable popularidad y relevante prestigio, es una de sus más específicas actividades la de Policía Judicial que netamente le asigna el artículo 283 de la precitada L. e. crim. y demás preceptos concordantes, atinentes al mentado nexo, por lo que afecta al servicio de Justicia, en que, tanto los componentes de la Guardia Civil como los demás integrantes de la llamada Policía Judicial, auxilian al Ministerio Fiscal y a los Jueces de Instrucción, asistidos uno y otros de potestad de mando, a tales efectos, por lo que podrán y deberán emitir órdenes y no ruegos, con las condignas observaciones referentes al exacto cumplimiento del servicio reclamado o encomendado y dirigido, en la medida de lo posible, al pertinente escalón jerárquico.»

«Que ya en concreta referencia al caso que nos ocupa, es de tener en cuenta que, derivados de cierto incidente ocurrido entre un Juez de Instrucción en el ejercicio de su cargo y un Sargento de la Guardia Civil del Servicio de Vigilancia de Tráfico dos entrecruzados procesamientos, como son el dictado por la Jurisdicción ordinaria contra el mentado suboficial, a título de desacato, y el decretado, tiempo después, por la Jurisdicción militar contra el Juez ordinario, por supuesto delito de insulto de palabra a fuerza armada, estriba el conflicto ahora

planteado en dirimir si existe razón válida legitimadora de la excepcional intervención del Fuero castrense o si, por el contrario, debe prevalecer la normal y ordinaria potestad de la Jurisdicción común, dado que, en principio, parece jurídicamente anómalo que las eventuales responsabilidades contraídas por un Juez ordinario en el ejercicio de su cargo puedan ser exigidas por una Jurisdicción especial, a no mediar incontrovertibles razones legales por las que dicho Juez deba ser necesariamente relajado a orden jurisdiccional ajeno y extraordinario.»

«Que facultada esta Sala de Conflictos Jurisdiccionales, a la vista de lo actuado, para apreciar, a meros efectos de competencia, si la base fáctica y jurídica examinada abona suficientemente el reconocimiento emitido por esta última Jurisdicción, la llamada al orden, por persona, lugar o materia, resulte sustraído al Fuero ordinario y atribuible a la especial Jurisdicción militar, es inconcuso que aun sin salirse, como podría hacerse, de la propia versión del auto de procesamiento de figura delictiva, siquiera sea incidiaría, que, por razón de inicial retraso en acudir al requerimiento judicial y subsiguiente irrepentuosidad del convocado, dirigida, en el curso de acto de servicio, por el Juez de Instrucción en el desempeño de sus funciones al Sargento de la Guardia Civil —auxiliar de aquella Autoridad, en su calidad de miembro de la Policía Judicial, de conformidad con el artículo 283, número 4.º y 9.º de la L. e. crim., que en su redacción de 8 de abril de 1967 alude de modo expreso a los servicios de disciplina del tráfico—, no ofrece, a los tan repetidos efectos de competencia, el pretendido carácter de delito militar, previsto en el artículo 311 del Código castrense y enjuiciable, para tal supuesto, por el Fuero de Guerra, por cuanto la prevención, más o menos desabrida, del Juez a quien en aquel momento era su auxiliar, llegado con demora al llamamiento judicial, mal puede encerrar, ni en su letra ni en su intención o sentido, ofensa para la dignidad militar del interpelado, ni ultraje o menosprecio para la Guardia Civil o Fuerzas Armadas en general, por más que suscitase la personal contrariedad del destinatario de la advertencia el tono posiblemente autoritario de quien, por estar ejerciendo en aquella ocasión autoridad, lo emplee en principio legítimamente, sin que, ni siquiera, pueda adjudicarlo, por no dimanar de su propio arbitrio sino de la ley.»

«Que para el supuesto, siempre posible hipotéticamente, de incurrir un Juez en cualquier extralimitación o desviación no delictiva, bien en el tono utilizado frente a cualquiera de sus auxiliares de Policía Judicial o en el curso o conducto seguido para la exteriorización de sus reparos o censuras referentes a alguno de sus colaboradores, el remedio a tal incorrección o demasía habría de buscarse, exclusivamente, en las previsiones disciplinarias de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aplicables por los superiores del transgresor, y no en someterlo, sin fundada razón legal, a la actividad represiva de Jurisdicción que le es extraña.»

«Que por lo que atañe, en lo jurisdiccional, a eventuales responsa-

bilidades penales del Sargento de la Guardia Civil por posible desacato, en aquel mismo incidente, a la Autoridad judicial, es privativa la competencia de la Jurisdicción ordinaria para pronunciarse, en definitiva y en cuanto al fondo, sobre su existencia o inexistencia, conforme al artículo 16, número 1.º, del C. de J. M., que enuncia como casos de desafuero, en que los militares —entre ellos, los miembros de la Guardia Civil— son enjuiciables por la Jurisdicción ordinaria, los delitos de desacato, atentado, resistencia y desobediencia a Autoridades no militares.»

«Que si, por lo razonado precedentemente, los comportamientos cuestionados, en su separada valoración, no cae ninguno de ellos dentro de la circunscrita competencia de la Jurisdicción castrense, su inescindible enjuiciamiento conjunto, por razón de conexión, es necesariamente atribuible, en todo caso, a la Jurisdicción ordinaria, de acuerdo con lo dictaminado por el Ministerio Fiscal, ya que, a tenor de la imperativa legalidad por él invocada, contenida en los concertados artículos 17, número 1.º, 22 y 16, número 1.º, del C. de J. M., y criterio aplicado en Auto de esta Sala de Conflictos de 9 de junio de 1950, es de estimar que, aunque se partiera, dialécticamente, de una efectiva concurrencia en el presente caso del supuesto delito de ofensa a fuerza armada, imputado al Juez de Lorca, al coexistir y conectarse, dentro del complejo suceso de autos —unitario en su continencia— con el ordinario delito de desacato contra autoridad civil por el que el Sargento, denunciante de aquella Autoridad, aparecía, a su vez, anteriormente procesado por la Jurisdicción ordinaria, y ser este delito común, previsto en el artículo 240 del C. P., más grave, por lo que a continuación se dirá, que el delito especial del artículo 311 del C. de J. M. incriminado al Juez de Primera Instancia e Instrucción de Lorca, es patente la preferencia del Fuero ordinario para atraer y abarcar el conocimiento de la totalidad.»

«Que una cuidadosa puntualización comparativa en torno a la respectiva gravedad de las penas conminadas para cada uno de los supuestos delitos en juego —rigurosamente necesaria, atendida su previsible repercusión sobre la doctrina jurisprudencial en materia tan importante y delicada—, viene a mostrar, en vista de los posibles topes máximos alcanzables por una y otra penalidad, que en tanto la señalada por el artículo 311 del Código castrense para el delito de ofensa a fuerza armada no rebasa en ningún caso los seis años de prisión, la máxima sanción prevista para el desacato, en algunas de sus modalidades, no descartables por anticipado en este trámite —gravedad de la ofensa, o subordinación jerárquica en el ofensor, aún sin aquella gravedad—, no sólo comportan pena privativa de libertad de igual duración máxima sino que agregan una multa complementaria de hasta 25.000 pesetas, lo que no deja lugar a duda en cuanto a la superior entidad de la sanción del artículo 240 del C. P. común sobre la del 311 del C. de J. M., en armonía con conocida jurisprudencia expresiva de que

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

dos penas conjuntas resultan sanción superior a una sola de ellas prevista como penalidad única y, respecto de las similares, cuando puedan concurrir matices agravatorios susceptibles de aumentar la extensión de aquéllos; sin contar con que si, en atención a los artículos 119 del Código punitivo y 283 y siguientes de la L. e. crim., el presunto autor del desacato pudiera ser calificado, a efectos penales, de funcionario público subordinado, siquiera sea funcionalmente, a la Autoridad desacatada, la pena de privación de libertad podría llegar a prisión mayor, comprendida entre los seis años y un día y los doce, notablemente superior, por sí sola, a la prevista en el artículo 311 del C. de J. M. para la ofensa a fuerza armada.»

«Que, por todo lo dicho, y con aceptación del dictamen del Ministerio Fiscal, procede decidir esta competencia a favor de la Jurisdicción ordinaria, con sus consecuencias legales.»

### AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 1969

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Ejea de los Caballeros y la Autoridad Judicial de la V Región Militar, para conocer de diligencias por accidente de circulación de dos vehículos conducidos, respectivamente, por militar y paisano.

La Sala la resuelve atribuyendo el conocimiento de los hechos a la Jurisdicción militar, razonando su acuerdo en los términos siguientes:

«Que la presente cuestión de competencia negativa suscitada entre la Jurisdicción ordinaria y la militar del Ejército por choque de vehículos automóviles, respectivamente conducidos, uno de turismo, por un Comandante del Ejército, y el otro, un camión «Pegaso», conducido por un paisano, hecho que produjo daños y lesiones, se originó porque al conocer el Juzgado de Ejea de los Caballeros de unas diligencias previas en esclarecimiento de los hechos, el Juzgado citado, entendiéndolo que sin prejuzgar el fondo se deducía que el motivo que dio lugar al suceso podía ser imputable al aforado militar, acordó la inhibición a la Jurisdicción militar de Tierra, la cual no aceptó la Autoridad jurisdiccional de la V Región Militar, por entender que de acuerdo con el dictamen del Fiscal Jurídico Militar y del correspondiente Auditor, las consecuencias de la colisión las sufrió el conductor aforado, sin que el conductor civil sufriera lesiones, entablándose de esta manera la cuestión de competencia negativa, en la que ha dictaminado el Fiscal de esta Sala de Conflictos en el sentido de que corresponde decidir la cuestión en favor de la competencia de la Jurisdicción militar, por considerar que de las actuaciones resulta que en efecto hay antecedentes que sin prejuzgar naturalmente el fondo de la cuestión, indican que fue el conductor aforado, Comandante de Intendencia del Ejército, el que pudo dar lugar a la colisión de los vehículos, según

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

aparece de las actuaciones practicadas en las diligencias previas instruidas por el Juzgado de Ejea de los Caballeros, consistentes en las actuaciones practicadas por la Policía de Tráfico de la Guardia Civil, dotadas de fotografías y croquis correspondientes, indicativas de que fue el coche de turismo el que por causas no muy precisadas (acaso por mojadura de la calzada) se precipitó contra el camión que llevó siempre su derecha, y siendo ello así es vista la razón que asistió al Juzgado ordinario para inhibirse a favor de la Jurisdicción militar, a virtud de las disposiciones que cita del Código castrense, en relación con los Autos de 15 de noviembre de 1952 y 14 de enero de 1954, que se refieren al principio de culpabilidad del conductor, que en relación con el contenido de los artículos 13, número 1.º, 16, 17 y 18 del Cuerpo legal militar citado y concordantes de la Ley procesal penal, determinada la atribución del conocimiento de las actuaciones para la Jurisdicción militar.»

### AUTO DE 4 DE DICIEMBRE DE 1969

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Instrucción de Utrera y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, sobre conocimiento de diligencias por colisión de vehículos de motor conducidos, respectivamente, por paisano y aforado militar.

La Sala Especial declara competente al mencionado Juzgado de Instrucción, con arreglo a las consideraciones siguientes:

«Que dimana esta cuestión de competencia de diligencias sumariales instruidas por las Jurisdicciones ordinaria y militar, en las que se trata de dilucidar la responsabilidad penal de los conductores de un autobús conducido por un paisano y de camión militar que conducía un aforado a la Jurisdicción castrense; y dado que existen dudas sobre la atribución de la culpabilidad derivada de la colisión de ambos vehículos, cuya clara determinación en este momento no se puede precisar, porque implicaría prejuzgar la resolución del caso sometido a nuestra decisión, sólo a los limitados efectos de resolver la atribución de competencia, entran en juego y hemos de apoyarnos en las normas contenidas en el párrafo 1.º y regla 2.º del artículo 19 del C. de J. M., y, en consecuencia, procede resolver la competencia negativa en favor de la Jurisdicción ordinaria, que continuará la tramitación de lo actuado por ambas Jurisdicciones hasta resolver sobre si la responsabilidad penal es compartida por los dos intervinientes en el suceso o sólo ha de recaer sobre uno de ellos, cualquiera que éste sea, con exclusión del otro, o si los dos están exentos de culpa.»

AUTO DE 17 DE ENERO DE 1970

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Utrera y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, en diligencias seguidas con motivo de un accidente de tráfico sufrido por vehículos conducidos, respectivamente, por un paisano y un Guardia Civil, con resultado de lesiones y daños.

La Sala resuelve la cuestión declarando competente para conocer de las actuaciones al indicado Juzgado de Instrucción, con arreglo a los siguientes fundamentos:

«Que al frenar bruscamente el conductor del automóvil SE-128.809 para facilitar el adelantamiento del turismo CA-62967 a un camión que marchaba en dirección contraria y evitar que chocara con el suyo, fue alcanzado por el automóvil oficial PGC-10.252 que, conducido por un Guardia Civil, iba detrás, produciéndose los daños y las lesiones que las diligencias instruidas indican: y así los hechos, según de lo actuado resultan, es indudable que el conocimiento de los mismos corresponde a la Jurisdicción ordinaria por lo dispuesto en los artículos 10, 11 y 14 de la L. e. crim. y regla 2.ª del artículo 19 del Código castrense, pues aparece indicada responsabilidad para persona aforada y para otra excluida de fuero, con infracción por ellas, respectivamente, de los artículos 99 y 30, apartado a), del Código de la Circulación.»

AUTO DE 21 DE MAYO DE 1970

Cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Lorca y la Autoridad Judicial de la III Región Militar, sobre conocimiento de diligencias previas seguidas por delito de desobediencia a agente de la Autoridad, imputado a un paisano, y falta común de lesiones, imputada a un Guardia Civil.

La Sala resuelve la cuestión en favor de la Jurisdicción militar, con las precisiones y limitaciones que se señalan en el segundo de los Considerandos que transcribimos a continuación:

«Que para decidir el conflicto jurisdiccional planteado es necesario, ateniéndose a la resultancia de las actuaciones practicadas por los Organos jurisdiccionales en contienda, establecer un previo juicio de valor sobre las infracciones penales cuyo conocimiento se discute y que se dicen cometidas en la ocasión de autos, pues sólo determinándolos anticipadamente podrá fijarse a qué Jurisdicción corresponde conocer en lo que es verdadera materia competencial controvertida. En tal sentido, y de acuerdo en la parte que interesa con el dictamen

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

emitido por el Ministerio Fiscal ante esta Sala, es rechazable la existencia de un delito de insulto a fuerza armada previsto en los artículos 310 y 311 del C. de J. M., completado por el artículo 312 del mismo Cuerpo legal, pues ni en un aspecto pasivo puede reputarse que el paisano desobedeciera y resistiera órdenes que imperativamente no podían serle dadas y que no venía obligado a cumplir, y activamente el paisano ni agredió ni ofendió al agente de la Guardia Civil. Tampoco por la aludida falta del referido carácter de imperatividad legítima de las órdenes en cuestión, se puede entender cometido, ni tan siquiera en la provisional esfera actual, el delito de resistencia y desobediencia grave previsto en el artículo 237 del Código común. Por lo que respecta a la agresión del Guardia Civil al paisano, teniendo en cuenta su resultado y efectos, debe ser incardinada en una falta de lesiones prevista y sancionada en el artículo 582 del C. P. común, o en la correlativa del C. de J. M., pero de cuyo enjuiciamiento, dado el carácter de aforado del Guardia Civil que en principio aparece imputado, corresponde conocer, según lo dispuesto en los artículos 5.º, 7.º, número 2.º, 15, número 1.º, y concordantes del tan citado C. de J. M., a la Jurisdicción castrense.»

«Que por lo anteriormente razonado, debe resolverse esta cuestión en favor de la Jurisdicción militar, pero exclusivamente para entender de la referida falta de lesiones o si a ello hubiere lugar, y a juicio de aquella Jurisdicción, del delito de extralimitación en el ejercicio de mando o autoridad del artículo 334; pero al no admitirse cometido, ni tan siquiera a efectos de resolver el presente conflicto, ni el delito militar de insulto a fuerza armada, ni el común de resistencia o desobediencia grave, no debe entenderse atribuida la competencia para enjuiciar este último a la Jurisdicción ordinaria.»

### AUTO DE 10 DE NOVIEMBRE DE 1970

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Instrucción de San Clemente (Cuenca) y la Autoridad Judicial de la I Región Militar, sobre conocimiento de sumario instruido por la colisión de una bicicleta conducida por un paisano y un turismo conducido por un Teniente Coronel de Infantería, «en servicios civiles».

