

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

n.º 28

JULIO
DICIEMBRE

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.

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

28

MADRID
JULIO-DICIEMBRE
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 contaminación marina. Normas internacionales», por
JOSÉ RAMÓN GÓMEZ DE BARREDA OTERO 9
- «El uso de la fuerza y el orden internacional», por José
LUIS FERNÁNDEZ FLORES 67

NOTAS

- «Conferencia médico jurídica de Mónaco», por EDUARDO
DE NÓ 85

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

- «Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre»,
Bruselas 89
- «Revue Internationale de la Croix Rouge», Ginebra 89
- DE SALAS LÓPEZ (Fernando): *España, la OTAN y los Organismos Militares Internacionales* 90
- «Neue Zeitschrift für Wehrrecht», Berlín 91
- «Military Law Review», Washington D. C. 93
- «The J.A.G. Journal», Washington D. C. 97

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por JESÚS VALENCIANO ALMOYNA	99
B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias, por JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO	147
C) Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y ELIZAGA	165
D) Jurisprudencia contencioso-administrativa, por VICENTE LÓPEZ HENARES	174
E) Jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de personal, por VICENTE LÓPEZ HENARES	185
F) Doctrina legal del Consejo de Estado en materias jurídico-militares, por VICENTE LÓPEZ HENARES	200

LA CONTAMINACION MARINA. NORMAS INTERNACIONALES

Por José Ramón GOMEZ DE BARREDA OTERO
Comadante Auditor de la Armada

SUMARIO: I. PRIMERA PARTE: 1. Problemática del tema. 2. Contaminación - Concepto y clases.—II. SEGUNDA PARTE: *Normas internacionales:* 1. Convenio de Londres - 1954-1962. 2. Convenio Internacional, Bruselas 1969. 3. Convenio de Derecho Privado, Bruselas 1969. 4. Convenio Internacional, Bruselas 1971. 5. Convenio de Londres, 1972. 6. Convenio de Oslo, 1971. 7. Acuerdo de Neuilly (Francia), 1972. 8. Convenio de Roma, 1972. 9. Convención de Ginebra, 1958. 10. Trabajos de la I.M.C.O. y del Comité Marítimo Internacional.—III. CONCLUSIONES.—IV. APÉNDICE - DISPOSICIONES NACIONALES.—BIBLIOGRAFÍA.

I. PRIMERA PARTE

1. PROBLEMATICA DEL TEMA

El problema de la contaminación de los mares es de interés general para todos los estados como integrantes de la comunidad universal, sean o no costeros, por depender, sin tratar de ser extremistas y mucho menos alarmistas, la propia vida humana de la conservación de los recursos vivos de la mar.

Para España, tiene además este problema un interés directo, tanto como posible sujeto pasivo, por nuestra situación geográfica, con casi tres mil millas de costas, que convierten a nuestras aguas en lugar de tránsito del tráfico de los petroleros, como sujeto activo, por la importancia de nuestra flota petrolera e incluso por nuestra industria naval constructora-exportadora de petroleros.

Al interés actual en la pureza de las aguas y la conservación de la riqueza de sus fondos se ha llegado principalmente como consecuencia de dos factores; uno, los estudios realizados por los técnicos y científicos que han demostrado la importancia y trascendencia de este tema, y otro, el acaecimiento de una serie de hechos, tales como accidentes marítimos, vertidos de sustancias nocivas, desaparición de bancos pesqueros, etc., que han causado graves trastornos y perjuicios

tanto a las personas humanas como a la economía de algunos países.

Por lo que se refiere al *primer factor*, esto es, riqueza de los mares —que es, ha sido y será objeto de verdaderos tratados, estudios y volúmenes— sólo nos interesa en este trabajo, hacer una alusión a la misma para conocer el porque se trata de conservarla y explotarla racionalmente y, con ello, comprender cuáles son los intereses que están en juego. Podríamos resumirlo así:

Las proteínas que necesitan millones de seres humanos hambrientos se encuentran a nuestra disposición bajo las aguas del océano en cantidades muy superiores a las que han conseguido hasta ahora las flotas pesqueras. Con menor gasto que el que supone criar ganado y sin agotar recursos, que se renuevan a sí mismos, el actual volumen de pesca de alrededor de 55 millones de toneladas de pescados comestibles pudieran aumentarse hasta más de 100 millones de toneladas anuales. Además, la acuicultura —cria de peces en los esteros y en otros lugares de los mares— puede desarrollarse enormemente. Incluso hoy, entre el 5 y el 10 por 100 de la pesca consumida procede de la acuicultura.

La crisis de energía que ya es una realidad pudiera paliarse con pozos de petróleo taladrados en el fondo del océano a lo largo de las regiones costeras, que descienden desde poca profundidad hasta las grandes honduras del océano. En las cartas geológicas, aparecen como posiblemente ricas en petróleo zonas costeras de todos los continentes, así como el fondo del Mediterráneo, el del golfo de Bengala, el del Pérsico y las aguas que rodean al archipiélago Indonesio y también gran parte del Océano Artico.

Se calcula que solamente los yacimientos submarinos petrolíferos a lo largo de las costas de los Estados Unidos contienen 700.000 millones de barriles, además de dos billones de pies cúbicos de gas natural. El taladro de pozos submarino en zonas costeras ya es un arte con diez años de antigüedad en Maracaibo (Venezuela) y se considera cosa corriente en el golfo de Méjico, en aguas tejanas y en el golfo Pérsico. Algunos de estos pozos se encuentran a una profundidad de 180 metros. Alrededor del 15 por 100 del petróleo del mundo procede de pozos submarinos. Los especialistas hablan ya de que dentro de diez o veinte años la cuarta parte del petróleo del mundo procederá de estos pozos submarinos.

Desde otro punto de vista, hay minerales, que comienzan a escasear en todos los continentes, que podrán recogerse del lecho del mar o extraerse de explotaciones mineras submarinas.

En el fondo de los mares hay manganeso, níquel, cobalto, cinc y plomo, y buena parte de ellos se podrían recuperar con cucharas mecánicas o mediante mangas de succión que ya se está perfeccionando en el Japón y en los Estados Unidos, y otros se podrían conseguir empleando técnicas nuevas de minería. También aguardan extracción el helio, nitrógeno, bióxido de carbono, azufre, la energía geotérmica y los minerales salinos.

En definitiva, en un mundo donde las necesidades son tantas, existen inmensos recursos que esperan ser utilizados por el hombre.

En lo referente al *segundo factor*, esto es, accidentes marítimos, experiencias nucleares, vertidos de sustancias nocivas, etc., ha causado, por sus consecuencias inmediatas, un mayor conocimiento del problema en los individuos, con lo que se ha despertado en parte la conciencia colectiva y se han puesto en estudio todas sus facetas.

La contaminación de las aguas del alta mar ha tenido como causa principal el incesante desenvolvimiento del transporte de productos petrolíferos, y aunque ello no es el origen de estos problemas, nos referimos a los mismos como punto de partida. Sin duda, el caso de mayor resonancia fue el siniestro del *Torrey Canyon*; este petrolero de 118.000 toneladas, matriculado en Liberia y propiedad de una Compañía Norteamericana, encalló en los arrecifes denominados «Seven Stones» de las islas Sorlingas el día 18 de marzo de 1967; con independencia de la culpabilidad de este accidente, que fue achacado al Capitán por negligencia, se produjo en el casco del buque una desgarradura de 180 metros por donde empezó a manar el petróleo a borbotones empezando a ennegrecer la mar con una mancha de 340 kilómetros cuadrados, a la que se denominó «la marea negra». A pesar de las medidas tomadas por la Armada inglesa (detergentes, bombas de keroseno y napalm, etc.) la marea negra, empujada por los vientos y la mar, empezó a contaminar las costas próximas de Cornuailles, y, avanzando por el Canal de la Mancha, llegó a afectar al litoral francés, amenazando incluso las costas de España. Los daños producidos fueron incalculables, pues no sólo se

ensuciaron las costas y playas inglesas y francesas en una gran extensión, con el gravísimo perjuicio para el turismo, hoy riqueza de primera magnitud, sino, que dañó considerablemente a la fauna y la flora submarina y aun a los pájaros marinos cuya enorme mortandad y de forma tan horrible fue reflejada en las tristes fotografías aparecidas en toda la prensa mundial. En esta misma línea de accidentes podemos también, aunque sea citarles meramente, el caso del accidente del petrolero liberiano «Ocean Eagle», ocurrido en marzo de 1968, a la entrada del puerto de San Juan de Puerto Rico que derramó su cargamento de petróleo bruto llegando a formar un frente de cinco kilómetros que invadió las playas limítrofes, y el del buque petrolero noruego «Polycommander» en las islas Cíes, frente a la ría de Vigo, ocurrido en 1970, y que provocó la consabida «marea negra» contaminante y destructora de la riqueza marina.

Pero, no son sólo los accidentes de los buques petroleros los que producen estos daños, sino que las normales actividades de los mismos son también su causa u origen. En efecto, si tomamos como ejemplo el Mediterráneo, se observa que diariamente de dos mil a dos mil quinientos buques de comercio están en permanencia en este mar; por el Estrecho de Gibraltar entran y salen todos los días 220 navíos mercantes. En total, al cabo del año se mueven en este mar 200 millones de toneladas de mercancías, de las cuales el 60 por 100 o más son solamente de productos petrolíferos especialmente crudos.

Pues bien, la mayoría de estos buques realizan indebidamente la limpieza de sus tanques de petróleo; con independencia de la distancia que deben de observar de las costas al realizar esta operación, cuyas normas, no siempre observadas, han sido fijadas por la I.M.C.O., y que serán objeto de un posterior examen, la simple operación de limpieza la realizan llenando cada tanque con agua del mar formando lastre y el agua, así ensuciada, se devuelve a la mar. Después, en el interior de cada tanque se hace descender un aparejo móvil, el «Botter-Worth» que expide agua caliente a una fuerte presión sobre las paredes; los desechos y residuos de mazout que estaban pegados se precipitan hacia el fondo formando un lecho viscoso que una o dos veces es evacuado a la mar. Pongamos un ejemplo: en un navío de 35.000 toneladas que cuenta con 30 cisternas, la operación dura 6 horas y viene a resultar que

se vierte en la mar alrededor de un 1 por 100 del cargamento, o sea 350 toneladas. Y esto en cada viaje. A escala minúscula es la marea negra del «Torrey Canyon»; alrededor del petrolero se forma una película aceitosa y negruzca que va desplegándose y que bogará al compás de los vientos y de las corrientes. Esta operación es ínfima, pero se trata de una operación de innumerables petroleros repitiéndola periódicamente; se estima que actualmente el desecho de petróleo en la mar, debido a la limpieza de las cisternas alcanza una cifra de unos 5 millones de toneladas al año; como si naufragaran 50 «Torrey Canyon».

Y es una ilusión, como piensan algunos, el creer que la mar es suficientemente vasta para absorber estos desechos. Cada tonelada de petróleo derramado cubre una superficie de 1.200 hectáreas. En algunos casos, los enormes intereses económicos de los petroleros les hace actuar con absoluta indiferencia y cinismo, pues, en el caso del siniestro del «Torrey Canyon», algunos petroleros fueron vistos limpiando sus cisternas para «aprovechar la ocasión», es decir, añadiendo su ración de petróleo al torrente de la marea negra.

Estos desechos causan enormes daños a la flora y fauna marina. En lo que se refiere a la flora, la película oleosa que se extiende en la superficie del agua forma pantalla y frena o veda la oxigenación; con ello se puede ocasionar la destrucción de ciertas especies de algas y la proliferación de una especie particularmente resistente en detrimento de otras, rompiendo el equilibrio natural —extremadamente complejo— de la flora submarina por una especie de reacción en cadena. Y por lo que afecta a la fauna marina, ciertas especies de pescados han llegado a desaparecer y otras han disminuido considerablemente, y lo que es más grave, se han observado trazas de benzo 3/4 pyrené en ciertos mariscos, siendo este producto canceroso, aunque felizmente se acumula más en las conchas que en la carne.

Dentro de este segundo factor, hemos de referirnos necesariamente a los vertidos de sustancias nocivas y a las experiencias nucleares. Respecto a los primeros, es de todos conocido el impacto causado en la opinión pública con motivo de la descarga de gases letales en el fondo del mar que llevó a efecto un buque americano hace casi dos años; en contra del parecer de muchos científicos por las posibles consecuencias que a la larga se podrían ocasionar, se procedió a su fondeo en

el Océano Atlántico. Las interrogantes abiertas fueron más o menos éstas ¿qué garantías rigurosas y suficientes se tomaron para la protección de la vida humana y del mundo marino?, ¿qué responsabilidades se podrían exigir en caso de contaminación?, ¿quién tendría que satisfacerlas y quién exigir las?, ¿Se consultó a algún miembro de la comunidad internacional?, etc. Pero estos vertidos no sólo se hacen desde buques y aeronaves sino que también se realizan, con mayor frecuencia e importancia a través de ríos, estuarios, cloacas y tuberías.

Uno de los obstáculos más importantes para concertar actividades encaminadas a solucionar el problema, sigue siendo la falta de interés de los gobiernos en publicar los detalles de sus problemas de contaminación, por miedo a perjudicar su industria turística. Incluso algunos científicos (según fuentes autorizadas) no se muestran dispuestos a proporcionar informes por miedo a perder sus empleos.

Citemos nuevamente el caso del Mediterráneo; el balance ecológico del ambiente marino en este mar, puede quedar destruido de diversos modos: algunos agentes envenenan y destruyen la vida animal y vegetal directamente. Otros, tales como el petróleo, requieren tal cantidad de oxígeno que producen la asfixia de la vida en el mar. Otros agentes contaminadores, tales como los abonos y detergentes motivan el crecimiento excesivo de determinadas plantas o animales a expensas de otros. Una cuarta clase de agentes contaminadores como el DDT y otros hidrocarburos tratados con cloro se acumulan de tal forma en determinados géneros de la vida marina que tienen ya afinidad por determinadas sustancias y con el tiempo pasan a formar parte de la cadena alimenticia, con efectos peligrosos o mortales.

Las dos regiones del Mediterráneo que se pueden considerar más contaminadas son la cuenca provenzal frente a la Riviera Francesa y la zona Venecia-Trieste, en el Adriático. El río Ródano desemboca junto a Marsella en la cuenca mencionada y el Po lo hace en el Adriático al sur de Venecia. A estos dos ríos se les ha llamado a menudo los «pulmones del Mediterráneo» debido a que juntamente con el Estrecho de Gibraltar eran los orígenes más importantes de la regeneración de oxígeno. Estos ríos están hoy convertidos en vertederos de restos de todas clases, desperdicios, productos químicos contaminados, etc.

La contaminación doméstica o las redes de alcantarillado

procedentes de grandes zonas urbanas de alta concentración de población constituyen un motivo de seria preocupación a todo lo largo de las costas españolas, francesas e italianas en donde las alcantarillas vierten directamente al mar sus contenidos con muy escaso o nulo tratamiento. Los orígenes más importantes de desechos industriales y químicos en la cuenca occidental del Mediterráneo (que incluyen el Adriático) eran, según el informe, de naturaleza metalúrgica, productos textiles, curtidos, tintes, fábricas de papel, fertilizantes, industrias químicas, insecticidas, detergentes, arsenales, industrias del cemento y manufacturas de plásticos. El empleo en gran escala de insecticidas contra los vegetales, especialmente en estuarios y lagunas, se aseguró, puede considerarse como responsable de la pérdida o desaparición de la vida marina en todos los grados, desde el planktón a los peces. Igualmente, las aves acuáticas han tenido que sufrir los efectos de los desinfectantes. En el Mediterráneo Oriental, aunque no se empleen en gran escala, el problema se ha presentado en Israel, Chipre y en el Delta del Nilo. Por último, hay que consiedrar a la Agricultura como factor que influye grandemente en la contaminación, debido a que muchos abonos artificiales y restos de animales vierten al mar, tanto en España como en Francia, Italia, Yugoslavia, Grecia, Turquía e Israel.

No podemos olvidar tampoco la contaminación producida por las experiencias nucleares. En la mente de todos están las víctimas del pesquero japonés «Fukuryo Maru» como consecuencia de la lluvia de cenizas ocasionada por las experiencias nucleares en el Pacífico en 1954, cuyos desechos o desperdicios radiactivos tuvieron que causar, por fuerza, graves daños al lecho submarino además de los que causó efectivamente a las personas. Las experiencias que últimamente viene realizando Francia en el Pacífico (Mururoa) serán ciertamente dañosas para el equilibrio ecológico de los mares. Pero, en este terreno de la contaminación por medio de experiencias nucleares, la posible solución o freno a la misma será más difícil de obtener por tener siempre una problemática política mucho mayor que jurídica.

Por último, examinamos los fenómenos ocurridos en algunos países en materia de contaminación:

Las autoridades sanitarias de Alemania Oriental están imponiendo multas a las instalaciones industriales que causan contaminación y les obligan al pago de ciertas cantidades por la

utilización de las aguas de los ríos con el objeto de restringir el uso de estas aguas. En Polonia, se ha podido observar que los ríos (que como se dice en todas las escuelas del mundo van «a parar al mar») se encuentran tan contaminados que ya no es posible utilizar el agua de los mismos para usos domésticos ni para la agricultura. Los bañistas que acuden a la selecta ciudad de descanso de Dubrownik, en Yugoslavia, pudieron comprobar el pasado año que al salir del agua tenían en su superficie una capa de brea y petróleo; el paso de buques petroleros por el Adriático, cada vez mayor, así como las prospecciones que se realizan constantemente en la costa, plantean la amenaza permanente del desastre que algún día podrá arruinar las playas y acabar con el turismo yugoslavo, del que depende Belgrado para compensar su situación comercial desfavorable con respecto a Occidente.

La principal dificultad que tienen estos países es que la cooperación regional que es tan necesaria para la eliminación de las causas de la contaminación es muy reducida debido al carácter rígido del bloque comunista. No obstante, ya se han empezado a crear comisiones para el estudio del medio ambiente y se asignan cantidades importantes para la lucha contra la contaminación.

En Suecia, se ha impuesto el slogan de «Limpiar Suecia», y en lo que a nuestro tema se refiere, se ha llegado a la conclusión de que la fauna acuática está gravemente amenazada por el mercurio; éste se acumula en las grasas y en el hígado de los pescados, y proviene esencialmente de dos tipos de industrias: La de fabricación del cloro y la de pasta de papel, por la que se ha suprimido totalmente el vertido del peligroso metal en el agua ya que, según estudios realizados, algunos lagos han quedado contaminados por un período de tiempo de cincuenta años.

En los Países Bajos, el problema de la eliminación de residuos es alarmante. Debido a que una parte importante del suelo ha sido ganada al mar, estos residuos no se pueden eliminar enterrándoles y entonces se han creado lo que pudiéramos denominar «barcos-basura» que cargan los desechos para verterlos en los mares.

A este respecto, podemos indicar que, como quiera que es indudable que en alguna parte hay que arrojar los desperdicios de las industrias, el lugar podría ser el mar pero siempre y cuando dichos desperdicios hayan sido tratados técnicamen-

te de tal suerte que su capacidad contaminadora se haya reducido a extremos de escasa entidad.

Finalmente, queremos exponer algunas noticias de reciente aparición. Las conclusiones después de su lectura, las dejamos al libre juicio de sus lectores.

Todos los puertos de la isla de Córcega, y especialmente los de Bastia y Ajaccio, fueron objeto de bloqueo por las embarcaciones pesqueras, a principios de 1974, para manifestar su protesta por el vertido de residuos industriales. Una empresa italiana, desde el 30 de abril de 1972, procede a arrojar en aguas internacionales del Tirreno 3.800 toneladas diarias de residuos de su fábrica de bióxido de titanio situada en Scarlino a 180 kilómetros al sur de Livorno. El Gobierno de París intervino ante el italiano para que pusiese fin a estos vertidos pero las autoridades de Roma argumentaron que eran operaciones que se realizaban en aguas internacionales, similares a las que autoridades francesas consienten a sus propias empresas en el Atlántico o en el Canal de la Mancha.

Otra noticia, si bien esta es de tipo positivo en contraposición a la relatada anteriormente, es la de que por contaminar las aguas de la bahía de Muggia en Trieste (Italia) al haber limpiado fondos, el petrolero «Prato» de bandera panameña de 50.000 toneladas, fue secuestrado judicialmente por las autoridades de Trieste; al parecer el capitán del buque arrojó residuos de su cargamento, dando lugar a una pequeña «marea negra» cuando descargaba en la terminal del olcoducto Trieste-Viena. Para que el buque sea liberado, los armadores deberán pagar la fianza que hayan señalado los jueces. Esta noticia, si no tiene ningún fondo político, constituye un gran ejemplo para evitar casos similares.

También observamos como noticias positivas, la creación de Comisiones para Preservar el Medio Ambiente, la dotación a los Presupuestos de los Estados de cantidades importantes para combatir la contaminación, las cantidades que las propias industrias dedican para el tratamiento de sus residuos, el establecimiento de estaciones depuradoras en los litorales para los productos que se van a verter en las costas, e incluso la convocatoria de concursos que se hacen en nuestro país para estudiar las causas, efectos y soluciones técnicas de la contaminación de los litorales.

2. CONTAMINACION-CONCEPTO Y CLASES

Según el Diccionario de Academia de la Lengua, «contaminación» es la acción o efecto de «contaminar» que proviene del latín «contaminare», formado de cum = con y taminare = manchar y significa contagiar, corromper, pudrir, comunicar putrefacción, viciar o alterar algún original, etc.

Polución viene del latín «pollutio» y significa mancha o profanación. Como quiera que según nuestro Diccionario esta palabra se refiere mayormente a un fenómeno puberal en la adolescencia, consideramos como empleo más correcto en nuestro idioma la palabra *contaminación*.

La contaminación marina podemos definirla como la introducción hecha por el hombre, directa o indirectamente, de substancias o energías en el medio marino (incluidos los estuarios), dando lugar a efectos tan desastrosos que dañan los recursos vivientes, son un peligro para la salud humana, un impedimento a las actividades marítimas, incluidas la pesca, menoscaban la calidad del agua del mar y deterioran los lugares de recreo.

La contaminación apareció a partir de 1831; el cólera devastó los países centroeuropeos, especialmente Alemania; la humanidad empezó a darse cuenta de la relación que existe entre las epidemias y la destrucción o alejamiento de los residuos urbanos sólidos o líquidos. Con el progreso, las industrias aumentaron enormemente, la navegación aprovechó las aguas y los ríos recibieron «detritus» de las industrias y de las alcantarillas de las aglomeraciones urbanas.

Entonces empezaron a hacerse vertidos; éstos revestían la forma de directos, en costas (para los cuales se tenía en cuenta las condiciones de las mismas, la existencia de corrientes litorales y los volúmenes de los afluentes) y en ríos.

Después de realizarse estos vertidos se llegó a la conclusión, tras los consiguientes estudios, de que la salinidad guarda una clara simetría en relación con la distancia de los colectores.

Según los técnicos, los vertidos, que son prácticamente inevitables, no dañarían si se observasen los siguientes requisitos: hacerlos en canalizaciones separadas con el fin de evitar

la formación de bancos de fango, bien por insuficiencia de las corrientes próximas a la orilla con la posibilidad de perjudicar a los organismos vivos del fondo, o por causa de profundidades demasiado débiles que no permitan una dilución y dispersión convenientes. Todo ello tiene por objeto evitar la posibilidad de contaminar las aguas litorales, perjudicando así a la flora y fauna marinas.

A través de la exposición efectuada en la Problemática del tema, podemos establecer como clases o formas de contaminación marina, los productos de hidrocarburos (derrames y descargas), de vertidos (directos o indirectos) y de experiencias nucleares.

Pero en realidad existe una sola contaminación, porque cada compuesto químico, tanto si se encuentra en el aire como en la tierra, *acabará* indefectiblemente en el océano.

II. SEGUNDA PARTE

NORMAS INTERNACIONALES

1. CONVENIO INTERNACIONAL PARA PREVENIR LA CONTAMINACION DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS, LONDRES, 1954 (INCLUYENDO LAS ENMIENDAS ADOPTADAS POR LA CONFERENCIA DE 1962)

1.1 CONCEPTOS.—El Convenio, para los fines del mismo, enumera, en su artículo I, una serie de expresiones de las que destacamos como más interesantes las siguientes, y a las cuales les da este significado:

«Descarga»; «cuando se refiere a hidrocarburos o mezcla de hidrocarburos, significa cualquier descarga, expulsión o escape cualquiera que fuere la causa».—Este concepto está redactado como se ve en términos muy interesantes ya que las expresiones «cualquier» y «cualquiera» dan un amplio margen para considerar como tales descarga a toda clase o tipo de las mismas.

«Hidrocarburos»: «significa petróleo crudo, fuel-oil, diesel-oil pesado o aceites lubricantes»; en inglés el adjetivo «oily» será interpretado en consecuencia. También consideramos como muy importante la introducción de la interpretación del adjetivo inglés para una amplia concepción de este término.

«Buque»: «significa toda embarcación de mar de cualquier tipo, incluidos los artefactos flotantes, ya sean autopropulsados o a remolque de otro buque que efectúan un viaje por mar». Esta definición es la que se viene indicando, con mayor o menor amplitud de detalles, en las Conferencias y Convenios Internacionales.

«Petrolero»: «significa todo buque en el cual la mayor parte del espacio destinado a la carga está construido o adaptado

para el transporte de líquidos a granel y que no transporta por el momento más que hidrocarburos en esta parte del espacio reservado a la carga». Este concepto, aunque hubiera podido perfeccionarse, es indudable que responde plenamente a lo que se entiende por un petrolero en cuanto a transporte del producto.

1.2. **AMBITO DE APLICACIÓN.**—El principio de carácter general, que se establece en el artículo II, es el de que afecta a todos los buques matriculados en cualesquiera territorio de un Gobierno contratante y a los buques, no matriculados que posean la nacionalidad de una parte contratante.

Como excepciones, es decir, no están sujetos al presente Convenio, los petroleros de arqueo bruto inferior a 150 toneladas y los buques que no sean petroleros con arqueo bruto inferior a 500 toneladas aunque respecto a éstos los Gobiernos tomarán las medidas oportunas para aplicarles las prescripciones de este Convenio en la medida en que sea razonable y practicable según su tamaño, servicio y tipo de combustible empleado; los buques ocupados por el momento en la industria ballenera; los buques que naveguen en los Grandes Lagos de Norteamérica y determinadas zonas del Canadá durante la duración de la navegación y, finalmente, los buques de guerra y los empleados como auxiliares de la Marina de Guerra durante la duración de este servicio.

1.3. **PROHIBICIONES.**—El artículo III, prohíbe la descarga de hidrocarburos o mezclas de hidrocarburos dentro de los límites de cualquiera de las zonas previstas en el *Anexo A*. Dicho Anexo determina como Zona Prohibidas las siguientes:

1.3.1.—«Toda zona de mar situada *dentro de las 50 millas* de la tierra más próxima». Este último término «tierra más próxima», a los efectos del Convenio, significa desde una línea de base desde la cual queda establecido el mar territorial del territorio en cuestión, de acuerdo con el Convenio de Ginebra sobre Mar Territorial y Zona Contigua de 1958.

1.3.2.—Asimismo, una serie de zonas de mar que se extienden *más de 50 millas* de la tierra más próxima. Dichas Zonas vienen determinadas en una serie de Cartas unidas al Convenio, de las cuales sólo citamos y adjuntamos las Cartas 1 y 3 que son las que afectan a nuestro país.

1.3.3.—Por otra parte, el citado artículo III, indica que las descargas se harán lo más lejos posible de tierra que, transcurridos 3 años desde la entrada en vigor del Convenio, éste se aplicará igualmente a los buques que no sean petroleros que dependan de ese territorio según el artículo II, y que la descarga no estará prohibida cuando el buque se dirija a un puerto que no esté dotado de las instalaciones previstas en el artículo VIII para los buques que no fuesen petroleros. (Según el mencionado artículo, los puertos, las terminales de descarga y los puertos de reparación tendrán que estar lo suficientemente dotados para recibir los residuos y mezclas de hidrocarburos).

1.3.4.—Los buques de más de 20.000 toneladas de arqueo bruto, cuyo contrato de construcción se haya concluido en la fecha o después de la fecha de entrada en vigor del Convenio, tienen completamente prohibida la descarga, salvo cuando el Capitán estime que circunstancias particulares hacen desaconsejable o imposible la conservación de las mismas, en cuyo caso, podrá efectuar la descarga fuera de las zonas prohibidas en el Anexo A. Dichas razones y las informaciones relativas a la descarga deberán notificarse a los demás Gobiernos.

1.4. EXCEPCIONES.—De todos los principios contenidos en el apartado 1.3. se excluyen los siguientes casos:

a).—Descargas efectuadas para asegurar la propia seguridad del buque o de otro buque, para evitar daños al buque o a la carga o para salvar vidas humanas.

b).—Escapes de hidrocarburos por averías o pérdidas imposible de evitar y

c).—Descargas procedentes de la purificación o clasificación de fuel-oil o aceites lubricantes siempre que la descarga se efectúe lo más lejos posible de tierra.

1.5. SANCIONES:.—Con respecto a este apartado el Convenio no se muestra muy rígido como hubiera sido de desear ya que contiene solamente unas normas generales que estimamos como excesivamente amplias, aunque al ser el primer Convenio que se aprobaba sobre esta nueva materia, bastante se ha conseguido con esto, que podríamos llamar, principios sancionadores. Tales son los siguientes: las contravenciones constituyen unas infracciones punibles por la legislación del terri-

torio del cual depende el buque; las sanciones penales que se impondrán serán lo suficientemente severas como para desalentar las descargas ilegales y los Gobiernos contratantes informarán de tales sanciones a la Organización.

1.6. LIBRO REGISTRO DE HIDROCARBUROS.—Se introduce por primera vez este libro que tendrá la forma descrita en el *Anexo B*, y se especifican las operaciones que deberán ser objeto de asiento, circunstancias, causas, firma de las personas responsables, idioma, lugar de conservación, forma y personas que pueden expedir copias del mismo e intervención por parte de las Autoridades Competentes. Es de destacar que, si dicho libro se lleva según las indicaciones señaladas constituye un verdadero reflejo de todas sus operaciones de hidrocarburos siendo, en consecuencia, por una parte, un medio de control para la imposición de sanciones caso de incumplimiento, pero, como contrapartida, una garantía para los Gobiernos de que han efectuado sus operaciones de acuerdo con las normas vigentes y, por consiguiente, no serán responsables de los daños que se puedan producir.