La Sala declara la competencia de la Jurisdicción ordinaria (Juzgado de Instrucción dicho), fundamentando su decisión en los términos siguientes:

«Que con motivo de un accidente de circulación entre un coche de turismo conducido por un Teniente Coronel del Ejército y una bicicleta conducida por un paisano, se iniciaron actuaciones judiciales por el Juzgado ordinario de San Clemente (Cuenca) y a virtud de resultar que el aforado a la Jurisdicción militar (en Servicios Civiles del Ministerio de Hacienda, Represión Fiscal) resultaba con cargo de las

actuaciones, el Juzgado ordinario decretó su inhibición a favor de la Jurisdicción castrense, conforme al artículo 13, número 1.º, del Código peculiar, en relación con el número 3.º del artículo 789 de la L. e. crim., inhibición que después de oír al Fiscal Jurídico Militar y a su Auditor, que interesaron que se practicasen diligencias encaminadas a concretar si existía en el lugar de autos zona destinada a la circulación de bicicletas y carros, y que fueron practicadas, aceptó la Autoridad jurisdiccional militar, siguiendo las actuaciones, terminadas las cuales y elevadas, informó el Fiscal Jurídico Militar en el sentido de que aparte del conductor aforado, que con evidente nota de negligencia atropelló al ciclista, existe en autos la conducta de éste, que circulaba con la falta del piloto encarnado de la parte posterior, aunque llevaba otro reflector, pero no circulando por el sitio reservado a las bicicletas, por lo que propuso la inhibición para la Jurisdicción ordinaria, informando en el mismo sentido el Auditor, lo que aceptó la Autoridad Judicial militar, que decretó la inhibición de las actuaciones en favor del Juzgado ordinario de San Clemente, que primeramente la había incoado y tramitado, quien no aceptó la competencia por insistir simplemente en el auto primitivo de inhibición a favor de la Jurisdicción militar, formalizándose la presente cuestión de competencia negativa.»

«Que el examen de las actuaciones, y especialmente las practicadas a los folios posteriores al 86, al recibirse los autos por segunda vez por la Jurisdicción militar, con declaraciones del Teniente Coronel inculpado y del paisano ciclista, y levantamiento del plano y croquis del lugar del acaecimiento, y nuevas actuaciones en relación con las de la Policía de Tráfico en el accidente en cuestión, aparecen efectivamente cargos sobre la actuación del paisano ciclista interviniente en el caso presente, y por ello y de conformidad a lo dispuesto en el número 2.º del artículo 19 del C. de J. M., que reserva a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de la causa contra los culpables todos, cuando el hecho se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra, tratándose de delito como el presente no reservado especialmente a favor de Jurisdicción determinada contra personas sometidas a distinto fuero, procede decidir la cuestión resolviéndola en el sentido de declarar que debe conocer del asunto en cuestión la Jurisdicción ordinaria, y no la militar, que lo aceptó provisionalmente y en tanto se precisase y se concretase la actuación de la persona no aforada.»

(Joaquín Hernández Orozco)

## **C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

### **1. Art. 8.º, núm. 4.º: Legítima defensa.**

«Que la legítima defensa, en cualquiera de sus modalidades, de eximente completa o incompleta requiere siempre la premisa fáctica de una agresión ilegítima, cosa que no puede ser admitida en las situaciones de riña mutuamente aceptada, según tiene declarada esta Sala, porque en esa riña o contienda hay un acometimiento recíproco que repele el señalar a cualquiera de los contendientes como agresor ilegítimo, ya que a la vez es agredido por su contrario, concurriendo en todos los intervinientes la doble condición de sujeto activo y pasivo de las violencias que se cometan, y aunque pueden concretarse actos lesivos de un contendiente sobre los demás, acaecidos aquellos actos en el seno o fragor de la pelea, forman parte integrante de la misma y no pueden enjuiciarse aisladamente con abstracción de los demás actos violentos provocados o queridos por el mismo agente que supone víctima de los actos de los otros.» (*Sentencia de 20 de febrero de 1971.*)

### **2. Art. 8.º, núm. 7.º: Estado de necesidad.**

«Que el segundo de los requisitos establecidos en la eximente de estado de necesidad número 7 del artículo 8 del C. P. tal como se introdujo en la reforma penal de 1932 y mantenido en el Código vigente, a saber, que la situación de necesidad no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, aun beneficia de la justificación o de la inculpabilidad en su caso —según fuere la magnitud de los bienes jurídicos colisionantes— a los que provocan culposamente la situación o estado de necesidad pero bien entendido que si la acción provocadora constituye ya un delito o pone en peligro los intereses jurídicos ajenos, deberá ser sancionada como tal por ser distinta y anterior a la acción necesaria, única amparada por la exención, y así, a quien provocó con su actuación arriesgada y peligrosa, reprochable a título de culpa, el duro trance de la situación en que se ve envuelto y en el que tiene que optar entre dos males de mayor o menor entidad, no se le sanciona por esta conducta ulterior sino por aquella provocación antecedente, típica de la culpa, por más que el resultado lesivo no deseado se produjera posteriormente en conexión causal con la acción querida.» (*Sentencia de 15 de junio de 1971.*)

**3. Art. 9.º, núm. 2.º: Embriaguez.**

«Que si la embriaguez no produjo efectos inhibitorios para estimarla como eximente, si produjo un estado de perturbación y excitación sexual, que reconocido por la sentencia como hecho probado, debe producir sus efectos jurídicos para apreciarla como circunstancia atenuante del número 2.º del artículo 9.º del C. P. en cuanto se contempla un hombre afectado psíquicamente por bebidas a las que no estaba acostumbrado según declara también la sentencia, y al no tratarse de un sujeto normal en aquellos momentos, tal anormalidad debe reflejarse al sancionar la infracción.» (*Sentencia de 30 de abril de 1971.*)

**4. Art. 9.º, núm. 4.º: Preterintencionalidad.**

«Que pues la desproporción que ha de darse entre el mal producido y los medios empleados, en tal medida que ponga de manifiesto que el daño excedido del que se quiso causar, y que si advino fue por circunstancias que el culpable no pudo prever que es el presupuesto indeclinable para admitir la atenuante de preterintencionalidad postulada.» (*Sentencia de 13 de diciembre de 1971.*)

**5. Art. 9.º, núm. 4.º: Preterintencionalidad.**

«Que requiere inexcusablemente una notoria y manifiesta inadecuación entre los medios agresivos y las consecuencias producidas, de tal forma que autorice a establecer que los males causados por el agente fueron más allá de los límites que con los actos de agresión se quería conseguir, y como los repetidos puñetazos dados por persona de fuerte contextura pueden normalmente causar las lesiones reiteradas sobre el brazo que sufrió la víctima, no hay discordancia entre la intención, los medios utilizados y los resultados obtenidos lo que debe provocar el rechazo de este motivo impugnatorio.» (*Sentencia de 19 de febrero de 1971.*)

**6. Art. 9.º: Arrepentimiento espontáneo.**

«Que la atenuante de arrepentimiento espontáneo recogida en el número 9.º del artículo 9.º del C. P. ofrece, como es sabido, dos elementos: Uno interno, psicológico, de raíz ética, constituido por el arrepentimiento que experimenta el sujeto tras la comisión del hecho punible o, lo que es lo mismo, el pesar y sentimiento de haberlo cometido; y otro externo, de índole activa, eficaz y útil, en que el Derecho acoge para sus propios fines aquél impulso moral que agi-

ta al delincuente tras de su crimen y que se diversifica en tres direcciones: la reparación total o parcial del delito, la satisfacción al ofendido o la confesión de la infracción, con la nota común a las tres de no tener aún conocimiento el culpable de la apertura del procedimiento judicial, garantía de la espontaneidad y desinterés con que procede el delincuente que así obra post-delictum.» (*Sentencia de 9 de febrero de 1971.*)

**7. Art. 9.º, núm. 10. Atenuante por analogía.**

«Que tampoco puede apreciarse la atenuante por analogía, al no deducirse del intocable hecho probado, ninguna circunstancia o característica que mantenga la más pequeña similitud a los establecidos en los nueve primeros números del artículo 9.º ni mucho menos las eximentos fijadas en el artículo 8.º, siendo imposible apreciar altruismo en la conducta de la recurrente, habida cuenta que realizó las prácticas abortivas, mediante el precio previamente establecido y después satisfecho de 1.500 pesetas, no actuando en su ilícito hacer, bajo la influencia de coacción alguna, sino realizando las manipulaciones voluntariamente en virtud del precio concertado.» (*Sentencia de 24 de abril de 1971.*)

**8. Art. 10, núm. 1.º: Alevosía.**

«Que la acción legal de alevosía es de matiz predominantemente objetivo cuando pone el acento en los medios, modos o formas de ejecución puesto en juego por el culpable, siquiera que no esté ausente el elemento subjetivo en cuanto tales medios han de estar orientados o asegurar el golpe, a buscar o aprovechar la indefensión de la víctima, tendencia que no puede desconectarse del correlativo ánimo impulsor en el sujeto, pero sin que se exijan otras matizaciones psicológicas que gratuitamente supone el recurrente en esta agravante descrita en el número 1.º del artículo 10, cual el razonamiento frío y perverso del delincuente o la búsqueda por el mismo de la impunidad, que si pueden convenir a otras circunstancias de agravación están ausentes en el obrar alevoso cuya típica forma de ataque a traición y sobre seguro que sirvió para caracterizar primitivamente el homicidio aleve o proditario engloba no sólo la agresión por la espalda, modo el más elemental y cauteloso de sorprender a la víctima, sino también el ataque cara a cara o en posición lateral de agresor y víctima, siempre que se produzca de manera súbita e inesperada tendente a evitar la reacción defensiva del atacado.» (*Sentencia de 19 de enero de 1971.*)

**9. Art. 10, núm. 13: Nocturnidad.**

«Que el motivo de recurso, combate la apreciación y aplicación de la agravante de nocturnidad, alegando que el hecho declarado probado al citar la circunstancia de la noche, no dice que ésta fuera buscada de propósito, no obstante lo cual el Considerando tercero vuelve a referirse a tal noche sin agregar tampoco lo que antes se expresa, y el fallo condena imponiendo la pena en grado máximo de la misma, esto es, apreciando la agravante en el límite mínimo del grado máximo; sobre lo cual es de hacer notar que si bien la sentencia dice que era de noche, no agrega circunstancia alguna más, como expresar la hora u otra circunstancia para cometer el delito, como dando a entender tácitamente que la noche fue un mero accidente de la ejecución sin transcendencia especial, en cuyo caso puede aplicarse un principio que tiene acogida en la doctrina de esta Sala, por ejemplo en la Sentencia de 24 de abril de 1951, pues sabido es que en regla general dicha doctrina ha determinado, casi de manera constante en su nueva dirección, la necesidad de que conste terminantemente, para la estimación de esta agravante, el buscar la noche de propósito o aprovecharse de ella, y en este caso esto no consta ni en los fundamentos de hecho ni en los de Derecho, y ni siquiera en la parte dispositiva, en la que se omite referencia a este particular; todo lo cual determina la estimación del motivo del recurso, con sus legales consecuencias.»  
(Sentencia de 17 de noviembre de 1971.)

**10. Art. 10, núm. 14: Reiteración.**

«Que para estimar la existencia de esta agravante, es necesario que al delinquir el culpable hubiera 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, que es cabalmente lo que sucede en el caso actual, en el que —según el relato histórico de la sentencia impugnada— cuando el procesado cometido el hecho que en la misma se castiga, se hallaba condenado por otros dos delitos de igual naturaleza, más otros dos de conducción sin permiso, previstos todos en la Ley de 24 de diciembre de 1962, sin que la circunstancia de que con anterioridad a la comisión del hecho que ahora se sanciona hubiera sido derogada la referida ley sobre uso y circulación de vehículos de motor, pueda implicar —como se pretende en el único motivo del recurso— que las condenas proferidas aplicando los preceptos de la misma hayan perdido su virtualidad hasta el extremo de no producir efecto alguno a los fines que se examinan, ya que ninguna norma ni precepto de índole general, ni tampoco específico para aquél derogado ordenamiento, atribuyen tal alcance a la mutación legislativa operada, mucho menos todavía si se tiene en cuenta que la Ley de

8 de abril de 1967, en cuanto a estas figuras delictivas vino a transportarlas al C. P., situándolas en sus artículos 516 bis y 340 bis c).

**11. Art. 10, núm. 15: Reincidencia.**

«Que esta Sala declaró en sentencia de 14 de octubre de 1968 y en otra de 17 de diciembre de 1970, refiriéndose a caso como el actual, que no puede apreciarse la concurrencia de la circunstancia agravante de reincidencia, del número 15 del artículo 10 del C. P., con los especiales efectos previstos en la regla sexta del artículo 61, pese a la pluralidad de las condenas anteriores, puesto que en el primero de tales preceptos se proclama que la reincidencia existe cuando al delinquir el culpable hubiera sido ejecutoriamente condenado por otro u otros delitos comprendidos en el mismo título del propio Código, y en el caso actual el recurrente se hallaba condenado por sentencia de 3 de octubre de 1963 por un delito de utilización de vehículo de motor ajeno, en la de 10 de abril de 1964 por imprudencia, en la de 17 de marzo de 1965 por hurto de uso y en la de 22 de octubre del mismo año por conducción ilegal, de lo que surge con evidencia que, cuando el culpable cometió el hurto que se sanciona en la sentencia ahora recurrida, exactamente el día 1.º de diciembre de 1968, no se hallaba condenado por delitos comprendidos en el mismo Título del Código Penal.» (*Sentencia de 9 de junio de 1971.*)

**12. Art. 10, núm. 16: Morada del ofendido.**

«Que se expresa en los hechos declarados probados de la sentencia impugnada que el delito que se sanciona se realizó en el piso de J. R. con la hija de éste, de siete años de edad, y que dada su edad tiene el mismo domicilio que su padre, y por tanto, como añade y aclara el tercer fundamento legal de la sentencia, se cometió en la morada de la ofendida y como no consta que ésta provocase el suceso, está correctamente aplicada la presente circunstancia agravante.» (*Sentencia de 19 de mayo de 1971.*)

**13. Art. 14, núm. 1.º: Autoría.**

«Que la pretensión que se formula en el único motivo admitido a trámite de que se considere al recurrente como encubridor del número 1 artículo 17 del C. P. y no como autor del delito de robo por el que fue condenado en unión del otro procesado, no puede ser acogida, porque su participación en el delito fue activa y preponderante y así se ve que ante la necesidad que ese otro procesado tenía de dinero, le indico el sitio donde podría encontrarlo y los medios para llegar

a dicho sitio, con expresión de la hora más adecuada para llevar a cabo la sustracción sin peligro de ser visto; y cuanto ante esas seguridades se decide el otro procesado a operar, el hoy recurrente le sigue los pasos, lo espera en la esquina misma de la fábrica donde el otro había penetrado, y una vez que sale con la caja que contiene el dinero, se marcha con su co-reo al cauce de un río, y allí es el mismo recurrente quien rompe la caja y se incauta del dinero dándole al otro parte de la cantidad; o sea que no sólo es el iniciador del robo con indicación de la forma de perpetrarlo, sino que es el que materialmente fuerza la caja de caudales y se queda con la mayor parte; uniéndose así los actos de inducción a los de ejecución material y participación mayoritaria en el lucro obtenido, quedando por ello inmerso plenamente en los aps. 1.º y 2.º del artículo 14 C. P., lo que imposibilita trasladar su responsabilidad al terreno del encubrimiento que pretende» (*Sentencia de 25 de octubre de 1971*).

#### 14. Art. 246, núm. 1.º: Desórdenes públicos.

«Que no se puede degradar a falta como se postula en el único motivo del recurso, porque al contenido de las canciones, de gravedad manifiesta, se une el atentado a la paz y tranquilidad de quienes utilizaban un servicio público de transporte colectivo, que se vieron gravemente perturbados al punto de tener que intervenir para poner fin al alboroto y entregar a los culpables a los Agentes de la Autoridad, cuando se detuvo el convoy en una estación; quedando con ello matizados los requisitos tipificadores de este delito: reunión numerosa de personas y perturbación grave del orden dentro del coche donde aquella se encontraban y que no podían abandonar por tratarse de un tren en marcha» (*Sentencia de 29 de enero de 1971*).

#### 15. Art. 251, núm. 4.º: Propaganda ilegal.

«Que sancionándose en el artículo 251, núm. 4, proyecta atentado contra la seguridad del Estado, perjudicar su crédito o prestigio u ofender a la dignidad de la nación española y, definiéndose en el mismo, se entiende por propaganda, toda clase de folletos, libros, hojas sueltas, periódicos y todo género de publicaciones tipográficas, así como su distribución o tenencia para ser repartidas, al declararse de facto en el intocable hecho probado, poseía el procesado para su distribución nueve ejemplares de un periódico clandestino, todos pertenecientes al mes de septiembre de 1968, constituye número suficientemente expresivo, indicador del medio difusorio, bastante para su incardinación en la figura delictiva correctamente aplicada» (*Sentencia de 20 de febrero de 1971*).