1.7. DISPOSICIONES GENERALES.—Dentro de este apartado podemos incluir el examen de los artículos X al XXI, en los que se establecen los medios de información y requerimiento de datos entre los Gobiernos Contratantes; que ninguna de las disposiciones del Convenio podrá ser interpretada como susceptible de causar derogación de poderes de cualquier Gobierno Contratante para tomar medidas dentro de los límites de su jurisdicción respecto a cualquier asunto relacionado con el Convenio ni tampoco como susceptibles de dar base a una ampliación de su jurisdicción; obligación de remitir a la Oficina o al Organismo de las Naciones Unidas todas las Leyes, Decretos, Ordenanzas, etc., que cada Gobierno tenga en vigor en su territorio para dar efectividad al presente Convenio; procedimiento a seguir en los casos de diferencias entre los Gobiernos; plazos para la entrada en vigor del Convenio, para su forma y ratificación, procedimiento para introducir enmiendas al texto, denuncia del mismo, y suspensión de la totalidad del Convenio en los casos de guerra u otras hostilidades.

En relación con el artículo XII, relativo a la remisión que deberán hacer los Gobiernos a las Naciones Unidas de las normas que dicten para dar efectividad al Convenio, incluimos al

final del presente trabajo como *Apéndice 1*, las realizadas por el Gobierno Español, que, aunque como es lógico tiene carácter meramente nacional demuestran la magnífica disposición de nuestro país, con plena conciencia de la importancia de este tema y de las cuales solamente hacemos su enunciación por su carácter eminentemente técnico.

Como *Comentario Final* al análisis efectuado del presente Convenio, cabe destacar que, a pesar de los defectos observados y de que podía haber abarcado un mayor número de vicisitudes, lo cierto es que constituye el primer Convenio Internacional sobre la materia, recogiendo muchas de las inquietudes de la I.M.C.O. al respecto, es eminentemente *técnico* y su finalidad es la de PREVENIR la contaminación *por hidrocarburos*

El Convenio fue adoptado el 12 de abril de 1954, enmendado el 13 de abril de 1962 y aceptado por España el 22 de enero de 1964.

2. CONVENIO INTERNACIONAL RELATIVO A LA INTERVENCION EN ALTA MAR EN LOS CASOS DE ACCIDENTES DE CONTAMINACION DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS. BRUSELAS 1969 **(Convenio de DERECHO PUBLICO)**

2.1. OBJETO.—A diferencia del Convenio antes examinado, que iniciaba su texto con una enumeración de conceptos, en este se determina, previamente, el objeto del mismo, lo cual no sólo es de una mayor precisión técnico-jurídica, sino que también sirve para expresar plenamente sus fines.

Por ello, se dice que las Partes Contratantes podrán tomar en alta mar las medidas necesarias para prevenir, mitigar o eliminar todo peligro grave e inminente contra su litoral o intereses conexos, debido a la contaminación o amenaza de contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos, resultante de un accidente marítimo u otros actos relacionados con ese accidente, a los que sean razonablemente atribuibles consecuencias desastrosas de gran magnitud.—(*Importante*: Se exceptúan los buques de guerra y los destinados a servicios no comerciales).

2.2. **CONCEPTOS.**—No varían, en relación al anterior Convenio de 1954, los conceptos de «buque» e «hidrocarburos», pero, en cambio, sí examinaremos por ser muy interesantes, los siguientes significados:

«Accidente marítimo».—Todo abordaje, varada, siniestro o acontecimiento a bordo de un barco o en su exterior *resultante* en daños materiales o en una *amenaza inminente* de los mismos a un barco o cargamento.—Las palabras que subrayamos, determinan en cierto modo el alcance de este Convenio.

«Intereses Conexos».—Este término, que viene indicado en el objeto, antes examinado, es muy breve, ya que se dice: Los de un Estado ribereño *directamente afectado o amenazado* por el accidente marítimo». Es ciertamente interesante esta definición, que dada su brevedad gramatical, pero al mismo tiempo su amplitud de contenido, debió originar grandes problemas para su inclusión en el Convenio. A continuación de esta definición, se indican tres ejemplos de lo que pueden ser intereses conexos; éstos son: Actividades marítimas costeras, portuarias o de estuario, incluidas las pesqueras que constituyen un medio esencial de existencia de personas interesadas; atractivos turísticos de la región interesada; y salud de la población ribereña y bienestar de la región interesada, incluida la conservación de los recursos marinos vivos y de su flora y fauna. Estos tres grupos, son, como tales, indicativos, pero, son lo suficientemente amplios como para dar cabida a una gran variedad de posibilidades así como para incluir otros casos como análogos o similares.

2.3. **PROCEDIMIENTO.**—Regulado en el artículo III, podemos sintetizarlo del siguiente modo:

2.3.1. *Antes de tomar medidas.*—Los Estados *deberán* consultar con los otros Estados afectados y notificar sin demora las medidas que se propone adoptar, y *podrán* iniciar consultas con expertos independientes escogidos en una lista mantenida por la Organización.

2.3.2. *Después de tomar medidas.*—Los Estados *deberán* notificarlas sin demora a los Estados y personas físicas o jurídicas afectadas y al Secretario General de la Organización.

2.3.3. *Casos de extrema urgencia.*—Los Estados *pueden* tomar las medidas que la urgencia de la situación haya hecho

necesarias sin notificación ni consulta previa o sin continuar las ya iniciadas.

2.4. NATURALEZA Y LÍMITES DE LAS MEDIDAS.—Aun cuanto todo lo contenido en el presente Convenio se debe de considerar como de gran transcendencia dentro del derecho internacional público, quizá uno de los preceptos más importantes es éste de las medidas, que viene regulado en el artículo V, y que seguidamente vamos a analizar.

2.4.1. *¿Cómo deben ser estas medidas?*.—Podemos señalar cuatro factores:

- a) Proporcionales al daño causado.
- b) No rebasarán lo razonablemente necesario para conseguir los objetivos del artículo I.º
- c) Cesarán tan pronto como se alcancen los objetivos, y
- d) No se coartarán innecesariamente los derechos e intereses del Estado del pabellón, terceros Estados u otras personas físicas o jurídicas.

Como quiera que de estos cuatro factores el más indeterminado y, por otra parte, más trascendental es el del apartado a), esto es, que las medidas sean *proporcionales*, éstas se apreciarán teniendo en cuenta lo siguiente:

1. La extensión y probabilidad de los daños inminentes si no se toman estas medidas.
2. La probabilidad de que esas medidas sean eficaces y
3. El alcance de los daños que puedan ser causados por esas medidas. A través de la exposición efectuada de este artículo relativo a las medidas, se pueden deducir que contiene términos muy amplios, como son proporcionarles, innecesariamente, razonablemente, probabilidad, etc., que hacen, por una parte, que las situaciones queden al criterio del Estado afectado, pero, por otra, que merced a los mismos puedan incluir en ellos muchas clases de situaciones que se les presenten en defensa de sus intereses. Pero, al tratarse de un Convenio de Derecho Público, sería muy difícil que se hubiesen concebido otros términos más tajantes y concretos.

2.5. SANCIONES.—Se regulan en el artículo VI, y vienen a ser, como es habitual, una declaración de principios generales

ya que se establece que la Parte que haya tomado medidas en contravención a lo estipulado, tendrá que pagar una indemnización. Para que haya lugar a ésta es necesario que concurren estos dos elementos:

- a) Que se haya causado daños a otros.
- b) Que la indemnización sea equivalente al monto en que los daños resultantes de esas medidas excedan de las que hubieran sido razonablemente necesarias para conseguir los objetivos mencionados en el artículo 1.º

2.6. CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE.—Para las controversias que susciten la aplicación de medidas, indemnizaciones, etc., el Convenio establece los procedimientos de conciliación y arbitraje, que vienen regulados en un ANEXO; ambos procedimientos se regirán por las normas indicadas salvo que las Partes interesadas decidan de otro modo.

2.6.1. *Conciliación*.—Regulada en el Capítulo I del Anexo, consta de 12 artículos; podemos destacar como extremos más importantes los siguientes:

- a) Iniciación mediante instancia, que reviste la forma de declaración, con las particulares del caso y constitución de una Comisión de Conciliación.
- b) Cualquier parte que haya sido afectada, en sus súbditos o bienes, podrá sumarse al procedimiento, mediante notificación.
- c) La Comisión de Conciliación estará constituida por tres miembros: uno, por el Estado que tomó las medidas; otro, por el Estado afectado y un tercero, que la presidirá, nombrado de común acuerdo.
- d) El procedimiento será *contradictorio*, y tras los trámites de asesoramiento, informes de expertos, plazos, etc., la Comisión transmitirá a las Partes una *recomendación*, fijando un plazo de 90 días para que comuniquen las Partes si la aceptan o la rechazan.

2.6.2. *Arbitraje*.—Regulado en el Capítulo II del Anexo, consta de 7 artículos; sus principales características son las siguientes:

- a) Si no prospera la conciliación sólo podrá incoarse instancia de arbitraje dentro del plazo máximo de 180 días siguientes al fracaso de la conciliación.

- b) La Constitución del Tribunal de Arbitraje, será de tres miembros, especificándose en varios artículos el procedimiento para nombramiento de los mismos, plazos, etc.
- c) Constituido el Tribunal de Arbitraje, éste establecerá sus propias reglas de procedimiento.
- d) El fallo, que irá acompañado de una exposición de motivos, será *definitivo e inapelable*. Las Partes deberán cumplir, desde luego, lo dispuesto en el fallo, y las dudas que se suscitasen en cuanto a la ejecución, serán sometidas al mismo Tribunal o bien a otro que se constituya si aquél se hubiese dispersado.

2.7. DISPOSICIONES GENERALES.—Dentro de este apartado podemos incluir los artículos IX.º al XVII.º en los que se establecen los plazos para entrada en vigor del Convenio, firma y ratificación, adhesión, denuncia y forma de entablar ésta con sus correspondientes plazos, convocatoria de Conferencias para cualquiera de los fines anteriores, redacción en varios idiomas, etc. Son, todos ellos, principios análogos, o similares a los de cualquier Convenio Internacional y, por ello, no entramos en su análisis.

Como *Comentario Final* al análisis efectuado cabe destacar, los importantes conceptos de «intereses conexos», el amplio sentido que se da a las «medidas» que tomen los Estados y los procedimientos de Conciliación y Arbitraje. Es un Convenio de *Derecho Público* encaminado a la INTERVENCIÓN en ALTA MAR de la contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos.

Fue adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969 y todavía no ha sido aceptado por España.

3. CONVENIO INTERNACIONAL DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR DAÑOS CAUSADOS POR LA CONTAMINACION DE LAS AGUAS DEL MAR POR HIDROCARBUROS DE BRUSELAS, 1969 (Convenio de Derecho Privado)

3.1. CONCEPTOS.—Como ya es habitual, este Convenio, cuyos fines son garantizar una indemnización suficiente a las personas que sufran daños por derrames o descargas de hi-

drocarburos y que se adopten a escala internacional unos procedimientos uniformes para tales casos, enumera unos conceptos, de los cuales, sólo examinamos seguidamente aquellos que no aparecen en los Convenios precedentemente estudiados.

«Propietario» es la persona o personas matriculadas como dueñas del barco, o si el barco no está matriculado, la persona o personas propietarias del mismo. No obstante, cuando un Estado tenga la propiedad de un barco explotado por una compañía que esté matriculada en ese Estado como empresario del barco, se entenderá que el «propietario» es dicha compañía. Este concepto, aunque pueda parecer amplio es muy necesario y útil que se haya enunciado así, pues se trata de especificar y se consigue, que siempre exista un propietario al que dirigirse a pesar de los pabellones de conveniencia y matriculaciones ficticias, como son los conocidos casos de Liberia, Panamá, etc. En este mismo concepto, y a mayor abundamiento, podemos citar el siguiente concepto que indica el Convenio y que viene a ser un reforzamiento del anterior. Este es «estado de matrícula del barco» que será el Estado en que el barco esté matriculado, y, con relación a los barcos no matriculados, el Estado cuyo pabellón enarbole el barco.

«Medidas preventivas». Significa todas las medidas razonables tomadas por cualquier persona después de ocurrir un siniestro con objeto de prevenir o minimizar los daños por contaminación. Son de destacar en este concepto los términos *razonables*, de amplia y, al mismo tiempo, confusa interpretación, *minimizar*.

«Siniestro» significa todo acontecimiento o serie de acontecimientos, cuyo origen sea el mismo que cause daños por contaminación.

3.2. AMBITO DE APLICACIÓN.—A tenor del artículo II, se aplicará *exclusivamente* a:

- a) Daños por contaminación causados en el territorio, inclusive el mar territorial, de un estado contratante y,
- b) A las medidas preventivas tomadas para prevenir o minimizar sus daños.

3.3. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.—Regulada en el artículo III y siguientes, la podemos esquematizar para una mayor claridad en la exposición de la siguiente forma:

— *Persona responsable*: el propietario del barco.

- *Supuesto.*—Daños por contaminación causados por los hidrocarburos derramados o descargados desde el barco a resultas del siniestro.
- *Exención de responsabilidad.*—Cuando el propietario pruebe que los daños resultaron:
 - a) De un acto de guerra, hostilidades, guerra civil, insurrección o de un fenómeno imprevisible.
 - b) Que fue causado por acción u omisión intencionada de un tercero.
 - c) Que fue causado por negligencia u otro acto lesivo de un Gobierno u Autoridad responsable del mantenimiento de luces y otras ayudas a la navegación.
 - d) Cuando pruebe que los daños resultaron total o parcialmente por acción u omisión intencionada de otra persona, podrá ser exonerado total o parcialmente frente a esa persona.
- *Exigencia de responsabilidad.*—A) Toda reclamación que se le haga a un propietario tendrá que atenerse a las disposiciones de este Convenio, quedando a salvo, por otra parte, el derecho que ampare al propietario para interponer recurso contra terceros. B) Cuando se produzcan daños por contaminación procedente de dos o más barcos, los propietarios incurrirán en responsabilidad mancomunada y solidaria por todos los daños que no sea posible prorratar razonablemente.

3.4. DERECHO A LIMITAR LA RESPONSABILIDAD.—En el artículo V se regula este importante derecho que tiene el propietario, con respecto a *cada siniestro*, a una cuantía total de 2.000 francos por tonelada de arqueo bruto (en el párrafo 10 se establece normas específicas sobre lo que se entenderá por tal), sin que, en ningún caso exceda de 210 millones de francos (Se exceptúa el caso del siniestro que haya sido causado por falta o culpa concreta del propietario). Para beneficiarse de esta limitación el propietario tiene que constituir *un fondo*, ante el Tribunal u otra Autoridad. (Seguidamente, se analizan los pormenores de este fondo, en el sentido de cuando una persona que ya hubiese pagado los daños se puede subrogar en el mismo, casos de consignación provisional, derechos de preferencia, conversión en moneda nacional del fondo, equivalencia

con el oro y constitución de uno, varios u otras clases de fondos).

Nos encontramos pues, con el hecho importante, de que, constituido el fondo, el propietario ha limitado con ello su responsabilidad, no habiendo por tanto posibilidad de resarcimiento con otros de sus bienes y, si es el caso, se podrá ordenar la liberación de cualquier clase de embargos o fianzas que se hubiesen decretado sobre el buque.

3.5. CERTIFICADO DE GARANTÍA O SEGURO.—En el artículo VII, se regula la obligación que tienen los propietarios de barcos, matriculados en un Estado contratante, y que transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburos a granel, de suscribir *un seguro u otra garantía financiera o certificado* expedido por un fondo internacional de indemnizaciones por el importe a que asciendan los límites por su responsabilidad.

Este Certificado tendrá la forma prevista en el ANEXO del Convenio, debiendo indicarse en el mismo el nombre y puerto de matrícula del barco, nombre y lugar del establecimiento principal del propietario y del asegurador, tipo de garantía, plazo de validez, redacción en el idioma oficial del Estado que lo expida, deberá ser llevado a bordo, el Estado fijará las condiciones y validez de la expedición, etc.

3.6. RECLAMACIONES.—La acción para el resarcimiento de daños podrá ser interpuesta contra el asegurador o contra toda persona que provea la garantía financiera; el demandado podrá ampararse en los límites del artículo V, párrafo 1.º (cuantía máxima de 2.000 francos por tonelada), valerse de los mismos medios de defensa que invocase el propietario, invocar la actuación dolosa del mismo propietario pero, no podrá ampararse en un proceso entablado por el propietario contra él; ahora bien, el demandado tendrá en todo caso el derecho de exigir al propietario que concurra con él en el procedimiento.

3.7. AMBITO DE APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS ANTERIORES.

3.7.1. El Estado contratante no dará permiso para comerciar a ningún barco que enarbole su pabellón si no tiene expedido el certificado arriba mencionado.

3.7.2. Los Estados *harán lo oportuno* para que todos los barcos que entren, salgan de sus puertos, arriben o zarpen de un fondeadero o estaciones terminales en su mar territorial,

estén cubiertos por un seguro o garantía en la cuantía especificada anteriormente, cuando transporten más de 2.000 toneladas de hidrocarburo a granel.

3.7.3. No son de aplicación todos los extremos de este artículo estudiado (VII) a los barcos propiedad de un Estado Contratante que no estén cubiertos por un seguro o garantía. Pero, tendrán que llevar un Certificado en el que se indique que son propiedad del Estado y que su responsabilidad está cubierta hasta los límites del artículo V (2.000 francos por tonelada); la forma de este certificado será lo más parecida posible al indicado en el Anexo.

3.8. PRESCRIPCIÓN.—Podemos resumirla así:

3.8.1. Los derechos a la indemnización prescriben a *los tres años* si la acción no es interpuesta en dicho plazo desde que ocurrió el siniestro.

3.8.2. No obstante lo anterior, no podrá interponerse ninguna acción después de transcurridos seis años desde la fecha del siniestro que causó el daño.

3.8.3. Cuando el siniestro consista en una serie de acontecimientos el plazo de seis años se contará desde la fecha del primer acontecimiento.

3.9. JURISDICCIÓN Y TRIBUNALES.—Las demandas de indemnización sólo podrán interponerse ante los Tribunales de Estado o de los Estados contratantes donde el siniestro haya causado daños por contaminación en su territorio, inclusive el mar territorial.

En virtud de lo anterior, los Estados harán lo oportuno para que sus Tribunales gocen de la necesaria jurisdicción para conocer de tales demandas, y, una vez que se haya constituido el fondo (del artículo V.º) y éste sea consignado a un Tribunal, éste será el único competente para pronunciarse sobre las cuestiones relativas al prorrateo o distribución de dicho fondo.

Los *fallos* dictados por el Tribunal, que sean *ejecutorios* en el Estado de origen y que ya no puedan ser objeto de recurso, serán reconocidos en cualquier otro Estado Contratante, excepto si el juicio fue fraudulento o el demandado no fue notificado en plazo razonable dándole oportunidad para preparar su defensa. En consecuencia, los fallos *también serán ejecu-*

torios en todos los Estados Contratantes, una vez que se les haya notificado con las formalidades oportunas.

3.10. DISPOSICIONES GENERALES.—Es importante destacar que el Convenio no es aplicable a los Buques de Guerra, y que, a través del examen efectuado, destacan, entre otros, la constitución del fondo, la limitación de responsabilidad a la que puede acogerse el propietario, la introducción del nuevo Certificado de Garantía, y las relativas a las reclamaciones, prescripciones y fallos del Tribunal, que son similares a las que pudiera tener cualquier legislación nacional en cuestiones de derecho positivo. Como se indica al comienzo de la exposición y análisis de este Convenio, es de *Responsabilidad Civil* por daños causados por contaminación de las aguas del mar por hidrocarburos; es de *Derecho Privado*; consta de 21 artículos y un Anexo; y fue adoptado en Bruselas el 29 de noviembre de 1969, no habiendo sido todavía aceptado por España.

4. CONVENIO INTERNACIONAL PARA LA CONSTITUCION DE UN FONDO INTERNACIONAL DE INDEMNIZACION DE DAÑOS CAUSADOS POR CONTAMINACION DE HIDROCARBUROS. BRUSELAS 1971

4.1. OBJETO.—Como el propio nombre del Convenio indica el objeto y fin del mismo es asegurar una compensación adecuada a aquellas personas que sufren daños como consecuencia de contaminación resultante de la descarga o fuga de petróleo procedente de barcos.

A primera vista parece que este objetivo se cubre con el Convenio, ya examinado, de 29 de noviembre de 1969, de Responsabilidad Civil, pero este Convenio que vamos a estudiar va, en cierto modo, más lejos que aquél, toda vez que se estima que los daños resultantes no deben recaer exclusivamente sobre la industria naviera sino que deben de ser compartidos por los interesados en la carga.

4.2. CONCEPTOS.—No hay nada importante que destacar en este apartado, pues los conceptos de «hidrocarburos», «daños por contaminación», «descarga», etc., ya se han expuesto

con anterioridad. Lo importante es la constitución de un «FONDO DE COMPENSACION DE CONTAMINACIÓN POR PETRÓLEO INTERNACIONAL» que estudiaremos seguidamente.

4.3. «FONDO DE COMPENSACIÓN».—Antes de entrar en un análisis no debemos olvidar que este Fondo es un complemento del Convenio de Responsabilidad Civil de 1969.

4.3.1. *Casos en que deberá pagar Compensaciones el Fondo.*

- a) Si la responsabilidad no está cubierta por el Convenio de Responsabilidad Civil.
- b) Si el propietario es incapaz de afrontar en su totalidad las obligaciones.
- c) Si los daños exceden de la responsabilidad del propietario.

4.3.2. *Casos en que no deberá pagar Compensaciones el Fondo.*

- a) Si el daño es resultante de acto de guerra, hostilidades o causado por un barco utilizado en servicios no comerciales.
- b) Si el reclamante no puede probar que el daño fue como resultado de un incidente en el cual estuvieron implicados uno o más barcos.
- c) Cuando el propio Fondo determine que el daño es resultado en su totalidad o en parte de un acto personal u omisión hecho con intento de originar el daño por la persona dañada.

4.3.3. *Cuantía.*—Como máximo no podrá exceder, la cantidad a pagar por el Fondo, de 450 millones de francos.

4.3.4. *Indemnizaciones.*—Destacamos como más interesante lo siguiente: el Fondo podrá indemnizar al propietario y a un fiador en las proporciones acordadas bajo la Convención de Responsabilidad Civil; el Fondo puede asumir las obligaciones de un fiador pero tendrá derecho a recuperar del propietario la cantidad de la cual el Fondo hubiere sido exonerado.

El Fondo está exonerado en determinados supuestos, si el incidente fue originado por incumplimiento de normas internacionales, si no se han cumplido una serie de preceptos le-

gales, etc., y finalmente, en este capítulo de Compensaciones e Indemnizaciones se establecen una serie de plazos de prescripción para su exigencia.

4.3.5. *Tribunales.*—Las reclamaciones deberán ser llevadas a los Tribunales de la Parte Contratante, que deberán de tener jurisdicción a tales efectos, y sus fallos serán obligatorios en los otros Estados Contratantes.

4.4. *CONTRIBUCIÓN AL FONDO.*—Están reglados en los artículos 1.º y siguientes, y son muy detallados, con variedad de supuestos. Las contribuciones serán iniciales y anuales, guardan proporción con el número de toneladas de petróleo recibidas en un puerto siempre que superen las 150.000 toneladas anuales; las formas de pago también varían en cuanto a sus plazos, las contribuciones atrasadas devengarán intereses, etc.

4.5. *ORGANIZACIÓN DEL FONDO.*—Tendrá una Asamblea, una Secretaría dirigida por un Director y un Comité Ejecutivo. A partir del artículo 16, se regula la forma de composiciones de cada uno de estos Organismos, votaciones, elecciones de miembros, renovaciones, etc., para, por último, establecer en el artículo 34, y lo destacamos por su importancia, que el Fondo, sus bienes, ingresos, incluso contribuciones y otras propiedades, gozarán en todos los Estados Contratantes de *exención de impuestos directos*. Este apartado de exenciones también es regulado con detalle en dicho artículo.

4.6. *DISPOSICIONES GENERALES.*—Reguladas a partir del artículo 37, contienen lo ya dicho en anteriores Convenios, con la salvedad de que para su entrada en vigor se requiere que haya sido aceptado, ratificado o aprobado por un mínimo de *ocho estados* y el consumo de petróleo recibido al año precedente del calendario haya sido de 750 millones de toneladas.

Como comentario final, es de destacar que está íntimamente ligado al Convenio de 1969 de Responsabilidad Civil, que introduce los Conceptos de Compensación e Indemnización y que regula muy detalladamente toda la constitución y funcionamiento del Fondo.

Consta de 48 artículos, fue adoptado en Bruselas el día 18 de diciembre de mil novecientos setenta y uno, y todavía no está en vigor.

5. CONVENIO SOBRE LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN DEL MAR POR VERTIMIENTO DE DESECHOS Y OTRAS MATERIAS. LONDRES (octubre 1972)

5.1. OBJETO.—Después de haber analizado los Convenios relativos a la contaminación del mar por hidrocarburos (en sus vertientes de derrames, descargas y siniestros) entramos en el estudio del primer Convenio relativo a la contaminación por vertidos, esto es, una de las más importantes fuentes contaminadoras.

El Convenio expone una serie de principios generales destacando el problema general de la contaminación que, hasta ahora, no lo había efectuado ningún otro Convenio. Tales son, que el medio marino y sus organismos vivos son de vital importancia para la Humanidad; que la capacidad del mar para asimilar desechos no es ilimitada, que los Estados deben utilizar los mejores medios posibles para impedir la contaminación y elaborar productos y procedimientos que disminuyan la cantidad de desechos nocivos que deban de ser evacuados, control de las fuentes de contaminación (atmósfera, ríos, estuarios, cloacas y tuberías), y, por último, que se tomen medidas eficaces, individuales o colectivas, para evitar la contaminación del mar por vertimiento (Artículos I.º y II.º).

5.2. CONCEPTO.—Indudablemente, el concepto más importante es el de *vertimiento*; por éste se entiende toda evacuación *deliberada* en el mar de desechos efectuado desde buques, aeronaves, plataformas y otras construcciones en el mar, y todo hundimiento deliberado en el mar de los elementos anteriores.

Según lo expuesto, el factor determinante es que sea deliberado y las formas son dos: evacuación o hundimiento.

No se incluyen como vertimientos, las operaciones normales de desechos de los buques o aeronaves, excepto los desechos o materias transportadas que operen con el propósito de eliminar dichas materias, y la colocación de materias para un fin distinto de su mera evacuación. También se excluye la evacuación de desechos o materias derivadas de la explora-

ción, explotación y tratamiento afines, fuera de la costa, de las reservas minerales de los fondos marinos.

Como otros conceptos nuevos introducidos por este Convenio podemos destacar el de «mar» que son todas las aguas marina que no sean las interiores de un Estado, y el de «desechos u otras materias» que son los materiales o sustancias de cualquier clase, forma o naturaleza.

5.3. PROHIBICIONES.—(Artículo IV.º).

5.3.1. El principio, de carácter general es que se prohíbe el vertimiento de cualesquiera desechos u otras materias en cualquier forma o condición.

5.3.2. Las excepciones al principio anterior son las siguientes:

- a) *Se prohíbe* el vertimiento de los desechos u otras materias enumeradas en el Anexo I.º
- b) *Se requiere permiso especial previo* para los desechos y materias enumeradas en el Anexo II.º.
- c) *Se requiere permiso general previo* para el vertimiento de todos los demás desechos o materias.
- d) En los casos en que se den estos permisos se concederán teniendo en cuenta los *factores* que se detallan en el Anexo III.º

(NOTA: al final del análisis del presente Convenio se transcriben los Anexos I.º, II.º, III.º, toda vez que son de gran importancia).

5.4. PERMISOS.—Como se indica en el apartado anterior, las excepciones que se lleven a efecto serán por medio de Permisos. Se hace pues necesario estudiar la forma y circunstancias en que éstos se podrán conceder, por lo que vamos a analizarlos seguidamente:

5.4.1. Todas las disposiciones del artículo IV.º no se aplicarán cuando sea necesario:

- a) Salvaguardar la seguridad de la vida humana o de buques, aeronaves u otras construcciones en el mar.
- b) Fuerza mayor.
- c) Que en cualquiera de los casos anteriores el vertimiento sea el único medio para evitar la amenaza y que los

daños que se puedan causar sean menores que los que se producirían de otro modo.

- d) Que se ponga en conocimiento de la Organización. Es decir, en este apartado vemos que se estudia la *excepción general* y los requisitos que tiene que contener.

5.4.2. Se puede conceder un *permiso especial* como excepción el apartado a) del artículo IV en casos de emergencia que provoquen *riesgos inaceptables* para la salud humana y en los que *no quepa otra solución factible*.

5.4.3. Las Partes Contratantes designarán una *Autoridad* o Autoridades para expedir permisos especiales, permisos generales, llevar registros de vertidos (lugar, fecha y método de vertimiento) y vigilar y controlar las condiciones de los mares para los fines del Convenio.

5.5. **AMBITO DE APLICACIÓN.**—El Convenio se aplicará a los buques y aeronaves matriculados en el territorio que lleven el pabellón de una Parte Contratante; a los buques o aeronaves que cargen en su territorio o en sus aguas territoriales materias destinadas a ser vertidas y a los buques, aeronaves y plataformas (fijas o flotantes) bajo su jurisdicción que se dedican a operaciones de vertimiento.

No están sujetos a las disposiciones del Convenio los buques y aeronaves que gocen de inmunidad soberana con arreglo al Convenio al derecho de cada parte para adoptar medidas, conforme a los Principios del Derecho Internacional, para impedir vertimientos en el mar.

5.6. **RECOMENDACIONES**—Damos este término a una serie de artículos del Convenio donde más que preceptos taxativos, se establecen una serie de principios orientativos para los Estados Contratantes al objeto de cumplir los fines del Convenio. Entre ellas, podemos destacar las siguientes; concertar acuerdos en el plano regional, obrar conforme a los objetivos y disposiciones de los acuerdos regionales que la Organización les notifique, elaborar procedimientos armonizados que deban de ser observados por las Partes Contratantes de los diversos convenios en cuestión, cooperación en la esfera de la vigilancia, control e investigación científica (capacitación del personal científico, suministro de equipo e instalaciones, evacuación y tratamiento de desechos, etc.)