**16. Art. 302, núm. 4.º y 303: Falsificación de documentos públicos.**

Que la alteración o sustitución voluntaria de las formas genuinas que requieren concretos actos humanos para manifestar su eficacia dentro del campo del derecho vivo, se reprochan en abstracto como falsedad, y se reputan en concreto como constitutivas del delito de igual nombre, cuando la *mutatio veritatis* se efectúa, material o ideológicamente, en documentos públicos u oficiales de los señalados en los artículos 302 y 303 del C. P., variando esencia, sustancia o genuinidad, dentro de sus extremos trascendentes, con cambio cierto de la eficacia que tenían que desarrollar dentro del tráfico jurídico a que se dirigen, pues las que se manifiestan en la inveracidad sobre las circunstancias accesorias, irrelevantes o inocuas, no pueden, por su falta de consecuencias, ser objeto de estimación incriminativa, ya que el presupuesto objetivo de este delito, o condición especial de punibilidad, es el daño real en la vida del derecho, al menos potencialmente al darse aptitud para provocar un perjuicio cierto, por identificarse con la antijuridicidad de la acción, de lo que se deduce, que sólo la falsedad esencial es la reprochada, y no la accidental o inútil, que no se protege penalmente, por resultar una mera inautenticidad formal sin consecuencias, llegándose por esta lógica y justa vía, a reducir el alcance de los límites de la falsedad penal, de acuerdo con la calidad y efectos de la inveracidad, para solo extenderla a aquellas mendicidades documentales, en las que realmente el interés público se quebrante, sufran las indispensables garantías de veracidad necesarias y se destruya la fehaciencia y vocación probatoria de las pruebas preconstituidas» (*Sentencia de 6 de marzo de 1971*).

**17. Art. 303: Falsedad en documento mercantil.**

«Que el delito de falsedad en documento mercantil del que es prototipo la letra de cambio, muy excepcionalmente se comete, para alterar su veraz contenido, con exclusiva finalidad falsaria, pues lo que resulta común en la praxis es, que se realice para alcanzar una defraudación con ánimo de lucro ilícito, por lo que surge el problema en este último supuesto, de la posible consumación, o de la duplicidad delictual, entre el delito de falsedad material del artículo 303 en relación con el 302, y el de estafa del artículo 529 y complementarios del C. P., de conformidad con reiterada doctrina de esta Sala, en el sentido, de la compatibilidad de ambas infracciones para su punición, pues habiendo desaparecido en la reforma de 1944, la perturbadora figura de la falsedad lucrativa, que regula el C. P. de 1932 en su artículo 323, la pluralidad delictiva no tiene limitación legal, dándose un concurso real, si fueren autónomos o independientes ambos delitos,

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de acuerdo con la misma conducta del autor, o un concurso ideal teleológico, del artículo 71 C. P., si la falsedad fue el medio necesario para alcanzar la defraudación, aunque la necesidad sea relativa, puesto que los tipos tienen un ámbito diferente, y el lucro engañoso característico de la estafa, resulta ajeno a las falsedades documentales públicas, oficiales o mercantiles» (*Sentencia de 28 de mayo de 1971*).

### 18. Art. 325: Acusación y denuncia falsa.

«Que el delito de acusación y denuncia falsa, que se tipifica en el artículo 325 C. P. requiere para existir, como elementos materiales, formales e ideales: a) Que se imputen hechos a alguna persona determinada o determinable, de manera categórica o precisa —pues no son suficientes las meras sospechas—, y que por su contenido sean falsos indudablemente, b) que los hechos que se achaquen, de haber sido exactos o ciertos, integraren un delito o una falta, de las que darían lugar a seguirse procedimiento de oficio c) que la atribución se realice, ante un funcionario administrativo o judicial, que por razón de su cargo, debiera proceder a su averiguación o castigo d) que la imputación, además de falsa objetivamente, sea maliciosa subjetivamente, por tener el denunciador o acusador conciencia plena de que el hecho achacado constituya delito o falta, aunque se ignore el tipo exacto que lo integre y que además, sea falso o contrario a la verdad, por obrar con indudable mala fe y ánimo deliberado de perjudicar, sabiendo que la persona acusada es inocente, pues de actuar provisto de buena fe, o presa de errónea interpretación, estimando verdaderos los hechos, la conducta carece de la indispensable culpabilidad, que necesariamente ha de integrar la infracción» (*Sentencia de 29 de octubre de 1971*).

### 19. Art. 341: Delito contra la salud pública.

«Que a efectos de la configuración del delito contra la salud pública del artículo 341 C. P., es indiferente que las sustancias nocivas a la salud o los productos químicos o que alude, sean o no tóxicos o venenosos y que esté incluido o deje de estarlo en la legislación de estupefacientes o en las relaciones de materias calificadas por la Administración de drogas y que para su expedición en farmacias se requiera la necesidad de receta médica o no sea necesario este requisito; pues basta que potencialmente sean capaces de causar estragos en la salud de indeterminados sujetos pasivos, sin necesidad de acreditarse el daño en la salud de alguien en concreto» (*Sentencia de 29 de octubre de 1971*).

**20. Arts. 385 y 386: Cohecho.**

«Que cuando el precepto penal señala la hipótesis de que el soborno fuere para la consecución de estos resultados ilícitos, bastará, a efectos legales, que la solicitud u oferta se hagan en tal concepto y a tales fines, abstracción hecha de la realidad y aun de la posibilidad misma» (*Sentencia de 30 de noviembre de 1971*).

**21. Art. 394: Malversación de caudales públicos.**

«Que el delito de malversación, tipificado en el artículo 394 del Código Penal, supone la sustracción realizada o consentida por un funcionario público —elemento subjetivo— de los caudales o efectos públicos —elemento objetivo— que tenga a su cargo o a su disposición por razón de sus funciones —elemento normativo del injusto—; a cuya malversación propia se asimila punitivamente la impropia del artículo 396, que supone la aplicación a usos propios o ajenos de los mismos caudales o efectos, puestos al cargo del mismo funcionario, de no realizarse el reintegro, dentro de los diez días siguientes a la incoación del sumario» (*Sentencia de 8 de marzo de 1971*).

**22. Art. 406. Asesinato.**

«Que la circunstancia agravante de alevosía, referida a la acción dinámica del agente, de condición objetiva, y que agrava por la mayor culpabilidad que éste manifiesta por su cobardía y perfidia, se comete de acuerdo con el artículo 10 núm. 1 y mismo número del 406 C. P. cuando efectúa la agresión lesiva contra la vida o integridad corporal de otra persona, a medio del empleo de un súbito, inesperado y rápido ataque, que aun pudiendo efectuarse cara a cara, implique sorpresa para la inadvertida víctima, que no puede sospechar la agresión, ni precaverse de ella y mucho menos repelerla, por hallarse ante una ejecución asegurada, sin el menor riesgo para quien la desarrolla» (*Sentencia de 10 de mayo de 1971*).

**23. Art. 490: Allanamiento de morada.**

«Los encartados entraron varias veces en el apartamento que tenían arrendado a C sin autorización alguna del mismo y sin su conocimiento, tal hecho, no consentido y aún ignorado por el arrendatario como deliberado ataque a su voluntad de disposición respecto a su morada y penalmente antijurídico por tanto pues su oposición al mismo era tácita y eficiente en esta forma de expresión para para el atentado a su voluntad engendre el delito de allanamiento de morada del artículo 490» (*Sentencia de 28 de septiembre de 1971*).

**24. Art. 500: Robo.**

«Que la línea diferencial que separa el delito de robo, del delito de hurto, se encuentra establecida en las definiciones auténticas, que el C. P. consigna respectivamente, en sus artículos 500 y 514 núm. 1, pues mientras en el robo, el apoderamiento de la cosa mueble ajena, ha de realizarse, con violencia o intimidación en las personas, o empleando fuerzas en las cosas —elemento positivo— en el hurto necesariamente han de faltar dichos *modus operandi*, de vis física, o coacción moral, sobre un sujeto de derechos, o del empleo de la fuerza material sobre los efectos reales—elemento negativo, por lo que en definitiva, y en principio la distinción entre ambas clases de infracciones y sus apoderamiento se encuentra determinada por la dinámica misma del acto criminal, en cuanto se utilicen o no, en su externa manifestación, los medios violentos sobre las personas o sobre las cosas indicadas» (*Sentencia de 25 de septiembre de 1971*).

**25. Art. 516 bis: Hurto de uso.**

«Que el delito de *furtum usus* de vehículo de motor, que tipifica el artículo 516 bis del C. P., tal como se encuentra redactado por la Ley de 8 de abril de 1967, es una infracción criminal de lesión que ataca al *ius utendi*, que es una de las facultades integrantes del ejercicio excluyente del dominio que corresponde a su titular, y que el agente al usar el carruaje vulnera temporalmente, sin la debida autorización de aquél; autorización que opera como elemento determinante de la antijuricidad de la acción, pues de existir positivamente concedida, de manera expresa, o incluso tácitamente, por actos, que permitan presumirla, desaparecería la ilicitud, porque el consentimiento del propietario elimina la antijuricidad del hecho, al permitir válida y voluntariamente, la utilización por otro, del vehículo que le pertenece» (*Sentencia de 15 de noviembre de 1971*).

**26. Art. 529: Estafa.**

«Que siendo la estafa, una actividad artificial y engañosa del agente, que pleno de ánimo de lucro, causa un error en otra persona determinándola a efectuar un acto de disposición patrimonial hacia aquél o a un tercero, con daño propio y recíproca ganancia, resulta necesario, que sus imprescindibles elementos económicos de perjuicio y lucro logrado o intentando se hayan de deber en adecuada relación causal, al previo uso del engaño, por ser el sustrato ideal o psicológico de la acción que los genera, y que no es más, que la puesta en juego por el sujeto activo, frente al destinatario que lo ignora, de cualquier falta

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de verdad, por simulación, entre lo que piensa y dice y lo que se le hace creer, con inadecuación frente a la realidad, valiéndose de la inducción, instigación o persuasión inauténtica, que produce su efecto, generando el vicio en el consentimiento, que motiva el desplazamiento de bienes o valores, por la abstracta idoneidad final que poseía el engaño por sí mismo» (*Sentencia de 20 de diciembre de 1971*).

### **27. Art. 546 bis a): Receptación.**

«Que según reiteradamente tiene declarado esta Sala no es necesario determinar el lucro obtenido por la receptación y ni tan siquiera es necesario que ese lucro se llegue a obtener, pues quien adquiere objetos sustraídos con conciencia de su prohibida adquisición, y los integra en su patrimonio comprándolos definitivamente, se aprovecha por sí de efectos provenientes de delito» (*Sentencia de 28 de septiembre de 1971*).

### **28. Art. 557: Daños.**

«Que el elemento intencional voluntariedad del artículo 1.º C. P.—apoyo necesario de toda infracción de tipo doloso, ha de exigir con caracteres muy acusados en el delito de daños en el que, a diferencia de los demás delitos contra la propiedad el culpable no persigue ningún afán de lucro o beneficio, sino sólo el placer morboso de lesionar el patrimonio ajeno, dañar por dañar; siendo por tanto preciso para que este delito aflore al campo penal, no sólo el hecho material de que se haya menoscabado el patrimonio ajeno, sino que aquél se haya producido con ánimo deliberado de causarlo sin perseguir utilidad el culpable.» (*Sentencia de 16 de octubre de 1971*).

### **29. Art. 565, párrafo 2.º: Imprudencia simple con infracción de reglamentos.**

«Que la conducta del inculpado, mirada con benevolencia ha de inculparse, al menos en el marco de la imprudencia simple, del artículo 565 párrafo 2.º, pues aunque llevaba luz de cruce, por venir en dirección contraria otros vehículos, es lo cierto que marchaba a una velocidad de 75 a 80 km. a la hora, lo que no le permitía frenar el vehículo con la rapidez y eficacia necesaria ante la presencia de algún obstáculo que se le presentase dentro de la limitada distancia a que alcanzaba su iluminación, y ello dio lugar a que no se apercibiera hasta estar a escasa distancia del que delante y a su derecha con la luz del faro encendida se encontraba parada una motocicleta, se precipitó sobre los mismos arrollando a los ocupantes» (*Sentencia de 11 de junio de 1971*).

(EMILIO DE MIGUEL ZAMORA)

## D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

**SUMARIO:** I. *Casas militares:* Desalojo de las ocupadas en arrendamiento al pasar los inquilinos a la situación de retirados.—II. *Medalla de sufrimientos por la patria:* Accidente cuyo riesgo sea el propio y específico del Servicio Militar o del manejo de las armas. Imprudencia de su concesión por heridas sufridas en accidente de circulación.—III. *Jurisdicción contencioso-administrativa:* Imprudencia del lugar donde se interpuso el recurso.—IV. *Tribunales de honor:* Competencia de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Actos de la Administración Militar referente a su personal.

### I. CASAS MILITARES

CASAS MILITARES: DESALOJO DE LAS OCUPADAS EN ARRENDAMIENTO AL PASAR LOS INQUILINOS A LA SITUACIÓN DE RETIRADOS.—PROCEDENCIA.—NORMATIVA APLICABLE

*Sentencia de 24 de junio de 1972.*—Es recurso deducido por R. G. H. y otros contra desestimaciones tácitas del Ministerio del Aire de sus solicitudes de que les fuera reconocido el derecho a continuar tras haber pasado a la situación de retiro, en el uso y disfrute de las viviendas por ellos habitadas pertenecientes al Patronato del Ramo del Aire y a continuar con el pago del mismo alquiler que venían satisfaciendo. Este recurso es desestimado por el Tribunal Supremo. En este recurso son fundamentales los dos siguientes considerandos.

«Que en apoyo de la pretensión expuesta en primer lugar se arguye que el pase de los recurrentes a retirados no puede causar la extinción de la relación arrendaticia ya que el cese en el servicio activo no está incluido en ninguna de las causas de deshaucio del artículo 114 de la L. A. U., ni en el artículo 138 del Reglamento de Viviendas de Protección Oficial; pero al aducir esta fundamentación carece de consistencia el efecto pretendido por las razones siguientes: 1.º Porque el número 3.º del artículo 1.º de la L. A. U., se dispone que «el arrendamiento de fincas urbanas construidas al amparo de leyes especiales protectoras se regirán por las normas particulares de éstas y en lo no previsto en ellas por la presente Ley, que se aplicará íntegramente cuando el arrendamiento deje de estar sometido a dicha disposiciones particulares», y este carácter es evidente que tienen las que regulan las viviendas para el personal del Aire, como declaró esta Sala, respecto al personal de la Armada en sentencias de 31 de marzo de 1971, ya que para cumplir la

finalidad protectora se creó el Patronato de Casas del Ministerio respectivo por Ley 17 de julio de 1946, con las misiones que se establece en orden a la construcción y adjudicación, se dictó el Decreto 8 de julio de 1949 y, autorizadamente por Orden de 15 de agosto siguiente, se aprobó el Reglamento para el Régimen y adjudicación de tales viviendas, habiéndose declarado extensivo por Ley 2 de marzo de 1963 el beneficio del Patronato al personal en retiro, reserva o jubilación causahabientes de los mismos con derecho a pensión, aunque previniéndose en el artículo 4.º del aludido Reglamento la obligación de desalojo al pasar a esas situaciones con señalamiento del plazo de cuatro meses para efectuarlo y posible prórroga de dos meses en los casos excepcionales de enfermedad, según artículo 29, corroborando dicho régimen especial la Ley 28 de diciembre de 1966 y Reglamento 29 de octubre de 1970, indicándose en el número 3.º del artículo 4.º del Reglamento anterior que podrán solicitar y ocupar viviendas del Aire los retirados por edad o jubilados con respecto de los cupos de viviendas que para los mismos pueda establecer el Patronato, por permitirlo las necesidades de alojamiento del personal en activo y que en la planificación de sus programas de construcciones, para facilitar viviendas al personal, el Patronato atenderá preferentemente —a satisfacer necesidades de viviendas del Personal Militar, y 2.º que tampoco puede constituir obstáculo al objeto de la extinción de la relación arrendaticia lo dispuesto en el artículo 138 del reglamento de viviendas de protección oficial, dado el desarrollo de la Ley General de viviendas de esta clase, ya que las del aludido Patronato se hayan sometidas al indicado régimen especial como lo confirma la Ley de 28 de diciembre de 1966 antes citada y su reglamento en la que corroborándose la especificidad de los contratos otorgados por el Patronato establece el Orden de prelación para el desarrollo de los fines enumerados en el inciso A, artículo 2.º y párrafo final, se fijaron en armonía con ello en el Reglamento que oportunamente se dictase, por lo que reviste plena virtualidad lo dispuesto en O. M. de 9 de agosto de 1967, dada en reforma del artículo 29 del Reglamento sobre régimen y adjudicación y plazos de desalojo y la modificación llevada a cabo asimismo en el artículo 30 por O. M. del Aire de 3 de julio de 1969, confirmando en orden a la normativa aplicable lo que consigna ya expresamente, en tal sentido, en los contratos de arrendamiento suscritos por los recurrentes con el Patronato, aunque en la última modificación expresada se amplía del doble al triple el importe del alquiler a satisfacer por el inquilino una vez terminado el plazo reglamentario de desalojo y, en su caso la prórroga concedida hayándose también establecido reglamentariamente un procedimiento administrativo especial para llevar a cabo el deshaucio de esta clase y su ejecución por el expresado Patronato, criterio confirmado además del propio Ministerio de la Vivienda en relación con lo prevenido en las causas 2.ª y 3.ª del aludido reglamento de las viviendas de protección oficial, sin que los referidos en la Ley de 1966, pueda en modo alguno ser interpretado en

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

el sentido que se pretende e implicar una prórroga d los arrendamientos de viviendas destinadas al personal en activo, que conforme a los preceptos reglamentarios y a la preferencia reconocidas a ellos en los mismos, se estime, al pasar sus arrendatorios a las situaciones de retiro, o jubilación con independencia de las posibilidades a obtener por estos últimos como consecuencia de la realización y puesta en marcha de lo prevenido con carácter programático en la Ley respecto a las viviendas que, en su caso, cabría asignarles a los que se encuentran en esa situación cuando las construcciones existentes lo permiten y salvadas las preferencias del personal en activo.