5.7. DISPOSICIONES GENERALES.—Podemos hacer tres subdivisiones dentro de este capítulo.

5.7.1. En el Artículo XIII.º, se establece que nada de lo dispuesto prejuzgará la codificación y desarrollo del Derecho del Mar por la Conferencia de las Naciones Unidas, por lo que las Partes acordaron reunirse después de que se celebre dicha Conferencia.

5.7.2. Después de la entrada en vigor de este Convenio se convocará una reunión (antes de 3 meses) para tratar asuntos de organización y creación de una Secretaría, con determinadas funciones.

5.7.3. Por último, se establecen normas para efectuar enmiendas, normas en las que éstas se basarán, forma, ratificación, etc.

COMENTARIO FINAL.—El presente Convenio marca un capítulo importante en materia de contaminación, en su forma de *vertidos* ya que es la primera vez que se regulan éstos. Los capítulos más destacables, por su importancia, son los de prohibiciones y permisos, especialmente estos últimos; la lista de materias contenidas en los Anexos es bastante completa y, por ello las reproducimos. El Convenio está hecho en un momento difícil por la posible interferencia con la Conferencia del Derecho del Mar de las Naciones Unidas que se está preparando, y en la que se abordará esta materia por figurar ya la contaminación marina, en sus más variadas formas, en la lista de temas a tratar.

El Convenio consta de veintidós artículos, tres anexos, y fue adoptado en Londres, el veintinueve de diciembre de 1972. Recientemente ha sido ratificado por España pues entró en vigor el día 7 de abril de 1974.

ANEXO I

1. Compuestos orgánicos halogenados.
2. Mercurio y compuestos de mercurio.
3. Cadmio y compuestos de cadmio.
4. Plásticos persistentes y demás materiales sintéticos persistentes tales como redes y cabos, que puedan flotar o quedar en suspensión en el mar de modo que puedan obstaculizar materialmente la pesca, la navegación u otras utilidades legítimas del mar.
5. Petróleo crudo, fuel-oil, aceite pesado diesel, y aceites lubricantes, fluidos hidráulicos, y mezclas que contengan esos hidrocarburos, cargados con el fin de ser vertidos.
6. Desechos u otras materias de alto nivel radiactivo que por razones de salud pública, biológicas o de otro tipo hayan sido definidos por el órgano internacional competente en esta esfera, actualmente el Organismo Internacional de Energía Atómica, como inapropiados para ser vertidos en el mar.
7. Materiales de cualquier forma (por ej., sólidos, líquidos, semi-líquidos, gaseosos o vivientes) producidos para la guerra química y biológica.
8. Los párrafos precedentes del presente Anexo no se aplicarán a sustancias que se transformen rápidamente en el mar en sustancias inocuas mediante procesos físicos, químicos, o biológicos, siempre que:
 - i. no den mal sabor a la carne de los organismos marinos comestibles, o
 - ii. no pongan en peligro la salud del hombre o de los animales domésticos.

Si existiese alguna duda sobre si una sustancia es inocua, la Parte deberá seguir el procedimiento consultivo dispuesto en el Artículo XIV.º

9. El presente Anexo no se aplicará a desechos u otros materiales (tales como lagos de aguas residuales y escombros de dragados) que contengan como vestigios de contaminantes, las materias a que se hace referencia en los apartados 1-5 del presente Anexo. Estos desechos estarán sujetos a las disposiciones de los Anexos II.º y III.º según proceda.

ANEXO II

Las siguientes sustancias y materiales que requieren especial atención se enumeran para los efectos del inciso a) del apartado I.º del Artículo VI.º

A. Desechos que contengan cantidades considerables de las materias siguientes:

- arsénico
 - plomo
 - cobre
 - zinc
- } y sus compuestos.
- compuestos orgánicos de silicio
 - cianuros
 - fluoruros
 - pesticidas y sus subproductos no incluidos en el Anexo I.º

B. Al conceder permiso para el vertimiento de grandes cantidades de ácidos y álcalis, se tendrá en cuenta la posible presencia en esos desechos de las sustancias enumeradas en el apartado A y de las sustancias adicionales siguientes:

- berilio
 - cromo
 - níquel
 - vanadio
- } y sus compuestos.

C. Los contenedores, chatarra y otros desechos volumino-

que puedan hundirse hasta el fondo del mar y obstaculizar seriamente la pesca o la navegación.

D. Los desechos radiactivos u otras materias radioactivas no incluidos en el Anexo I.° En la expedición de permisos para el vertimiento de estas materias, las Partes Contratantes deberán tener debidamente en cuenta las recomendaciones del órgano internacional competente en esta esfera, en la actualidad el Organismo Internacional de Energía Atómica.

ANEXO III

Entre los factores que deberán examinarse al establecer criterios que rijan la concesión de permisos para el vertimiento de materias en el mar, teniendo en cuenta el apartado 2 del Artículo IV, deberán figurar los siguientes:

- A. *Características y composición de la materia.*
 1. Cantidad total y composición media de la materia vertida (por ej., por año).
 2. Forma, por ej., sólida, lodosa, líquida o gaseosa.
 3. Propiedades: físicas (por ej., solubilidad y densidad), químicas y bioquímicas (por ej., demanda de oxígeno, nutrientes) y biológica (por ej., presencia de virus, bacterias, levaduras, parásitos).
 4. Toxicidad.
 5. Persistencia: física, química y biológica.
 6. Acumulación y biotransformación en materiales biológicos o sedimentos.
 7. Susceptibilidad a los cambios físicos, químicos y bioquímicos e interacción en el medio acuático con otros materiales orgánicos o inorgánicos disueltos.
 8. Probabilidad de que se produzcan contaminaciones u otros cambios que reduzcan la posibilidad de comercialización de los recursos (pescados, moluscos, etc.).

B. Características del lugar de vertimiento y método de depósito.

1. Situación (por ej., coordenadas de la zona de vertimiento, profundidad y distancia de la costa), situación respecto a otras zonas (por ej., zonas de esparcimiento, de desovo, de criaderos y de pesca y recursos explotables).
2. Tasa de eliminación por período específico (por ej., cantidad por día, por semana, por mes).
3. Métodos de envasado y contención, si los hubiere.
4. Dilución inicial lograda por el método de descarga propuesto.
5. Características de la dispersión (por ej., efectos de las corrientes, mareas y vientos sobre el desplazamiento horizontal y la mezcla vertical).
6. Características del agua (por ej., temperatura, pH, salinidad, estratificación, índices de oxígeno de la contaminación —Oxígeno Disuelto (OD), Demanda Química de Oxígeno (DQO) y Demanda Bioquímica de Oxígeno (DBQO)—, nitrógeno presente en forma orgánica y mineral incluyendo amoníaco, materias en suspensión, otros nutrientes y productividad).
7. Características de los fondos (por ej., topografía, características geoquímicas y geológicas y productividad biológica).
8. Existencia y efectos de otros vertimientos que se hayan efectuado en la zona de vertimiento (por ej., antecedentes sobre contenido de metales pesados y contenido de carbono orgánico).
9. Al expedir un permiso para efectuar una operación de vertimiento las Partes Contratantes deberán considerar si existe una base científica adecuada, para determinar, como se expone en el presente Anexo, las consecuencias de tal vertimiento teniendo en cuenta las variaciones estacionales.

C. Consideraciones y condiciones generales.

1. Posibles efectos sobre los esparcimientos (por ej., presencia de material flotante o varado, turbidez, malos olores, decoloración y espumas).

2. Posibles efectos sobre la vida marina, piscicultura y y conculicultura, reservas de especies marinas y pesquerías, y recolección y cultivo de algas marinas.
3. Posibles efectos sobre otras utilizaciones del mar, (por ej., menoscabo de la calidad del agua para usos industriales, corrosión submarina de las estructuras, entorpecimiento de las operaciones de buques por la presencia de materias flotantes, entorpecimiento de la pesca o de la navegación por el depósito de desechos u objetos sólidos en el fondo del mar y protección de zonas de especial importancia para fines científicos o de conservación).
4. Disponibilidad práctica de métodos alternativos de tratamiento, evacuación o eliminación situados en tierra, o de tratamiento para convertir la materia en sustancias menos nocivas para su vertimiento en el mar.

6. CONVENIO PARA LA PREVENCIÓN DE LA CONTAMINACIÓN MARINA PROVOCADA POR VERTIDO DESDE BUQUES Y AERONAVES. OSLO 1971

6.1. OBJETO Y CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES.—Aun cuando este Convenio es anterior al de Londres de 1972, en nuestra exposición lo examinamos posteriormente por dos motivos, uno, en razón a la exposición temática que establecemos en el Cuadro de Convenios y otro, en razón a que es un Convenio Regional y, en consecuencia, no tiene el carácter general del Convenio de Londres.

Sin embargo, es el primer Convenio que se hizo sobre «vertidos» y sirvió de base al de Londres, por lo que la mayoría de términos y conceptos fueron recogidos por éste, no procediendo, por tanto, examinarlo nuevamente.

En consecuencia, analizaremos solamente aquello que el Convenio de Londres no ha recogido, entre otras razones por lo ya indicado, de ser términos propios de un Convenio Regional .

6.2. AMBITO DE APLICACIÓN.—El presente Convenio se aplica al alta mar y al mar territorial situados:

- a) Dentro de aquellas partes de los Océanos Atlántico y Artico y de sus respectivos mares tributarios que se hallan al Norte del 36° de Latitud Norte y entre los 42° de Longitud Oeste y 51° Este pero, con exclusión:
 - a') del mar Báltico y de los Belts, al Sur y al Este de unas líneas trazadas del Cabo Hazenere a la punta Kniben, de Korshag a Spodsbierg y del cabo Gilbiereg a Kullen, y
 - a'') del mar Mediterráneo y sus aguas tributarias, hasta el punto de intersección del paralelo 36° de Latitud Norte y del meridiano 5° 36' de Longitud Oeste.
- b) Dentro de aquella parte del Océano Atlántico situado al norte del 59° de Latitud Norte y entre los 44° de Longitud Oeste y 42° de Longitud Este.

6.3. EXAMEN DE SU CONTENIDO EN RELACIÓN CON EL CONVENIO DE LONDRES.

6.3.1. En su exposición de motivos incluye una frase importante que, parece ser, fue olvidada en el de Londres. Esta es «Obstaculizar otros usos legítimos de los mares».

6.3.2. Se crea una *Comisión*, compuesta por representantes de las Partes Contratantes, que se reúne periódicamente y que tiene como misiones supervisar el Convenio, recibir y examinar los datos sobre permisos, revisar de forma general el estado de los mares, reexaminar el contenido de los Anexos y ejercer aquellas funciones que le fueren encomendadas.

6.3.3 Los permisos para vertidos tiene una regulación menos detallada que en el de Londres, pero, en líneas generales, están sujetos a los mismos requisitos en cuanto a casos de emergencia, consulta a los otros Estados y puesta en conocimiento de la Comisión.

6.3.4. En relación a los 3 Anexos que contiene en el *Anexo I* se incluye una lista de materias que no pueden ser vertidas, destacando, como no recogido en Londres, la de aquellas sustancias que las Partes Contratantes hayan acordado que son susceptibles de producir *efectos cancerígenos* dadas las condiciones de su evacuación.

En el *Anexo II* destaca el que los vertidos que se realicen deberán serlo en aguas profundas, cuya profundidad no sea inferior a 2.000 metros y la distancia a las costas más cercanas no sea inferior a 150 millas marinas.

En el *Anexo III*, relativo a las disposiciones que rigen para la concesión de permisos y aprobaciones para vertidos de desechos, no tiene características que destaquen sobre las del Convenio de Londres.

El Convenio consta de 27 artículos, con 3 Anexos, fue adoptado en Oslo el 12 de octubre de 1971, y todavía no está en vigor.

7. ACUERDO RELATIVO A LA COOPERACION EN MATERIAS DE LUCHA CONTRA LA CONTAMINACION DE LAS AGUAS DEL MEDITERRANEO POR HIDROCARBUROS. NEUILLY (FRANCIA) 1972

7.1. OBJETO Y CARACTERÍSTICAS.—Como se indica en el título no se trata de un Convenio sino de un Acuerdo, o mejor dicho, de un proyecto de Acuerdo.

Es de *ámbito regional*, se refiere a los hidrocarburos como fuente de contaminación, y su finalidad es la *cooperación*, entre los Estados en relación al tema indicado.

7.2. AMBITO DE APLICACIÓN.—El Acuerdo se extiende a las zonas que se adjuntan en plano al final de este Acuerdo con explicación de la zona, responsabilidad y límites de cada Estado. Estas Subdivisiones no podrán ser nunca invocadas como precedente o argumento en materia de soberanía, de jurisdicción o de derechos de explotación económica. Estas zonas estarán situadas bajo la responsabilidad común de dos o más países. (A España la corresponden las zonas 1, 2 y 3).

Por lo que se refiere al ámbito, desde el punto de vista de finalidad, tiene aplicación cuando la presencia o amenaza de hidrocarburos que contaminen las aguas en las zonas antes indicadas, constituya un peligro grave e inminente para la costa o los intereses conexos de una o más Partes Contratantes. (la expresión «intereses conexos» ya ha sido examinada en anteriores Convenios).

7.3. COOPERACIÓN.—Siento éste casi el objetivo primordial de este Acuerdo, analizamos seguidamente la forma en que éste se llevará a efecto.

7.3.1. Los Estados se facilitarán información relativa a su Organización Nacional competente en materia de lucha contra la contaminación por hidrocarburos.

7.3.2. Se invitará a los capitanes de los buques de los Estados Contratantes para que informen sobre los accidentes que causen o puedan causar por contaminación por hidrocarburos; sobre la presencia, naturaleza y extensión de las capas de hidrocarburos que floten en el mar y aquellos que puedan causar una amenaza grave para la costa o los intereses conexos.

7.3.3. Cuando sobrevenga alguna de las situaciones previstas, las Partes harán las *evaluaciones* sobre la naturaleza, importancia, tipo, cantidad, dirección y velocidad del movimiento de las capas; informando de todo ello a través de sus autoridades competentes, y si tiene necesidad de asistencia técnica solicitará la ayuda correspondiente. Cuando se tome una acción concreta se notificará a los demás contratantes.

RESUMEN FINAL.—El Acuerdo es de tipo Regional encaminado a PREVENIR la contaminación por hidrocarburos en el mar Mediterráneo; consta de 9 artículos con los *anexos* de mapas y zonas bajo la responsabilidad de cada país; fue adoptado en París el 22 de junio de 1972 y está en estudio, debido principalmente a razones políticas, siendo la principal de ellas, la pretensión de Inglaterra de figurar como país Mediterráneo debido a Gibraltar (No hacemos comentario a este respecto pues huelga cualquier argumentación más sobre dicha pretensión, dada la legítima, y justificada siempre, posición de nuestro país).

8. CONVENIO PARA LA PREVENCION DE LA CONTAMINACION MARINA PROVOCADA POR VERTIDO DESDE BUQUES Y AERONAVES. ROMA 1972

8.1. OBJETO Y CARACTERÍSTICAS.—En lo sustantivo, este Convenio tiene su precedente en la Conferencia de Oslo, y en lo geográfico, en la reunión de París. Es, por tanto, un convenio para *prevenir* la contaminación por vertidos y es de ámbi-

to regional (Mediterráneo). Por las razones políticas expuestas en el anterior Acuerdo de París (presencia de países no ribereños) este Convenio quedó aplazado.

8.2. ESTUDIO DE SU ARTICULADO.—El Convenio trata de muchos temas que, por haber sido aprobados ya en Oslo, no los reproducimos. Ahora bien, el espíritu del mismo es débil toda vez que los países altamente industrializados como Francia e Italia deseaban que así fuese, y no un Convenio tajante y enérgico que pudiese perjudicar a sus industrias.

Existe una cláusula, llamada «holandesa», en virtud de la cual se permite el vertido de desechos cuando éstos no pueden ser eliminados en tierra sin provocar riesgos o daños inaceptables.

Se ha introducido, y ello ha sido muy conveniente, la cláusula que prevee la *auto-protección* de los Estados conforme a los principios del Derecho Internacional.

También se incluye, aunque no plenamente, el principio de que los Estados reconocen su *responsabilidad* en casos de daños producidos por la contaminación imputables a ellos mismos o a sus nacionales.

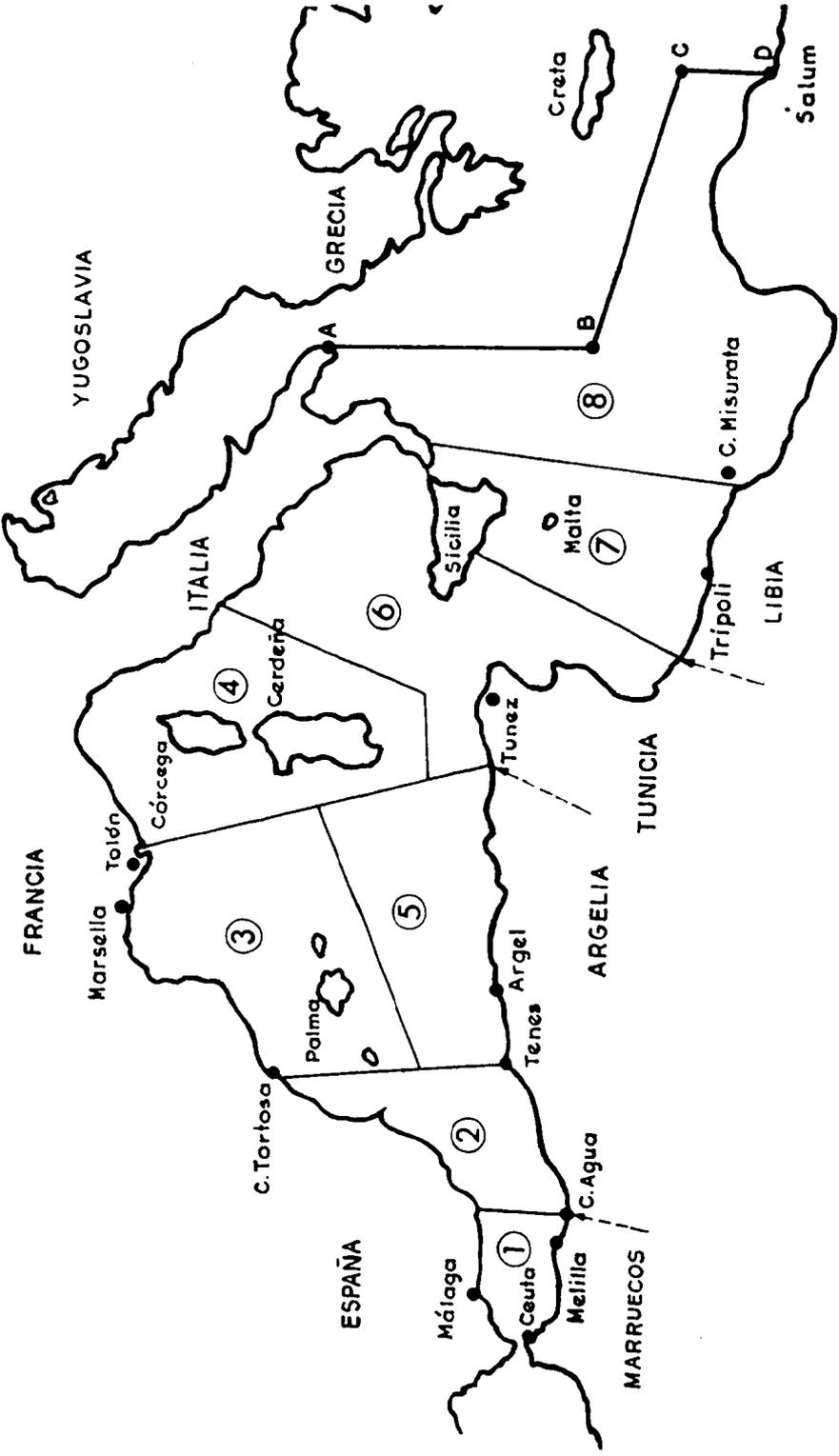
Por último, en la «lista negra» enumerada en el Anexo I no se incluyen, como hubiese sido de desear, los productos petrolíferos, radiactivos y agentes de guerra química y bacteriológica.

Como *Comentario Final* podemos señalar que este Convenio puede constituir un paso importante cuando, desapareciendo las razones políticas, se vuelvan a discutir sus artículos profundizando más en alguno de los mismos, y ampliando la lista de materias de los Anexos. El Convenio consta de 26 artículos con 3 Anexos, cuyo contenido es análogo a los ya estudiados en anteriores Convenios.

Fue redactado en Roma el día 12 de julio de 1972.

<i>Zona</i>	<i>Responsabilidad</i>	<i>Límites</i>
1	España Marruecos	Al Oeste, meridiano 05° 36' W. Al Este, meridiano 02° 14' W (que pasa por la frontera entre Argelia y Marruecos).
2	España Argelia	Al Oeste, meridiano 02° 14' W. Al Este, la línea que pasa por los puntos: 40° 42' N - 00° 54' E (cabo Tortosa) y 36° 32' - 01° 21' (Tenes).
3	España Francia	Al Oeste, la línea que pasa por los puntos: 40° 42' N - 00° 54' E (cabo Tortosa) y 38° 00' N - 01° 12' E. Al Sur, la línea que une los puntos: 38° 00' N - 01° 12' E y 40° 00' N - 07° 24' E. Al Este, la línea que une los puntos 40° 00' N - 07° 24' E y 43° 00' N - 06° - 10' E (Toulon).
4	Francia Italia Mónaco	Al Oeste, la línea que uno los puntos: 43° 00' N - 06° 10' E (Toulon) y 38° 00' N - 00° 14' E. Al Sur, la línea que une los puntos: 38° 00' N - 08° 14' E y 38° 00' N - 10° 00' E. Al Este, la línea que une los puntos: 38° 00' N - 10° 00' E y 42° 07' N - 11° 48' E (Civita Veschia).
5	Francia	Al Oeste, la línea que une los puntos: 36° 32' N - 01° 21' E (Tenes) y 38° 00' N - 01° 12' E.

<i>Zona</i>	<i>Responsabilidad</i>	<i>Límites</i>
	Argelia	Al Norte, la línea que une los puntos: 38° 00' N - 01° 12' E y 40° 00' N 07° 24' E:
	España	Al Este, la línea que une los puntos: 40° 00' N - 07° 24' E y 36° 56' N - 08° 36' E (frontera entre Argelia y Túnez).
6	Italia	Al Oeste, la línea quebrada que pasa por los puntos: 36° 56' N - 08° 36' E (frontera entre Argelia y Túnez). 38° 00' N - 08° 14' E 38° 00' N - 10° 00' E y 42° 07' N - 11° 48' E.
	Túnez	Al Este, por la línea que une los puntos 33° 09' N - 11° 32' E (frontera entre Túnez y Libia) y 37° 18' N - 13° 32' E (Agrigente). Al Norte por el Estrecho de Mesina.
7	Italia	Al Oeste, la línea que une los puntos: 33° 09' N - 11° 32' E (frontera entre Túnez y Libia).
	Libia	Al Norte, el Estrecho de Mesina.
	Malta	Al Este, la línea que une los puntos: 37° 56' N - 16° 05' E y 32° 22' N - 15° 10' E (cabo Misurata).
8	Italia	Al Oeste, la línea que une los puntos: 37° 56' N - 16° 05' E y 32° 22' N 15° 10' E.
	Libia	Al Este, que pasa por los puntos: A) 40° 00' N - 18° 27' E; B) 35° 00' N 18° 27' E; C) 33° 30' N - 25° 09' E; D) 31° 30' N - 25° 09' E.



9. CONVENCION SOBRE ALTA MAR. GINEBRA 1958

Hemos dejado para el final el estudio de esta Convención, no siguiendo el orden cronológico establecido ni tampoco se ha incluido en el Cuadro Esquema por la razón de que es una Convención que, a diferencia de las otras que se refieren exclusivamente a contaminación, trata del régimen de Alta Mar y sólo se refiere a nuestro tema en dos artículos, los cuales son los siguientes:

Artículo 24.—Todo Estado está obligado a dictar disposiciones para evitar la contaminación de las aguas por los hidrocarburos vertidos de los buques, desprendidos de las tuberías submarinas o producidos por la explotación y explotación del suelo y del subsuelo submarinos, teniendo en cuenta las disposiciones de los convenios existentes en la materia.

Artículo 25.—1. Todo Estado está obligado a tomar medidas para evitar la contaminación del mar debida a la inmersión de desperdicios radiactivos, teniendo en cuenta las normas y reglamentaciones que puedan dictar los organismos internacionales competentes.

2.—Todos los Estados están obligados a colaborar con los organismos internacionales competentes en la adopción de medidas para evitar la contaminación del mar y del espacio aéreo suprayacente resultante de cualesquiera actividades realizadas con sustancias radiactivas o con otros agentes nocivos.

Fue ratificado por España el 27 de diciembre de 1971, (B. O. del Estado núm. 309).

10. TRABAJOS DE LA I.M.C.O. Y DEL COMITE MARITIMO INTERNACIONAL

A instancias del Gobierno británico el Consejo de la Organización Consultiva Intergubernamental de la Navegación Marítima, conocido por sus siglas inglesas I.M.C.O., celebró dos sesiones de estudio en Londres los días 4 y 5 de mayo de 1967 creando varias comisiones encargadas de examinar, entre otras, las siguientes cuestiones:

1. El establecimiento para todos los barcos que transporten petróleo u otras cargas nocivas y peligrosas, de rutas o vías marítimas delimitadas, debiendo asimismo examinar el problema de la prohibición eventual de la travesía de grandes barcos de este tipo en ciertas zonas.

2.—La elaboración de un conjunto de medidas de seguridad, referidas singularmente a la orientación de los barcos por las instalaciones de radio sitas en tierra, así como a la limitación de la velocidad en las rutas marítimas más frecuentadas; el control de los instrumentos de navegación, la mejora de la formación profesional de las tripulaciones y la utilización de los pilotos automáticos.

3.—El examen urgente de aquellos medios que permitan una estrecha cooperación entre los Estados a fin de evitar en el más breve plazo la contaminación por el petróleo y otras materias nocivas, con la puesta a punto, inclusive, de patrullas encargadas de medir la amplitud de la «marea negra» tanto en las aguas como en las costas.

4.—El estudio de la responsabilidad civil en caso de catástrofe, definiéndose las condiciones por las cuales un Estado cuyas costas son amenazadas por la contaminación puede proteger su litoral y sus puertos, incluso si tales medidas son aplicables fuera de sus aguas judisccionales pero afectan al interés de sus armadores, sus Compañías de salvamento y seguros.

A mayor abundamiento el Consejo solicitó la institución de un seguro de responsabilidad destinado a cubrir, en caso de necesidad, el montante de los daños causados a los Gobiernos y particulares por la contaminación de los mares.

El 26 de mayo de 1967 el COMITÉ MARÍTIMO INTERNACIONAL resolvió nombrar un Subcomité para estudiar el problema de la responsabilidad suscitado por el Torrey Canyon y para trabajar en cooperación con la IMCO.

Por su parte el Comité de la IMCO solicitó la cooperación del CMI para el estudio conjunto de estas materias: «Todas las cuestiones que se refieran a la naturaleza, absoluta o no, a la extensión o al montante de la responsabilidad, conjunta o individual, del propietario o del explorador de un navío o del propietario de la carga por los daños sufridos por terceros del hecho de un accidente sobrevenido al navío en el curso

del cual son vertidos hidrocarburos persistentes u otras materias nocivas o peligrosas; y, en particular la oportunidad de las siguientes medidas:

- a) Hacer obligatoria un cierta forma de seguro de responsabilidad.
- b) Hacer de suerte que los Gobiernos y personas perjudicadas puedan ser indemnizadas de los daños causados por el accidente así como de los gastos contraídos para luchar contra la polución y limpiar los bienes contaminados.

Los días 25 y 26 de septiembre de 1967 se reunió en Londres el grupo de trabajo de la IMCO y CMI. Dos aspectos llamaron más la atención de los Gobiernos:

- a) La extensión considerable de los daños que pueden ser causados.
- b) El principio del recobro de los gastos realizados por los Gobiernos con ocasión de las medidas protectoras. Aunque no se tomó entonces ninguna decisión se emitió la opinión de que el Derecho Marítimo en vigor no era suficiente por estar basado en la responsabilidad sobre la noción de culpa, y el límite establecido muy bajo. También se consideró la posibilidad de instituir un seguro obligatorio. Algunos se mostraron partidarios de dejar a los Gobiernos el cuidado de indemnizar a los perjudicados con los fondos de unas tasas sobre los petroleros.

El Grupo estimó que era preciso resolver dos cuestiones previas: a) ¿Ha lugar a modificar el Derecho existente? b) Caso afirmativo ¿cómo habría de procederse?

Si se estima que se impone un cambio bajo la forma de una nueva Convención marítima, la elaboración de este instrumento debe hacerse en dos etapas. El grupo ha enunciado cinco cuestiones de principio que deberán ser examinadas en el curso de la primera etapa: Son:

1. Alcance de la Convención
 - a) geográfico
 - b) tipos de daños
2. Naturaleza de la responsabilidad, objetiva o basada en en culpa.

3. Limitación de la responsabilidad.
4. Jurisdicción.
5. Recobro de las medidas de protección.

La Comisión presidida por Lord Devlin publicó primero un rapport preliminar y luego una encuesta con las preguntas sobre las dos cuestiones previas y las seis de principio acompañadas de unas magníficas observaciones. Se mandó esta encuesta a todas las Asociaciones de Derecho Marítimo nacionales dependientes del C.M.I. Y estas Asociaciones, que ya habían formado sus Comisiones a este respecto están en estos momentos estudiando las mismas.

Partiendo del presupuesto de que hay que modificar el Derecho existente, tomando nuevas medidas, se contemplan dos posiciones: a) Conferir a los Gobiernos el cuidado de indemnizar a los perjudicados con los fondos provenientes de tasas sobre el petróleo; y b) modificando o adaptando las reglas marítimas en vigor.

La primera solución se funda en el argumento de que el coste de las indemnizaciones por daños repercutirá siempre, en definitiva, sobre el precio del artículo, y que cualquiera que sea el sistema adoptado será de hecho soportado por el consumidor. Presenta las siguientes ventajas: 1.—No tropieza con ninguna demora para su ejecución y en la medida en que todos los Estados imponen tasas habitualmente a los productos petrolíferos no exigiría la adopción de nuevas disposiciones; 2).—No entrañaría la refundición de la legislación en vigor sobre la responsabilidad de daños causados por la carga; 3).—Se dispondrían siempre de los fondos necesarios para la reparación de los daños debidos a los hidrocarburos tanto si el buque culpable es hallado o no. 4).—Los Gobiernos estarían más inclinados para perseguir a los navíos culpables en la medida en que tengan un derecho de recobro contra los mismos.