»Que la impugnación efectuada en la ampliación del recurso a la resolución del Patronato de 30 de junio de 1970 por virtud de la cual y a partir del 1 de agosto siguiente, se eleva al triple el alquiler correspondiente a la vivienda de los recurrentes no desalojadas oportunamente, una vez transcurrido el primer año a la extinción reglamentaria de sus contratos de arrendamiento, no puede tampoco ser acogida puesto que dicha medida la adoptó en ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 30 del Reglamento de Régimen y Adjudicación según redacción dada al mismo en O. M. de 3 de julio de 1969, con potestad dimanante de la normativa específica legal, que, según queda antes recogido razonadamente ha de prevalecer sobre las disposiciones inaplicables de orden general que se invocan, teniendo tal elevación una evidente naturaleza de cláusula penal, que, en la cuantía inferior del duplo aparece reconocida por los recurrentes expresamente en los cintratos con el texto del indicado artículo en su redacción anterior en la relación con la cláusulas 1 y 12 de aquellas, no constituyendo por tanto infracción alguna del ordenamiento jurídico según se deduce, debiéndose finalmente dejar constancia por otra parte de que se refería a actos administrativos distintos al recurso 15.910 que fue declarado inadmisibile por sentencia 28 de abril de 1971, lo que, según consta en el presente proceso concerniente al número 15.831 determinó que, en auto de 21 de octubre de 1970 se acordase no haber lugar a la acumulación de aquel recurso a éste, que fue primeramente interpuesto.»

## II. MEDALLA DE SUFRIMIENTOS POR LA PATRIA

ACCIDENTE CUYO RIESGO SEA EL PROPIO Y ESPECÍFICO DEL SERVICIO MILITAR O DEL MANEJO DE LAS ARMAS.—IMPROCEDENCIA DE SU CONCESIÓN POR HERIDAS SUFRIDAS EN ACCIDENTE DE CIRCULACIÓN.—JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

*Sentencia de 23 de junio de 1972.*—Es recurso deducido por J. R. C. contra denegación de su petición sobre concesión de medalla de sufrimientos por la Patria por lesiones producidas en accidente de tráfico en acto de servicio. Este recurso es desestimado y la doctrina principal está contenida en el siguiente Considerando:

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

«Que la redacción dada al apartado C del artículo 6 del Reglamento de la Medalla de Sufrimientos por la Patria de 11 de marzo de 1941, en virtud de O. M. de 5 de septiembre de 1949, quedó esencialmente modificado el texto anterior del apartado C, que hasta entonces comprendía a las lesiones originadas en toda clases de accidentes al personal militar o militarizado, que en acto de servicio, fueran víctimas de tales accidentes y que por consecuencia de la modificación establecida en tal apartado por la mencionada Orden de 1959, quedó concretada a las ocasionadas al personal militar o militarizado que en actos de servicio resulte lesionado en accidente cuyo riesgo sea el propio y específico del servicio militar y del manejo de las armas; que en el caso contemplado resulta evidente que no concurre este requisito, puesto que el riesgo que motivó el accidente sufrido por él y sus compañeros es el que lleva consigo la circulación en vehículos automóviles, riesgo que no se pudo apreciar específico del servicio militar, sino que afecta a todos los ciudadanos como lo corrobora el hecho de que el accidente ocurriera en una plaza de esta capital y que en él resultara implicado un vehículo privado que ninguna relación tenía con tal servicio militar no siendo suficiente por tanto que el accidente se haya producido en acto de servicio como sostiene el recurrente según declaró ya esta Sala en caso análogo en sentencia de 30 de abril de 1970, sino de riesgo propio y específico del servicio militar, y sin que esta situación pueda quedar modificada por la declaración obtenida de Caballero mutilado útil, ya que del precepto contenido del artículo 17 del propio Reglamento, así se desprende claramente al disponer que los casos de petición, como la que aquí se controvierte, se regirán por las normas generales de la referida medalla que al respecto de que se trata han quedado antes debidamente puntualizadas.»

### III. PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

LUGAR DE INTERPOSICIÓN DEL RECURSO: NO LO ES EL REGISTRO DEL GOBIERNO MILITAR.

*Sentencia de 29 de noviembre de 1972.*—Es recurso interpuesto por F. V. L. contra la Orden del Ministerio del Ejército de 26 de enero de 1970, que tras otorgar el ascenso del actor a Comandante le asignó la situación administrativa de disponible. El Tribunal Supremo lo declara inadmisibile. La doctrina está contenida en el siguiente considerando:

«Que en el presente caso, el representante de la Administración alega en el expresado trámite acordado por la Sala, la inadmisibilidad del recurso al amparo artículo 82 f) en relación con el 58, ambos de la Ley jurisdiccional y con fundamento en que aquel no ha sido interpuesto dentro del plazo señalado, puesto que habiéndose comunicado al actor el 7 de mayo de 1970, la resolución del Ministerio del Ejército por la que desestimó el recurso de reposición que promovió contra la Or-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

den del indicado departamento Ministerial del 26 de enero del mismo año, referente a su ascenso al empleo de Comandante y asignación en el de la situación administrativa de disponible, no fue presentado recurso en este Tribunal Supremo hasta 10 de julio de 1970, es decir, cuando había transcurrido ya el plazo de dos meses señalado en el artículo 58, número 1, no pudiendo ser estimada como fecha de presentación la anterior en que lo realizase en el Gobierno Militar de Pontevedra, por el cual fue remitido con oficio fecha 4 del propio mes de julio, dirigido a este Tribunal por el mencionado Organismo, y como quiera que la notificación de la referida resolución, se llevó en efecto a cabo el 7 de mayo de 1970, según figura en la copia acompañada al escrito interpositorio, por el recurrente, quien así lo declara; además en el mismo y en la presentación de aquel escrito aparece registrada de entrada en Registro General de este Tribunal Supremo, el 10 de julio siguiente, resulta evidente que fue presentado una vez transcurrido el plazo legal marcado en el artículo 58, y por consiguiente incide en el motivo de inadmisión del artículo 82 *af*) de la Ley Jurisdiccional por haberse presentado el escrito interpositorio fuera del plazo establecido, ya que este Tribunal tiene reiterado en numerosas sentencias que el recurso debe ser presentado dentro del plazo legal ante el Órgano Jurisdiccional correspondiente, no interrumpiendo el plazo de prescripción de la acción su presentación en otro organismo, y como aquí sucede tuvo entrada en aquel órgano después de haber expirado tal plazo, toda vez que la circunstancia de haberse cursado a través del Gobierno Militar de Pontevedra no es suficiente para impedir la caducidad determinada, por la extemporánea presentación a que alude el artículo 82, ante el órgano jurisdiccional competente, según previene el artículo 1.º de la L. E. Civ., de aplicación supletoria pertinente, en virtud de lo establecido en la disposición adicional 6.ª de la reguladora de esta Jurisdicción y que es el único momento a tener en cuenta a los efectos del cómputo del plazo de interposición, salvo el supletorio de la presentación en tiempo hábil en el juzgado de Guardia correspondiente, a la que no puede equipararse las de presentación en cualquier otro registro de oficina pública de todo lo cual se infiere la conclusión de ser precedente a acoger la invocada causa de inadmisibilidad, la cual veda entrar a conocer y decidir sobre la cuestión de fondo debatida en el Consejo.

### IV. TRIBUNALES DE HONOR

COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN. ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN MILITAR REFERENTE A SU PERSONAL. TRIBUNALES DE HONOR. COMPATIBILIDAD DE SU PROCEDIMIENTO CON CUALQUIER OTRO DE NATURALEZA PENAL O ADMINISTRATIVA

*Sentencia de 14 de diciembre de 1972.*—Es recurso interpuesto por A. M. M., contra la Orden del Ministerio del Ejército de 7 de marzo de 1970, y de las resoluciones precedentes que aquélla ratifica, que se

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

paró del servicio al recurrente. El Tribunal Supremo desestima el recurso expuesto, en base a los siguientes Considerandos:

«Que el auto de 14 de abril de 1971, que declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo número 18.129, interpuesto por F. R. J. contra las Ordenes Ministerio Ejército de 7 y 11 de marzo de 1970, relativas a su separación de servicio y baja en el Ejército, a virtud del fallo del Tribunal de Honor, fundándose en que el artículo 40, apartado D de la Ley Jurisdiccional, establece que no se admitirá recurso contencioso-administrativo respecto de las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos de acuerdo al artículo 1011 y siguientes del Código Castrense y las demás resoluciones que tengan origen en otros procedimientos establecidos en el mismo Código y aparece acreditado que, la resolución que se pretendía impugnar fue dictada por el Ministerio del Ejército, en el procedimiento de Tribunales de Honor que instituye y regula el capítulo 3.º, título 25 del citado folio, disponiendo que como consecuencia de haberse fallado por el Tribunal de Honor respectivo, la separación del servicio se decretó por el referido Ministerio, la separación del servicio y baja del expresado Jefe, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 1039 del aludido Código, en el que se establece que, contra tal resolución de separación de servicio por Tribunal de Honor no se dará recurso alguno.»

»Que, la declaración 9.ª de la Ley de Principios del Movimiento, al decir que, todos los españoles, tienen derecho a una justicia independiente, y, lo preceptuado en el artículo 30 de la Ley Orgánica del Estado, hacer de que tendrán libre acceso a los Tribunales y, por consiguiente a los de esta Jurisdicción conforme al artículo 31, así como al Principio Militar, interpretaciones formalistas, conducentes a la inadmisión de recursos contenciosos que comporten la subsistencia de infracciones administrativas en pugna con la justicia consagrado en el preámbulo de la Ley Jurisdiccional obliga a restringir la nueva exclusión de la vía contenciosa administrativa establecida en el artículo 40, apartado D, con arreglo a sus propios términos literales, a las resoluciones que tengan origen en otros procedimientos —distintos de los expedientes gubernativos seguidos con arreglo al artículo 1011 y siguientes del Código Castrense— establecidos en el mismo Código sin ampliar el alcance de la materia excluida de revisión jurisdiccional hasta el extremo de comprender entre los escritos todas las resoluciones que obtengan relación o se refieran a los procedimientos disciplinarios o de los tribunales de Honor aunque no sean consecuencia de los acuerdos adoptados en tales procedimientos, sino que, como las autorizaciones aludidas en los artículos 1027 y 1028 del referido Código tengan por objeto la constitución del Tribunal de Honor, toda vez que la frase tengan origen, debe interpretarse en el mismo sentido que la empleada con anterioridad en el propio artículo con relación a las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos limitando la prohibición de admitir recurso en esta vía, respecto de las que resuelvan todos los procedimientos especiales regulados en el Código Castrense y las que tengan

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

origen, o sean consecuencias de ellos, pero sin extenderlas a los demás actos de la administración militar referentes a su personal.»

«Que la salvedad consignada al final del artículo 1025 del Código Castrense no puede significar —según sostiene el demandante— la imposibilidad de someter a juicio y fallo de los Tribunales de Honor, a quien, por los mismos hechos se encontrasen enjuiciados en otro procedimiento judicial pendiente de sentencia, toda vez que el significado de la frase, salvo si hubiesen sido sancionados con separación del servicio, empleada después de la de aunque los mismos hechos estuvieran ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo, coincide efectivamente con lo preceptuado en el artículo 720 del de 27 de septiembre de 1890, acerca de que podrá ser somtido a Tribunal de Honor aunque hubiese sido juzgado por otro procedimiento, siempre que hubiere de continuar en el servicio a cuyo texto se refiere la Real Orden de 31 de diciembre de 1917, disponiendo que, dichos Tribunales, pueden constituirse y dictar fallo, que será firme aunque el residenciado, esté sometido a otros procedimientos por los mismos hechos, debiendo entenderse conforme a la tesis de la administración que, la única razón opuesta a la constitución de tales Tribunales, es la de que se halla decretado con anterioridad la separación del servicio del inculpado, pero no la existencia de otro procedimiento pendiente o concluso si en este no se hubiese acordado la medida que hiciese necesaria la constitución del Tribunal de Honor, cuya única finalidad según artículo 1036, es la de proponer la separación del servicio del inculpado, en caso de estimar deshonrosos los hechos que motivaron su constitución independientemente y sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse al residenciado en los distintos procedimientos conforme a lo preceptuado en relación con la Jurisdicción disciplinaria en los artículos 178 y 180 del mismo código Castrense, disponiendo que, las correcciones impuestas disciplinariamente, no serán obstáculo para que se instruya expediente gubernativo cuando pueda proceder la separación y que las disposiciones de esta Ley no se oponen a la organización de otros Tribunales.»

«Que el argumento aducido respecto a que el artículo 1025, no dice aunque de los mismos hechos estuviese conociendo sino que estuviesen ya juzgados, no lleva, necesariamente, a la conclusión propugnada por el recurrente acerca de que, la litispendencia, impida legalmente la constitución del Tribunal de Honor, toda vez que además de lo relacionado con anterioridad y de lo resuelto en la Real Orden de 1917, debe tenerse en cuenta que, el artículo 1041 contempla el supuesto de que los mismos hechos o conducta hayan sido juzgados por otro Tribunal de Honor con declaración favorable —reproduciendo lo preceptuado en el artículo 18 (Ley 27 de septiembre de 1940), reguladora de la Constitución y reglamento de los restablecidos por el Decreto de 17 de noviembre de 1936, y que habían sido suprimidos por el artículo 95 de la Constitución de la República y dejando a salvo el caso de que apareciesen pruebas fehacientes que no hubiesen podido ser conocidas anteriormente, en el que podrá constituirse de nuevo el Tribunal de Honor a pesar de la

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

resolución favorable anterior; lo que también se opone a la tesis sustentada por el recurrente que obligaría a suspender la constitución del Tribunal, hasta conocer la sentencia definitiva dictada en la causa criminal en la que fue procesado, para proseguirla únicamente en el supuesto de que aquellas no le impusiesen pena que llevase consigo la separación del servicio, a fin de que el fallo de Tribunal de Honor no pudiese influir en la decisión de la Sala sentenciadora, circunstancia que si bien puede, efectivamente, tener lugar de modo análogo a lo que sucede en relación con la responsabilidad penal disciplinaria no puede impedir la actuación simultánea para exigir las, siempre que esta última, no se funde en que sea delictivo el hecho sancionable por la administración y sin perjuicio de la posible revisión cuando la sentencia penal declare que los hechos no se cometieron o que el procesado no participó en ellos supuestos distintos del de sentencias absolutorias por falta de pruebas, que ningún efecto produce en la corrección disciplinaria impuesta o pendiente, ante los que según declaró la sentencia de 3 de julio de 1965, cabe siempre la posibilidad de imponer la sanción disciplinaria lo que de modo análogo debe de estimarse adecuado a los Tribunales de Honor, previstos en el artículo 94 de la Ley de 7 de febrero de 1964, y cuya actuación con independencia de lo dispuesto en los artículos anteriores es compatible con cualquier otro procedimiento penal o administrativo aunque resulte inútil, estéril o imposible jurídicamente que se constituya, cuando el funcionario haya sido separado del servicio por condena criminal o sanción disciplinaria conforme a lo dictaminado por el Consejo Estado 12 de julio de 1961, relativa a que los Tribunales de Honor por su especial naturaleza son compatibles con cualquiera otro procedimiento a que puede o haya sido sometido el enjuiciado por el mismo hecho, aunque revista caracteres de delito.»