Por contra presenta los siguientes inconvenientes: 1.—Los Gobiernos repugnan crear un precedente aceptando la responsabilidad por daños de esta naturaleza, y, además por razones políticas podrían no estar dispuestos a tasar más gravemente los hidrocarburos, aunque el coste suplementario de toda medida deba ser soportado por el consumidor; 2.—El coste del seguro por daños debidos a la polución sería calculado sobre una base racional. Es decir, que el coste por habitante sería

más elevado para un país que tenga una gran longitud de litoral y una población reducida que para un país con poca extensión de costas y numerosa población; y 3.—Esta solución significa de hecho que los Gobiernos aceptan hacer el papel de Compañías de Seguros. De cualquier manera que se describa la tasa, ella constituye de hecho una prima contra un riesgo que debe ser calculado. Los Gobiernos tendrán naturalmente la tendencia de fijar su importe en un nivel bastante elevado para estar seguros de disponer siempre de los fondos necesarios para hacer frente a las reparaciones. Puede esperarse que debido a las fuerzas de inercia que se oponen a toda modificación de la legislación, la tasa sea mantenida a un nivel más elevado que el necesario; los fondos se acumularán y los Gobiernos serán tentados a utilizar el sobrante en otros fines nacionales.

En cuanto a la segunda solución, conviene tener presente que si las nuevas reglas no han de aplicarse más que a los daños en tierra no es necesario enmendar las convenciones en vigor. Si se quiere modificar el límite de responsabilidad continuando esta responsabilidad en el propietario del navío, será preciso enmendar la Convención de 1957 sobre esa limitación que es irrisoria.

Dentro ya del sistema de una nueva Convención, en cuanto a su alcance geográfico parece que no sería oportuno trazar una línea de demarcación entre la alta mar y las aguas territoriales y establecer unos principios diferentes para para cada una de ellas.

III. CONCLUSIONES

Dentro de este apartado y una vez examinada la problemática del tema y las normas internacionales, queremos como parte final de este trabajo enunciar una serie de principios que aunque puedan parecer demasiado amplios, podrían servir de base para que, aceptados por los Estados se responsabilicen los mismos y, con ello, se sienten las bases oportunas para la lucha y prevención contra la contaminación.

Tales principios pudieran ser los siguientes:

1. Cada Estado tiene el deber de proteger y preservar el medio marino y en particular evitar la contaminación que pueda afectar a zonas donde está situado algún recurso internacionalmente compartido.

2. Cada Estado deberá adoptar las medidas adecuadas en cuanto a la prevención de la contaminación marítima, ya sea actuando individualmente o conjuntamente con otros Estados bajo arreglos internacionalmente acordados.

3. Los Estados deberán emplear los mejores medios prácticos a su alcance a fin de reducir al mínimo el descargue de sustancias potencialmente peligrosas en el mar por vías como ríos, desembocaduras, y tuberías dentro de la jurisdicción nacional, así como vertimientos por o desde buques, aviones y plataformas.

4. La acción para evitar y controlar la contaminación marítima (particularmente prohibiciones directas y límites específicos de liberación) deben guardarse de constituir una simple transferencia del perjuicio o peligro de un sector del medio ambiente.

5. Además de su responsabilidad en cuanto a la protección del medio dentro de los límites de sus aguas territoriales,

el Estado costero también tiene la responsabilidad de proteger las zonas adyacentes al medio en cuanto a los perjuicios que puedan resultar de las actividades desarrolladas dentro de su territorio.

6. Todos los Estados deberían asegurarse de que los buques de su bandera cumplan con las normas y reglamentos concertados internacionalmente relativos al diseño y construcción de navíos, procedimientos de operación y otros factores relevantes. Los Estados deberán cooperar en el desarrollo de tales normas, reglamentos y procedimientos, en los organismos internacionales apropiados.

7. El desarrollo y la aplicación del control deberían ser suficientemente flexibles como para reflejar el conocimiento creciente del ecosistema marino, y los efectos de la contaminación y las mejoras en los medios tecnológicos para el control de la contaminación, y tomar en consideración el hecho de que cierto número de nuevos y hasta ahora insospechados contaminantes están en vías de ser descubiertos.

8. Los Estados costeros deberían asegurar que disponen de recursos adecuados y apropiados para enfrentarse con los incidentes de contaminación que resulten de la exploración y explotación de recursos del lecho marino situado en zonas dentro de los límites de su jurisdicción nacional.

9. A continuación de un accidente en alta mar del que se puede predecir importantes consecuencias perniciosas derivadas de la contaminación o amenazas de contaminación del mar, el estado costero enfrentado con un peligro grave e inminente a su costa e intereses relacionados, puede tomar las medidas adecuadas que juzgue necesarias con objeto de prevenir, mitigar o eliminar dicho peligro, de acuerdo con los reglamentos y normas internacionales.

10. Cada Estado debería cooperar con otros Estados y las organizaciones internacionales competentes con relación a la elaboración y aplicación de reglas, normas y procedimientos concertados internacionalmente para la prevención de la contaminación marítima a nivel mundial, regional y nacional.

11. Los Estados deberían unirse regionalmente para concertar sus programas y adoptar en común las medidas para

evitar la contaminación de zonas que, por razones geográficas o ecológicas, forman una entidad natural e integrada.

12. Los Estados deberían colaborar, en el foro internacional apropiado, para asegurar que las actividades relacionadas con la exploración y explotación del lecho y del subsuelo marino, más allá de los límites de jurisdicción nacional, no acaben por contaminar el medio marino.

13. Los Estados deberían asumir responsabilidad conjunta respecto a la preservación del medio marino más allá de los límites de la jurisdicción nacional.

14. Tanto por parte de los gobiernos nacionales como a través de agencias intergubernamentales, deberían desarrollarse directrices y criterios internacionales para suministrar el marco de política a seguir en las medidas de control. Un plan comprensivo de protección del medio marino debería proporcionar los medios para la identificación de contaminantes peligrosos y de sus vías y fuentes, para la determinación del grado de exposición a estos contaminantes y la evaluación de los riesgos que plantean, para la detección oportuna de tendencias indeseables y la creación de sistemas de detección y vigilancia.

15. Donde exista una necesidad de acción, por o a través de agencias internacionales, para la prevención, control o estudio de la contaminación marítima, deberían utilizarse, tanto como sea posible, organismos existentes dentro o fuera del sistema de las Naciones Unidas.

16. También deberían desarrollarse directrices internacionales para facilitar una comparación en los métodos de detección y medición de contaminantes y sus efectos.

17. Normas fundamentales de protección y niveles de trabajo derivados —especialmente legislaciones de uso y normas originadas de ellas— podrán establecerse a nivel nacional y en algunos casos, a nivel regional o mundial.

18. Los criterios y normas internacionales concertadas deberían tener en cuenta las variaciones regionales y locales en los efectos de la contaminación y en la evaluación de los mismos. Tales variables deberían también incluir la ecología de las áreas marítimas, las condiciones económicas y sociales y

los atractivos, medios de esparcimiento, y otros usos legítimos de los mares.

19. Los Estados deberían ayudarse mutuamente, y al máximo de sus capacidades, en la acción contra la contaminación marítima sea cual fuere su origen.

20. Todo Estado debería cooperar con otros Estados y con las organizaciones internacionales competentes con miras a desarrollar la investigación del medio marino, programas de reconocimiento, sistemas y medios para la vigilancia de alteraciones en el medio marino, incluyendo estudios del estado actual de los océanos, las tendencias seguidas por los efectos de la contaminación, y el intercambio de datos e información científica con respecto al medio marino. Debería existir una colaboración tecnológica sobre medios de evitar la contaminación marítima, incluyendo la que pueda resultar de la exploración y explotación de recursos en las cercanías de la costa.

21. Los Estados que se encuentren a más altos niveles a las naciones que lo soliciten; por ejemplo, emprendiendo programas de ayuda directamente o a través de agencias competentes con la finalidad de proporcionar la adecuada preparación del personal técnico y científico de dichos países, así como los equipos y facilidades que se requieran en materia de investigación, administración, vigilancia o control, información de desechos, y, otros asuntos, los cuales incrementarían la capacidad de éstos, para el desempeño de sus deberes consistentes en proteger el medio marino.

22. Los Estados deberían asegurar que sus legislaciones nacionales contengan sanciones adecuadas para quienes infringen la reglamentación vigente sobre contaminación marítima.

23. Los Estados deberían, de acuerdo con los principios del derecho internacional, cumplir con sus obligaciones para con otros Estados, cuando la contaminación provocada por sus propias actividades o por organizaciones o individuos bajo su jurisdicción ocasione daños, y deberían cooperar en desarrollar procedimientos para tratar de dichos daños y en el ajuste de disputas.

Por último, es de destacar que el establecimiento de unas

sanciones en el marco internacional no se puede llevar a efecto por estimarse que ello sería una ingerencia en la soberanía de cada Estado, pero lo que si se puede establecer es el principio de que dichas sanciones sean severas y que cada Estado las impondrá como tales.

Son también muy necesarias reuniones internacionales para tratar de los problemas jurídicos de la contaminación, investigación y la exploración del mar, como expusiera el profesor G. Jaenieke, del Instituto de Derecho Económico Internacional y Extranjero en la Universidad de Frankfurt ante el Congreso «Interocean 70». Desgraciadamente, ni siquiera existen conceptos unánimes. Cada estado desearía hacer avanzar sus límites territoriales el máximo posible hacia el mar, ya que ha demostrado ser tan interesante la explotación de los mares libres. Si los tesoros del Océano en el mar libre y su fondo, cuya explotación es hoy técnicamente realizable, han de servir para el bien común, es preciso llegar a una inmediata legislación. Resolución en este sentido han sido presentadas el 21 de diciembre de 1968 y el 16 de noviembre de 1969 en las respectivas Asambleas Generales de las Naciones Unidas. Esperamos, con relativa ilusión, la próxima reunión de Caracas al objeto de conocer si se han llegado a tomar acuerdos importantes en este tema.

No hemos pretendido que la lectura de este trabajo haya llevado el ánimo pesimista al lector; por el contrario, dado el toque de atención sobre el problema de contaminación, vemos que se va estableciendo poco a poco una legislación internacional y que los estados van asumiendo la responsabilidad que les corresponde.

Y terminamos con una interrogante: ¿por qué no llegar a un bloqueo marítimo del país infractor de la legislación internacional sobre contaminación de igual forma que se está pidiendo el bloqueo aéreo del país que no observe los Convenios Internacionales en materia de apoderamiento ilícito de aeronaves?

IV. APENDICE

INDICE DE DISPOSICIONES NACIONALES RELACIONADAS CON EL CONVENIO INTERNACIONAL PARA EVITAR LA CONTAMNACION DE LAS AGUAS DEL MAR POR LOS HIDROCARBUROS

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 13-6-1962 por la que se crea la Comisión Nacional. (B. O. del Estado núm. 146 y D. O. de Marina núm. 140).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 2-4-1963 por la que se modifica la constitución de la Comisión Nacional. (B. O. del Estado núm. 86 y D. O. de Marina núm. 85).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 1-6-1963 por la que se establecen las normas que han de seguirse en la construcción de nuevos buques. (B. O. del Estado núm. 135 y D. O. de Marina núm. 129).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 1-6-1963 por la que se establecen las normas que han de seguirse por empresas, astilleros, desguazadores y Juntas de Obras del Puerto. (B. O. del Estado núm. 135 y D. O. de Marina núm. 129).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 11-7-1963 por la que se amplían las funciones de la Comisión Nacional. (B. O. del Estado núm. 172).

O. M. de Comercio de 24-9-1963 por la que se dictan normas sobre prohibiciones de descarga al mar de residuos de limpieza de los tanques de combustible de los buques. (B. O. del Estado núm. 237 y D. O. de Marina núm. 235).

Circular núm. 17/1963 de la Dirección General de Navega-

ción de fecha 4-10-1963 remite a las Comandancias de Marina Texto íntegro del Convenio y dispone que soliciten libros registro.

O. M. de Comercio de 30-12-1963 por la que se amplía la zona de prohibición fijada en la Orden Ministerial de 24-9-1963. (B. O. del Estado núm. 22 de 1964 y D. O. de Marina núm. 23).

Circular reservada núm. 1/1964, de la Dirección General de Navegación, de fecha 14-3-1964 sobre infracciones del Convenio.

Circular núm. 8/1965, de la Dirección General de Navegación, de fecha 17-7-1965 sobre infracciones del Convenio.

O. M. de Comercio de 16-6-1966 por la que se dictan las normas a que han de ajustarse los separadores de agua y aceite en los buques mercantes españoles para su homologación. (B. O. del Estado núm. 155).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 27-5-1967 por la que se dictan normas sobre prohibición de vertidos al mar de productos petrolíferos o residuos contaminados procedentes de fábricas o industrias de todas clases (B. O. del Estado núm. 130 y D. O. de Marina núm. 129).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 21-8-1967 por la que se establecen medidas para evitar la contaminación de aguas y playas por accidentes en los terminales de tuberías de carga y descarga de productos petrolíferos. (B. O. del Estado núm. 202 y D. O. de Marina núm. 196).

Circular núm. 44/1967, de la Dirección General de Navegación, de fecha 16-11-67, sobre medidas para evitar la contaminación de las aguas y playas por accidentes en los terminales de tuberías de carga y descarga de productos petrolíferos.

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 27 de enero de 1968 por la que se levanta la obligatoriedad de que los aparatos separadores de agua de sentina y de lastre tengan que ser de funcionamiento automático. (B. O. del Estado núm. 24 y D. O. de Marina núm. 25).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 8 de febrero de 1969 por la que se modifica la constitución de la Comisión Na-

cional para evitar la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos. (B. O. del Estado núm. 38 y D. O. de Marina núm. 37).

O. M. de Comercio de 28 de julio de 1968 sobre el establecimiento de medidas para combatir los derrames de hidrocarburos. (B. O. del Estado número 199 y D. O. de Marina número 191).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 27 de mayo de 1971 sobre regulación del uso de detergentes para combatir los derrames de hidrocarburos en el mar. (B. O. del Estado núm. 131).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 27 de mayo de 1971 sobre medidas para combatir la contaminación del mar. (B. O. del Estado núm. 131).

O. M. de la Presidencia del Gobierno de 27 de mayo de 1971 sobre cambio de denominación de la Comisión Nacional para evitar la contaminación de las aguas del mar por los hidrocarburos. (B. O. del Estado núm. 131).

O. M. de Comercio de 7 de junio de 1971 sobre homologación de productos tensioactivos para eliminar en el mar las manchas de petróleo. (B. O. del Estado núm. 147).

Decreto de la Presidencia del Gobierno de 13 de abril de 1972 por el que se crea la Comisión Delegada del Gobierno para el Medio Ambiente. (B. O. del Estado núm. 90).

Orden de la Presidencia del Gobierno de 23 de noviembre de 1974 por la que se modifica la de 27 de mayo de 1971 (B. O. del Estado, núm. 131), sobre regulación del uso de detergentes para combatir los derrames de hidrocarburos en el mar (B. O. del Estado, núm. 286, y B. O. de Marina, núm. 271).

BIBLIOGRAFIA

- 1.—AZCÁRRAGA, José Luis de: *Derecho Internacional Marítimo. Algunas reflexiones en torno al siniestro del «Torrey Canyon»*, 1967.
- 2.—COUSTEAU, Jacques: *La muerte de los océanos*, 1970.
- 3.—Editorial A.E.M.: *El Mediterráneo enfermo*, 1972.
- 4.—MANERA REGUERA, Enrique: *El Mediterráneo actual y sus problemas*, 1972.
- 5.—MORGAN, Dan: *El dilema de la contaminación en Europa Oriental*.
- 6.—PÁRAMO Y CÁNOVAS, Miguel de: *La marea negra*, 1968.
- 7.—PAZ MAROTO, José: *Saneamiento ambiental*, 1968.
PAZ CASTAÑÉ, José María: *La protección del litoral marino*, 1967.
- 8.—PANDENBURGO, Vitalis: *Yacimientos mineros bajo el Océano*, 1971.
- 9.—PICARD, Jacques: *Amenaza de la Humanidad - La contaminación*, 1970.
- 10.—Revista Española Derecho Marítimo: *Contaminación y experiencias nucleares en el mar*, 1966.
- 11.—TREY, Pierre: *Limpiar Suecia*, 1791.

EL USO DE LA FUERZA Y EL ORDEN INTERNACIONAL

Por José Luis FERNANDEZ FLORES
Teniente Coronel Auditor

1. La utilización de la fuerza en las relaciones internacionales y aun más, la forma de la utilización de la fuerza en las relaciones internacionales, implica, fundamentalmente, un problema de consideración del orden internacional en cada momento dado de la historia. En definitiva, un problema de concepciones mentales en relación a un determinado orden internacional existente.

El estado de la Comunidad internacional, en cada período histórico, ha llevado consigo un distinto concepto de lo que la guerra o el uso de la fuerza en general, significa.

Podemos decir que hasta los tiempos actuales prácticamente, la guerra y su permisión —bien que con ciertas restricciones diversas— ha sido la consecuencia de la existencia de una Comunidad internacional— los Estados habían de recurrir a la fuerza en sus relaciones internacionales, en ciertos supuestos, puesto que precisamente la falta de unos órganos centrales de la Comunidad internacional, implicaba la existencia de un sistema de seguridad individual. Cada Estado había de recurrir a la guerra como único medio de defensa de su seguridad, en casos extremos. La utilización del recurso individual a la guerra, era pues la consecuencia de la falta de un sistema internacional de seguridad.

Pero, en tiempos que virtualmente son los nuestros, se ha producido una cierta inversión en el planteamiento. La Comunidad internacional se ha ido organizando y al aparecer unos órganos centrales de poder, bien que este sea limitado o relativo, ha producido una doble consecuencia: de una parte, se ha tendido a limitar o suprimir el recurso individual a la guerra, como incompatible con el nuevo orden internacional; de otra y como consecuencia de esta limitación o prohibición, y por elementales consideraciones de seguridad, ha hecho su

aparición, paralelamente, un sistema de seguridad colectiva. En términos abstractos podríamos decir que los Estados ya no se ven en la necesidad de recurrir individualmente a la guerra, porque existe un sistema de seguridad colectiva, a través del cual se pueden considerar, a nuestros efectos, dos grandes épocas en la historia del orden internacional: una primera, que abarca todo el período anterior a nuestros días, en la cual a una Comunidad internacional inorgánica corresponde un sistema de seguridad individual y consecuentemente la utilización de la fuerza por parte de los sujetos internacionales individualmente; una segunda época que corresponde a los tiempos contemporáneos, en la cual, a una Comunidad internacional organizada, corresponde un sistema de seguridad colectiva y consecuentemente la prohibición del uso de la fuerza individualmente por tales sujetos internacionales.

En otros términos, podríamos decir que una Comunidad internacional inorgánica es compatible con la permisión de la guerra, con el uso individual de la fuerza, mientras que una Comunidad internacional organizada ha de empezar por limitar o prohibir el recurso individual a la guerra, sustituyéndolo por un sistema colectivo de seguridad. En el primer caso, los Estados harán depender su seguridad, de su propia fuerza; en el segundo, la seguridad de cada sujeto, dependerá de la actuación del sistema de seguridad colectiva.

2. La idea de la prohibición del uso individual de la fuerza, es una idea moderna, pero en cuanto sometimiento del uso de la fuerza a ciertas restricciones, presenta antecedentes antiguos, aunque no más lejanos que la aparición del cristianismo.

Entre los pueblos orientales, entre los judíos, los griegos y los romanos, el concepto de la guerra justa, no aparece en modo alguno, aunque algunos autores han querido encontrar a este efecto, ciertos atisbos. Entre los hebreos, la guerra apareció siempre como justa en cuanto emprendida por el «pueblo elegido» para conseguir la realización de sus intereses; es más, en muchos lugares del Antiguo Testamento, se hace la apología de la guerra y esta se lleva en su realización, hasta los extremos de mayor crueldad. La filosofía griega tampoco se ocupó del problema de la guerra, bien fuese para prohibirla o bien para limitarla. Entre los romanos, tampoco se planteó una problemática de la guerra y a lo más a que se llegó fue

a la utilización de unas formas rituales para iniciarla. Lo cierto es que no merece la pena detenernos más, a este respecto en la época pre-cristiana, en la cual, el recurso a la guerra era normal, sin que se planteasen problemas de orden jurídico, filosófico o moral respecto a la justicia o licitud de la misma.

Una segunda época, en cuanto al planteamiento del problema de la guerra, podemos decir que comienza con la aparición del cristianismo. El problema de la guerra, a la luz de los principios cristianos, empieza a considerarse en los primeros siglos de nuestra era y con distintas variantes, se extiende hasta el siglo xvi, con la escuela clásica española de Derecho internacional. A lo largo de todo este tiempo, la problemática de la guerra se plantea en el terreno moral. Algún autor ha calificado a esta época de fase teológica de la guerra pecado.

En términos generales, podemos decir que en los primeros siglos del cristianismo, se produce una situación confusa en cuanto a la interpretación de los textos evangélicos. Una parte de la «doctrina» baste citar a Tertuliano —se pronuncia por una interpretación estricta, que la lleva a considerar a la no violencia como un principio de absoluta observancia de todo cristiano, de donde la guerra, toda guerra, resulta ilegítima y los cristianos no pueden tomar parte en ella. Pero es lo cierto que ningún texto existe, de magisterio doctrinal, que re-cuse la posibilidad de los cristianos de tomar parte en la guerra y esto, unido por otra parte a la realidad práctica de que muchos cristianos servían en las legiones romanas y aun fueron considerados santos, pese a tal condición militar, hizo que la patrística se fuese inclinando a interpretaciones matizadas que no excluían la violencia de forma absoluta e indiscriminada.

Parte de la doctrina actual, al interpretar la forma en que se produjeron los primeros autores cristianos respecto a la guerra, añade un razonamiento de tipo histórico a esta posición de la primitiva Iglesia. La conversión de Constantino al cristianismo y la amenaza que, por parte de los bárbaros, pesaba sobre las fronteras romanas, condujo a la Iglesia a considerar que la destrucción del paganismo por parte del Emperador llevaba como consecuencia, la necesidad de asegurarle al mismo el reclutamiento de sus legiones, de donde vino la

licitud del servicio militar y la posición «oficial» de la misma Iglesia respecto al problema de la guerra.

Prescindiendo de esta interpretación discutida, es lo cierto que ya en el siglo IV, aparece en autores como San Ambrosio, la teoría de la guerra justa, es decir, la distinción, entre las guerras, en justas e injustas, siendo legítimas moralmente las primeras e ilegítimas las segundas.

Pero, es lo cierto que la teoría de la guerra justa, en la forma en que fue transmitida a los teólogos y canonistas de al Edad Media, tiene su origen concreto en San Agustín. No es nuestro intento, y por ello no vamos a detenernos en su consideración, el estudio de la teoría agustiniana de la guerra justa, pero baste con decir que esta se plantea en términos morales. El objeto de la guerra es imponer la paz injustamente violada, cuando esta paz no puede ser restablecida por otros medios. La doctrina de San Agustín no supone una prohibición de la guerra, que el orden internacional —diríamos con terminología moderna— entonces imperante hacia imposible, pero si una restricción al recurso a la guerra, en cuanto sólo era legítimo en ciertos supuestos.

La doctrina de San Agustín informa, en principio, toda la doctrina medieval. A través de San Isidoro, tiene una enorme difusión, a partir del siglo VII. Ives de Chartres, en el siglo IX, reproduce los textos agustinianos y su concepción. La recolección de textos de Graciano, en el siglo XIII tiene una considerable expansión, siguiendo en lo esencial el pensamiento de San Agustín e informando toda la doctrina cristiana sobre la guerra. La idea general que preside esta época, es a de que no toda guerra es ilegítima, y por tanto no toda guerra es pecado; en definitiva, son los motivos y las condiciones de la guerra, los que le dan el carácter de justa o injusta. Rechazar la agresión enemiga, recuperar los bienes expoliados y castigar las injusticias, son causas suficientes para que la guerra sea justa.

El siglo XIII, Santo Tomás concretamente, marca un hito en la historia de la teoría de la guerra. Tres condiciones son necesarias para que la guerra sea justa: autoridad competente, causa justa e intención recta. En cuanto a la autoridad competente para declarar la guerra, considera Santo Tomás que ésta sólo reside en el príncipe independiente y no sometido a otro soberano superior, en cuyo caso, la autoridad residiría en este último; el príncipe sometido a otro, no puede de-

clarar la guerra, sino que debe recurrir a su superior; entendemos que aquí hay un principio de lo que después, en nuestros días, va a ser la prohibición del recurso individual a la guerra, si bien que reducido a un espacio geográfico limitado, como es el que abarca la jurisdicción del príncipe independiente. En cuanto a la justa causa de la guerra, Santo Tomás introduce la noción del bien común; la guerra es justa cuando el príncipe recurre a la misma para defender el bien público de la comunidad que rige. En cuanto a la intención recta, esta ha de manifestarse en la evitación de todo mal inútil y en la observancia de la moral, tanto en la decisión de comenzar la guerra, como en la conducta seguida durante las hostilidades e incluso en la terminación de las mismas.

Así llegamos al siglo XVI y a la Escuela clásica española, con Vitoria, Molina y Suárez principalmente. Los siglos XVI y XVII, están llenos por las doctrinas de los teólogos españoles sobre la guerra justa, doctrinas que si bien recogen los principios ya consolidados por la escolástica, los desenvuelven de forma circunstanciada y muy precisa.

Vitoria señala, de forma muy concreta, la manera de producirse la relación entre el uso de la fuerza y el orden internacional, entre el recurso a la guerra y la Comunidad internacional existente en su tiempo. Por lo que a nuestro propósito interesa, la nota más destacada de Vitoria, como ya algún autor ha hecho ver, es la de relacionar el recurso individual a la guerra con la idea de la existencia de una Comunidad universal, aunque fuese de carácter inorgánico. La vieja comunidad de los pueblos cristianos, ha desaparecido prácticamente y la guerra podría aparecer, en consecuencia, como el último recurso, pero indiscriminado, a que puede recurrir el Estado para su seguridad individual, si no fuese porque Vitoria, con su idea de la existencia de una comunidad universal, reduce este recurso a ciertos límites.

Evidentemente, durante toda la época medieval, la guerra ha estado permitida. Pero se ha tratado de la guerra justa únicamente, considerándose, en consecuencia, que las guerras que no reunían ciertos requisitos, eran guerras ilegítimas y en consecuencia también, guerras prohibidas. Esto ha sido posible, precisamente por la existencia de la comunidad de los pueblos cristianos, lo que permitía la existencia de un orden internacional basado en premisas comunes y en la aceptación de conceptos de validez, dentro, al menos, de la Cristiandad.

Si no es exacto, en modo alguno, ver en la Cristiandad medieval, una especie de super-Estado, si lo es considerar la existencia de una especie de doble poder moral y espiritual en la diarquía Papa-Emperador. Este orden internacional peculiar, permitió la existencia de instituciones internacionales comunes y desde luego, la suavización de las relaciones bélicas y particularmente, la aceptación de la teoría de la guerra justa. A un orden internacional comunitario, pero, pese a todo, inorgánico, correspondió un sistema de seguridad individual, pero mitigado, un sistema en el cual, las guerras estaban permitidas, pero sólo las guerras justas.

En la época de Vitoria, la situación es ya muy diferente. La Cristiandad medieval ha desaparecido y el orden internacional nuevo, puede aparecer prima facie como anárquico. Ya no existe poder alguno superior, aunque sea moral o espiritual, sobre los Estados. La consecuencia es que estos tienen la guerra como recurso, pero una guerra donde los conceptos de justicia, aparecen diluidos. A este orden internacional, no sólo inorgánico sino incluso aparentemente no comunitario, corresponde la guerra indiscriminada, como último recurso de la seguridad individual. Lo que ocurre es que Vitoria, parte del principio de que esto no es así, de que pese a las apariencias, existe una Comunidad universal entre los Estados, una Comunidad jurídico-universal que incluso es más extensa que la anterior, puesto que abarca a toda la humanidad; de ello resulta la existencia de un orden jurídico —internacional— el Derecho de gentes —superior a todas las naciones y que todas ellas tienen la obligación de respetar. La existencia de una Comunidad entre todos los pueblos, paganos y cristianos, se manifiesta en la existencia de un orden jurídico-internacional que todos deben acatar y en consecuencia, sigue siendo válida la teoría de la guerra justa. Es decir, a un orden jurídico-internacional comunitario, corresponde una regulación del recurso individual a la guerra, pero sólo una regulación y no una prohibición absoluta, precisamente porque tal orden comunitario es inorgánico.

Pero el ~~concepto de la~~ Comunidad universal vitoriana, también ~~lleva a otra~~ consecuencia, en cuanto ya no se trata de la Comunidad cristiana únicamente, y es el de que se transforma el concepto de la guerra justa. Por decirlo así, tal concepto se desteologiza. Cuando Vitoria rompe con el concepto tradicional de que la guerra contra los paganos, es, por sí mis-

ma, justa, para trasladar el centro de gravedad de la justicia o de la legitimidad, a la reparación de la injuria recibida, está traspasando los límites del planteamiento teológico-moral y entrando en el campo nuevo y hasta entonces desconocido, de la licitud o ilicitud de la guerra, que va a servir de pauta para posteriores desarrollos doctrinales.

Podemos decir que con Vitoria, se inicia un camino nuevo en la consideración de la guerra, como consecuencia de una concepción de la Comunidad entre las naciones. Este camino nuevo, sirve de guía, dentro ya de la misma Escuela clásica española de Derecho de gente. Para Menchaca, sólo es lícita la guerra cuando se trata de repeler por la fuerza la injuria sufrida y no es lícito hacer la guerra a los infieles por esta sola consideración. Para Ayala, el planteamiento es ya completamente jurídico y no teológico-moral, situando el punto central de la juridicidad-licitud de la guerra, en la autoridad del príncipe; para que la guerra sea lícita ha de ser declarada por autoridad y mandato de un príncipe soberano, existiendo justa causa para la declaración y habiendo una intención recta. Formalmente, el planteamiento puede aparecer como análogo al de los autores medievales, pero sin embargo, el contenido es completamente distinto. En la misma línea, se mueve Suárez, partiendo de la existencia de una Comunidad sobre la cual se asienta del Derecho de gentes y que, consecuentemente, permite el planteamiento de la licitud o ilicitud de la guerra; para Suárez, el género humano, aunque dividido en varios pueblos y reinos, siempre tiene alguna unidad, no sólo específica, sino también cuasi-política y moral, que indica el precepto natural del mutuo amor y la misericordia, que se extiende a todos, aun a los extranjeros y de cualquier nación... Por lo cual, aunque cada ciudad (prefecta), república o reino, sea en sí comunidad perfecta y compuesta de sus miembros, no obstante, cualquiera de ellas es también miembro de algún modo de este universo, en cuanto pertenece al género humano; pues nunca aquellas comunidades son aisladamente de tal modo suficientes para sí, que no necesiten de alguna mutua ayuda y sociedad y comunicación, a veces para mejor ser y mejor utilidad, y a veces también por moral necesidad e indigencia, como consta del mismo uso. Por esta razón pues, necesitan de algún derecho por el cual sean dirigidas y ordenadas rectamente en este género de comunicación y sociedad». En este planteamiento del orden internacional, está totalmente ausen-

te toda consideración teológica. Hemos entrado en el campo de un orden internacional laico.

Así, podemos considerar que aparece una tercera época, dentro del sistema de la guerra como seguridad individual. Ya la cuestión no se plantea como un problema moral sino más bien como un problema jurídico. Ya no podemos hablar de guerras justas e injustas sino, por el contrario, de guerras lícitas y guerras ilícitas.

El nuevo orden internacional, implica nuevos conceptos. Pese al reconocimiento por la Escuela española, de la existencia de una Comunidad universal, es lo cierto que esta se asienta sobre bases fácticas muy endebles. Desde la Comunidad cristiana y su concepción moral, a la Comunidad universal y su naturaleza jurídica, el paso ha sido decisivo. El nuevo orden internacional, se produce sobre un concepto recién acuñado, el del Estado, en el cual el príncipe aparece como un soberano absoluto, sin poder alguno superior. La soberanía del príncipe, no encuentra barrera en el interior, pero tampoco frente al mundo exterior al Estado. En el interior, la afirmación del poder del soberano, borra toda interferencia de los poderes feudales. En el exterior, el príncipe aparece desvinculado de todo poder. Las consecuencias de esta nueva situación no tardan en dejarse sentir en el derecho a la guerra es lícita o no, no excluye una consideración moral, pero esta aparece radical en la conciencia del soberano únicamente. De aquí, a reconocer un *ius belli*, como se ha dicho, sin reservas y limitaciones, no hay más que un paso.

Grocio, el sistematizador del Derecho de gente, se encuentra con la doctrina de los españoles sobre la comunidad internacional y sobre la guerra justa y la desarrolla. La postura de Grocio, es puramente jurídica y realista. Sus apoyaturas morales son una concesión a la tradición y, como algún autor ha expresado, un simple revestimiento sentimental. Grocio se esforzó constantemente en purificar al Derecho internacional, de los lastres teológicos, sobre todo mediante el desligamiento del Derecho natural respecto al divino, al decir que aquel existiría «aunque concediésemos, lo que no se puede hacer sin gran delito, que no hay Dios o que no se cuida de las cosas humanas». La consecuencia de esta postura de principio de Grocio, es que plantea el problema de la guerra y su licitud, en términos jurídicos, desconectándolo de apreciaciones morales. En este aspecto y teniendo en cuenta la situación por

la que atravesaba Europa, en la cual, la comunidad vitoriana era una pura entelequia, Grocio prescinde en definitiva, de la teoría de la guerra justa, considerando que la guerra es natural en la vida de relación internacional y que las guerras declaradas por la autoridad del soberano excluyen en los súbditos que la llevan a cabo, toda consideración sobre la justicia de su causa. Si bien acude a ciertas consideraciones morales y aun a ciertos distingos, es lo cierto que en la práctica se vino a reconocer la guerra y el derecho a hacerla, de forma indiscriminada por razones éticas o por consideraciones no jurídicas.

Es decir, la atribución al soberano del poder de declarar la guerra y la idea de que la única consideración que éste debía tener en cuenta, era la de su necesidad, teniendo en cuenta el interés de la nación y el de la dinastía, llevó al problema de la guerra a un planteamiento puramente utilitario. (Desprovisto de todo otro planteamiento).

Así, la degradación del orden internacional medieval, ha llevado a una evolución del derecho a la guerra y de la consideración de la guerra misma, pues a la antigua problemática de la guerra justa, sucede la de la guerra lícita y en definitiva, la de la guerra como un recurso natural decidido por la voluntad del soberano o del Estado, de forma discrecional y aun en muchos casos, arbitraria.

Esta situación del uso de la fuerza, consecuencia del orden internacional imperante, se prolonga a todo lo largo de los siglos XVII, XVIII y XIX.

En conclusión, podemos decir que durante toda esta época, ha existido una Comunidad internacional inorgánica y a ella ha correspondido un sistema de seguridad individual, que ha permitido la guerra como último recurso de esa misma seguridad. En esta época se ve claramente la correspondencia entre lo que significa un orden internacional determinado y un concreto sistema de seguridad en este orden. Como principio general, la ausencia de órganos centrales en la Comunidad internacional, hasta entrado el siglo XX, es decir, la existencia de una Comunidad inorgánica, ha producido la consecuencia de la permisión de la guerra, también como principio. No podía ser de otra forma, puesto que en la esencia de todo orden jurídico —y el internacional de la justicia y si orden el injurídico —y el internacional también lo es— está la seguridad de sus sujetos en la realización de la justicia y si el orden in-

ternacional no puede cubrir esta seguridad, han de ser los sujetos mismos los que se cuiden de ella. Que en un primer período —el de la antigüedad— no se plantee el problema de la guerra, es consecuencia del débil orden internacional existente. Que en el segundo período —el de la Cristiandad medieval— la guerra esté sujeta en su justicia a ciertas restricciones, es la consecuencia de la existencia de una cierta Comunidad, con un poder moral y espiritual superior. Que posteriormente, en una tercera época —la de los tres siglos precedentes al actual— la guerra se convierte en un recurso de los Estados, al que prácticamente, de modo arbitrario, estos puedan recurrir, es la consecuencia de una Comunidad universal, más teórica que real, en la cual, la ausencia de toda autoridad superior y de órganos centrales, lleva a cada uno de los sujetos a buscar su seguridad individual por sí mismos.

3. En los comienzos del siglo actual y concretamente con la aparición del primer experimento de Comunidad internacional organizada, con el nacimiento de la Sociedad de Naciones, aparece también el primer intento de racionalización de la fuerza y de su uso a escala internacional.

Si esto es así, no es menos cierto que las raíces de este intento se encuentran mucho más lejos en el tiempo, pues en la misma teoría de la guerra justa, existen ya atisbos de esta racionalización. Lo que ocurrió sin embargo, como hemos visto, es que estos atisbos se quedaron en tales, ya que la degradación del orden internacional, unida a otras consideraciones, llevó a la regla general de la licitud de la guerra como instrumento de política internacional.

La Sociedad de Naciones, supone pues el primer paso en el intento de transformación del orden internacional y concretamente en la conversión del sistema de seguridad individual en sistema de seguridad colectiva, si bien que de forma muy relativa.

Efectivamente, el Pacto, comienza por sentar el principio de que las Altas Partes contratantes, aceptan «ciertos compromisos de no recurrir a la guerra». Resulta evidente, de esta declaración del Preámbulo del Pacto, que la represión de la guerra era relativa en cuanto sólo se refería a hipótesis determinadas y muchas situaciones podían desembocar en una guerra lícita.

El sistema estaba concebido a base de los artículos, 10, 12-1,

13, 15 y 16, que podemos estructurar de la siguiente forma: En primer lugar, en el artículo 10, se prohibía toda guerra de conquista, al disponer que «los Miembros de la Sociedad se comprometen a respetar y a mantener contra toda agresión exterior la integridad territorial y la independencia política presente de todos los Miembros de la Sociedad. En caso de agresión, de amenaza o de peligro de agresión, el Consejo determinará los medios para asegurar el cumplimiento de esta obligación». En segundo término, en los demás preceptos citados, concretamente en los artículos 12-1, 13 y 15, se prohibían ciertas guerras que adolecían de «defectos de forma» en su declaración; así, el artículo 12, párrafo 1.º decía que «todos los Miembros de la Sociedad convienen en que si surge entre ellos algún desacuerdo capaz de ocasionar una ruptura, lo someterá al procedimiento de arbitraje o arreglo judicial o al examen del Consejo. Convienen además, en que en ningún caso deberán recurrir a la guerra antes de que haya transcurrido un plazo de tres meses después de la sentencia de los árbitros o de la decisión judicial o del dictamen del Consejo», con lo cual se pretendía establecer una moratoria en la declaración de la guerra, para que los Estados tuviesen tiempo de reflexionar sobre la situación y sus consecuencias; el artículo 13 disponía que cuando la controversia no pudiera resolverse de manera satisfactoria por la vía diplomática y pudiese ser resuelta por medio de arbitraje o arreglo judicial, los Miembros deberían recurrir a estos procedimientos, diciendo exactamente en su número 4 que «los Miembros de la Sociedad se comprometen a cumplir de buena fe las sentencias dictadas y a no recurrir a la guerra contra un Miembro de la Sociedad que a ellas se someta. En caso de incumplimiento de la sentencia, el Consejo propondrá las medidas que hayan de asegurar su efecto»; finalmente, el artículo 15 se refería a los casos en que la controversia hubiera sido sometida a dictamen del Consejo, diciendo en su número 6 que «si el informe del Consejo fuese aceptado por unanimidad sin contar para el cómputo de los votos el de los representantes de las Partes, los Miembros de la Sociedad se comprometen a no recurrir a la guerra contra ninguna Parte que se conforme con las conclusiones del informe»; en conclusión, a través de estos preceptos, se establecía un procedimiento de arreglo de las controversias internacionales y las guerras declaradas sin seguir tal procedimiento eran guerras ilícitas, previniendo el artícu-

lo 16 que «si un Miembro de la Sociedad recurriere a la guerra, a pesar de los compromisos contraídos en los artículos 12, 13 ó 15, se le considerará «ipso facto» como si hubiese cometido un acto de guerra contra todos los demás Miembros de la Sociedad. Estos se comprometen a romper inmediatamente toda relación comercial o financiera con él, a prohibir toda relación de sus respectivos nacionales con los del Estado que haya quebrantado el Pacto y a hacer que cesen todas las comunicaciones financieras, comerciales o personales entre los nacionales de dicho Estado y los de cualquier otro Estado, sea o no Miembro de la Sociedad».

De esta forma, la prohibición de la guerra, quedaba limitada a unos ciertos supuestos y el sistema de seguridad colectiva resultaba muy incompleto. Salvo el caso de que se tratase de guerras que afectasen a la integridad territorial o a la independencia política de los Estados miembros o de guerras para cuya declaración no se hubiese tenido en cuenta el procedimiento establecido, las demás guerras resultaban lícitas y por tanto no prohibidas; así, la guerra emprendida después de transcribir el plazo de espera establecido, de tres meses, o la guerra declarada después del sometimiento de la controversia a informe del Consejo no adoptado por unanimidad, eran guerras no prohibidas.

Por otra parte, se trataba de un Derecho internacional particular, ya que afectaba solamente a los Estados miembros del Pacto, de donde resultaba que las guerras surgidas entre Estados no miembros, eran lícitas, en cuanto continuaba rigiendo para ellos, el principio general del Derecho internacional consuetudinario de que tales guerras eran lícitas.

La prohibición de la guerra, en los términos que hemos visto, y el sistema de seguridad establecido, respondían perfectamente a la situación de un orden internacional organizado, pero un tanto precario, como los acontecimientos posteriores se encargaron de constatar. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que este paso fue decisivo, en cuanto transformación de los principios de Derecho internacional anteriormente vigentes y en cuanto, al propio tiempo, fue el primer intento de prohibición de la guerra.

Las deficiencias del sistema de seguridad creado por el Pacto, dieron lugar a una serie de intentos diplomáticos, en todo el período subsiguiente, con la idea de conseguir un sis-

tema más perfecto y que, al propio tiempo, llenase las lagunas que el Pacto había dejado.

De entre estos intentos, destaca el Pacto Briand-Kellog que lleva fecha de 27 de agosto de 1928. Una serie de circunstancias diversas, llevó a la firma de este Pacto por quince Estados, al cual posteriormente se adhirieron otros muchos más.

El Pacto contiene dos artículos fundamentales: el artículo primero dispone que «las Altas Partes contratantes declaran solemnemente en nombre de sus respectivos pueblos, que condenan recurrir a la guerra para el arreglo de las diferencias internacionales y renuncian a ella como instrumento de política nacional en sus relaciones mutuas»; el artículo segundo dice que «las Altas Partes contratantes reconocen que el arreglo a la solución de las diferencias o conflictos, sea el que fuere el origen o naturaleza de ellos, que puedan surgir entre las mismas, sólo deberá buscarse por medio pacíficos».

El Pacto Briand-Kellog supuso un paso decisivo en la corriente de prohibición de la guerra, ya que, como resulta del artículo primero, tal prohibición es absoluta en cuanto se condena la guerra tanto en el arreglo de diferencias internacionales como en su utilización como instrumento de política nacional. Dos defectos sin embargo, se atribuyen al Pacto, a saber: de un lado, que la prohibición del recurso a la guerra, por drástica que fuere, sólo se limitaba a las Altas Partes contratantes, de donde resultaba que los Estados que no hubiesen firmado el Pacto, continuaban en la plena posesión de su *ius belli* y en consecuencia, las guerras que pudiesen declarar, eran guerras lícitas, no prohibidas a tenor del Pacto; de otro, que el Pacto no acompañó la prohibición de la guerra, de sanción alguna, residiendo esta únicamente en que «la Potencia signataria que en lo sucesivo tratase de desenvolver sus intereses nacionales recurriendo a la guerra deberá ser privada del beneficio del presente Tratado», como se explicaba en el Preámbulo.

De cualquier manera, el Pacto Briand-Kellog no puede ser mirado de otra forma que como un gran avance en el camino de la condenación de la guerra, pese a sus deficiencias.

Y así llegamos a la Carta de las Naciones Unidas, como término hasta el presente, de una evolución del principio a que nos venimos refiriendo.

La Carta dispone en su artículo 2, número 4 «Los Miembros de la Organización en sus relaciones internacionales, se

abstendrán de recurrir a la amenaza o al uso de la fuerza contra la integridad territorial o la independencia política de cualquier Estado, o en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas».

El precepto ha sido criticado por parte de la doctrina, en cuanto se produce en términos un tanto vagos, en relación con la formulación del Pacto Briand-Kellog que aparecía como más extensa y completa. Lo cierto, sin embargo, es que la redacción del artículo se presenta, al menos en un aspecto, más amplia que la del Pacto Briand-Kellog, ya que utiliza la expresión «uso de la fuerza» mucho más comprensiva que la de «guerra» y al propio tiempo se refiere tanto al uso de la fuerza como a la «amenaza» de la utilización de la fuerza. Si el principio, se refiere en términos estrictos a los Miembros de la Organización hará que los Estados que no son Miembros de las Naciones Unidas se conduzcan de acuerdo con estos Principios en la medida que sea necesaria para mantener la paz y la seguridad internacionales».

Es lo cierto, no obstante, que la formulación del precepto, resulta restringida en ciertos aspectos. En primer lugar, se refiere a la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internacionales de los Estados, lo que deja fuera de la prohibición tal amenaza o uso de la fuerza en las relaciones internas; de aquí resultará que es posible el uso de la fuerza en las guerras civiles, aunque siempre cabe la posibilidad de la internacionalización del conflicto mediante el reconocimiento de beligerancia y que también lo es, según el precepto está formulado, la utilización de la fuerza en ciertos conflictos que tienen su origen en pueblos colonizados que luchan por su independencia. En segundo término, parece que el precepto, según la interpretación más generalizada, de acuerdo con el Preámbulo de la Carta, se restringe a la amenaza o uso de la fuerza armada, por lo que quedan fuera del mismo la amenaza o uso de otras fuerzas como son las presiones de carácter económico, según ha pretendido la tesis soviética entre otras. En último término, el precepto se refiere a la amenaza o uso de la fuerza «en cualquier otra forma incompatible con los Propósitos de las Naciones Unidas», lo que deja a salvo de la ilicitud, la utilización de la fuerza en ciertos supuestos.

Estos supuestos aparecen como excepciones al principio y podemos considerar como tales, los siguientes: En primer lugar, está el supuesto de legítima defensa individual o colecti-

va en los términos del artículo 51 de la Carta, que dice que «Ninguna disposición de esta Carta menoscabará el derecho inmanente de legítima defensa, individual o colectiva, en el caso de ataque armado contra un Miembro de las Naciones Unidas, hasta tanto que el Consejo de Seguridad haya tomado las medidas necesarias para mantener la paz y la seguridad internacionales. Las medidas tomadas por los Miembros en el ejercicio del derecho de legítima defensa serán comunicadas inmediatamente al Consejo de Seguridad, y no afectarán en manera alguna la autoridad y responsabilidad del Consejo conforme a la presente Carta para ejercer en cualquier momento la acción que estime necesaria con el fin de mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales»; se trata pues, de una excepción al principio de prohibición de la amenaza o uso de la fuerza, aunque subordinada al Consejo de Seguridad. En segundo término, también resulta una excepción a la utilización de la fuerza, la que se refiere a la que el Consejo de Seguridad y en general la Organización, puede ejercer conforme al artículo 2-5 y a los artículos 39 y 42 de la propia Carta. Finalmente, también aparecen como excepciones, formalmente consideradas las de los artículos 53, 106 y 107 de la Carta, aunque se trate de preceptos ya superados.

La conculcación del principio, es decir, la utilización de la fuerza por los Estados (fuera de los casos previstos en la Carta), produce, como primera consecuencia, la del no reconocimiento de las situaciones conseguidas por los Estados utilizando esta fuerza. Esta regla (es injuria non oritur), que ya había tenido ciertas aplicaciones anteriores, se formuló por Stimson en 1932 y actualmente parece deducirse de los términos del artículo 2-4 de la Carta; pero no podemos omitir la consideración de que, en la práctica, hay consecuencias de los actos ilícitos que no puede borrarse y que, por otra parte, esta misma práctica internacional presenta ejemplos de situaciones adquiridas por la fuerza y consolidadas jurídicamente. Además, la conculcación del principio, produce otra consecuencia, cual es la de poner en movimiento el sistema de seguridad colectiva.

El sistema de seguridad colectiva consiste en la transferencia de la utilización de la fuerza de los Estados a unos órganos centrales. Siendo la finalidad de todo sistema jurídico, garantizar la seguridad de sus sujetos, el sistema de seguridad individual consiste en la garantía de la seguridad de los suje-

tos internacionales por medio de la utilización de la fuerza por ellos mismos (lo que supone el *ius belli*, la política de alianzas y la libertad de armamentos). En cambio, el sistema de seguridad colectiva, en el orden internacional, partiendo de la prohibición de la fuerza individualmente por tales sujetos, garantiza la seguridad de los mismos mediante la utilización de la fuerza por órganos centrales. El sistema de seguridad colectiva propone igualmente, que existen unos procedimientos de arreglo pacífico de las diferencias internacionales, pero su esencia está en la organización de una acción común contra el agresor. En este sentido, el sistema de seguridad colectiva, tiene un origen convencional, con los antecedentes ya mencionados.

El sistema de seguridad colectiva, actualmente vigente, está establecido en el Capítulo VII de la Carta, en el primero de cuyos artículos, el 39, se establece que «El Consejo de Seguridad determinará la existencia de toda amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión y hará recomendaciones o decidirá qué medidas serán tomadas de conformidad con los artículos 41 y 42 para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales». De este precepto resulta una gran libertad en el Consejo de Seguridad, no sólo en cuanto a la determinación de los supuestos en que ha de entrar en funcionamiento el sistema de seguridad colectiva sino también en cuanto a la adopción de recomendaciones o decisiones en la materia. Se establece el principio de la posibilidad de adoptar medidas preventivas y represivas que no impliquen el uso de la fuerza, para mantener o restablecer la paz y la seguridad internacionales y se faculta a ciertos órganos y se establece un determinado procedimiento en relación con este sistema de seguridad colectiva.

A tenor del artículo 39, el órgano facultado para poner en movimiento el sistema, es el Consejo de Seguridad o bien haciendo recomendaciones o bien adoptando decisiones, las cuales son obligatorias para los Estados miembros a tenor del artículo 25 de la Carta, de carácter general. Los artículos 48 y 49 de la Carta fijan a su vez, el carácter común de la acción decidida por el Consejo de Seguridad.

Pero no es solamente y exclusivamente el Consejo de Seguridad, el órgano que puede poner en movimiento el sistema, ya que la Asamblea General tiene competencias en este sentido, competencias que resultan no sólo de ciertos preceptos de

la Carta sino también de la Resolución 377 (V) adoptada en 1950. En el primer sentido, los artículos 10, 11 y 12 de la Carta, establece un sistema que parte del principio de que la Asamblea General se puede ocupar de cualesquiera asuntos o cuestiones dentro de los límites de la Carta y por tanto, de aquellos que afecten a la paz y a la seguridad internacionales, lo que junto con que las competencias entre la Asamblea y el Consejo no aparecen como completamente deslindadas, da a la primera la posibilidad de poner en funcionamiento el sistema. Lo que ocurre es que, como consecuencia de la frecuente paralización de la actuación del Consejo de Seguridad, a causa de la utilización del veto, la Asamblea General se decidió en 3 de noviembre de 1950, a consecuencia de la situación coreana, a adoptar la Resolución 377 (V) a que hemos hecho anteriormente alusión en la cual se decía que la Asamblea «resuelve que si el Consejo de Seguridad, por falta de unanimidad entre sus miembros permanentes, deja de cumplir con sus responsabilidad primordial de mantener la paz y la seguridad internacionales en todo caso en que resulte haber una amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión, la Asamblea General examinará inmediatamente el asunto, con miras a dirigir a los miembros recomendaciones apropiadas para la adopción de medidas colectivas, inclusive, en caso de quebrantamiento de la paz o acto de agresión, el uso de Fuerzas armadas cuando fuere necesario, a fin de mantener o restaurar la paz y la seguridad internacionales».

La actuación del Consejo de Seguridad, como órgano «normal» central del sistema se produce, determinando, en primer lugar, el supuesto de actuación, lo que supone una gran libertad de apreciación en el mismo y ha planteado numerosos debates en cuanto a la determinación del concepto de agresor; el Consejo podrá actuar por medio de recomendaciones (que en principio, carecen de fuerza obligatoria) o por medio de decisiones (que, como hemos advertido, tienen fuerza obligatoria); el Consejo decidirá igualmente si han de tomarse medidas «que no impliquen el uso de la fuerza armada» (según el art. 41) o «podrá ejercer, por medio de fuerzas aéreas, navales o terrestres la acción que sea necesaria» (según el art. 42); para la autorización de las fuerzas armadas, se dispone la puesta a disposición del Consejo, de ciertos contingentes armados por parte de los miembros de la Organización, median-

te un convenio especial y con la ayuda de un Comité de Estado Mayor (arts. 43 a 47 de la Carta).

He aquí pues, que nos encontramos con una prohibición general de la guerra, en términos muy amplios y consecuentemente, con el establecimiento de un sistema de seguridad colectiva para suplir la función que con anterioridad cumplía el sistema de seguridad individual. Si ello es posible, se debe a la existencia de una Comunidad internacional organizada, con ciertos órganos centrales que, por muy limitado que sea su poder, constituyen el punto clave de todo sistema de seguridad internacional.

La correspondencia entre uso de la fuerza y orden internacional, se muestra una vez más y de modo concluyente, en nuestros días. El desarrollo del sistema de seguridad colectiva, que implica la utilización de la fuerza por órganos centrales, dependerá en lo sucesivo del desenvolvimiento del orden internacional.

4. En una ojeada, necesariamente rápida, hemos visto cómo existe una íntima relación entre uso de la fuerza y orden internacional. El proceso a escala internacional, se ha producido de forma paralela, aunque necesariamente mucho más retrasada, que el proceso a escala interna.

El orden jurídico-internacional —como todo orden jurídico— tiene que mantener la seguridad de sus sujetos. Si el orden internacional es tan débil que se ve imposibilitado de cumplir absolutamente esta misión, serán los propios sujetos del mismo, los que deberán protegerse individualmente; si el orden internacional adquiere la suficiente firmeza como para cumplir su misión de proteger a los sujetos en su seguridad, entonces, estos podrán abdicar de su defensa individual, encomendándosela al orden internacional que actuará por medio de un sistema de seguridad colectiva. De aquí que, la prohibición o limitación de la guerra corra pareja con la seguridad en el plano colectivo y ambas se produzcan paralelamente a la debilidad o firmeza del orden jurídico-internacional existente en un momento dado.

CONFERENCIA MEDICO JURIDICA DE MONACO

Por don Eduardo de NO
General Consejeroogado

La Comisión Médico Jurídica de Mónaco celebró una reunión en la referida ciudad durante los días 18 al 20 de abril de 1974.

Esta sesión vino marcada por varios acontecimientos que la prestaron relieve singular. De una parte, en el año 1974 se cumplía el XL aniversario de su creación por el Príncipe Luis II de Mónaco, y de su sesión constitutiva en febrero de 1934. Por otra, celebraba en este año el Principado el 25 aniversario de la subida al trono de S.A.S. el Príncipe Raniero, Alto Protector de la Comisión, cuyos miembros son designados por Orden Soberana del Príncipe, quien personalmente presidió la sesión inaugural celebrada en el Salón del Trono del Palacio de Mónaco, con asistencia de altas jerarquías del Principado.

Las fechas además, resultaban extremadamente oportunas para una toma de posición y comprobación de las realidades presentes, ya que se inscribían entre la primera sesión de la Conferencia Diplomática de Ginebra, que finalizó en marzo de 1974, y la segunda sesión, prevista para 1975, reuniones ambas destinadas al examen de los Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949.

Las sesiones de trabajo se iniciaron bajo la presidencia del jurista J. C. Marquet, que lo es de la Comisión, y del Vicepresidente profesor Paul de La Pradelle, actuando como Secretario el Sr. Boeri. Además de los Miembros de la Comisión asistieron como observadores, e intervinieron en los debates en tal condición, M. Jean Pictet por el Comité Internacional de la Cruz Roja, M. de Vignes por la Organización Mundial de la Salud y el Sr. Ugo Genesio por el Instituto de Derecho Humanitario de Sanremo. Merecen destacarse entre las resoluciones acordadas las siguientes:

I.—«La Comisión toma nota del resultado de los trabajos de la primera sesión de la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la "reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados" y desea en la línea de sus trabajos anteriores aportar su contribución a una obra que considera capital para la salvaguardia de los principios de humanidad en los conflictos armados.

Afirma con fuerza el carácter autónomo y específico del derecho humanitario que tradicionalmente ha tenido como objeto proteger las víctimas de los conflictos armados en el sentido de los Convenios de Ginebra.

Juzga necesaria la prosecución de todas las investigaciones útiles para enunciar sus principios, asegurar su desarrollo, y conservar su indefectible unión con las reglas fundamentales del Derecho Internacional general, con el fin de evitar de este modo toda confusión susceptible de comprometer su afiliación.

Estima oportuno condenar, desde ahora, toda concepción del derecho humanitario que, por cualquier motivo, relacionado con la calificación del conflicto, la persona del combatiente o la desigualdad de los medios de socorro y tratamiento, conduzca a una discriminación en la aplicación de las reglas de los Convenios de Ginebra de las que deben beneficiarse todas las víctimas de los conflictos armados.

Recuerda a este respecto, su adhesión a los principios fundamentales del ejercicio de la medicina y desea que todos los progresos realizados en la organización de los socorros y tratamiento de las víctimas sean puestos a disposición de todas las Partes en conflicto».

II.—«La Comisión, refiriéndose a los trabajos de sus primeras reuniones de 1934 a 1939 sobre "zonas y localidades sanitarias".

Preocupada por la evolución presente de los conceptos de la guerra y sus repercusiones en la técnica sanitaria.

Habiendo estudiado las propuestas que se contienen en los proyectos de Protocolo adicionales a los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, sometidos por el Comité Internacional de la Cruz Roja a la Conferencia Diplomática sobre "la reafirmación y desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados" en su primera sesión de 1974.

Estima: 1.º—Que a pesar de las dificultades de su organización y funcionamiento, la creación de "Zonas y localidades sanitarias", previstas en el primer Convenio de Ginebra, ofrece, bajo el ángulo de la estrategia sanitaria, una respuesta apropiada y altamente eficaz a las características impuestas por todas las formas actualmente posibles de conflictos armados: incluidas las situaciones de guerra nuclear, con las pérdidas masivas que comportan; para el tratamiento inmediato y el tratamiento definitivo de los heridos militares.

2.º—Que las "Zonas y ciudades sanitarias y de seguridad", tal como están previstas en el IV Convenio, en beneficio de la población civil, conservan su utilidad, pero que ciertas dificultades de organización propias de ellas, no abonan su fusión sistemática con las "Zonas sanitarias para heridos militares" previstas por el primer Convenio.

3.º—Que el estatuto de las "Localidades y zonas no defendidas" y de las "Localidades y Zonas neutralizadas" propuestas por el C.I.C.R. en los proyectos de Protocolos adicionales a los Convenios de Ginebra, responda en forma adecuada a la protección de las poblaciones civiles, al

NOTAS

tener en cuenta situaciones de hecho y al no exigir la creación y funcionamiento de "Zonas sanitarias y de seguridad".

Constatando, no obstante la subsistencia de lagunas e imprecisiones en el texto de los artículos y de los acuerdos-tipo en relación a las condiciones de control y a las consecuencias de incumplimientos alegados o comprobados.

Juzgando oportuno hacer un inventario, lo más completo posible de las realizaciones episódicas que en los conflictos armados de los últimos decenios han demostrado las posibilidades reales de iniciativas improvisadas en el curso de operaciones militares.

Decide: 1.—Confiar a un grupo de trabajo el estudio de este último punto, en razón a su importancia para la busca de condiciones realistas que permitan una mejor protección de los heridos militares y civiles, así como de las poblaciones civiles durante los conflictos armados.

2.—Iniciar este inventario sistemático en relación con el Instituto Internacional de Derecho Humanitario de Sanremo y utilizando la documentación ya reunida por la diligencia del Comité Internacional de la Cruz Roja».