(EMILIO DE MIGUEL ZAMORA)

## **E) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL**

**SUMARIO:** I. *Cuerpo Jurídico Militar:* Profesionalidad del Cuerpo Jurídico Militar. Ingreso por oposición. Licenciamiento y retiro definitivo en la Escala Honorífica.—II. *Situaciones militares:* A) Comandante Auditor del Ejército del Aire, Procurador en Cortes electivo por el tercio Sindical: Derecho de opción entre «disponible» y en «servicios civiles» B) Procesado reingresado en servicio activo. Suspensión de empleo. Separación de servicio. Retirado. Abono de servicios. C) Pase al Grupo de «Arma o Cuerpo».—II. *Ascensos:* A) Ascenso al empleo inmediato de Oficial. Asesinado en zona roja. Requisitos. B) Ascensos obtenidos en situación de procesado: Improcedencia. Sentencia de 9 de mayo de 1970.—IV. *Retribuciones:* Trienios. Militar que pasa al Cuerpo de carácter civil. Unidad del sistema de retribuciones civiles y militares, significando.—V. *Destinos civiles:* Régimen de retribuciones del personal en situación de destino civil. Asimilación a funcionarios del Cuerpo General Técnico. Régimen especial de los destinados en la Jefatura Central de Tráfico.—VI. *Medalla de sufrimientos por la Patria.*—Acto de servicio y accidente cuyo riesgo no es el propio específico del Servicio Militar. Régimen distinto según los casos e improcedencia a falta de segundo supuesto.—VII. *C.A.S.E.*—Retribuciones. Asimilación y consideración militar sólo a determinados efectos.—VIII. *Clases pasivas:* A) Pensión extraordinaria de viudedad. Fallecimiento producido por accidente en acto de servicio. Circunstancias necesarias para la concesión de pensión. B) Incompatibilidad de percepción de pensiones como Agentes de Justicia Municipal jubilado y Guardia Civil retirado. C) Separados del Servicio. Actualización de pensiones. D) Condenado a pena de muerte, posteriormente conmutada por la de reclusión mayor con accesoria de pérdida de empleo; privación de pensión de retiro. E) Naturaleza de los distintos conceptos de retribuciones carácter básico y principal del sueldo y los trienios. Actualización de pensiones: Doctrina General.

### **I. CUERPO JURIDICO MILITAR**

#### **PROFESIONALIDAD DEL CUERPO MILITAR. INGRESO POR OPOSICIÓN. LICENCIAMIENTO Y RETIRO DEFINITIVO EN LA ESCALA HONORÍFICA.**

Sentencia de 27 de mayo de 1970. El recurso deducido por don Antonio L. S., Comandante Auditor de la Escala Honorífica en situación de retirado, sobre denegación de solicitud formulada en súplica de que se le declare como comprendido a todos los efectos en la Escala Profesional del Ejército. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos.

Que en apoyo de la pretensión de revocación de la resolución impugnada por estimarla no conforme a Derecho aduce que en la Escala Honorífica del Cuerpo Jurídico-Militar concurre la profesionalidad y el Reglamento orgánico de dicho Cuerpo era ya la profesionalización de la misma; cita en corroboración de ello la Ley de 26 de diciembre 1957 sobre derechos pasivos del personal de las Escalas de Complemento, provisionales, honoríficas o asimiladas de las distintas Armas y Cuerpos, los artículos 1.º y 15 del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo de 25 de mayo de 1951 y la Orden Ministerial del Ejército de 22 de diciembre de 1960 sobre conversión de la retribución por quinquenios en trienios al ratificar la Orden del propio Departamento de 25 de febrero de 1947 relativa a aquella materia, pero dichas alegaciones no tienen la consistencia jurídica necesaria al fin pretendido porque, en primer lugar, no precisa adecuadamente lo que trata de expresarse con la aludida profesionalidad, pues si es la pertenencia a una profesión y su ejército, es innegable que los miembros de la indicada Escala Honorífica son profesionales en el sentido requerido en el artículo 3.º del D. de 6 de abril de 1943 por el que se crearon las Escalas honoríficas de los Cuerpos que señala el artículo 1.º, entre los cuales figura la del Jurídico Militar puesto que aquel artículo preceptúa que sólo podrán formar parte de las mismas los que, reuniendo las condiciones facultativas o técnicas de cada Cuerpo, no las tienen para hacerse Oficiales de Complemento, pero no ocurre lo propio si se aspira con la mencionada palabra a la de profesional o asignándole otro alcance diferente como es el de miembro perteneciente a la Escala de escalas profesionales del Ejército, concepto evidentemente distinto y que referido concretamente al Cuerpo Jurídico-Militar ha de partir del precepto contenido en el artículo 21 de la Ley constitutiva del Ejército de 29 de noviembre 1878, según el cual nadie podrá ingresar más que por oposición en los Cuerpos en que se exija esta circunstancia como ocurre en el de que se trata y tomar en consideración la organización establecida respecto al mismo Cuerpo en D. de 29 de septiembre de aquel año; en cuyo artículo 1.º se dispone que quedará constituido por las Escalas activas, complementaria, de complemento y honorífica con las categorías respectivas que determina para cada una de ellas, expresando en el artículo 2.º que la Escala activa está integrada únicamente con personal profesional ingresado en el Cuerpo por los medios ordinarios de recluta de esta Oficialidad cerca la oposición y en el 5.º que a la escala honorífica pertenecerán aquellos a quienes se designe según las disposiciones que la regulan, sin que corresponda tampoco a la realidad la afirmación de que el Reglamento Orgánico del citado Cuerpo de 1 de febrero de 1946, era ya a profesionalización de la Escala honorífica, porque lo cierto es que en su artículo 1.º establece que el Cuerpo se compone de las cuatro Escalas antes indicadas, señala que la plantilla de personal de las Escalas

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

activas y complementaria, se determinará en relación con la división militar de España y necesidades del Servicio, y previene, que los Jefes y Oficiales de las Escalas de Complemento y Honoríficas serán destinados a las dependencias y cometidos al cargo del Cuerpo cuando las necesidades del servicio lo requieran y tendrán la misión que les asignen sus Jefes respectivos con arreglo a su categoría y estableciéndose que el ingreso en la última Escala indicada o sea en la honorífica, se efectuará con arreglo a las prescripciones del Decreto antes aludido de 6 de abril de 1943 y regulándose sus derechos y obligaciones.

Que, la citada Ley de 16 de diciembre de 1957, también invocada por el actor, sobre derecho pasivos del personal de las Escalas de Complemento, provisionales, honoríficas y asimiladas, al establecer que aquellos se concederán con arreglo a las normas de la misma, preceptúa en la primera que «les será de aplicación el artículo 32 del Estatuto de las Clases Pasivas del Estado, a cuyo solo efecto se les considerará como funcionarios profesionales» con lo que puntualiza en términos suficientemente expresivos el alcance del beneficio otorgado, añadiendo que corresponderá al Ministerio militar respectivo publicar «la Orden de Licenciamiento y disponer que por el Consejo Supremo de Justicia Militar se efectúe el señalamiento del haber de retiro en los casos que así proceda «todo lo cual determina tanto dicho alcance de la profesionalidad entendida como pertenencia a la Escala Profesional como la concreta y especial situación de «licenciado» de ese personal, lo que confirma que a los de la Escala Honorífica no le son tampoco de aplicación los preceptos del D. de 12 de marzo de 1954, que regulan las situaciones militares del personal de los Ejércitos según resulta ya de su artículo 1.º al referirse a «las situaciones del personal profesional y asimilado, sin que en sus preceptos aparezcan comprometidos más que los de la Activa y de complemento y similares, prescribiendo en su artículo 16 que «el personal de estas Escalas, cuando lo exijan necesidades racionales, podrá ser llamado a fila disfrutando de iguales sueldos que las Escalas Profesionales» y disponiendo en el 15 que al cumplir la edad pasarán a la de retirado definitivo si lo es de las Escalas profesionales, y que en igual evento el de las escalas especiales causará baja en las mismas pasando a la de licenciado, sin que, por otra parte, exista contradicción alguna, a los efectos pretendidos por el actor, entre lo dispuesto en los artículos 1.º y 5.º del Reglamento de la Real y Militar Orden de San Hermenegildo, ni infracción por el segundo de ellos, de la norma general contenida en el primero, pues se trata en uno y otro del mismo personal para su ingreso que pasen a formar parte de las Escalas profesionales», expresión cuyo real alcance queda ya precisado y en lo que respecta al Cuerpo Jurídico-Militar se completa con la norma del artículo 11 del propio Reglamento al tratarse de Cuerpo en que el ingreso se efectúa legalmente mediante oposición con empleo de asimilado a Oficial, a más de idéntica limitación contenida en el artículo 28 de su peculiar

Reglamento orgánico citado, siendo también de anotar a tal respecto que en la misma línea de distinción entre unas y otras Escalas está la Ley 113/1966 sobre retribuciones que, en su artículo 1.º al precisar el personal en ella comprendido distingue entre los componentes de las Escalas Profesionales y «los que no perteneciendo a las Escalas profesionales prestan servicio activo de acuerdo con las disposiciones vigentes, ostentando alguno de los empleos o asimilación de los mismos fijados para las Escalas a que se refiere el apartado anterior», o sea las profesionales.

## II. SITUACIONES MILITARES

### A) COMANDANTE AUDITOR DEL EJÉRCITO DEL AIRE, PROCURADOR EN CORTES ELECTIVO POR EL TERCIO SINDICAL: DERECHO DE OPCIÓN ENTRE «DISPONIBLE» Y EN «SERVICIOS CIVILES»

Sentencia de 26 de septiembre de 1970. Es recurso deducido por don Jesús L. M., Comandante Auditor del Ejército del Aire, contra Orden del Ministerio a que pertenece de 28 de noviembre de 1967 que le declaró en situación de «servicios especiales», «grupo de cargos civiles» en lugar de la de «disponible» solicitada por el actor en base a desempeñar el puesto de Procurador electivo en Cortes, por el tercio sindical. Fue estimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos.

Que en cuanto al fondo de la cuestión en este recurso debatido se centra en cuál ha de ser la norma aplicable para determinar la situación militar del recurrente vista la concurrencia de las disposiciones que se invocan tanto por parte del demandante como de la Administración, problema que no puede ser adecuadamente resuelto sin un examen no sólo de las referidas disposiciones legales, sino de las especiales características que concurren en el caso concreto y del espíritu informador de las diferentes normas legales y reglamentarias y de tal examen resulta que por Decreto de la Secretaría General del Movimiento publicado no sólo en los Boletines de la Organización Sindical y de la Secretaría General del Movimiento sino también en el Boletín Oficial del Estado, y fechado el 31 de mayo de 1963, fue nombrado el recurrente que se encontraba en activo, desempeñando los cometidos propios de su Cuerpo como Oficial perteneciente al Cuerpo Jurídico del Aire, Jefe Nacional de los Servicios Jurídicos de la Organización Sindical, nombramiento, que si bien no requería ineludiblemente ser efectuado por Decreto de la Secretaría General, en cuanto a su rango y cometido dentro de la Organización, si lo requería en cuanto que por razón del cargo el Jefe de la Asesoría Jurídica de la Delegación Nacional de Sindicatos tenía la condición de Procurador en Cortes, en virtud del Decreto sobre representación Sindical en las

Cortes Españolas entonces vigente de 24 de febrero de 1961 y más tarde en el de 7 de marzo de 1964, sin que en tal momento, se hiciera aplicación al interesado del Decreto de situaciones militares de 12 de marzo de 1954 a la sazón en vigor, y según el cual la situación correspondiente a los Jefes y Oficiales nombrados por Decreto para cargo civil era la de «Al servicio de otros Ministerios-Grupo de cargos civiles» ni del Decreto de la Presidencia del Gobierno de 10 de febrero de 1943, que faculta a los Ministros de los distintos Departamentos para declarar en la situación administrativa del excedente o disponible forzoso a los funcionarios de ellos dependientes nombrados Procuradores en Cortes, cuando estimen incompatible este cargo con el desempeño de su destino; sin que aparezcan en el expediente las razones por las que no se adoptó determinación alguna, y que movieran al Ministerio del Aire a la no aplicación de dichos preceptos, aunque se desprenda que no se consideró incompatible con el servicio el cargo de Procurador en Cortes, y quizá se estimó que la situación de «Al servicio de otros Ministerios» no correspondía a quien era designado para cubrir un cargo no de otro «Ministerio», sino de la Organización Sindical, puesto que lo único acreditado es que se permitió la simultaneidad de ambos cargos y funciones, conservando el recurrente su situación de servicio activo «de plantilla» en el Ejército del Aire, no obstante el conocimiento oficial y notorio de su nombramiento que la publicación del Decreto en cuestión en el «Boletín Oficial del Estado» llevaba implícita, y sin que por otra parte fuesen estimados tampoco por el interesado —incompatibles sus actividades como Procurador en Cortes y su destino militar puesto que no hizo uso de la facultad de opción que para tal supuesto prevé el Reglamento de las Cortes Españolas del 26 de diciembre de 1957, que hubiera determinado su pase a la situación de «disponible» forzoso.

Que, con posterioridad y continuando en tal situación fueron publicados de una parte el Decreto de 20 de septiembre de 1965 y Ordenes para su desarrollo, entre ellas la del Ministerio del Aire de 29 de marzo de 1967, legislación que modifica la situación militar de «Al servicio de otros Ministerios» contemplada en el Decreto de 12 de marzo de 1954, sustituyéndola por la de «En Servicios Especiales» y dentro de ella, creando igualmente un grupo de «Cargos Civiles» situación a la que, como en la Legislación anterior pasarán aquellos militares nombrados por Decreto para cargo civil, especificándose en la Orden de 29 de marzo de 1967 que ello se verificará por Orden Ministerial publicada en el «Boletín Oficial del Ministerio del Aire» una vez que lo haya sido la disposición Oficial del nombramiento para el Cargo Civil y de otra parte el Decreto de 2 de junio de 1967 sobre Representación Sindical en Las Cortes, en virtud del cual, deja de ser Procurador en Cortes con carácter nato el Jefe de los Servicios Jurídicos Sindicales, aunque el recurrente lo siguiera siendo como electivo por haber sido elegido en votación por la Comisión

Permanente del Congreso Sindical, siendo en esta nueva situación legal y fáctica cuando se producen dos hechos que dan lugar al problema que hoy se plantea sobre prevalencia de la normativa aplicable y que son la publicación en el «Boletín Oficial del Ministerio del Aire» del día 30 de noviembre de 1967, de la Orden del 28 del mismo mes y año, por la que en aplicación del Decreto de 20 de septiembre de 1965 se dispone el pase del recurrente a la situación de «En servicios Especiales», grupo de cargos civiles» por su nombramiento por Decreto para el Cargo de Jefe Nacional de los Servicios Jurídicos de la Organización Sindical y la opción hecha por el mismo como Procurador en Cortes ante el Presidente de las Cortes Españolas en 29 de noviembre de 1967 al amparo del artículo 11 del Reglamento de las mismas de 26 de diciembre de 1957, ratificado en su contenido al no ser objeto de modificación alguna por el de 22 de julio de 1966, ambos aprobados por disposición con rango de Ley y que, aceptada por la Presidencia de las Cortes se comunicó por escrito de 4 de diciembre al Ministerio del Aire a los efectos del pase a la situación militar de «disponible» del referido Procurador, lo que fue desestimado por el Ministerio del Aire que consideró no había lugar a modificar la situación de «En servicios especiales, Grupo de Cargos civiles» en que se encontraba el 28 de noviembre anterior, de lo que resulta que pudiendo corresponder al recurrente dos situaciones militares, basadas en diferentes normas legales, una la correspondiente al nombramiento de cargos civiles por Decreto y otra, la que regula la opción de los Procuradores en Cortes a seguir desempeñando sus Servicios Militares o pasar a disponible forzoso si los consideran incompatibles con su misión, se le aplicó la primera por el Ministerio del Aire, sin que aparezca en el expediente razón alguna justificativa de la tardía aplicación de dichas normas, ya que el Decreto de nombramiento para cargo civil lleva fecha de 31 de mayo de 1963, y desde esa fecha hasta la de 28 de noviembre de 1967, no produjo efectos en la situación militar del interesado que siguió simultaneando su cargo civil y sus actividades militares, aplicándosele precisamente cuando por no llevar ya anejo el cargo la condición de procurador nato en las Cortes Españolas, no resultaba imprescindible para el nombramiento y citándose en la Orden en que se efectúa el pase a dicha situación, la Orden del propio Ministerio del Aire de 29 de marzo de 1967, que por otra parte se incumple, puesto que exige para que se dicte la disposición que señala la nueva situación militar, el Decreto o disposición oficial correspondiente que la provoca sea publicado con anterioridad en el «Boletín Oficial del Ministerio del Aire», lo que no se efectuó, sin duda por considerar extemporánea la publicación de un Decreto dictado cuatro años antes lo que evidencia la anomalía del acto administrativo citado, que por lo demás y basándose en disposiciones con rango de Decretos habrá de ceder ante la opción ejercitada por el recurrente que se apoya en disposición con rango de Ley,

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

como es el Reglamento de las Cortes, y aunque pudiera alegarse que tal opción, verificada ante la Presidencia de las Cortes el 29 de noviembre, por tanto antes de la publicación de la Orden del Ministerio del Aire, era también extemporánea y anómala, ya que el artículo 11 del Reglamento fija para ella un plazo de ocho días, no parece desacertada la interpretación de que si una vez en el ejercicio del cargo de Procurador y pasados los ocho días iniciales surgieran las incompatibilidades, pueda esta opción ser ejercitada, lo que se corrobora con la práctica de otros Ministerios Militares, en casos que se citan en la demanda y se justifica por el recurrente en el hecho de haber pasado de ser Procurador nato a electivo por el Tercio Sindical; debiendo igualmente considerarse que de no darse prevalencia a las normas específicas de mayor rango legal, dictadas para regular la situación de los Procuradores en Cortes, éstas resultarían inaplicables y burladas en todos los casos de Procuradores militares designados por Decreto de la Jefatura del Estado, a los que automáticamente les sería aplicado el Decreto sobre situaciones militares con lo que se impediría el ejercicio del derecho de opción que el Reglamento de las Cortes les concede y se desvirtuaría su espíritu.