En una tercera resolución la Comisión: «Toma nota con satisfacción de que uno de los resultados positivos obtenidos con ocasión de la primera sesión de la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la "reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicable en los conflictos armados" ha sido la adopción, en comisión, de un proyecto de reglamentación sobre la señalización y la identificación de los vehículos aéreos de transporte sanitario. Espera y desea que el estatuto de protección de la aviación sanitaria, a la preparación del cual han contribuido de forma eficaz y feliz sus trabajos, sea definitivamente adoptado en la segunda sesión de la Conferencia en 1975, y confía en que los delegados del Principado presten su ayuda para alcanzar este resultado».

Por último, la Comisión acordó asociarse a la celebración del centenario de la Conferencia y Declaración de Bruselas de 1874, cuyos trabajos marcaron el movimiento doctrinal y el desarrollo posterior del derecho positivo, internacional en el ámbito del derecho de la guerra y agradeció a S.A.S. el Príncipe de Mónaco la distinción conferida al otorgar al decano de la Comisión, a la que pertenece desde su creación General Médico Voncken la Orden de San Carlos en su grado de Comendador, cuyas insignias le fueron entregadas personalmente por S.A.S. en recepción ofrecida en el Palacio de Mónaco.

Recensiones y Noticias de Libros

Revue de Droit Penal Militaire et de Droit de la Guerre (1973, núm. 2.º).

Este número está especialmente dedicado al Seminario sobre la enseñanza del derecho humanitario en los institutos militares, celebrado en San Remo (6-18 de noviembre de 1972) (1) y recoge todas las intervenciones de los delegados participantes. Intervinieron, entre otros, P. DE LA PRADELLE (Francia), quien disertó sobre nociones y fuentes del derecho humanitario aplicables a los conflictos armados; M. VEUTHEY (C.I.C.R.), acerca del estatuto jurídico de los combatientes; J. PICTET (C.I.C.R.), sobre las Convenciones de Ginebra de 1949; G. I. A. D. DRAFER (Gran Bretaña), sobre las necesidades militares e imperativos humanitarios; T. FARER (U.S.A.), sobre los medios ilícitos en el curso de los conflictos armados; M. BOSLY (Bélgica), de la responsabilidad de los Estados partícipes en un conflicto armado y de los individuos, en cuanto a la aplicación de las reglas de derecho humanitario; O. ORECCHIO (Italia), acerca de los métodos de enseñanza del derecho humanitario y su incorporación a los manuales de instrucciones militares; J. PATRNOGIC (Yugoslavia), sobre la enseñanza del derecho humanitario; F. KALSHOVEN (Holanda), de las represalias de guerra; J. SIOTIS (Suiza), sobre la protección de la persona en los conflictos armados carentes de carácter internacional, y finalmente P. VERRI (Italia), quien formuló algunas observaciones sobre los protocolos adicionales a las Convenciones de Ginebra de 1949. Los informes completos han sido recogidos en este número de la revista, resultando por ello de excepcional interés. (F. Morales Souviron.)

Revue Internationale de la Croix Rouge (julio, 1974).

Publica este número un interesante estudio sobre una convención relacionada con el derecho de la guerra muy poco conocida, suscrita el 26 de noviembre de 1820 entre España y el caudillo de la indepen-

(1) Ver: Seminario de Derecho Humanitario, San Remo (1972), página 114, núm. 27 de la *Revista Española de Derecho Militar*.

cia americana Simón Bolívar; se le conoce con el nombre de Convención de Trujillo. La particularidad de esta convención está en que no fueron dos países soberanos e independientes los que la suscribieron, pues España no había reconocido aún la independencia de Colombia; era, por tanto, una guerra entre la metrópoli y los súbditos rebeldes de un territorio sometido a su autoridad; en rigor una lucha entre las tropas de la madrepatria y aquellas otras insurreccionales que luchaban por su naciente independencia.

La finalidad de tal acuerdo era primordialmente aplicar a aquella contienda, largamente prolongada, los principios y usos de la guerra internacional y evitar los rigores en ocasiones crueles a que deba origen.: Tiene la novedad esta convención que puede presentarse como el más antiguo antecedente de aplicación de las normas del derecho de la guerra y en consecuencia del reconocimiento de beligerancia entre la autoridad soberana de un país y parte de los súbditos que luchan por su independencia, sin que esta última sea, sin embargo, reconocida jurídicamente. (F. Morales Souvirón.)

DE SALAS LÓPEZ (*Fernando*): *España, La OTAN y los Organismos Militares Internacionales*. Editora Nacional. Madrid, 1974.

Fernando de Salas es ante todo un militar, Coronel de Infantería Diplomado de Estado Mayor del Ejército y de la Armada con una acusada vocación para una profesión que ha ejercido con indudable éxito, y al mismo tiempo es un Licenciado en Derecho que no sólo ha colaborado con la Justicia Militar como Defensor ante Consejos de Guerra, sino también como conferenciante en nuestra Escuela de Estudios Jurídicos.

Según se deduce de la dedicatoria que figura en el libro, Fernando Salas quiso escribir una obra de divulgación para la oficialidad del Ejército, pero también se deduce de su título y de la editora que lo ha publicado, que lo ha hecho buscando un público más amplio al que informar de cuestiones tan importantes como las alianzas militares.

Pero detrás de su vocación militar se esconde una formación jurídica que se pone de manifiesto en el estilo, en la sistemática y en el método utilizado para escribirla.

Por eso podemos decir que nos encontramos ante una obra de Derecho Militar de verdadero interés para quienes por nuestra profesión venimos obligados a manejar textos internacionales que muchas veces no son fáciles de encontrar y sobre todo difíciles de interpretar sin la guía que nos brinda el autor.

La primera parte del libro nos expone una breve historia de las alianzas militares y en especial de las modernas alianzas militares de carácter permanente en paz. A continuación y minuciosamente nos des-

cribe la OTAN, tanto en lo que se refiere a su estructura como a sus actividades.

En una tercera, nos define la política militar y las ideas básicas que informan los criterios orgánicos modernos, y, por último, estudia las utilidades orgánicas del Ejército español, la Ley Orgánica de la Armada, el Proyecto de Ley Orgánica de la Defensa Nacional, la política de España en relación a la OTAN y dos acuerdos entre España y Estados Unidos, así como la reciente declaración de principios hispano-norteamericanos, de 9 de julio de 1974.

Los Anexos incluyen los acuerdos, pactos y disposiciones legales de más interés sobre la materia.

En la época que nos ha tocado vivir, que se ha definido por Fisher como «la permanencia en el cambio», tienen indudable importancia los organismos multinacionales que aparecen cada vez con más fuerza y vigencia, tanto en la empresa privada como en la pública.

El libro de Fernando Salas nos permite adentrarnos en el estudio de los Ejércitos multinacionales con un estilo ameno y con conocimiento profundo de quien, como él, es militar, historiador y jurista. (*I. Díaz de Aguilar y Elizaga.*)

Neue Zeitschrift für Wehrrecht. Berlin.

Cuaderno 6 de 1973

Dr. Karl-Heinz Böhringer: *Die Freiheit der Meere* (Sobre la libertad de los mares).

Se exponen en este trabajo los antecedentes de la primera y segunda conferencia sobre el Derecho del mar, en las que por medio de convenios internacionales se confirmaron normas muy importantes de derecho consuetudinario marítimo, y se hace notar asimismo los problemas que en aquellas conferencias quedaron irresueltos (delimitación del mar territorial, zonas de interés pesquero), así como las nuevas cuestiones que han surgido como consecuencia del progreso técnico, en lo que respecta al aprovechamiento de las riquezas minerales de los fondos marinos.

El Dr. Böhringer, tras examinar al detalle las cuestiones en litigio (que en su mayoría han sido abordadas en la Conferencia de Caracas, celebrada el pasado verano), termina afirmando que se hace necesaria una solución justa, como medio de alcanzar una paz universal, ya que a este fin no basta con eliminar los medios bélicos, sino las causas que dan lugar a las guerras.

Cuaderno 1 de 1974

Dr. Karl Josef Partsch: *Menschenrechte und Überliefertes Kriegsrecht* (Derechos humanos y derecho tradicional de guerra).

Partiendo del hecho de que los Acuerdos de Ginebra contemplan al hombre solamente en una situación determinada (como prisionero de guerra, herido o perteneciente a la población civil) y no como persona singular con sus propios derechos y que la Declaración universal de los derechos humanos no cuenta con el número de ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, el autor estudia los supuestos sobre los que ambas esferas del derecho descansan, para terminar diciendo que aunque puedan reconocerse diferencias estructurales no debe olvidarse que entre el Derecho Internacional humanitario de guerra y la protección jurídica humana cabe un mutuo intercambio que posibilite su ulterior desarrollo, sin que con ello se contradigan sus correspondientes principios.

Cuaderno 2 de 1974

Dr. Hans Thierfelder: *Einige Probleme des Verfahrens zur Anerkennung als Kriegsdienstverweigerer* (Algunos problemas sobre las medidas para el reconocimiento de los objetores de conciencia).

A la vista de los Proyectos de Austria y Suiza para introducir en sus respectivas legislaciones un servicio civil, el Dr. Thierfelder hace algunas reflexiones sobre los objetores de conciencia, con particular referencia a los procedimientos actualmente aplicables en la República federal para la identificación de los auténticos objetores y que el autor considera inadecuados.

Cuaderno 4 de 1974

Franz Wickermeier: *Die Anrechnung einer zur Bewährung Ausgesetzten Freiheitsstrafe auf einen Sachgleichen Disziplinararrest* (El abono de una pena privativa de libertad sujeta a suspensión condicional en un correctivo disciplinar sobre el mismo hecho).

A la vista de las disposiciones disciplinarias y en especial de la nueva ordenanza de 21 de agosto de 1972, el autor señala las profundas modificaciones operadas en la relación entre las medidas disciplinarias y las penales impuestas por los mismos hechos, y como resultado de una investigación realizada desde los más diversos puntos de vista, expone los motivos que en interés de la seguridad y claridad en la aplicación del derecho, justifican el abono del tiempo de suspensión de condena en beneficio del corregido.

Dr. Dieter Walz: *Ton und Inhalt von Bescheiden* (Tono y contenido de las respuestas).

Las reflexiones que se hicieron en otro trabajo publicado en un número anterior de esta revista (cuaderno de mayo de 1972, pág. 104 y ss.) sobre el modo de presentar las reclamaciones y solicitudes, estimularon —según confiesa el propio autor— a analizar el «lado opuesto», es decir, a someter a juicio la forma cómo se ha de res-

ponder a tales demandas. El Dr. Dieter Walz señala al final de su estudio las normas y directrices a las que, a la luz del derecho vigente y en especial de las circulares del Ministerio de Defensa, deben atenderse los mandos militares sobre el particular.

Dr.: Jürgen Schreiber: *Die Wirksamkeit von Ernennungen Durch Unzuständige Stelle* (La validez de los ascensos otorgados por autoridades incompetentes).

Tras analizar los diversos supuestos de incompetencia, sus consecuencias y posibilidades de subsanación, el autor señala que si bien en Derecho militar cabe distinguir, al igual que en la doctrina del Derecho Administrativo entre incompetencia absoluta y relativa, las consecuencias jurídicas y especialmente las posibilidades de rectificación son muy diversas. (*Martin Bravo Navarro.*)

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

Número 52, primavera, 1971; III, 195 págs.

Publica entre otros los siguientes trabajos:

Carroll J. Tichenor: *The Accused's Right to a Speedy Trial in Military Law* (El derecho del acusado a un juicio sin demora, en el Derecho militar), págs. 1-49. El retraso en el enjuiciamiento de los inculpados o la dilatación innecesaria en la tramitación del proceso constituyen una de las más graves amenazas que acechan a los derechos individuales. Tanto el procesado como el público, el resto de los ciudadanos, tienen perfecto derecho a que el enjuiciamiento se desarrolle con prontitud y diligencia, debiéndose procurar, en bien del efecto intimidativo y de prevención general, que la aplicación procesal de la ley penal no se distancie más de lo estrictamente necesario de la fecha de perpetración de los hechos presuntamente delictivos.

James E. Bond: *A Survey of the Normative Rules of Intervention* (Estudio de las normas que regulan la intervención militar), págs. 51-76. El autor pone de relieve la considerable atención doctrinal que se ha producido en el campo del Derecho internacional respecto del fenómeno de la intervención, hecho debido en buena parte a la guerra del Vietnam. Expone y sopesa el valor de los distintos puntos de vista doctrinales y positivos que se han producido, concluyendo que tienen mucho en común con los que les precedieron históricamente.

LeRoy F. Foreman: *Religion, Conscience and Military Discipline* (Religión, conciencia y disciplina militar), págs. 77-101, detenido estudio de los campos y puntos en que puede surgir el conflicto entre las creencias y prácticas religiosas y las exigencias del orden secular del Estado, aprovechando la ocasión el autor para sugerir una serie de pautas con arreglo a las cuales establecer una clara separación entre

lo que constituye una verdadera necesidad militar y lo que no pasa de ser una mera creencia individual.

John T. Sherwood, Jr.: *The Freedom of Information Act: A Compendium for the Military Lawyer* (La Ley sobre libertad de información, verdadero compendio para el Letrado militar), págs. 103-139, exposición de los antecedentes históricos, aprobación y subsiguiente aplicación de la mencionada Ley, que es de 1966, con especial referencia al campo castrense, acentuando el autor la necesidad de interpretarla en la forma más liberal posible, de modo que la plena libertad de información en todos los órdenes sea la regla y no la excepción.

Número 53, verano 1971; V, 206 págs.

Herbert Green: *Grants of Immunity and Military Law* (El «privilegio de inmunidad» del testigo y el Derecho militar), págs. 1-37. Interesante estudio sobre el «privilegio» contra la auto-incriminación del testigo (*privilege against self-incrimination*), característico del sistema procesal anglosajón. El autor, tras analizar los orígenes históricos de la institución y su expreso reconocimiento en las normas de rango constitucional (Enmienda V), examina los diversos supuestos, tipos y usos que del privilegio caben en la práctica, tanto ante los tribunales ordinarios como militares, con expresa referencia final al impacto que sobre este verdadero «derecho fundamental» ha ejercido, en el área procesal castrense, la reciente *Organized Crime Control Act* de 1970, que ha afectado al fundamento estatutario del privilegio en cuestión.

Thomas M. Zimmer: *The German Narcotics Law* (La Ley alemana de represión del tráfico ilícito de drogas estupefacientes [la llamada popularmente *Opiumgesetz*], de 1929), págs. 165-184.

Número 54, otoño, 1971; III, 283 págs.

Donald T. Weckstein: *Federal Court Review of Courts-Martial Proceedings: A Delicate Balance of Individual Rights and Military Responsibilities* (La revisión por tribunal federal de los procedimientos sustanciados ante los Consejos de Guerra: equilibrio delicado entre los derechos individuales y las responsabilidades militares), págs. 1-81. Estudio amplio y detenido de los supuestos y circunstancias en que los tribunales ordinarios pueden intervenir, de una u otra forma, por una u otra vía, en los asuntos sometidos al conocimiento de la jurisdicción militar.

David McNeill, Jr.: *Recent Trends in Search and Seizure* (Orientaciones recientes en materia de entrada y registro en lugar cerrado), págs. 83-128; análisis de las resoluciones jurisprudenciales recientes que interpretan el sentido y alcance de la IV Enmienda constitucional, que garantiza la inmunidad personal del ciudadano y la inviolabilidad de su domicilio, papeles, documentos y efectos contra registros o retenciones «no razonables» acordados judicial o policialmente.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Charles R. Murray: *Civil Disturbance, Justifiable Homicide, and Military Law* (La alteración del orden público, el homicidio con posible causa de justificación y el Derecho militar), págs. 129-167. Estudio referido al supuesto de intervención de tropas federales en la represión de la subversión y alteración violenta del orden público, prestándose especial atención al conjunto, no bien definido, de normas legales que regulan la utilización de las armas por parte de la fuerza actuante; se consideran, en particular, la eximente de obediencia debida y los supuestos de error de hecho y de derecho.

Robert W. Gehring: *Legal Rules Affecting Military Uses of the Seabed* (Reglas jurídicas que afectan a la utilización con fines militares de los fondos marinos), págs. 168-224.

Número 55, invierno, 1972; III, 261 págs.

Conrad W. Forsys: *Constitutional Rights of Prisoners* (Derechos constitucionales de los reclusos), págs. 1-38. El autor pasa revista al sistema penitenciario vigente, tanto respecto de reclusos paisanos como militares, recogiendo las resoluciones jurisprudenciales recaídas en casos recientes, dedicando especial atención al análisis de los derechos básicos del preso o detenido en extremos tales como el tratamiento médico, libre ejercicio de su religión, la comunicación con el exterior, la segregación racial y la disciplina y sanciones carcelarias.

John T. Willis: *The United States Court of Military Appeals: Its Origin, Operation and Future* (El Tribunal de Apelaciones Militares de los EE.UU.: sus orígenes, actuación y futuro), págs. 39-93.

Jack Finney Lane, Jr.: *Evidence and the Administrative Discharge Board* (La cuestión de la prueba en los procedimientos gubernativos para la expulsión de militares del servicios activo), págs. 95-129.

John A. McHardy, Jr.: *Military Contempt Law and Procedure* (Normas sustantivas y procesales que regulan las facultades de los tribunales y autoridades judiciales militares para el mantenimiento del orden en las vistas y actuaciones judiciales, y sanciones aplicables, en vía disciplinaria o penal, a los infractores), págs. 131-167.

G.I.A.D. Draper: *The Ethical and Juridical Status of Constraints in War* (La situación actual, desde los puntos de vista jurídico y ético, de las restricciones impuestas por el Derecho internacional de guerra), págs. 169-185.

Número 56, primavera, 1972; III, 246 págs.

F Raymond Marks: *Military Lawyers, Civilian Courts, and the Organized Bar: A Case Study of the Unauthorized Practice Dilemma* (Los letrados militares, los tribunales ordinarios y los «colegios» de Abogados: estudio casuístico del dilema planteado en cuanto a la autorización o no del ejercicio de la profesión), págs. 1-80. Examen de la génesis del programa-piloto puesto en marcha en 1971 por el Departamento

mento de Defensa para ampliar las funciones de asesoría y asistencia jurídica de sus letrados en favor de los miembros de las fuerzas armadas y sus dependientes, y de las negociaciones entabladas al efecto con los Colegios de Abogados (*local Bar Associations*), cuya resistencia, según el autor, se basó más en motivos económicos que estrictamente profesionales.

Curtis L. Tracy: *Warranty and Disclaimer in Government Personal Property Sales Contracts* (Las cláusulas de garantía y de exención de responsabilidad en los contratos administrativos de venta de material o productos excedentes), págs. 107-164.

Ronald P. Cundick: *Army Nerve Gas Dumpings International Atropine* (La inmersión profunda en el océano, verificada por el Ejército, de recipientes conteniendo gases letales para el sistema nervioso: «atropina» internacional), págs. 165-209.

William R. Robie: *The Court-Martial of a Judge Advocate General: Brigadier General David G. Swaim (1884)* (El Consejo de Guerra celebrado contra un Auditor General del Ejército, Brigadier David G. Swaim, en 1884), págs. 211-240.

Número 57, verano, 1972; III, 223 págs.

Kenneth J. Hodson: *Perspective: The Manual for Courts-Martial-1948* (Una perspectiva: el Manual para los Consejos de Guerra... de 1948), págs. 1-16. Un análisis «prospectivo» de la jurisdicción militar y de sus problemas básicos.

Friedhelm Krueger-Sprengel: *The German Military Legal System* (El sistema jurídico militar alemán), págs. 17-26.

John T. Willis: *The Constitution, the United States Court of Military Appeals and the Future* (La Constitución, el Tribunal de Apelaciones Militares y el futuro), págs. 27-97.

Jordan J. Paust: *My Lai and Vietnam: Norms, Myths and Leader Responsibility* (Mai-Lai y Vietnam: normas, mitos y responsabilidad del jefe), págs. 99-187. El autor examina el estado actual de las normas y prácticas del Derecho internacional de guerra, respecto de puntos tales como la responsabilidad del mando militar, los desplazamientos de población, la guerra de guerrillas y los bombardeos aéreos, para llegar a la conclusión de que la acción bélica norteamericana en el Sudeste asiático, en líneas generales, no ha infringido la normativa internacional vigente, si bien propugna un replanteamiento de la tónica y nivel ético-jurídico de dicha normativa, haciendo hincapié en la necesidad de insistir en la forma e instrucción de las tropas combatientes en materia de Derecho de guerra.

Número 58, otoño, 1972; III, 267 págs.

Leo Kearney O'Drudy, Jr.: *The Offense of Perjury in the Military* (El delito de perjurio en el Derecho penal militar), págs. 1-70. Estudio

del artículo 131 del Código Uniforme de Justicia Militar, que tipifica el delito de falso testimonio, con quebrantamiento del juramento prestado, emitido en procedimiento judicial.

R. Rex Brookshire, II: *Juror Selection Under the Uniform Code of Military Justice: Fact and Fiction* (La selección del jurado, conforme al Código Uniforme de Justicia Militar: realidad y ficción), págs. 71-136.

John E. Kirchner: *The Law of Environmental Responsibility: A New field for the Military Lawyer* (La normativa jurídica que rige la responsabilidad para con el medio ambiente: un nuevo campo de acción para el letrado militar), páginas 137-181.

Arnold A. Vickery: *The Providency of Guilty Pleas: Does the Military Really Care?* (La pertinencia de la admisión de los reconocimientos de culpabilidad de los acusados: ¿se preocupan de ello, realmente, los tribunales militares?), págs. 209-240. (J. Hernández Orozco.)

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

Volumen XXVI, número 1 (otoño, 1971)

Arthur J. Armstrong: *The Impeachment Exception to the Exclusionary Rules: The Military's Options in the Wake of Jordan and Harris* (La excepción por razón del procesamiento a las reglas de exclusión de la auto-incriminación: opciones que se ofrecen a la jurisdicción militar, tras los «casos» U.S. versus Jordan y U.S. versus Harris), páginas 1-14.

Roy Tesler: *The Guilty Plea is Innocent: Effects of North Carolina v. Alford on Pleading under the UCMJ* (El reconocimiento previo de culpabilidad del acusado no equivale a su confesión: efectos del «caso» Carolina del Norte versus Alford, sobre esta cuestión procesal en acusaciones conforme al Código Uniforme de Justicia Militar), págs. 15-41.

Charles W. Corrdry, III: *Jurisdiction to Try Discharged Servicemen for violation of the Laws of War* (Jurisdicción competente para juzgar a los individuos de tropa licenciados, por infracciones de las normas del Derecho de guerra), págs. 63-76.

Arthur H. Rainey: *Military Law and the American Law Institute's Test for Mental Responsibility in Criminal Cases* (El Derecho militar y la prueba requerida por el American Law Institute para la determinación de la imputabilidad por razón de salud mental en los casos penales), págs. 77-86.

Thomas R. Sanftner: *The Serviceman's Legal Residence: Some Practical Suggestions* (El domicilio legal del marino profesional: algunas sugerencias prácticas), págs. 87-106.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Volumen XXVI, número 2 (primavera, 1972)

William E. Albrecht: *Recovery of Government-Funded Education Expenses from Naval Officers Who Request Discharge by Reason of Conscientious Objection* (La recuperación de los gastos hechos por el Estado en la formación y enseñanza de los Oficiales de la Armada que solicitan su baja en el servicio alegando una objeción de conciencia), págs. 157-168.

Richard L. Fruchterman: *Asylum: Theory and Practice* (El derecho de asilo: teoría y práctica), págs. 169-180.

Patrick C. Turner: *Maritime Torts and Shore Structures* (La responsabilidad por daños en el mar, cuando se infieren a estructuras portuarias), págs. 239-247.

Volumen XXVII, número 1 (otoño, 1972)

Stephen A. Dombink: *The Right to Collect Contribution or Indemnity from the United States When a Federal Employee or Serviceman is Injured* (El derecho a recibir indemnización del Estado federal cuando uno de sus empleados o marineros se lesiona), págs. 69-83.

David A. Higley: *O'Callahan Retroactivity: An Argument for the Proposition* (Posibilidad de aplicación retroactiva del precedente constituido por la decisión del Tribunal Supremo en el «caso» O'Callahan versus Parker), págs. 85-98.

James R. Lamb: *The Procuring-Agent Theory as a Defense in Drug-Sale Prosecutions* (La «teoría del agente-suministrador», como alegación de la defensa en los procesos criminales por venta de drogas estupefacientes), págs. 99-111.

Volumen XXVII, número 2 (primavera, 1973)

Bruce A. Clark: *Recent Evolutionary Trends Concerning Naval Interdiction of Seaborne Commerce as a Viable Sanctioning Device* (La evolución histórica reciente en torno a la interrupción del comercio marítimo como medida viable de imposición de sanciones), páginas 160-178.

Dennis R. Neutze: *Yardsticks of Expression in the Military Environment* (La amplitud del derecho de libertad de expresión en el medio ambiente castrense), págs. 180-203.

Donald D. Kozusko: *No-Fault Insurance and the Federal Driver: Collision of Liabilities?* (El aseguramiento de la responsabilidad sin culpa y el conductor federal: ¿conflicto de responsabilidades?), páginas 204-247.

James D. Gass: *Can the POW Convention be Enforced?* (¿Puede imponerse eficazmente el cumplimiento del Convenio de Ginebra sobre prisioneros de guerra?), págs. 248-271. (J. Hernández Orozco.)

Legislación y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

1. **Notorio error en apreciación de la prueba.—Apreciación ponderativa de la que obra en autos.—Arbitrio del juzgador.—Falta común de simple imprudencia contra las personas.—Infracción reglamentaria.—Confirmación de Sentencia.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 565, 586 - 3.º; CJM: 799; C. Circ. 18.

Sent. de 17 enero 1973 (Zona Marítima del Cantábrico). El día 22-5-71, el inculpado, Cabo 1.º Radiotelegrafista de la Armada R.R.C., conducía el turismo de su propiedad Seat 850 por la carretera local Marín-El Con, sobre las 22,15 horas, en zona de buena visibilidad y buen alumbrado, cuando en el p.k. 0,800, después de rebasar una señal limitativa de velocidad a 40 K.p.h., cruzó la calzada, por delante de dicho turismo, la pareja compuesta por J.M.M.S. y C.B.B., de izquierda a derecha; al apereibir el inculpado la irrupción de éstos en la vía, perdió el dominio de su vehículo, sin acertar a detenerlo ni hacer uso de los medios de frenado, alcanzando a ambos y arrollándolos; y continuó su marcha hacia la izquierda el turismo del inculpado, yendo a golpear sucesivamente con dos turismos aparcados. Como consecuencia del accidente se produjeron lesiones tan graves a C.B.B. que determinaron su fallecimiento, y graves a J.M.M.S., que curó en 181 días sin deformidad ni defecto; gastos de curación por 104.616 pts. y daños a los otros dos vehículos por 32.208 pts. y 8.624 pts.—*Juez Togado*. Absolución por delito de imprudencia, y apreciando falta contra las personas por simple imprudencia (art. 586 - 3.º, CP), condenó a las penas de 2.500 pts. de multa y reprensión privada.—*Autoridad Judicial*: Disintió, por entender que los hechos integraban un delito de *imprudencia simple con infracción de reglamentos* (art. 565 - 2.º - CP, en relación con el 18 C. Circ.), proponiendo cinco meses de arresto mayor y privación del permiso de conducir por dos años.—*Fiscal Togado*:

Conforme con el disentimiento en todas sus partes.—*Defensor*: Absolución libre, sin apreciar falta.—*CSJM*: Confirma, estimando que el punto básico de disentimiento se concreta a determinar si el uso que de sus facultades hizo el Juez Togado en relación con la apreciación de la prueba es el adecuado o por el contrario incurrió en notorio error en tal apreciación, ya que de no darse una equivocación clara, explícita e indudable no habrá motivo para estimar el disentimiento promovido por el Auditor de la Zona Marítima del Cantábrico, con cuyo parecer se han mostrado conformes la Autoridad Judicial de dicha Zona y la Fiscalía Togada, fundamentándose el mismo en que, a juicio del Auditor, el Juez Togado incurrió en evidente y notorio error en la apreciación de la prueba obrante en autos por los razonamientos que en el dictamen se expresan, y que se recogen en el cuarto Resultando de esta Sentencia, por juzgar que el inculpado circulaba con su vehículo a mayor velocidad que la autorizada de cuarenta kilómetros por hora, por cuyo motivo infringió el artículo 18 del C. Circ., dando mayor relevancia el citado Auditor al informe de la Policía de Tráfico que al del señor Ingeniero Jefe de la Jefatura Provincial de Carreteras de La Coruña, al contrario de lo efectuado por el Juez Togado, que se atiende principalmente a este último informe en congruencia con la prueba testifical aportada a la causa (CONSIDERANDO 1).—Como anteriormente se dice, para que pueda existir notorio error en la apreciación de la prueba, es preciso, según constante jurisprudencia de esta Sala que, entre otras, se recoge en la sentencia de dos de abril de mil novecientos sesenta, que se contemple manifiesta discrepancia entre lo que la sentencia examinada haya declarado cierto y lo que de modo patente resulte de las actuaciones, ya que la frase de notorio error empleada por la Ley, ha de entrañar una oposición evidente entre los hechos que se dan como probados y la misma prueba practicada, hemos de analizar si tales circunstancias se dan en el caso planteado, y de un examen del conjunto de la prueba aparece que si se tiene en cuenta lo cerca que estaba el inculpado R.R.C. de su domicilio en el momento de ocurrir el accidente, unido a lo expuesto en el informe de la Jefatura Provincial de Carreteras de La Coruña y a lo declarado en el acto de la vista por el único testigo presencial del accidente al relatarlo de que la velocidad del coche del inculpado era la normal, nos lleva a la conclusión de que la apreciación ponderativa de la prueba afectuada por el Juez Togado en consonancia con las atribuciones que le otorga el artículo 799 del CJM es congruente y no puede, por tanto, tacharse aquella de errónea, al no dar como probado que el mencionado vehículo PO circulase a más de cuarenta kilómetros por hora, máxime si se considera que no debe darse gran relevancia, como lo ha hecho el Auditor en su dictamen, a los destrozos que se produjeron en los otros vehículos aparcados, puesto que consistieron en abolladuras de chapa sin afectar para nada a otros elementos más resistentes, y es sabida la poca consistencia de aquélla, llegándose con todo ello a la opinión

de que no hay motivos para el disentimiento promovido (CONSIDERANDO II).—Es acertada la calificación jurídica que de los hechos probados ha formulado el Juez Togado en el considerando segundo de su sentencia de seis de abril de mil novecientos setenta y dos al estimarlos constitutivos de la falta contra las personas por simple imprudencia, prevista y penada en el número tercero del artículo 586 del CP, ya que como ha declarado la jurisprudencia en sentencia de ocho de junio de mil novecientos sesenta y cinco, la falta contra las personas de este precepto no es de naturaleza intrínseca diversa a la del delito de simple imprudencia del párrafo segundo del artículo 565 CP, y de éste difiere únicamente en la ausencia del elemento normativo de infracción reglamentaria, que es aditamento necesario para convertir la falta en delito; mas en uno como en otro supuesto, lo que es insoslayable es la constancia de la acción imprudente reflejada en un comportamiento concreto en las premisas de hecho y que se dieron en el caso examinado, como se expone en el aludido considerando de la sentencia discutida (CONSIDERANDO III).