### B) PROCESADO REINGRESADO EN SERVICIO ACTIVO. SUSPENSIÓN DE EMPLEO. SEPARACIÓN DE SERVICIO. RETIRADO. ABONO DE SERVICIOS.

*Sentencia de 10 de junio de 1970.*—Es recurso deducido por don Antonio N. R., militar retirado, contra resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 23 de enero de 1968, confirmando en reposición sobre cómputo de servicios y cuantías de su haber pasivo. Es desestimado.

Que en la demanda se pretende, con las consecuencias a ello anejas, que para fijar el haber pasivo del actor a los trece años, tres meses y dos días de servicio que se le reconocieron por el Consejo Supremo, se añada el tiempo transcurrido desde 17 de julio de 1939 al 17 de junio de 1967 alegando que durante ese tiempo la situación de «jure» del demandante fue la de disponible, a tenor del artículo 3.º, a) del Decreto de 23 de septiembre de 1939 y 3 del Decreto de 12 de marzo de 1954 que disponían que a esa situación pasaba el personal que se reintegre al servicio activo desde la de procesado o suspenso de empleo, cuestión que para resolverse exige tenerse en cuenta lo dispuesto en los Decretos de 6 noviembre de 1942 y 26 de mayo de 1945, así como las siguientes vicisitudes que afectan al actor: el 9 de septiembre de 1936 fue condenado a la pena de reclusión perpetua con las accesorias de pérdida de empleo e inhabilitación absoluta; en 2 de enero de 1941, se le conmutó tal pena por la de tres años de prisión menor, y en 14 de junio de 1967 sin que en el intervalo recayese ningún acuerdo que afectara al interesado, por el Ministerio del Ejér-

cito se dictó la Orden de tenor literal siguiente: «Por ser de aplicación al teniente de Infantería don Antonio N. R. C., lo establecido en el Decreto de 26 de mayo de 1945, relativo a la conmutación de penas, previo informe del Consejo Superior del Ejército y acuerdo del Consejo de Ministros, queda sin efecto su baja en el Ejército y se dispone su pase a la situación de retirado de acuerdo con los preceptos de la Ley de 12 de julio de 1940, debiendo hacerse por el Consejo Supremo de Justicia Militar el señalamiento del haber pasivo que le corresponda como comprendido en el apartado A) del artículo 2.º de la Ley de 17 de julio de 1945.

Que el artículo 1.º del Decreto de 26 de mayo de 1945, efectivamente dispuso, que en caso de conmutación de penas, las accesorias de las penas primitivas serán sustituidas por las que correspondan a la nueva pena señalada, sin limitación alguna, como se afirma en la demanda, pero en ésta se omite y se prescinde de lo dispuesto en los artículos 2.º y 3.º a virtud de los cuales esa sustitución de la pena no se produce de modo automático y con efectos de 17 de julio de 1939, sino que: artículo 2 «cuando en virtud de la conmutación corresponda a los militares profesionales, la accesoria de suspensión de empleo en sustitución de la pérdida de empleo o separación del servicio, serán sometidos a los preceptos de la Ley de 12 de julio de 1940 a fin de resolver lo que proceda sobre su nueva incorporación a las filas del Ejército» y artículo 3: «Los preceptos contenidos en los artículos anteriores sólo producirán efectos económicos a partir de la fecha en que se señala la situación en que han de quedar en el Ejército una vez aplicados los beneficios de este Decreto.»

Que como quedó expuesto en el considerando 3.º que reproduce la orden dictada por el Ministerio del Ejército, el día 14 de junio de 1967, se hizo aplicación al interesado de lo dispuesto en el Decreto de 26 de mayo de 1945, en cuya fecha en uso de las facultades conferidas al Ministerio del Ejército, previo informe del Consejo Superior y Acuerdo del Consejo de Ministros por la Ley 12 de julio de 1940, el demandante pasó a la situación de reiterado, no habiendo por tanto en ningún momento reingreso en el Ejército, sino que la dilación que se ha producido en determinar su situación de retirado, con lo que se ha visto privado durante los años transcurridos de los derechos pasivos que ahora se le reconocen permita a esta Sala adoptar ningún remedio, dado el carácter revisorio de la Jurisdicción y no deja de ser imputable al interesado dicho retraso que a él sólo perjudica, puesto que durante tan dilatado espacio de tiempo no ha formulado ninguna petición a la Administración para que se determine su situación de acuerdo con lo previsto en los citados artículos 2 y 3 del Decreto de 26 de mayo de 1945, y Ley de 12 de julio de 1940.

C) PASE AL GRUPO DE «ARMA O CUERPO».

*Sentencia 19 de diciembre de 1970.*—Es recurso deducido por don Angel B. L., Coronel de Infantería, contra resolución del Ministerio del Ejército de 16 de septiembre de 1968, confirmada en reposición, que dispuso su pase al Grupo de destino de Arma o Cuerpo. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que la primera regla de interpretación de la norma es aquella que nos dice que no es necesario interpretación alguna cuando los términos expresivos de la misma, con claros e inequívocos, ya que entonces habrá que atenerse al sentido literal de sus preceptos. Pues bien como el artículo 16 de la Ley 12/1961 de 19 de abril, dice en primer párrafo que los coroneles pertenecientes al grupo «Mando de Armas» «que queden retrasados por haber sido elegidos, para el ascenso, otros más modernos» causarán baja en el referido grupo y alta en el de Destino de «Arma o Cuerpo» cuando el número de los ascendidos con menor antigüedad, sin contar los que lo fueron por méritos de guerra alcancen al 10 por 100 de la plantilla correspondiente a su escala en el citado Grupo de «mando de armas» es obvio que la claridad de esa norma no ofrece duda legítima, ya que lo que dice y quiso decir es que si se «queda retrasado» por haber ascendido otros con menor antigüedad el número que alcance el 10 por 100 de la plantilla correspondiente a su escala, sin que ello se deba a que el propuesto esté o no incluido en los cuadros de elección, porque basta el hecho de haber sido propuesto en la proporción indicada para que se produzca el pase indicado, ya que de otra forma y si se hiciese la distinción que la norma no hace, entre Jefes que puedan ser elegidos y otros en quienes no concurra esa circunstancia, ello conduciría al absurdo, y como tal hay que rechazarlo, de que estuviesen en mejores condiciones los que reuniesen menos méritos. Por ello y porque el inciso final del referido artículo 16 —«sin que en ningún caso su número sea inferior a tres ni superior a diez»— carece de trascendencia en el caso que se está examinando ya que el retraso que se alega, «por haber ascendido once» está perfectamente expresado en el expediente administrativo como debido a una consulta que para mejor resolver, se hizo al Consejo Superior del Ejército, y porque en definitiva esa demora, beneficios sólo causó al interesado, ya que permaneció más tiempo del debido en el Grupo de «Mando de Armas».

### III. ASCENSOS

A) ASCENSOS AL EMPLEO INMEDIATO DE OFICIAL. ASESINADO EN ZONA ROJA.

*Sentencia de 27 de noviembre de 1970.*—Es recurso deducido por don Santiago C. D. contra resolución del Consejo Supremo de Justicia

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Militar de 9 de diciembre de 1968, que concedió pensión al actor como padre de un Teniente de Artillería asesinado en Mahón en 1936, versando la reclamación que el actor considera lesiva a sus intereses la resolución impugnada por entender que le correspondía como sueldo regulador a efectos pasivos el empleo de Capitán por aplicación de las Leyes de 6 de noviembre de 1942 y Decreto de 12 de diciembre del mismo año. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que invocado en la demanda como fundamento de la pretensión que se deduce el Decreto de 12 de diciembre de 1942 que declaró «acciones de guerra a los solos efectos de pensión» las realizadas por los militares muertos en el cautiverio «que fueron equiparados a los muertos en Campaña por haber realizado hechos gloriosos realmente extraordinarios» y que en su artículo 2 concede el ascenso al empleo superior inmediato a dicho personal en las condiciones determinadas por la Ley de 6 de noviembre de 1942, ha de tenerse en cuenta que esta última disposición en su artículo 2.º, concede el ascenso al empleo inmediato a los militares que «murieron en zona roja, siempre que su fallecimiento haya ocurrido en acciones que se hayan calificado o se califique en lo sucesivo por el Ministerio del Ejército como de guerra o a consecuencias de heridas recibidas en las mismas», de donde claramente se desprende que no resulta suficiente para obtener la pensión del empleo superior la muerte del causante en cautiverio o por asesinato por razón de afección al Alzamiento Nacional, sino que se exige la realización de «hechos gloriosos realmente extraordinarios» y sobre tal supuesto en el expediente que se tiene a la vista resulta acreditada la afección del causante al Alzamiento Nacional y el haberse ocultado en un polvorín de la posición en que se encontraba en la isla de Menorca al conocer el fracaso del Alzamiento en la misma, siendo descubierto y detenido al día siguiente, y posteriormente asesinado, mas la no realización de ningún hecho glorioso realmente extraordinario como hubiera sido la voladura del polvorín cuyo propósito se le atribuye pero que no realizó, y al no comprobarse que la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar al efectuar el señalamiento de pensión desconociese o dejase de valorar la existencia de dichos actos, ni haberse producido la muerte como consecuencia de heridas recibidas en acción de guerra, resulta necesario convenir en que en la resolución impugnada fueron rectamente aplicadas las disposiciones legales, cuya infracción se denuncia en la demanda, por lo que procede la desestimación del recurso.

**B) ASCENSOS OBTENIDOS EN SITUACIÓN DE PROCESADO: IMPROCEDENCIA. SENTENCIA DE 9 DE MAYO DE 1970.**

Es recurso deducido por el señor Abogado del Estado, contra Orden de la Dirección General de Reclutamiento y Personal de 9 de julio de 1965, declarada lesiva por Orden Ministerial de 30 de noviembre de 1968, que dispuso el ascenso al empleo de Teniente Auxiliar de Infantería, de don Isidoro M. T., como Caballero Mutilado Permanente, hallándose procesado. Es estimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que, en 15 de febrero de 1962, el Juzgado de Instrucción de Fregeñal de la Sierra, dictó auto de procesamiento contra don Isidoro M. T., en causa criminal que terminó con sentencia de la Sala segunda de este Tribunal de fecha 12 de abril de 1966, que condenó al procesado como autor de dos delitos de malversación de caudales públicos a diversas penas, y habiéndose producido entre ambas fechas —la de procesamiento y la condena en casación— la Orden de 9 de julio de 1965, hoy impugnada que confirió al procesado la promoción al empleo Teniente. Es evidente que tal Orden infringe el Decreto de 12 de marzo de 1954, y la Orden del Ministerio del Ejército de 27 de los mismos mes y año que prohíbe la obtención de ascensos durante todo el tiempo en que se permanezca en la situación de procesado, ordenando el artículo 8.º de la disposición primeramente citada que pasará a la situación de procesado, el personal que lo haya sido por auto judicial firme, cesando en los cargos, mandos, destinos o comisiones que desempeñe a lo que añade el artículo 8.º de la Orden de 27 de marzo de 1954, que «los que se encuentren procesados quedarán excluidos de las propuestas de aptitud para el ascenso, y por tanto durante dicha situación no se podrá obtener ascenso alguno, quedando en suspenso la concesión de los trienios que pueden corresponderle, así como el pase a la situación de retirados forzosos por edad en tanto no se termine la causa, bien sea por sentencia firme o sobreseimiento» en cuyas hipótesis «el tiempo de permanencia como procesado, será válido a todos los efectos, excepto para la aptitud para el ascenso», normas que no dejan lugar a dudas respecto a que durante el tiempo en que los militares se hallen en la referida situación de procesado, carecen de todo derecho a ser promovidos a empleos superiores al que ostentasen en el momento de pasar a tal situación.

Que desde el momento en que la Orden de la Dirección General de Reclutamiento y Personal de 9 de julio de 1965, cuya anulación se postula en este recurso por la que se promovió al empleo de Teniente Auxiliar de Infantería al Caballero Mutilado, don Isidoro M. T., se dictó con posterioridad al auto por el que se la había declarado procesado, concluyendo el proceso por sentencia condenatoria que, a su vez trajo consigo, la baja en el Ejército del señor M., por haber sido

condenado a pena que implica la separación de servicio, es obvio que la Orden que aquí se impugna previa declaración de lesividad infringe de manera clara y terminante las normas citadas del Derecho y la Orden de 1954, que si bien por ser de rango inferior al de Ley, no permitieron que pudiese prosperar la nulidad de oficio a tenor del artículo 110 de la Ley de Proced. Administrativo que en principio pretendió el Ministerio del Ejército y contra cuyo proyecto se pronunció el Consejo de Estado, sí permiten e imponen que se declaren la nulidad con arreglo al número 2.º del citado artículo 110, mediante la previa declaración de lesividad, como en el caso objeto del proceso ha tenido lugar por Orden de 30 de noviembre de 1968, procediendo por tanto, acordar la nulidad de la Orden impugnada de 9 de julio de 1965.

#### IV. RETRIBUCIONES

##### TRIENIOS. MILITAR QUE PASA AL CUERPO DE CARÁCTER CIVIL. UNIDAD DEL SISTEMA DE RETRIBUCIONES CIVILES Y MILITARES, SIGNIFICADO.

Es recurso deducido por don Cádido G. E., funcionario del cuerpo Auxiliar General de la Administración con destino en el Ministerio de Información y Turismo, contra acto presunto denegatorio de la Dirección General de la función Pública que no reconoció a efectos de trienios el período de tiempo en que prestó servicios en el Cuerpo de Policía Armada. Es estimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que el artículo 6.º de la Ley 31/1965 de retribuciones de Funcionarios Civiles de la Administración establece el incremento sucesivo del 7 por 100 de su sueldo personal inicial en el Cuerpo o plantilla a que pertenezcan por cada tres años de servicios efectivos prestados desempeñando plaza o destino en propiedad, regulando en el número 3 el derecho a seguir percibiendo los trienios devengados en otras Administraciones y el número 4 del cómputo, en caso de cambio de cuerpo antes de completar un trienio de la fracción de tiempo transcurrido como si se tratase de servicios prestados en el nuevo Cuerpo y la procedencia del cómputo a los expresados efectos de los servicios prestados en la Administración Militar dimana realmente del artículo 6. citado, según tiene reiteradamente declarado esta Sala en numerosas sentencias, con referencia a personal militar de distinta clase, entre otras en la de 4 de octubre y 16 de diciembre de 1969, recaídas en recursos interpuestos por personal que después de pertenecer a un Cuerpo militar, pasó a otro de carácter civil, por lo que el acto denegatorio presunto aquí impugnado carece de base jurídica bastante, no siendo tampoco fundada tampoco la posición de