Se impone al inculpado las penas de 2.500 pts. de multa, sustituibles por 10 días de arresto subsidiario, reprensión privada y privación del permiso de conducir por 2 años.

2. Insulto a Centinela.—Enajenación mental incompleta.—Legítima Defensa incompleta: Necesidad de agresión ilegítima.—Antecedentes del procesado a efectos de fijación de pena.—Atenuantes calificadas: Rebaja de pena por concurrencia de la mayor parte de los requisitos de la respectiva eximente.—Fraude.—Falta grave de quebrantamiento de arresto.—Libre apreciación de la prueba.

PRECEPTOS ESTUDIADOS: CJM: 185 - 1.º; 185 - 4.º; 186 - 1.º; 189 - 2.º; 192; 193; 308 - 2.º; 403; 437 - 8.º; 787; 799.

Sent. 17 enero 1973 (Capitanía General de Canarias). En la mañana del día 31-8-68, los procesados D.R.S. y P.A.D., que se encontraban cumpliendo arresto en la Sección de Trabajos, salieron a trabajar a la adobera del Acuartelamiento del Grupo Ligerero Sahariano, bajo la vigilancia del legionario P.D. que en concepto de tal tenía la consideración de Centinela. Sobre las 10,30 horas, el procesado A. solicitó permiso para satisfacer sus necesidades fisiológicas, que le fue concedido. A su vuelta, como observara que el vigilante P.D. le daba la espalda, le atacó con un adobe, golpeándole en la cabeza y tirándolo al suelo, y al intentar éste sacar la pistola para defenderse, se abalanzó sobre él el otro procesado D.R.S., que le golpeó con una pala en la mano, con lo que lo desarmó, quitándole la pistola, que arrojó fuera de su alcance

y emprendiendo la huida; por su parte, A. se apoderó de la pala, golpeando repetidamente al vigilante y huyendo a continuación, tras tomar del suelo la pistola que llevó consigo un trecho y abandonó posteriormente. Ambos fueron detenidos poco después por una patrulla salida en su busca, recuperándose el arma. P.D. sufrió heridas que curaron el 5 de octubre, produciéndose gastos de curación por 3.824 pesetas. Sometido P.A.D. a reconocimiento psiquiátrico, se determinó que padece psicopatía grave con hábitos toxicómanos, declarándose su inutilidad para el servicio de las armas y la responsabilidad por sus actos; P.A.D. había sido condenado anteriormente por delito de Deserción, y D.R.S. por delito de Insulto a Superior.—*C.G. ordinario*: Condena a los dos procesados, como autores de un delito de Insulto a Centinela (art. 308 - 2.º CJM), concurriendo atenuante (1.º art. 186 en relación con art. 185 - 1.º CJM) en A., a 12 años y 1 día de reclusión a cada uno y como autores de falta grave de quebrantamiento de arresto (art. 437 - 8.º CJM) a 2 meses y 1 día de arresto militar a cada uno; y absolvió por el delito de Fraude de que venían acusados.—*Defensores*: Alegaron solicitando el disentimiento.—*Auditor*: Propuso la aprobación.—*Capitán General*: Disintió por entender que la atenuante apreciada en A. es calificada y debe rebajarse la pena al grado inferior; y que en D.R.S. concurre la atenuante calificada de legítima defensa incompleta; debiendo imponerse la pena de 6 años y 1 día de prisión y 4 años de prisión respectivamente, y mostrándose de acuerdo en la corrección de la falta grave y en la absolución por el fraude.—*Fiscal Militar*: Confirmación de la Sentencia, de acuerdo con la tesis del Auditor.—*Defensores*: 6 años y un día de prisión para P.A.D. y absolución o alternativamente 3 años y un día de prisión para D.R.S., aceptando los correctivos por falta grave.—*CSJM*: revoca, pues si bien *dada la unánime conformidad del Auditor y de la Autoridad judicial con los pronunciamientos de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra en lo que respecta a la declaración de hechos probados y a la calificación legal de los mismos, que no han sido objeto de discusión ni debate a efectos de disenso, apareciendo los primeros como acertada expresión de la valoración de la prueba y siendo correcta y ajustada a Derecho la segunda, la Sala acepta los referidos pronunciamientos, estimando que los hechos perpetrados son efectivamente constitutivos de un delito consumado de insulto a centinela previsto y penado en el número segundo del artículo 308 del CJM y de una falta grave de quebrantamiento de arresto prevista y sancionada en el artículo 437 número ocho del mismo Código; no integrando por el contrario, delito de Fraude, por los propios fundamentos expuestos en el primer considerando de la propia sentencia (CONSIDERANDO 1).*—*Centrada la cuestión planteada en el disenso respecto al procesado P.A.D., en la apreciación de la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal concurrente, al discrepar la Autoridad Judicial del criterio del Consejo de Guerra y del Auditor que estimó como circunstancia atenuante no calificada prevista en el número primero del artículo 186 del CJM la exi-*

mente incompleta del número primero del artículo 185 del mismo Cuerpo Legal, siendo así que, a juicio de la propia Autoridad Judicial, debió apreciarse dicha atenuante como calificada, contenida en el número segundo del artículo 189 del repetido Código, con la obligada consecuencia, según preceptúa el artículo 193 del mismo, de rebajar la pena al grado inmediato inferior; es visto que, efectivamente, la resultancia de hechos probados evidencia que el procesado P.A.D. padece psicopatía grave, con hábitos toxicómanos, hasta el punto de que ha sido declarado inútil total para el servicio de las armas; y si bien el informe psiquiátrico lo considera responsable de sus actos, lo que excluye la estimación de aquella dolencia psíquica como causa de exención de la responsabilidad criminal, no cabe duda de que la conciencia y la capacidad volitiva del sujeto, aun sin aparecer totalmente anuladas, sí están, en relación con la comisión de los hechos de autos, visiblemente disminuidas, como el propio Consejo de Guerra apreció al estimar la concurrencia de la circunstancia atenuante, primera del artículo 186 en relación con la exigente primera del artículo 185, ambos del CJM. El motivo de discrepancia entre el fallo del Consejo de Guerra y el acuerdo de disenso de la Autoridad Judicial en este punto reside sustancialmente en el grado mayor o menor de disminución de las facultades mentales y volitivas del procesado. A este respecto es de considerar que, dada la imposibilidad de determinar la concurrencia de alguno o de la mayor parte de los requisitos integrantes de una exigente que, como la de privación de razón, es única e indivisible al no venir legalmente definida por la descripción de diferentes elementos componentes de su concepto, es obligado atender para su apreciación como exigente incompleta en calidad de atenuante ordinaria o bien de atenuante calificada, no al mayor o menor número de requisitos que falten para la completa exención de responsabilidad, sino al diferente grado e intensidad de la enfermedad o alteración psíquica del sujeto, ya que entre la salud y la locura no hay siempre una separación perfecta y sí grados intermedios; y es claro que en el supuesto de autos son extremos declarados probados en la resultancia fáctica de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra que, según el informe facultativo aportado al procedimiento, la psicopatía que afecta al procesado P.A.D. se califica de grave, que tal enfermedad concurre con otro agente morboso, la toxicomanía habitual, lógicamente agudizador de aquélla, y que todo ello ha determinado la exclusión del procesado del servicio de las armas por inutilidad total. Si a esto se agrega, como el propio Resultando de hechos probados de la sentencia disentida admite, la conjunción de factores de tan acusada influencia en la conducta delictiva del sujeto como son las duras condiciones de su permanencia como arrestado en la Sección de Trabajos, en el Sahara y en los rigores del mes de agosto, resulta claro que el procesado tuvo lógicamente, dada su inestable personalidad, que sufrir una obnubilación de su conciencia de intensidad considerable, conjugándose de este modo una serie de estímulos morbosos que influyeron en alto

grado en la comisión del delito, en cuya perpetración actuó el sujeto con grave disminución, aunque no privación total, del control de sus propios actos. Por lo que se está en el caso de admitir como fundado el primero de los motivos de disenso planteados; y, en consecuencia esta Sala de Justicia aprecia que concurre en el procesado P.A.D. la circunstancia atenuante calificada prevista en el número segundo del artículo 189 del CJM en relación con el número primero del artículo 185 del mismo Cuerpo Legal, siendo por ello obligado rebajar en un grado la pena señalada al delito, por imperativo del artículo 193 del citado Texto Legal Castrense (CONSIDERANDO III).—Que respecto al procesado D.R.S. la cuestión planteada en el disenso parte de la diferencia entre el criterio manifestado en la sentencia del Consejo de Guerra, confirmado por el Auditor, en el sentido de no apreciar en dicho procesado la concurrencia de circunstancia alguna modificativa de la responsabilidad criminal, y la opinión de la Autoridad Judicial de que debió haberse estimado la circunstancia atenuante de legítima defensa incompleta, prevista en el artículo 186, párrafo primero, en relación con el 185, párrafo cuarto, y párrafo segundo del artículo 189 del CJM, por cuanto entiende que D.R.S. intervino una vez iniciado el delito por el otro procesado, dando golpes con la pala que usaba a la mano del Vigilante en que éste portaba el arma, ante la inminencia del peligro de ser acometido por disparos, en situación que hay que interpretar como autodefensa por falta de hechos contrarios y el principio «in dubio pro reo». Pero este motivo de disenso no puede ser estimado, porque pugna con la apreciación de la prueba hecha por el Consejo de Guerra con arreglo a su conciencia y racional criterio, que en la valoración de los elementos de juicio sometidos a su consideración es libre y soberano, como se desprende de los artículos 787 y 799 del CJM, y que sólo puede impugnarse por la vía del error notorio, que no se aprecia en la sentencia disentida; y a mayor abundamiento, para poder apreciar la eximente incompleta de legítima defensa es requisito esencial y necesario que la agresión que se repele sea ilegítima, sin que la ausencia de este requisito permita la estimación de tal circunstancia ni siquiera como atenuante, y de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra no cabe deducir que por parte del centinela atacado existiese tal agresión ilegítima, siendo así que él fue el primeramente agredido y su actitud de intentar hacer uso del arma era no sólo un medio de defensa sino incluso el cumplimiento de un deber; por lo que se está en el caso de aceptar el pronunciamiento del Consejo de Guerra de no apreciar en el procesado D.R.S. la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal; lo que, en definitiva, supone que no deba admitirse como fundado el segundo de los motivos del disenso planteado (CONSIDERANDO IV).—Que, en consecuencia, para la determinación concreta de la pena a imponer, ha de atenderse, en cuanto a la correspondiente a la participación del procesado A. en el calificado delito de insulto a centinela, a la regla contenida en el artículo 193 del CJM a cuyo tenor procede la imposición de la pena

inferior a la que tenga señalada al delito en la extensión que se estime justa; y respecto a la participación en el mismo delito del procesado D.R.S., debe atenerse la Sala, conforme lo establecido en el artículo 192 del CJM, a la personalidad del delincuente, a sus antecedentes, a la trascendencia del hecho, al daño producido al servicio y a la clase de pena fijada; y respecto a la falta incidental de Quebrantamiento de Arresto, habrá de observarse respecto al correctivo a imponer a ambos inculcados, la regla contenida en el último párrafo del artículo 415 del repetido Cuerpo Legal (CONSIDERANDO V).

Condena a P.A.D. a 6 años y un día de prisión militar; a D.R.S. a 12 años y un día de Reclusión militar; corrige a ambos con dos meses y un día de arresto militar; absuelve por el delito de Fraude.

- 3. Insulto a Superior.—Atenuante calificada de inmediato abuso de autoridad.—Falta grave de abuso de autoridad.—Condición militar del legionario procesado no licenciado a pesar de transcurrido el tiempo de su compromiso.—Pena inferior a la de prisión militar.**

PRECEPTOS CITADOS: CJM 186-5.º; 189-3.º; 193; 239; 321-3.º 434; 799.—R.O. 20 septiembre 1920.

Sent. 31 enero 1973 (9.º Región Militar). Sobre las 9,20 horas del 29 de abril de 1972, cuando el legionario M.C.Y. (que se había enganchado en La Legión por tres años el 15 de abril de 1969) se encontraba formado en filas en el Acuartelamiento de su destino en Melilla, no dejaba de hablar pese a la repetida prohibición ordenada por el Cabo 1.º P.N.T., acabando éste por propinar a aquel un par de bofetadas, contestando el legionario, bebido pero no embriagado, «que por qué le pegaba», «que todavía no habían tocado silencio», volviendo el superior a corregirle de obra, por insistir en su actitud rebelde, replicando el procesado con un puñetazo que dio en el rostro del Cabo 1.º; agarrándose ambos y cayendo al suelo donde fueron separados, sin que se derivasen lesiones ni gastos de curación para el ofendido.—C.G. ordinario: Condenó por delito de maltrato de obra a superior en acto de servicio, aunque no de armas (art. 321-3.º CJM) a la pena de 1 año de prisión militar.—Autoridad Judicial: Disintió, aceptando el relato de hechos y calificación jurídica, con la atenuante calificada de haber precedido abuso de autoridad (art. 189-3.º CJM), proponiendo la imposición de la pena de 6 meses, y 1 día de prisión militar y la corrección del Cabo 1.º como autor de una falta grave de abuso de autoridad (art. 434 CJM).—Fiscal Militar: Confirmación de la Sentencia.—Defensor: Revocación según el criterio del disenso. CSJM: Revoca, porque si bien se halla dentro de la facultad del Consejo de Guerra el apreciar o no la circunstancia atenuante de haber pre-

cedido maltrato de obra por parte del superior, al recogerse tal extremo en los hechos probados de la sentencia, se hacía necesario fundamentar en los Considerandos de la misma, los motivos que inducían a la falta de apreciación de aquella circunstancia, por lo que al no hacerlo así resulta procedente el disentimiento que de dicha sentencia ha formulado la Autoridad Judicial de acuerdo con su Auditor, al amparo del art. 798 CJM, por estimar que dicho fallo no se hallaba ajustado a la ley (CONSIDERANDO I).—Los hechos declarados como probados en el primer Resultando de esta sentencia y que en su día lo fueron también por el Consejo de Guerra, constituyen un delito de insulto de obra a superior de categoría inferior a Oficial en acto de servicio, aunque no de armas, previsto y penado en el artículo 321, número tercero del CJM sin que quepa dudar de la condición militar del procesado, en cuanto no se había recibido en su Unidad la orden de licenciamiento y se hallaba sometido, en consecuencia, a los preceptos del CJM, según establece de una manera concreta para los miembros de la Legión la Real Orden de cuatro de septiembre de mil novecientos veinte (CONSIDERANDO II).—Concurre en los hechos —tal como estimaron la Autoridad Judicial con su Auditor—, la circunstancia atenuante calificada del número tercero del artículo 189 del Código de Justicia Militar, en cuanto precedió por parte del superior, inmediato abuso de autoridad a la acción delictiva del procesado, por lo cual en virtud de lo dispuesto en el artículo 193 en relación con el párrafo sexto del artículo 239, ambos del Código castrense, procede imponer la pena inferior a la correspondiente al delito y en este caso, a los solos efectos de penalidad, estimar el hecho como falta grave (CONSIDERANDO IV).

Condena a M.C.Y., como autor de delito de Insulto a superior, considerado a efectos de penalidad como falta grave —al correctivo de 6 meses de arresto militar; y llama la atención de la Autoridad Judicial sobre corrección del Cabo 1.º P.N.T. por falta leve.

4. Deserción al extranjero.—Consumación.—Tentativa.—Notorio error en la apreciación de la prueba.—Agravante de reiteración.—Libertad en la apreciación de las circunstancias modificativas, y arbitrio en la fijación de pena.

PRECEPTOS CITADOS: CJM 184; 187 - 12.º; 192; 370 - 1.º; 374.

Sent. 14 febrero 1973 (9.º Región Militar) El recluta legionario J.P.CH. abandonó injustificadamente la Unidad de instrucción de su Tercio, faltando a la lista de retreta del 26 de marzo de 1972, vestido de paisano, saliendo de Melilla e internándose en territorio de Marruecos, llegó a Bensaid, donde posteriormente y en fecha que no consta fue aprehendido por la Gendarmería que lo ingresó en la cárcel, permaneciendo en territorio extranjero hasta ser repatriado el 11 de abril

siguiente, en que quedó detenido, y luego preso en el Fuerte Militar de Rostrogordo. Anteriormente fue condenado por la J.O., en Sent. de 5 mayo 1970 a dos penas de 5.000 pts. de multa por sendos delitos de robo; y en la de 8 mayo 1972 a 1 año y 6 meses de prisión menor por tentativa de violación.—*C.G. ordinario*: dando como probado que fue aprehendido «inmediatamente», condenó a 1 año de prisión militar por delito de Deserción al extranjero en grado de tentativa.—*Voto particular del Vocal Ponente*: discrepó de que esté probado que el procesado fuese detenido «inmediatamente», y calificó los hechos, con cuyo relato restante está conforme, como delito consumado de deserción al extranjero.—*Autoridad Judicial*: Disintió mostrándose de acuerdo con el voto particular del Vocal Ponente, entendiendo que la cuestión se centra en la debatida de la aplicación de los principios generales relativos a los grados de ejecución del delito en relación con las particulares características del delito de Deserción y más concretamente si pueden darse en el mismo los grados imperfectos de tentativa y frustración; parte de la incertidumbre, en primer lugar, respecto del momento de la detención del procesado, y si ésta tuvo lugar antes o después de los tres días a partir del toque de retreta del 26 de marzo de 1972, constando sólo que el procesado que voluntariamente se ausentó de su Unidad y se internó en territorio marroquí en la indicada fecha no fue devuelto a las Autoridades Españolas hasta el 11 de abril siguiente, ignorándose por tanto tal extremo del que no hay constancia ni pudo haberla por omitir tal información las autoridades marroquíes. Con independencia de tal circunstancia, resulta irrelevante el conocimiento de tal extremo pues según reiterada jurisprudencia de propio CSJM, el delito de deserción se comete por la ausencia voluntaria de la propia Unidad, por acto de libre determinación, colocándose fuera del control militar de sus jefes naturales, durante el plazo de tiempo que la Ley señala, siendo necesario admitir que ésta era la voluntad del procesado y que el requisito formal se ha cumplido cualquiera que fuese la intervención de la policía marroquí, pues basta la mera posibilidad de no poder reintegrarse por cualquier causa a su Unidad, circunstancia que no podía serle desconocida al desertor al internarse en territorio extraño a nuestra soberanía, para considerar consumado el delito de Deserción. Otro criterio distinto conduciría a soluciones contradictorias con el parecer mantenido tradicionalmente que exige el ánimo o intención en el agente de eludir el requisito formal de transcurso del plazo que la Ley señala, y así se desprende de las sentencias de ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y ocho y veintinueve de mayo de mil novecientos cincuenta y nueve del Consejo Supremo de Justicia Militar. El delito enjuiciado debe ser calificado como de Deserción al Extranjero en tiempo de paz y en grado de consumación, con la agravante de reiteración (arts. 370 - 1.º, 374 y art. 187 - 12.º CJM), condenándose al procesado J.P.CH. con la pena de dos años de prisión militar y accesorias correspondientes (RESULTANDO VI).—*Fiscal Militar*: De acuer-

do con el Vocal Ponente y el Auditor, propone la revocación, y que se condene al procesado a la pena de dos años y seis meses de prisión militar, como autor del delito consumado de desertión al extranjero con la agravante de reiteración.—*Defensor Confirmación.*—CSJM: *Revoca, pues, centrada la cuestión planteada en el disenso en la diferencia entre el criterio mantenido por el Consejo de Guerra, de una parte, y por el Auditor, y la Autoridad Judicial, de otra, respecto al grado de ejecución del delito en relación con las particulares características de la figura punible de desertión, es de estimar en primer término que el Consejo de Guerra incurrió en error notorio en la apreciación de la prueba al declarar como hecho probado en el Primer Resultando de la sentencia que el procesado Legionario J.P.CH., una vez internado en el territorio marroquí y llegado a Benisaid, fue aprehendido inmediatamente por la gendarmería del vecino país, siendo así que lejos de existir elemento de juicio alguno en el procedimiento que autorice a suponer tal detención inmediata, dicha afirmación pugna, por el contrario, con la propia declaración prestada en autos por el encartado, el cual tiene manifestado, y posteriormente ratificado en la declaración indagatoria, que cuando se ausentó de su Unidad, se dirigió a la frontera de Marruecos y la atravesó andando en dirección a Benisaid, a donde llegó en el coche de un musulmán que lo había recogido y en cuya casa durmió, y a la mañana siguiente salió a dar un paseo por la población y fue detenido por la Gendarmería; elemento de juicio que, si bien no constituye en sí una prueba evidente acerca del momento preciso de la aprehensión del desertor, sí contradice la declaración formulada en la sentencia de que dicha aprehensión fue inmediata, contradicción que justifica la discrepancia del Voto Particular del Vocal Ponente en cuanto a la relación de hechos probados que contiene la sentencia (CONSIDERANDO 1).—Independientemente de la consideración anterior, y relevante a efectos de apreciación del grado de ejecución del delito, como en general lo es la determinación del momento de la aprehensión del culpable, sea anterior —como gratuitamente afirma la sentencia disentida— sea posterior al transcurso del plazo legal de tres días; lo cierto y claramente probado en los autos es que el procesado, por un acto libérrimo de su voluntad, se ausentó injustificadamente de la Unidad de su destino el día veintiséis de marzo de mil novecientos setenta y dos y se internó en territorio no sujeto a la soberanía Nacional, permaneciendo ausente en país extranjero hasta el día once de abril del mismo año, plazo holgadamente superior al de los tres días consecutivos que exige el apartado primero del art. 370 CJM para la íntegra perfección del ciclo constitutivo del delito de desertión; toda vez que, iniciados por el culpable los actos de ejecución del delito, sin que conste en manera alguna ni existan indicios de que en su ánimo tuviera la voluntad de regresar a su Unidad antes del transcurso del término establecido en el citado precepto —antes bien, de su actuación parece deducirse lo contrario—, tales actos libres de ejecución produjeron efectivamente el resultado, úni-*

camente a él imputable, de la continuidad en la situación de ausencia prolongada con exceso sobre el lapso de tiempo que la Ley señala, completándose así en la totalidad de sus elementos el tipo penal prefigurado en los arts. 374 y núm. primero del 370 del citado Código Castrense; porque lo cierto es que por el hecho de ausentarse de territorio nacional, quedaba, y lo sabía, sujeto a Autoridades extrañas a nuestra soberanía y es principio jurídico incontestable, que se deduce de la normativa penal castrense, que la única circunstancia que cabe esmar como causa de interrupción de la consumación del delito de deserción es la de quedar antes del transcurso legal de los tres días consecutivos a disposición de las Autoridades nacionales; de lo que necesariamente ha de concluirse que el hecho de ser detenido el desertor por Autoridades extranjeras es indiferente a tales efectos, a menos que éstas lo entreguen a aquéllas antes de completarse el indicado lapso de tiempo. Doctrina concordante con la que ya fue sentada por esta Sala de Justicia, en sentencia de veintinueve de Mayo de mil novecientos cincuenta y nueve, al considerar que «constando realizados todos los actos de ejecución del expresado delito, según lo prefigura el precepto legal definidor, alcanzó aquél entera consumación y ello patentiza el notorio error con que el Consejo de Guerra estimó la transgresión en grado de tentativa, ya que esta requiere fundamentalmente para darse, conforme al art. 184 CJM, que el evento —aquí, faltar tres días de la Unidad— no se produzca, mas una vez acaecido el resultado, en su objetividad, queda perfeccionada la infracción penal y el que fuera o no aprehendido el culpable antes de pasar los tres días mencionados podrá contemplarse desde el punto de vista de la voluntariedad de conducta y de la consiguiente imputabilidad de los actos, pero en nada afecta a que el ciclo constitutivo del delito se halle, como se halla, completo». Por todo lo cual se está en el caso de admitir como fundado el motivo de disenso planteado (CONSIDERANDO II).—En consecuencia de todo lo expuesto, los hechos que se declaran probados en el primer Resultado de esta sentencia son constitutivos de un delito de deserción al extranjero en tiempo de paz, sin circunstancias calificativas y en grado de consumación, previsto y penado en el art. 374 CJM, en relación con el apartado 1.º del art. 370 del mismo Código (CONSIDERANDO III).

Condena a dos años de prisión militar por delito consumado de deserción al extranjero.

- 5. Quebrantamiento de consigna.—Cohecho.—Falsedad en documento público: Falta a la verdad en la narración de los hechos; alteración de las fechas verdaderas; suposición de intervención de personas que no la han tenido.—Calumnia a Autoridades militares: «animus»; dolo específico.—Extralimitación en el ejercicio del mando.—Autoría por inducción: no existe la coacción suficiente.—Obediencia debida: no concurre por constar la ilicitud de la orden. Extensión de las penas: pena inferior en grado a la de tres años de prisión.—Aprobación de Sentencia.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 14 - 2.º; 302 núm. 2.º, 4.º y 5.º; 318, 385, 389, 391, 453.—CJM: 52 núms. 9 y 11, 185-12.º, 189-3.º, 192, 193, 209, 231, 237, 315, 334, 357, 391, 798, 799.—O. 23 julio 1942.—O. 4 mayo 1943.