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

representante de la Administración en el proceso, pues ha de tenerse en cuenta a ese respecto que las leyes de Retribuciones de Funcionarios Civiles y Militares tienen su punto de arranque común en la Ley de Bases de 20 de julio de 1963, dada con indudable propósito unificador si bien en su desarrollo normativo hayan seguido caminos, en parte distinto remitiendo en cuanto a los militares la determinación del sueldo y trienios al empleo militar ostentado, en razón de la especial prevalencia del principio jerárquico en las Instituciones castrenses, según razona sucintamente la exposición de motivos la Ley 113/1966 de 28 de diciembre, sobre retribución del personal militar de las Fuerzas Armadas y cuyos principios y normas aparecen igualmente recogidos en la Ley 95/1966, también de 28 de diciembre, en la que se establece similar normativa respecto a los Cuerpos de la Guardia Civil y Policía Armada, reiterándose también el paralelismo perseguido en lo fundamental en materia de retribuciones, de lo cual se desprende claramente que no se trata de compartimentos estancos en cuanto a la prestación del servicio, su cómputo y valoración, sino por el contrario de actividades coordinadas en cuyo desempeño sucesivo no puede conducir a perjudicar a uno u otro tipo de funcionarios, llegando a la conclusión de que debe ser computado el tiempo de servicios militares a efectos de determinación y valoración de trienios ya que el Estado, constituye única personalidad jurídica, una sola administración, sin perjuicio de la competencia peculiar, atribuida legalmente a los distintos departamentos ministeriales de los que se desprende que no es posible considerar, dentro de la Administración del Estado, a la Administración Civil y a la Militar como separadas totalmente e incommunicables, sino con dos esferas diversificadas de una Administración única que se atempera, según queda dicho, a las especialidades que las Fuerzas Armadas ofrecen por sus singulares características, integrada dentro de la actividad administrativa general, lo cual tiene su natural reflejo en el Orden retributivo en lo que concierne al reconocimiento y percepción de trienios que se recogen tanto en la esfera civil como en la militar y se perciben conforme a la Legislación respectivamente vigente, aunque se haya devengado y fueron reconocidos en otros cuerpos o plantillas en los que el funcionario prestó servicio anteriormente, debiendo ser, por tanto, de aplicación lo prescrito en el A. P. 3 del artículo 6.º de la Ley 31/1965 de 4 de mayo, en el sentido de que cuando un funcionario preste sus servicios en distintos cuerpos o plantillas de la Administración, tendrá derecho a seguir percibiendo los trienios devengados o que le correspondan devengar en los cuerpos o plantillas anteriores, a cuyo apartado 3.º se quiso dar más anchos límites que los de la administración civil, con que figura en el apartado 1.º del mismo artículo, interpretación que aparece confirmada con el texto del indicado apartado 3 de las Leyes 101 y 102/1966 de 28 de diciembre, relativas a personal de la administración de justicia y del de la Juris-

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

dicción de Trabajo en su artículo 5.º apartado 3.º, en los cuales se sustituye la palabra Administración por la frase más concreta de «Administración del Estado», interpretación que aparece ratificada también en el texto de la Ley 105/1966 de 28 de diciembre, sobre retribuciones de los funcionarios civiles de la Administración Militar, artículo 3.º y en el número 4 del artículo 5.º de la Ley 113/1963, también de 28 de diciembre, sobre retribuciones militares, con la frase de «sin perjuicio de los que se disponga sobre servicios prestados en otras administraciones», precepto que asimismo se recoge en el artículo 5.º número 4 de la Ley 95/1966 de igual fecha sobre retribuciones del personal de los Cuerpos de Guardia Civil y Policía Armada, todo lo cual determina la conclusión de que el acto presunto denegatorio del cómputo a efectos de trienio del tiempo de servicio prestado por el recurrente como miembro del Cuerpo de la Policía Armada, no se halla ajustado al ordenamiento jurídico y que en consecuencia, ha de ser estimado el recurso entablado respecto al mismo, reconociendo, en su lugar, al actor de derecho, que le asiste al cómputo del período de tiempo en que prestó dicho servicio para el percibo de los de los trienios pertinentes, a razón de 400 pesetas mensuales, señalada a ese efecto en la Ley 95/1966, y a que la fracción de tiempo que reste en exceso una vez efectuada esa determinación de trienio le sea computada para el perfeccionamiento de trienios en el Cuerpo a que pasó a servir posteriormente bien entendido que esta declaración debe surtir efectos desde que con arreglo a la legislación del Cuerpo de Policía Armada comenzó a computársele el tiempo para el devengo y percepción del incremento de remuneración por ese concepto en su categoría personal militar respectiva en el mismo a partir de 1 de octubre de 1965.

## V. DESTINOS CIVILES

**RÉGIMEN DE RETRIBUCIONES DEL PERSONAL EN SITUACIÓN DE DESTINO CIVIL. ASIMILACIÓN A FUNCIONARIOS DEL CUERPO GENERAL TÉCNICO. RÉGIMEN ESPECIAL DE LOS DESTINADOS EN LA JEFATURA CENTRAL DE TRÁFICO.**

*Sentencia de 2 de marzo de 1970.*—Es recurso deducido por don Alfonso I. R., y otros, militares en situación de destinos civiles destinados en la Jefatura Central de Tráfico, contra resolución del Ministerio de la Gobernación de 24 de mayo de 1968, que les denegó su asimilación a funcionarios del Cuerpo General Técnico de la Administración Civil del Estado. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Que al implantarse el nuevo Régimen retributivo para el personal militar y asimilado de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, la Ley 11/1966, de 28 de diciembre abarcan en la aplicación de sus defectos conforme al inciso d) de su artículo 1.º, a los Jefes y Oficiales acogidos a la citada Ley de 17 de julio de 1958, en lo que concierne a retribuciones básicas computables a efectos pasivos, y en el párrafo 2.º de la expresada Ley 113/1966, faculta al Gobierno, con sujeción al procedimiento puntualizado del párrafo 1.º a regular el sistema complementario de remuneraciones civiles del personal comprendido en la misma Ley de 17 de julio de 1958, acomodándose a las directrices económicas de ellas, aspecto cumplido mediante el Decreto 330/1967, de 23 de febrero del que dimana la divergencia suscitada el cual se preocupa, en relación con el personal a que se contrae, de fijar «unas percepciones mínimas que unifiquen en cierto modo sus retribuciones civiles puesto que éstas pueden ser diferentes según el organismo que se sirva».

Que confirman el concepto que acaba de subrayarse el artículo 1.º del mentado Decreto 330/1967, ya que después de conceder al personal de que se habla, Jefes y Oficiales incluidos en la Ley de 17 de julio de 1958, los beneficios compensadores a que se refieren los artículos 98, 99 y 101, Ley 7 de febrero de 1964 «que corresponden al destino que ocupen y servicio que presten con la consideración de funcionarios del Cuerpo General Técnico», formula en párrafo aparte la advertencia de que «cuando el referido personal esté destinado en corporaciones de la administración local y organismos autónomos, tendrá derecho al régimen de retribuciones, establecidos en los mismos con las asimilaciones que les correspondan y con excepción de aquellas que se satisfacen por conceptos análogos a las retribuciones básicas que percibe este personal conforme a la Ley 113/1966», y la distinción operada en el sentido expuesto resulta correcta porque los organismos autónomos a los que afecta el presente caso quedan al margen del texto articulado de 7 de febrero de 1964, y paralelamente de la Ley de Retribuciones de Funcionarios Civiles del Estado 31/1965, de 4 de mayo, a tenor del artículo 2.º, de una y otra, con imposibilidad, por tanto, de ampararse en sus normas, habida cuenta que se hallan sometidos a las de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

Que la pretensión sustancial de los actores agregados a la Jefatura Central de Tráfico y, dentro de ella, a la Escala Ejecutiva de que se les reconozca, a los efectos del artículo 1.º del Decreto 330/1967, la asimilación de Funcionarios del Cuerpo General Técnico de la Administración civil del Estado con las percepciones que de esto se derivan, no se encuentran justificadas frente a la referencia legal que ha sido expuesta: Porque independientemente de que la Ley 97/1966, de 28 de diciembre asigne a la Enseñanza Superior Militar igual rango que a las Enseñanzas Universitarias y Técnicas de lo que deducen los accionantes su derecho a integrarse en el Cuerpo Gene-

ral Técnico, es lo cierto que la equiparación que persiguen aquellos sería viable, en cuanto al disfrute de las gratificaciones e incentivos de los artículos 98, 99 y 101, de Ley 7 de febrero de 1964, si estuviesen adscritos a la Administración Central, hipótesis que contempla el párrafo 1.º del citado artículo del Decreto 330/1967 pero no cuando, como ocurre en el actual supuesto, están vinculados a la Jefatura Central de Tráfico, organismo autónomo del grupo a), según el Decreto 1.348/1962 de 14 de junio, dependiente del Ministerio de la Gobernación, pues entonces en concordancia con lo que se anticipó surge la inaplicabilidad de la Ley de Funcionarios civiles del Estado para que impere la peculiar de los citados organismos y, consecuentemente el párrafo 2.º del artículo 1.º del Decreto 330/1967, sin otra solución retributiva que la impuesta en la Jefatura Central de Tráfico con las asimilaciones correspondientes y garantías que, en sustitución de las cantidades que pudieran devengar en armonía con el indicado precepto, precisa el artículo 2.º

## VI. MEDALLA DE SUFRIMIENTOS POR LA PATRIA

### ACTO DE SERVICIO Y ACCIDENTE CUYO RIESGO NO ES EL PROPIO Y ESPECÍFICO DEL SERVICIO MILITAR. RÉGIMEN DISTINTO SEGÚN LOS CASOS E IMPROCEDENCIA A FALTA DEL SEGUNDO SUPUESTO.

*Sentencia de 30 de abril de 1970.*—Es recurso deducido por don Alfredo B. C., contra resolución del Ministerio del Ejército, de 6 de junio de 1968 que denegó al actor la concesión de la medalla de sufrimientos por la Patria, petición basada en haber sufrido un accidente al trasladarse al almacén Regional de Intendencia. Es desestimado.

La doctrina está contenida en el siguiente considerando:

Que el recurrente, Teniente Auxiliar de Artillería, el 8 de enero de 1966, sufrió un accidente al trasladarse al Almacén Regional de Intendencia de Madrid, ocurrido al proyectarse contra el mismo una pieza metálica desprendida de un trolebús, que le produjo el hundimiento del cráneo en la región parietal derecha, y al interesar del Ministerio del Ejército la concesión de la Medalla de Sufrimientos por la Patria, le fue denegada por las resoluciones recurridas que se ajustaban a derecho al interpretar con acierto la Orden de 5 de septiembre de 1959, por la que se le da nueva redacción al apartado C) del artículo 6.º del Reglamento de la Medalla que solicita, ya que si bien el accidente fue en acto de servicio, no se puede apreciar la existencia de riesgo propio y específico del servicio militar o del manejo de las armas.

## VII. C.A.S.E.

### RETRIBUCIONES. ASIMILACIÓN Y CONSIDERACIÓN MILITAR SÓLO A DETERMINADOS EFECTOS.

*Sentencia de 24 de enero de 1970.*—Es recurso interpuesto por doña Dolores A. C., y otras, taquimecanógrafas de la cuarta sección del C.A.S.E., contra orden comunicada del Ministerio del Ejército de 22 de junio de 1967, relativa al Derecho de opción en las retribuciones del personal civil al servicio de la Administración Militar. Es estimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que las recurrentes solicitan, en el suplico de la demanda, la revocación de la Orden impugnada porque no se halla ajustada a derecho y que se declare en su lugar «que el personal de la cuarta Sección del C.A.S.E., tiene la condición de Cuerpo Militar», pero esta pretensión no puede ser acogida en los términos en que aparece formulada, y quedan antes literalmente transcritos, toda vez que no invocan ni existe promulgada disposición legal alguna que así lo establezca, aunque sea de reconocer que la naturaleza civil con que fue instituida dicha Sección del Cuerpo Auxiliar Subalterno del Ejército, al crearse éste por Ley de 13 de mayo de 1932, y a la que se hace mención en el apartado 1.º de la Orden, ha sido objeto de una consideración militar, posterior a determinados efectos, por virtud de numerosas disposiciones después dictadas, entre otros extremos, en cuanto al abono de tiempo de Servicios en Campaña o en circunstancias excepcionales, en que así se hubiese reconocido al personal del Ejército, al uso de la Libreta de Medicamentos y de la Cartera Militar de Identidad, al disfrute de gratificaciones, percepción de quinquenios, o trienios y gratificaciones por vivienda, la consideración de Suboficial —Decreto de 8 de julio de 1955— a efectos de aplicación a la exención de Impuesto de Utilidades, inclusión expresa entre el personal militar en Ley de 12 de mayo de 1956, sobre mejora de remuneraciones; la disposición transitoria 7.ª de la Ley de 26 de diciembre de 1957, por la que se organizó el Cuerpo de Suboficiales Especialistas, en el Ejército de Tierra, al referirse, entre otros sueldos a los del personal del C.A.S.E., determinó que en la taquimecanógrafas pertenecientes a la cuarta Sección del mismo se las señalara el sueldo fijado al empleo de Sargento, consideración que implícitamente resulta, asimismo de lo dispuesto en el artículo 3.º, del Decreto 907/67, de 20 de abril, dado en ejecución y desarrollo de lo preceptuado en las Leyes

103 y 105 de 1966, ambas de 28 de diciembre, como lo evidencia la frase antes recogida referente, entre otro personal, al que la aludida cuarta Sección de estar a extinguir y disfrutar de «sueldos militares», concedidos por disposición legal, ya que, según queda dicho, el sueldo estaba en armonía y era fijado de conformidad con la consideración militar reiteradamente reconocida, y que ha de ser nuevamente declarada, pero sin que a ello pueda serle atribuida la trascendencia pretendida por las recurrentes, entendiéndole erróneamente, como otorgamiento a la cuarta Sección de la condición de Cuerpo Militar, ni siquiera de la cualidad de asimilado, sino pura y simplemente de la concesión de dicha consideración militar, referida a determinado empleo o categoría militar, pero que no implica la posesión de éstos como miembros de un Cuerpo Militar, ni el otorgamiento de una asimilación, reflejándose, entre otros aspectos de su vida profesional, en los que antes se mencionan con cita de Leyes y disposiciones principales y según ha sido también estimado en numerosas sentencias de esta Sala y a determinados y concretos efectos, como en las de 29 de abril de 1966 y 15 y 28 de octubre de 1968.

### VIII. CLASES PASIVAS

#### A) PENSIÓN EXTRAORDINARIA DE VIUEDAD. FALLECIMIENTO PRODUCIDO POR ACCIDENTE EN ACTO DE SERVICIO. CIRCUNSTANCIAS NECESARIAS PARA LA CONCESIÓN DE PENSIÓN.

*Sentencia de 28 de enero de 1970.*—Es recurso interpuesto por doña María de los Dolores M. I., contra resolución del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 17 de enero de 1968, que denegó a la actora pensión extraordinaria de viudedad por fallecimiento de su marido, que fue Guardia Civil, cuando hallándose prestando servicio, salió al patio con autorización de su Jefe por sentirse mareado cayendo al suelo, y produciéndose lesiones a causa de las cuales falleció. Es estimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que la cuestión debatida en el presente recurso contencioso-administrativo se reduce, en esencia, a la interpretación que ha de darse al artículo 7.º de la Ley de 28 de diciembre de 1966, número 112, que dispone que «el personal comprendido en esta Ley, cualquiera que fuera el tiempo de servicios prestados, que se inutilice o fallezca en acto de servicio, o con ocasión o como consecuencia de él, sea por accidente o por riesgo específico del cargo, causará a su favor una pensión de igual cuantía que la totalidad de la base reguladora, ya que ha quedado acreditado que el causante, Guardia Civil que se encontraba prestando servicio como escribiente-mecanógrafo en la Direc-

ción General de la Guardia Civil, salió al patio con autorización de su Jefe por sentirse mareado, cayendo al suelo y produciéndose lesiones a consecuencia de las cuales falleció por traumatismo craneoencefálico, sosteniéndose por la parte actora la procedencia del otorgamiento de pensión de viudedad, en la cuantía de la totalidad de la base reguladora, lo que le es negado por la Administración no sólo por no haberse producido los hechos como consecuencia de riesgo específico del servicio, sino por no existir relación de causa a efecto entre el ejercicio de las funciones o servicios que prestaba el causante y el accidente que le ocasionó la muerte.:

Que dada la amplísima redacción del artículo 7 de la Ley 112/66, de 28 de diciembre sobre derechos Pasivos del Personal militar de las Fuerzas Armadas, de Guardia Civil y de Policía Armada, artículo en el que se refunden diferentes supuestos del hecho que con arreglo a la anterior legislación producían totalmente derecho a pensión especial, no siempre de la totalidad del haber —regulador; cabe perfectamente su aplicación a casos, en los que el fallecimiento no se produzca por riesgo específico del cargo, por lo que resulta incongruente, en tales supuestos, la jurisprudencia anterior que contemplaba la aplicación de normas legislativas de diferente contenido, y sin que del texto del citado artículo se desprenda tampoco que en caso de muerte en acto de servicio, ocasionada por accidente, sea imprescindible para perfeccionar el derecho a la pensión que se señala la acreditación de una relación de causalidad entre el servicio y el accidente sufrido, sino que en su estricta literalidad sólo exige que la muerte «se produzca en acto de servicio» y «por accidente», lo que en el presente caso, se encuentra plenamente comprobado, al descartarse en el dictamen de autopsia el fallecimiento por causas naturales, todo lo cual conduce a la estimación del recurso con revocación de los actos administrativos impugnados.

**B) INCOMPATIBILIDAD DE PERCEPCIÓN DE PENSIONES COMO AGENTE DE JUSTICIA MUNICIPAL JUBILADO Y GUARDIA CIVIL RETIRADO.**

*Sentencia de 7 de marzo de 1970.*—Es recurso deducido por don Pedro V. R., Agente de la Justicia Municipal jubilado, sobre incompatibilidad de dicha pensión con la de Guardia Civil en situación de retirado. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que a virtud de lo antes razonado, queda circunscrita la materia propia del recurso a examinar si el reclamante puede simultanear legalmente según pretende, el disfrute de los dos haberes pasivos que tiene reconocidos, el de Guardia Civil retirado por edad que venía percibiendo desde 1947, y el de Agente de la Justicia Municipal, jubi-

lado por edad en 1967, que le reconoció el Centro Directivo competente, aunque éste con la declaración de ser incompatible con la pensión de retiro, lo que fue confirmado por el acuerdo del Tratado Económico Administrativo Central aquí impugnado, problema de compatibilidad acertadamente decidido por dicha resolución, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.º, del texto refundido de la mencionada Ley de Derechos Pasivos, aprobado por Decreto 1120/1966, de 21 de abril, y de conformidad con lo establecido en el artículo 46 de ella misma, que en su número 3 sienta el principio general de incompatibilidad para el cobro de dos o más pensiones causadas en su favor o en el de sus familias por mismo funcionario civil o militar, con las excepciones que determina el número 4 del propio artículo, en ninguna de las cuales se encuentra comprendido el caso del actor, ya que no lo está de modo notorio en los reseñados en los apartados b) a e) referentes a pensiones de exministros, familiares de éstos, pensiones anejas a cruces, las pensiones excepcionales otorgadas a personas determinadas por Leyes especiales y las de las Academias Militares, no hallándose tampoco incluido en la excepción del apartado a) en la que pretende fundarse la demanda y que se contrae a las «Pensiones que se causen por haber desempeñado dos o más empleos distintos retribuidos con sueldos cuya percepción simultánea estuviese autorizada por la Ley, a condición de que el Derecho exista, computando los servicios prestados en cada empleo compatible», pero en relación con ello es de poner en relieve que según se desprende del expediente, mientras fue Guardia Civil en situación de activo, en la que cesó al ser retirado por edad, a fines de febrero de 1947, no percibió ningún sueldo distinto al de aquel cometido, siendo después, en 7 de julio de 1947, cuando, por oposición, ingresó en la Administración Civil como Agente de la Justicia municipal y empezó a devengar sueldo civil, es decir que no sirvió al mismo tiempo los dos cargos determinantes de los haberes pasivos que le han sido reconocidos, ni por otra parte, hubiera podido simultanear legalmente el disfrute de los haberes activos asignados —y no, según se aduce, simultanear la pensión del retiro con el sueldo del agente— a los dos empleos como exige el precepto para lo que habría sido preciso una declaración legal expresa de excepción que ni se alega por el recurrente ni resulta, en modo alguno, de la vigente legislación, no siendo tampoco aplicable lo preceptuado en el número 5 del propio artículo 46, al no resultar acreditado que el ingreso al servicio de la Administración Civil del Estado se produjere por razón de procedencia de Cuerpos e Institutos Armados.

C) SEPARADOS DEL SERVICIO. ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES.

*Sentencia de 7 de marzo de 1970.*—Es recurso deducido por don Adolfo G. D., retirado de la Armada por condena, contra acuerdo del

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Consejo Supremo de Justicia Militar de 23 de enero de 1968, que le denegó la pensión de retiro solicitada. Es desestimado.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que de la mera lectura de los particulares transcritos en el considerando precedente, se desprende que el interesado reconociendo que en 10 de mayo de 1966, en que fue separado del servicio, no había adquirido derecho a pensión con arreglo a la normativa entonces vigente —Estatuto de Clases Pasivas de 22 de octubre de 1926— puesto que no contaba con veinte años de servicios efectivos ni adquirido ningún derecho pasivo del que no pudiese ser privado, con arreglo al artículo 94, pretende, sin embargo, que se le fije una pensión de retiro por separación, invocando exclusivamente el número 3 del artículo 13, de la Ley 112/1966, de 28 de diciembre que se refiere no a determinación ni a fijación de pensiones y sí a la actualización en forma individualizada de las causadas «entre 1 de enero de 1965 y 1 de enero de 1967».

Que si actualizar es «hacer actual una cosa, darle actualidad» es obvio que la existencia previa de la cosa que se pretende actualizar es un requisito necesario —gramatical, lógica y jurídicamente— para que la actualización pueda realizarse. Por ello la existencia previa de una pensión ya concedida con arreglo a la normativa vigente, en la fecha en que legalmente fue causada, en este caso el 10 de mayo de 1966, es un presupuesto constitutivo de derecho necesario para que el instituto de la actualización, pueda tener el efecto querido por la Ley, desprendiéndose así de la norma que invoca el actor, ya que dice, que «las pensiones causadas entre 1 de enero de 1965 y 1 de enero de 1967... se actualizarán en forma individualizada con arreglo a la Ley de 23 de diciembre 1961, y esta Ley se refiere «a la revisión de toda clase de pensiones» a los organismos que «revisarán las clasificaciones pasivas anteriores a la vigencia de esta Ley», «a los pensionistas», a las «revisiones a que se refieren los artículos anteriores» y a «si en algún caso la nueva pensión que se señale resultase inferior a la que tenga reconocida el pensionista» lo que pone de manifiesto que sólo se puede actualizar una pensionista» lo que pone de manifiesto que sólo se puede actualizar una pensión anterior y preexistente, pero no conceder el beneficio de pensionista a quien no tenía derecho a ello con arreglo a la normativa vigente en la fecha en que el fallecimiento, separación, retiro o jubilación se produjo.

### D) CONDENADO A PENA DE MUERTE, POSTERIORMENTE CONMUTADA POR LA DE RECLUSIÓN MAYOR CON LA ACCESORIA DE PÉRDIDA DE EMPLEO; PRIVACIÓN DE PENSIÓN DE RETIRO.

*Sentencia de 30 de junio de 1970.*—Es recurso deducido por don José Luis F. A., que ingresó en la Armada en 1920, donde permaneció prestando servicios hasta septiembre de 1940, siendo dado de baja

en el Ejército en dicha fecha. Posteriormente, por Orden Ministerial de 12 de febrero de 1948 se confirma con carácter definitivo su baja en la Armada por haber sido condenado en procedimiento sumarísimo incoado por el Juzgado Especial de espionaje y comunismo, a la pena capital conmutada por la de reclusión mayor. Durante el tiempo que permaneció en prisión le fue concedida a su esposa una pensión con cargo a la Dirección General de la deuda y Clases Pasivas. Al salir de la prisión en 1965, el señor F. A., solicitó del Ministerio de Marina el reconocimiento de pensión de retiro, solicitud que se resolvió en el sentido de que formulase su petición ante el Consejo Supremo de Justicia Militar, quien con fecha 24 de septiembre de 1968, le denegó la pensión solicitada, arguyendo que por haber sido condenado a la pérdida de su empleo carecía de derecho para la obtención de pensión de retiro. Contra esta resolución recurrida en reposición con resultado desestimatorio, interpuso recurso contencioso que asimismo es desestimado por el Tribunal Supremo.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que si bien es cierto que el artículo 94 del Estatuto de Clases Pasivas del Estado —que continúa vigente para los funcionarios militares en virtud de la disposición final 2.ª de la Ley 112/1966, en tanto no se promulgue el texto refundido a que se refiere la siguiente cesantía, sea cualquiera la causa no priva al funcionario de sus derechos pasivos que hubiera adquirido, tanto para él como para su familia» e incluso, que tal precepto ha sido reproducido esencialmente en el texto refundido de 21 de abril de 1966, de la Ley de Derechos Pasivos de la Administración Civil del Estado, como segundo párrafo del artículo 14 no lo es menos que, tanto en aquel Estatuto como en este Texto refundido literalmente (arts. 94, 2.º y 13, 3.º), «se exceptúan los casos a que se imponga al pensionista, la pena de inhabilitación absoluta perpetua o temporal, en los que cesará o se interrumpirá el derecho al cobro de la pensión mientras duren los efectos de la pena» y «la pérdida, aun por condena de los Tribunales de Derechos Pasivos, de los causantes, no afectarán los derechos a que a sus familiares pudieran corresponderles», precepto este último que reitera lo dispuesto en el artículo 230 del Código de Justicia Militar, siendo evidente también los diferentes efectos que producen las penas de pérdida de empleo y de separación del servicio a tenor de lo dispuesto en los artículos 223 y 224, del mismo, el primero de los cuales vino a reproducir substancialmente al 190 del Código de 1890, mientras que el 224 modificó lo preceptuado en el 191 anterior, no sólo en cuanto a la redacción del precepto atinente a la pérdida de todos los derechos «excepto los pasivos que puedan corresponder al penado por sus años de servicio» sino también respecto a la prohibición de «percibir mientras estuviera preso como consecuencia de la condena, el haber que le corresponda por su situación pasiva» y sobre todo al introducir en su párrafo 3.º, la norma aplicada a la esposa del recurrente.

te, que distingue entre las que lo sean de condenados a la pérdida de empleo, y las esposas, hijos y madres viudas de los separados del servicio, mientras no perciban respecto a las primeras, haberes pasivos por hallarse presos, disponiendo que «en todo caso» percibirán las pensiones señaladas «para caso de fallecimiento de los causantes» conforme a lo declarado en la Exposición de Motivos de la Ley de 17 de julio de 1945, aprobatoria del citado Código Castrense, expresiva de que «al determinar los efectos de las penas, se mantiene esencialmente el alcance de los preceptos vigentes..., generalizando las disposiciones que otorgan pensión en todo caso a las esposas, hijos y madres viudas pobres, de los condenados a pena de pérdida de empleo, o a lo de separación del servicio, mientras los condenados no perciban haberes pasivos por hallarse presos.

Que la Ley de 23 de junio de 1940, vino a completar en su artículo 3.º, el artículo 94 del Estatuto de Clases Pasivas en el sentido de extender su doctrina, a las esposas, hijos y madres viudas de los que en cumplimiento de Pena impuesta por los Tribunales, se hallasen privados de todo haber activo, o pasivo, concediéndoles el derecho a las pensiones señaladas en el Estatuto para los casos de fallecimiento de los causantes hasta que «el causante sea puesto en libertad o rehabilitado en sus derechos pasivos personales», habiéndose mantenido tal régimen en el párrafo 3.º del artículo 224, del Código de Justicia Militar, vigente que si bien alude, refiriéndose a los separados del servicio a la circunstancia de «hallarse presos» no la exige respecto a los condenados a la pérdida de empleo, privados de todo haber activo y pensión, debiendo entenderse que, al beneficio otorgado en aquella ley, se extingue «en todo caso» a los familiares de quienes «hubieran prestado los servicios necesarios al efecto y personalmente no perciban haber pasivo alguno, mientras dure su situación de penados».

Que sin confundir los efectos de las penas de pérdidas de empleo, con los de separación de servicio, y reconociendo que la primera se ejecuta conforme a lo previsto en el artículo 898 del C. Castrense —idéntico al 647 de 1890— así como que produce la privación de todos los derechos activos y pasivos personales del penado, procede desestimar la pretensión deducida por el demandante para que se les reconozca el derecho a devengar los que le deniegan las resoluciones recurridas sin que tal desestimación, signifique considerar también ajustada a Derecho, la resolución, no impugnada en el actual proceso, en virtud de la que se acordó el cese del percibo de la pensión —Concedida a su esposa el 14 de diciembre de 1948— con motivo de haber sido puesto en libertad el recurrente, sin rehabilitarlo de la condena de pérdida de empleo, equivalente a la expulsión de las filas del Ejército.—Sentencia de 1 de junio de 1960.

E) NATURALEZA DE LOS DISTINTOS CONCEPTOS DE RETRIBUCIONES. CARÁCTER BÁSICO Y PRINCIPAL DEL SUELDO Y LOS TRIENIOS. ACTUALIZACIÓN DE PENSIONES: DOCTRINA GENERAL.

*Sentencia de 28 de noviembre de 1970.*—Es recurso deducido por don M. V. G., contra resolución del T. S., de Justicia Militar, de 8 de abril de 1969, que desestimó el de reposición deducido contra acuerdo de dicho Centro que actualizó su pensión tomando como sueldo regulador el de empleo de Sargento, máximo que alcanzó en su carrera militar, en lugar del correspondiente al empleo de Grigada por el que venía calculándose con anterioridad su haber pasivo.

La doctrina está contenida en los siguientes considerandos:

Que para resolver la cuestión en tales términos, planteada, es conveniente, como declara el Abogado del Estado, señalar la variación esencial del sistema de retribuciones, tanto en activo como en pasivo de los funcionarios públicos, producida como consecuencia de la legislación promulgada a partir de 1964; hasta ese momento el sueldo constituía una parte muy pequeña de la retribución del funcionario que en su cuantía fundamental estaba formada por complementos, gratificaciones, etc., lo que a su vez, teniendo en cuenta que las personas de jubilación, retiro o fallecimiento se fijaban en un porcentaje del sueldo, determinada una cuantía exigua para dichas pensiones, y una serie de medidas legislativas tendentes a aumentarlas entre las cuales se incluían, la de reconocer a efectos pasivos un sueldo regulador superior al percibido por el funcionario activo, que es lo que ocurrió en el recurrente, el cual al amparo de la Ley citada de 1953, se le reconoció a efectos pasivos no obstante, su empleo efectivo de Sargento, el regulador de Brigada; por el contrario, a partir de la Ley de Retribuciones de los funcionarios civiles de 4 de mayo de 1965, dictada como consecuencia de la articulada para los mismos de 7 de febrero de 1964, y a virtud de lo dispuesto en su disposición final 10, se instauró para los funcionarios civiles y militares un nuevo sistema retributivo en el que el sueldo aumentado con los trienios y pagas extraordinarias, supone la parte más importante de la retribución y de la aplicación al mismo de los porcentajes generales, fijados en la legislación sobre clases pasivas, determina lo que el legislador estima suficiente, y ello conduce a lo que establezca la norma taxativa, de que en todo caso el sueldo regulador sea el que corresponda a la categoría efectiva que el funcionario ostentaba en activo, así como la aplicación de un único porcentaje de pensión, acabando con los procedimientos indirectos para elevar la cuantía de las pensiones, como el de reconocer sueldos reguladores especiales superiores a los efectivamente percibidos en activo y así terminantemente lo establece la Ley de derechos pasivos del personal militar 112/66, de 28 de diciembre en su artículo 1.

## LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Que la Ley acabada de mencionar, 112/68, siguiendo la pauta de actualizar las pensiones a fin de evitar desigualdades en su percibo por la sola razón de haberse producido el cese en el servicio activo en épocas diferentes, dispone en su artículo 13, que las actualizaciones «se realizarán de oficio por aplicación de porcentajes medios de aumento de las pensiones reconocidas, determinadas por Consejo de Ministros a propuesta del de Hacienda», añadiendo que «los porcentajes a que se refiere serán de la cuantía precisa para que las pensiones reconocidas se eleven en consonancia con las que correspondería a pensiones causadas a partir de 1-1-67» quedando así perfectamente manifestada la finalidad de la Ley y el mandato legislativo al Gobierno: que las pensiones se actualicen mediante aplicación de porcentajes medios de aumento, para que «queden equiparadas a las pensiones causadas con posterioridad 1 de enero de 1967», ante lo cual tiene que rechazarse la pretensión del demandante de que se actualice su pensión en forma que alcance una cuantía superior, a la que hoy pueda causar un militar de su mismo empleo y condición.

Que el Decreto 1382/67, de 15 de julio, pone de relieve en su exposición de motivos, el problema determinado por la serie de disposiciones protectoras determinantes de la exigencia de pensiones calculadas sobre una base en que se incluían conceptos distintos del sueldo, sobresueldos superiores al del empleo efectivo alcanzado por el pensionista en activo, o aplicando porcentajes superiores a los generales añadiendo que «esas peculiaridades de la clasificación de haberes pasivos de carácter militar han desaparecido en la Ley 112/66, en la que se unifica la base reguladora y se establecen porcentajes generales de pensión. Mas como se trata precisamente —sigue diciendo el preámbulo del Decreto— de actualizar haberes pasivos determinados con aquella diversidad, según circunstancias subjetivas diferentes, la aplicación pura y simple de unos coeficientes medios de aumento en función exclusiva de cada empleo, llevaría a resultados anómalos y a que en muchos casos las pensiones así actualizadas, alcanzarían una cuantía superior a la que hoy pueda causar un militar del mismo empleo y condición» con lo que —cabe añadir— se incumpliría el mandato legislativo de equiparar las pensiones anteriores a las actuales, de ahí que el Decreto establezca un procedimiento de fijación de la Base a la que se han de aplicar los coeficientes de aumento, disponiendo una revisión de las pensiones para acomodarlas al sueldo correspondiente a la categoría del causante, número de trienios y pagas extraordinarias y a los porcentajes aplicables conforme al Estatuto, con lo que teniendo en cuenta los coeficientes fijados en el Decreto 792/68, de 4 de abril equivalente al aumento experimentado en el sueldo regulador se consigue la deseada equiparación entre las pensiones anteriores y posteriores a la Ley 112/68.

(VICENTE LÓPEZ HENARES)

FRANCISCO  
• O T U T I S M I •  
• D E • V I T O R I A •



SECCION DE  
DERECHO  
MILITAR