Sent. 7 de marzo de 1973 (4.ª Región Militar). El procesado, Comandante de la G.C., don A.C.L., ostentando los cargos de Jefe y 2.º Jefe de Información, puesto en contacto con el paisano P.P. (en rebeldía) concertó en noviembre de 1970 la introducción clandestina en España de un cargamento de tabaco, conviniéndose en que el Comandante esperaría el camión en cierto cruce de carreteras, donde se haría cargo de él hasta salvar los controles de vigilancia, para seguir destino a Tarrasa. El 15 de diciembre de 1970, un camión Pegaso conducido por el paisano J.C. (en rebeldía) atravesó la frontera por una pista de montaña con un cargamento de cigarros puros de entre cinco y seis mil kilos, y al llegar a las proximidades de E... fue detenido por los también procesados, Sargento de la G.C., don F.R.P. y Guardia 2.º V.A.M. del mismo Grupo de Información, que conociendo por confidencia la próxima llegada del camión, había acudido a aquel lugar para montar el oportuno servicio; detenido el vehículo, ordenaron al conductor que siguiera hacia S..., y poco después le salió al paso el paisano rebelde P.P. con su coche Seat 1.500 y tras parar al camión, pretendió que los Guardias dejaran circular libremente la mercancía, pues afirmaba que de ello tenía conocimiento su Jefe y como no accedieran aquéllos, continuó el viaje hasta el cruce donde se encontraba el Comandante C. el cual indicó al Sargento R y Guardia A. que debían dejar pasar el camión, negándose ellos hasta que después de una discusión dijeron que para ello era preciso avisar al Capitán de la Compañía don J.P.C., el cual acudió y, enterado por el Comandante C. del propósito que se perseguía, se opuso abiertamente, y accedió finalmente, así como el Sargento R. y el Guardia A. a que, para justificar el servicio, se efectuara una aprehensión parcial de la mer-

cancía en el turismo del paisano P.P., permitiendo que el resto del contrabando regresara con el camión a su punto de origen (RESULTANDO I). El Comandante C., al explicar su propósito al Capitán P., al Sargento R. y al Guardia A. y pedir su colaboración para dejar pasar el camión con la mercancía, para inclinar su voluntad, les hizo la manifestación, totalmente incierta, de que en el asunto estaban implicados el General Jefe de la Zona y otros Jefes de la G.C. (RESULTANDO II).—Al llegar la noche, el camión fue conducido a un garaje de S..., donde se procedió, en presencia del Sargento R. y Guardia A., a trasladar al turismo Seat 1.500 una parte de los cigarros puros que aquél portaba, con un peso de unos doscientos ocho kilos, sacando el turismo hasta las proximidades del cementerio, donde a la mañana siguiente se levantó acta de ocupación, consignándose como fecha la del día 15 y figurando como lugar de la aprehensión un paraje próximo al en que se había montado el servicio y como cantidad aprehendida la depositada en el turismo; siendo extendida el acta por el Sargento R y Guardia A. y Guardia A.C.O., perteneciente a la misma Compañía, el cual previamente había sido informado de que el contenido del acta no correspondía a la realidad de los hechos. Continuando después su viaje el camión con el resto de la mercancía, cuyo efectivo destino se desconoce (RESULTANDO III).—*C.G. de Oficiales Generales:* Delitos de quebrantamiento de consigna (art. 357 CJM) y falsificación de documento público (art. 302 núm. 4.º CP) de que acusaba el Fiscal J.M. Autores: del primero, Comandante C. (3 años y 1 día de prisión con la accesoria de separación del servicio), Capitán P. (6 meses de arresto con el carácter de pena), Sargento R. (6 meses de arresto con el carácter de pena) y Guardia A. (4 meses de arresto con el carácter de pena), concurriendo en los tres últimos la atenuante calificada de abuso de autoridad (art. 189-3.º CJM); y del segundo, Sargento R. (2 años de presidio menor, 5.000 ptas. de multa y separación del servicio) y Guardias A. y C. (1 año de presidio menor y 5.000 ptas. de multa a cada uno). Absolvió al Guardia C. del delito de quebrantamiento de consigna, y al Comandante C., Sargento R. y Guardia A. del delito de cohecho. *Autoridad judicial:* Acordó la elevación de los autos al CSJM, por haberse impuesto penas de separación del servicio, al tiempo que acordó disentir en parte, estimando probado el delito de cohecho; que el Comandante C. cometió un delito de extralimitación en el ejercicio del mando (art. 334 CJM) y que el Capitán P. cometió un delito de negligencia (art. 391 CJM); mostrándose conforme con el resto de los pronunciamientos de la sentencia. *Fiscal Togado:* Los hechos son constitutivos de los siguientes delitos: 1.º Quebrantamiento de consigna (art. 357 CJM) siendo autores el Comandante C. Capitán P., Sargento R. y Guardia A., concurriendo en los tres últimos la atenuante calificada del art. 189-3.º CJM; 2.º Calumnia a Autoridades militares (art. 315 CJM en relación con el art. 453 CP) siendo autor el Comandante C.; 3.º Cohecho (arts. 385 y 389 CP), siendo autor el Comandante C.; 4.º Falsificación de documento público (art. 302, núm. 2.º, 4.º y 5.º, en relación

con el art. 318 CP), del que son autores los cinco procesados. *Defensores*: Los del Comandante C. y Capitán P. confirmación de sentencia; los restantes, libre absolución de sus patrocinados.—CSJM: En cuanto al error en la apreciación de la prueba la Sala, después de un detallado y obligado discernimiento sobre la apreciación de las pruebas llevadas a cabo por el Consejo de Guerra, y estudiadas especialmente las sugerencias que en relación con este extremo se contienen en el expresado dictamen del Auditor General de la IV Región Militar, hechas suyas por el Capitán General, estima que si bien existen vehementes indicios respecto al particular, puestos de relieve por el Auditor, no puede afirmarse se dé una prueba suficiente, clara y contundente como para declarar que el referido Consejo de Guerra en su apreciación haya incurrido en el error notorio a que se contrae el art. 799 CJM, ya que para formular dicha declaración tiene que darse, según ha declarado reiteradamente la Sala, una abierta discrepancia entre lo que estimen los juzgadores cierto y lo que de modo patente arrojen las actuaciones, y la realidad es que no existe una prueba de tal entidad en relación con la promesa de entrega de una cantidad al Comandante C. por parte del mencionado paisano P. como para sentar que se ha producido el mencionado error notorio, ocurriendo lo mismo en relación con la comisión del citado delito de cohecho por parte de los procesados, Sargento F.R.P. y Guardia Civil V.A.M. que también fueron acusados del mismo por el Fiscal Jurídico Militar de la IV Región (CONSIDERANDO 1).—El Fiscal de la IV Región Militar, al amparo de lo dispuesto en el art. 797 CJM, alegó en contra de la sentencia, y a fin de que ésta fuera disentida, que había infringido la misma lo dispuesto en el número 2.º del art. 14 en relación con el art. 302, núm. 4.º, ambos del CP al no considerar autor por inducción del delito de falsificación de documento público al procesado Comandante don A.C.L., y de cuyo delito había sido objeto de acusación por su parte; coincide la Sala con la opinión del Consejo de Guerra, hecha suya por el Auditor y por el Capitán General, de que está ajustada a derecho la absolución del citado procesado en cuanto se refiere a la comisión del aludido delito por faltar en su conducta y en relación exclusiva con éste la coacción moral intensa y persistente que caracteriza la inducción, especialmente si se tiene en cuenta, el tiempo transcurrido desde que se iniciaron los hechos hasta que se levantó el acta, y su total ausencia en el momento en que aquella fue redactada, sin que tampoco exista prueba suficiente para declarar autor por participación directa del repetido delito de falsificación de documento público al Capitán don J.P.C., del que es acusado por la Fiscalía Togada, pues examinada la prueba por la Sala respecto a este extremo concreto, se llega a la conclusión de que no existen suficientes elementos probatorios para sostener dicha imputación y, por tanto, se juzga correcta la postura tanto del Fiscal Jurídico Militar de la Región, como del Auditor y de la Autoridad Judicial de la misma, que en ningún momento lo consideraron autor del precitado delito (CONSI-

DERANDO II).—Como se recoge en el Resultando Octavo de esta sentencia, tanto el Auditor como la Autoridad Judicial son de parecer que el Comandante C. cometió además un delito de extralimitación en el ejercicio del mando, definido y penado en el art. 334 CJM, y el Capitán P. a su vez un delito de negligencia, previsto en el número segundo del art. 391 CJM, estimándose por la Sala en cuanto a la figura delictiva de que es objeto de acusación el citado Comandante, y de acuerdo con lo consignado por la Fiscalía Togada en su escrito de siete de noviembre pasado, que no corresponde apreciar su comisión, pues si bien es indudable que ejerció en forma indebida su autoridad o mando, no es menos cierto que esta conducta ha sido ya tipificada como delito de quebrantamiento de consigna, ya que las acciones de los procesados tuvieron como finalidad evitar la aprehensión total de la mercancía, incumpliendo con ello la consigna que tiene todo Guardia Civil en relación con la persecución del contrabando, no pareciendo en consecuencia procedente apreciar el mencionado delito por las razones antes dichas, pudiéndose aplicar, y así lo hace la Sala, igual criterio y doctrina en lo que corresponde al delito de negligencia cometido, a juicio de la Autoridad de la IV Región, de acuerdo con su Auditor, por el Capitán P. pues su actuación, al incumplir sus deberes militares, está plenamente integrada en los elementos con constituyan el delito de quebrantamiento de consigna, tal como lo configura el artículo trescientos cincuenta y siete del referido Código Castrense (CONSIDERANDO III). Los hechos que se declaran probados en el precedente Resultando Primero de esta sentencia son constitutivos de un delito de quebrantamiento de consigna previsto y penado en el art. 357 CJM, al quedar plenamente acreditado que por el personal de la Guardia Civil, entre cuyas funciones a tenor de lo dispuesto en el art. 1.º del Reglamento Militar del Cuerpo de la Guardia Civil, aprobado por orden de 23 de julio de 1942, así como en la Instrucción Primera de la Orden de 4 de mayo de 1943 en virtud del cual quedó aprobado el Reglamento para el servicio del Cuerpo, figura la de evitar el fraude, impedir, perseguir y aprehender el contrabando, deber que incumplieron notoriamente los procesados consumando el mencionado delito, cuya tipificación como característica fundamental estriba en el quebrantamiento de la consigna relacionada con una defraudación de las rentas públicas unido a la connivencia con el presunto defraudador, dándose por cometido el delito desde el instante en que, con daño para el honor militar y para la consigna que se debe de cumplir, no se lleve a efecto ésta, presupuestos todos ellos que se dan en los mencionados procesados C.P.R. y A., como con notorio acierto estimó la sentencia del Consejo de Guerra de Oficiales Generales, y con cuyo pronunciamiento se han mostrado de acuerdo, como también lo hace la Sala, el Auditor y el Capitán General de la IV Región Militar, y el Fiscal Togado de este Consejo Supremo (CONSIDERANDO IV).—Los hechos que se declaran probados en el Resultando

Segundo que antecede de esta sentencia son constitutivos de un delito de calumnia a Autoridades Militares, previsto y sancionado en el art. 315 CJM, en relación con el art. 453 CP, ya que con evidente falta de respeto, de consideración y de espíritu de subordinación al mando que debe de tener todo militar, y máximo un Jefe, no dudó el Comandante C. para vencer la oposición que encontraba en sus subordinados y para inclinar la voluntad de éstos y facilitar su propósito delictivo, en formular la manifestación absolutamente incierta y gratuita de que estaba implicado en el contrabando el General Jefe de la Zona y otros Jefes de la Guardia Civil, siendo indudable que con esta conducta y al imputar al General Jefe de la Zona un hecho que de ser cierto constituiría delito perseguible de oficio, ha consumado el referido delito definido en el art. 315 sin que tenga base a este fin la alegación del defensor de que no hubo ánimo de lesionar el honor y de que el infundio no iba dirigido a personal determinado, primero, porque si iba dirigido a persona determinada, y concretamente al General Jefe de la Zona, de quien él mismo dependía y para mayor gravedad, ante sus propios subordinados; segundo, porque el animus no quiere decir escuetamente que la finalidad buscada sea exclusivamente la de difamar, sin más, con intención sólo de hacer daño; basta el dolo específico, que aquí se da, porque, aunque el objetivo ulterior perseguido fuera el de persuadir a sus inferiores, calumnió a la Autoridad, a sabiendas del daño que causaba a su fama y prestigio, dándose en consecuencia todos los requisitos especificados en el apartado segundo del repetido art. 315 CJM, pues la calumnia se produjo en relación con el ejercicio de las funciones que al General Jefe de la Zona le corresponden (CONSIDERANDO v).—Que los hechos que se declaran probados en el Resultando Tercero de esta sentencia son constitutivos de un delito de falsificación de documento público, previsto en los números segundo, cuarto y quinto del art. 302 CP, y que sanciona el párrafo primero del mismo, en relación con el art. 318, que permite imponer la pena inferior en grado en determinadas circunstancias a los culpables, en atención a que en la conducta observada por el Sargento don F.R.P. y los Guardias V.A.M. y A.C.O. concurren las circunstancias necesarias para que su actuación se encuentre comprendida en los párrafos señalados del precitado artículo 302 CP, puesto que se ha producido por su parte una mutación o alteración de la verdad al consignar en el acta de aprehensión levantada y firmada por los citados procesados una falta a la verdad en la narración de los hechos, una alteración de las fechas verdaderas y el suponer la intervención de personas que no la han tenido, dándose el dolo de conocer los culpables la ilicitud del acto que realizaban voluntariamente, y dándose en todos ellos el carácter de funcionarios públicos, debiendo reputarse la aludida acta como «documento falso», pues si bien la cantidad realmente intervenida es la que figura en ella, se hacen constar una serie de hechos inciertos en relación con el lugar, tiempo, personas que intervinieron en la aprehensión y presuntos responsables del con-

trabando, si bien no es de apreciar en este delito de falsificación lo dispuesto por el número cuarto art. 194 CJM, considerado en un principio por el Fiscal de la Región, pues como tiene declarado este Consejo Supremo en sentencia de trece de diciembre de mil novecientos cincuenta, las actas de aprehensión no son documentos de los Ejércitos sino documentos de carácter civil, que en cumplimiento de disposiciones emanadas de otros Ministerios ha de extender la Guardia Civil (CONSIDERANDO VI).—Concurre y es de apreciar en el delito de quebrantamiento de consigna, y en relación con los procesados Sargento don F.R.P., y Guardia Civil V.A.M. la circunstancia atenuante calificada señalada en el número tercero del art. 189 del C.J.M., pues actuaron coaccionados por las aseveraciones hechas por el Comandante C. y ante la creencia de que el propio General Jefe de la Zona estaba complicado, además de otros Jefes del Instituto, como aquél les aseguró, empleando presión e insistencia abusiva para conseguir sus propósitos, sin que la apreciación de la mencionada atenuante implique el que tenga que estimarse al aludido Comandante como autor de un delito de «abuso de autoridad», según declaró en sentencias de catorce de octubre de mil ochocientos noventa y dos, y veinticuatro de mayo de mil novecientos nueve este Consejo Supremo, y en el caso de estos autos ya se ha significado el criterio de la Sala en el Tercer Considerando de esta Sentencia. No procede, en cambio, apreciar la expresada circunstancia atenuante calificada en favor del Capitán P., como lo efectuó el Consejo de Guerra de Oficiales Generales ya que no resulta procedente admitir el abuso de autoridad en relación con el mencionado Oficial por parte del Comandante, habida cuenta del empleo de aquel, de las funciones que desempeñaba de Jefe directo de los otros dos procesados, y que, como se recoge en el Primer Resultando de la Sentencia, después de conversar con el Comandante, terminó por acceder a la propuesta de éste (CONSIDERANDO VIII).—En cuanto a la apreciación también en relación con el delito de quebrantamiento de consigna de la circunstancia 12.ª del art. 185 CJM, o sea, la «obediencia debida» reiteradamente alegada por la defensa de los procesados R.P., C.O. y A.M., estima esta Sala que no es procedente su apreciación, ya que se trata de personal profesional, con perfecto conocimiento de sus obligaciones y que conocía la ilicitud de la orden, desprendiéndose que la misma infringía clara, manifiesta y terminantemente un precepto legal, como es el Reglamento Militar del Cuerpo de la Guardia Civil, citado en el Cuarto Considerando de esta sentencia, siendo doctrina constantemente mantenida que si la orden es contraria a la Ley «ignore esta circunstancia el que obedece», condición, que, como antes se indica, no puede reconocerse en el supuesto enjuiciado en estas actuaciones, sin que tampoco mediara un mandato expreso por parte del Comandante C., requisito también indispensable para aceptar la indicada circunstancia eximente, por lo cual actuó correctamente al no haberla recogido en favor de los indicados procesados el Consejo de Guerra de Oficiales Generales, sin que con-

curran ningunas otras circunstancias eximentes, atenuantes, o agravantes de la responsabilidad criminal (CONSIDERANDO IX).—Por lo que hace a la extensión de la pena a imponer dentro de la que señala la Ley, la Sala, para fijar aquella en el delito de quebrantamiento de consigna, definido y penado en el art. 357 CJM, cometido por el Comandante C., ha de tener muy en cuenta conforme a las normas contenidas en el art. 192 del citado Código, la categoría del culpable, las funciones que en el momento de cometer el delito desempeñaba, los preceptos del citado Reglamento del Cuerpo de la Guardia Civil, así como la transcendencia que el hecho revestía para sus inferiores, y en cuanto a la comisión por el mismo procesado del delito de calumnia a Autoridad militar previsto y penado en el art. 315 del propio Código, interviene de manera decisiva para fijar dentro de los límites que a la pena marca tal precepto, la inculicable conducta desde el punto de vista del honor militar y de los deberes de respeto y subordinación que se debe de guardar a los superiores del repetido procesado, que no dudó en desprestigiar ante los inferiores al General Jefe de la Zona, haciendo creer a éstos que la mencionada autoridad estaba implicada en la comisión de un hecho delictivo, participación supuesta que tuvo tal importancia y transcendencia que fue un factor preponderante en la comisión del delito de quebrantamiento de consigna por parte de los otros procesados (CONSIDERANDO X).—Como acertadamente expone la Fiscalía Togada en su escrito de acusación, el Consejo de Guerra sufrió un error al señalar la pena que por el delito de quebrantamiento de consigna corresponde a los procesados R. y A., pues no obstante concurrir en su favor la atenuante calificada del número tercero del art. 189 CJM, como quiera que la pena correspondiente al delito es de tres años y un día a seis años de prisión, la inferior en grado será de un año y seis meses a tres años (mitad del límite mínimo contado a partir de éste), siendo por ello improcedentes las sanciones de seis y cuatro meses de arresto, impuestas por el Consejo de Guerra, a los referidos procesados respectivamente, todo ello con arreglo a lo establecido en los arts. 357 en relación con el 209, 193 y, concretamente 239, párrafo segundo, CJM (CONSIDERANDO XII).—Condena: Al Comandante don A.C.L., a 6 años de prisión con separación del servicio por quebrantamiento de consigna y a 3 años y un día de prisión con separación del servicio por calumnia a Autoridades militares; al Capitán don J.P.C. a 3 años y un día de prisión por quebrantamiento de consigna; al Sargento don F.R.P. a 2 años de prisión por quebrantamiento de consigna y a 1 año y 6 meses de presidio menor por falsedad con el efecto de separación del servicio; al Guardia V.A.M., a 1 año y 6 meses de prisión por quebrantamiento de consigna y 1 año de presidio menor por falsedad; al Guardia A.C.O. un año de presidio menor por falsedad. Absuelve al Comandante C. del delito de cohecho y al Capitán P. del delito de falsedad.

6. Malversación de caudales públicos.—Fraude común.—Delito continuado.—Estafa.—Separación del servicio.—Inhabilitación absoluta.—Inhabilitación especial.—No apreciación de agravante específica, art. 194, estando el procesado en destino de carácter civil.—Aprobación de sentencia.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 394 - 2.º; 401, 403, 533. CJM: 52 - 11; 194; 231 - 3.º. D. 7 septiembre 1963.

Sent. 14 marzo 1973 (Zona Aérea de Canarias). a) El procesado, con ocasión de desempeñar el cargo de Jefe del Aeropuerto de F., con la finalidad de facilitar la administración de los fondos que recibía de transferencias de los Servicios de Infraestructura, activar los pagos y atender las necesidades de todo orden del Aeropuerto, abrió en 2 de enero de 1969, en el Banco de S., la cuenta corriente número 1329 a su nombre y apellidos en la que hizo constar su condición de Jefe del Aeropuerto para distinguirla de la suya particular a pesar de tener esta en otro establecimiento, ingresando como primera partida la cantidad de 60.938 pesetas correspondientes a libramientos efectuados en virtud de facturas justificativas de gastos que recibido el dinero se liquidaban. En dicha cuenta ingresó en los días 8 de enero, 3 de febrero y 5 de marzo de 1969, la suma de 100.000 pesetas cada mes, retirada de la cuenta oficial abierta en la Caja Insular de Ahorros, para diversos pagos oficiales, que efectuó por menor importe en los meses de enero y febrero, contabilizando erróneamente las extracciones en el Libro Oficial de Caja, y reintegrando a fines de mes su importe. También, en la misma cuenta ingresó la cantidad de 18.813 pesetas importe líquido de una transferencia remitida desde Amsterdam (Holanda), a favor del Aeropuerto por Mij Avio Diepen para pago de servicios prestados a un avión Fokker de la Compañía Spantax, aunque en la contabilidad oficial no hizo figurar el cargo ni el abono. No existe prueba en las actuaciones que permita afirmar que se apropiase el procesado de las expresadas cantidades o parte de ellas, ni que fuere esa su intención ni de que aplicase sumas a usos propios o a usos públicos distintos de los preceptuados, ni hay base en autos para poder establecer alguno de estos supuestos, Tampoco cabe concretar si todas o parte de las facturas presentadas para justificar gastos eran imaginarias ni se ha investigado si los bienes o trabajos a los que aquéllas se referían fueron realmente adquiridos o prestados, ni se ha determinado en su caso qué facturas no respondían a la realidad ni las personas que las expidieron, ni el cómo o por qué lo hicieron, ni en definitiva se puede llegar a conclusión cierta sobre estos extremos.

b) El procesado, en fechas no determinadas, enajenó por propia decisión una nevera, una cafetera, y una motobomba pertenecientes al Aeropuerto, por las que obtuvo 12.000 pesetas; tres «monos» o prendas de trabajo pertenecientes a Infraestructura que vendió a Navegación Aérea, por importe de 1.500 pesetas, cantidades ambas que no contabilizó oficialmente e hizo suyas en cuanto no aparece las ingresase en las cuentas bancarias; lo mismo hizo con las sumas a que ascendían diferentes multas impuestas a personal del Aeropuerto, por falta en el Servicio, a satisfacer en sellos del Colegio de Huérfanos, que se pagaron en dinero, no concretadas en su cuantía y número, aunque se estima no superaron las 1.800 pesetas en conjunto. También facilitó en ocasiones a empleados del propio Aeropuerto, cantidades de gasolina no concretadas, si bien su importe no sobrepasaría las 6.000 pesetas. c) El procesado cedió la explotación del bar-cafetería del Aeropuerto mediante la entrega de un canon de dos mil pesetas mensuales, que recibió durante seis meses y no contabilizó ni ingresó en cuentas bancarias, al súbdito italiano A.B.B. d) En el período de tiempo comprendido entre octubre de 1967 y septiembre de 1969, utilizó para su servicio particular diverso personal del Aeropuerto, entre el que figuran los bomberos P.G.C., A.P.R., P.D.R., R.R.R., el Oficial 2.º de oficios varios J.P.R. y la limpiadora R.R.M., y liberó del servicio dando permiso no justificable a J.G.M. y J.A.R., Oficiales segundos administrativos del A.I.S. percibiendo sin embargo todos los interesados su emolumento por el Aeropuerto, ocasionando con ello el consiguiente perjuicio económico o defraudación al Estado que se cifra en 53.000 pesetas, toda vez que si bien el importe de los sueldos o haberes de este personal ascendió a 73.476 pesetas parte de esos empleados compatibilizaron dichos trabajos particulares con algún tiempo de servicio al Aeropuerto (RESULTANDO 1).—*C.G. de Oficiales Generales*: Condenó al procesado como autor de un delito continuado de malversación (art. 394-2.º CP), un delito de fraude (art. 401 CP) y un delito de estafa (art. 533 en relación con 403 CP) a las penas de 5 años de presidio menor y siete años de inhabilitación absoluta; 6 años y un día de inhabilitación especial y multa de 12.000 ptas.; y multa de 73.500 ptas. y 6 años y un día de inhabilitación especial, respectivamente.—*Autoridad Judicial*: Conforme con la Sentencia, elevó al Consejo Supremo para aprobación con arreglo al art. 52 núm. 11 CJM.—*Fiscal Togado*: Conforme.—*Defensor*: Delito de fraude (art. 403 núm. 2.º CJM), con pena en su grado mínimo.—*CSJM*: Aprueba la sentencia, estimando *que respecto a los hechos recogidos en el apartado a) del primer Resultando de esta sentencia, no aparece acreditada la comisión de un delito de malversación de los artículos 394, 396 ó 397 CP, por cuanto no se prueba la intención o ánimo doloso de apropiación por parte del procesado y aun cuando sea irregular la apertura de la cuenta en la forma que lo hizo éste, no existe base a través de las actuaciones para establecer si parte de los saldos de la cuenta corriente abierta a su nombre por el procesado se destinó a usos pro-*

pios o públicos distintos de los previstos, sin que sea posible, por otra parte, apreciar la existencia de un delito de falsificación por insuficiencia de pruebas al no haber sido determinadas y carecer de comprobación procesal las facturas que pudiera presumirse como falsas (CONSIDERANDO IV).—Según se desprende de lo expuesto, los hechos declarados probados que se recogen en el apartado b), —pues que de los comprendidos en su apartado a), no se estima probada la comisión de ningún delito— constituyen un delito continuado de malversación del art. 394, núm. 2.º, CP, pues aun cuando los objetos no estaban inventariados, tenían la calidad de caudales públicos, siendo tan sólo uno el bien jurídico lesionado y único, asimismo, el sujeto activo del delito, resultando imposible individualizar las ocasiones y fechas de las infracciones, así como las cantidades concretas de cada una de ellas (CONSIDERANDO V).—Los hechos expuestos en el apartado c) del primer Resultando, constituyen un delito de fraude del artículo 401 CP, sin que haya lugar a estimar por el contrario los hechos, como constitutivos de un delito de fraude militar del art. 403, núm. dos, CJM, según propone la Defensa, en cuanto el procesado desempeñaba servicios no militares como funcionario de la Subsecretaría de Aviación Civil y el presupuesto de gastos e ingresos del Aeropuerto de F., que se ha visto quebrantado por la actuación del procesado, no forma parte de la Hacienda Militar que protege el último precepto citado sino de la Civil del Estado, según previene expresamente el Decreto de siete de septiembre de mil novecientos sesenta y tres para los Organismos dependientes de aquella Subsecretaría (CONSIDERANDO VI). Los hechos relatados en el apartado d), integran un delito de estafa del artículo 533 en relación con el 403 CP, por cuanto mediante engaño y aparentando la prestación de servicios oficiales que no se ejecutan, se ocasionó un perjuicio económico del Estado valorado en 53.000 pesetas, sin que proceda calificar tales hechos como malversación, atendiendo a que lo defraudado fueron trabajos de carácter personal que no cabe encuadrar como caudales públicos (CONSIDERANDO VII).—En ninguno de los tres delitos concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues no cabe apreciar la agravante específica del art. 194 CJM, en cuanto el procesado se hallaba en destino de carácter civil y la severidad de las penas de este último se concreta a exigencias del servicio militar (CONSIDERANDO IX).—Si bien son correctas las penas principales impuestas en la sentencia, así como sus accesorias, se observa en ellas la omisión del efecto especial de separación del servicio que lleva consigo la comisión del delito de fraude, que debe ser impuesta al procesado de acuerdo con lo dispuesto en el art. 231, párrafo tercero CJM (CONSIDERANDO X).

Condena en los mismos términos que el Consejo de Guerra, añadiendo el efecto de separación del servicio.

7. Desacato a Autoridad Militar: Concepto, diferencias con figuras afines de injuria y calumnia.—Extensión de la pena: discrecionalidad.—Carácter de Autoridad del Consejo de Guerra.—Falta leve de ligera irrespetuosidad a autoridades militares.—Disentimiento.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 61; 240; 257. CJM; 6.º-2.º; 192; 315-2.º; 443.

Sent. 4 abril 1973 (6.ª Región Militar). El 1 de diciembre de 1969, el procesado P-M.Z.R. compareció ante el C. de G. que vio y falló la causa núm. 16/69 de la misma jurisdicción, seguida contra el propio procesado por el delito de terrorismo y de la que resultó condenado a la pena de 16 años de reclusión menor. Al ordenarle el Sr. Presidente que se pusiera en pie para interrogarle por las generales de la Ley, se dirigió al Consejo diciendo: «todo esto es una pamema y no necesito defensa ni defensor; los actos que yo he cometido fueron en defensa de la libertad», ordenándole a continuación el Sr. Presidente que se sentara y continuando en su tramitación normal la vista hasta que al final, al ser interrogado nuevamente sobre si quería hacer alguna manifestación en su defensa, el procesado contestó: «lo que tengo que alegar yo es que mi delito, lo único que yo he hecho, es defender la justicia y no considero que debo estar aquí ni mucho menos; el que me tiene que juzgar a mí es el pueblo y no ustedes». (RESULTANDO 1).—*C.G. ordinario:* Absolvió por estimar que los hechos no eran constitutivos del delito perseguido de Desacato a Autoridades militares (art. 315 párrafo 2.º CJM), llamando la atención sobre posible falta leve de ligera irrespetuosidad a Autoridades militares. *Autoridad Judicial:* Disintió por entender que los hechos integraban el delito de Injurias a la Autoridad militar (art. 315-2.º CJM), proponiendo la imposición de pena de un año de prisión.—*Fiscal Togado:* Desacato a la Autoridad militar (art. 315-2.º CJM), mostrándose conforme en el resto con el disenso.—*Defensor:* Confirmación de la sentencia.—*CSJM:* Revoca por entender que *las frases recogidas en el primer resultando son abiertamente injuriosas, rebasando con mucho la «ligera irrespetuosidad» que apreció el Tribunal a quo, haciendo suyo el criterio de la Autoridad Judicial y de la Fiscalía Togada, habiendo hecho aquélla uso muy acertado de la facultad que le confiere el art. 798 CJM, al disentir por no considerar ajustada a la Ley la repetida sentencia, puesto que con su actuación tratan de defender el prestigio de la Justicia Militar siendo evidente que las referidas fra-*

ses contempladas en todo su contexto e intención exceden de la «ligera irrespetuosidad» penada en el art. 443 CJM (CONSIDERANDO I). Dentro de la enumeración de figuras delictivas que se encuentran en el párrafo segundo del art. 319 CJM, es obligado escoger aquella que más adecuadamente corresponda en una tipificación jurídica a las frases proferidas por el procesado P-M.Z., y que constan en el Primer Resultando de esta Sentencia, y evidentemente la que más perfectamente encaja de entre las enunciadas, desacato, calumnia o injuria, es la primera, como con acierto ha puesto de manifiesto la Fiscalía Togada en el acto de la vista, ya que las mencionadas frases se pronunciaron ante el Consejo de Guerra que estaba juzgando la conducta de dicho inculpado, y que tiene la consideración de «Autoridad Militar» a tenor de lo dispuesto en el art. 6.º núm. 2.º CJM. Por tanto, hemos de acudir a la definición que del delito de desacato se contiene en el art. 240 CP, y examinar su texto, a través de la doctrina y de la Jurisprudencia, las que estiman que en su modalidad injuriosa es una norma en blanco, que ha de completarse con la sencilla definición contenida en el art. 457 CP, llegando a ser en definitiva la expresión proferida o la acción ejecutada en deshonor, descrédito, o menosprecio de una autoridad, que se encuentre en el ejercicio de su funciones y que se realice por el agente en su presencia, siendo el bien jurídico protegido el principio de autoridad que debe mantenerse para el buen orden social, por ser la manifestación del necesario ejercicio del poder «erga súbditos», o en relación con las personas que componen la comunidad (CONSIDERANDO II).—Que según se ha venido interpretando por diversas sentencias del Tribunal Supremo, entre otras la de trece de noviembre de mil novecientos setenta, para tener en cuenta el «animus infamandi» que la infracción supone, hay que analizar el contenido objetivo de las palabras y que estas sean gramatical y semánticamente injuriosas, atendiendo a la común valoración socio-cultural de las mismas y es obvio que la frase «todo esto es una pamema y no necesito defensa ni defensor» implica, desde el punto de vista gramatical y usual una imputación injuriosa, no sólo al Consejo de Guerra sino a toda la Justicia Militar, ya que la palabra «pamema» tiene la significación, según el Diccionario Ideológico de la Lengua Castellana, de insustancial, necia, ridícula, ficticia, acepciones todas ellas que conducen a poner de manifiesto el «menosprecio» al que se refiere el art. 457 CP cuya interpretación sirve para efectuar la del art. 315 núm. 2.º CJM, y máxime si se atiende al momento y circunstancias en que se vertió la aludida frase, lo que demuestra el «animus injuriandi» por parte del procesado, intención que aún se pone más claramente de manifiesto cuando después dice, dirigiéndose al Consejo «lo que tengo que alegar yo es que mi delito, lo único que yo he hecho, es defender la justicia, y no considero que debo estar aquí ni mucho menos; el que me tiene que juzgar a mí es el pueblo y no Vds.» (CONSIDERANDO III).—De acuerdo con lo expuesto en los dos Considerandos anteriores, los hechos dados como probados en el Primer Resultando de

esta Sentencia son constitutivos de un delito de desacato a Autoridad Militar en el ejercicio de sus funciones, previsto y penado en el art. 315 segundo CJM (CONSIDERANDO IV).—Que para fijar la pena que corresponde al procesado hay que tener en cuenta las normas contenidas en el art. 192 CJM, el que concede una amplia facultad discrecional a los Tribunales Castrenses para establecer la extensión de pena dentro de la que el CJM señala para sancionar el delito calificado en sentencia, que en el caso concreto de que se trata es la de prisión hasta seis años, facultad que para ser ejercida ha de atender el grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes, y la transcendencia del hecho, entre otras circunstancias que en el precitado art. 192 se contiene, siendo de significar que, como ha determinado el Tribunal Supremo de Justicia al interpretar el alcance de la norma cuarta del art. 61 CP —que concede análoga atribución a los Tribunales Ordinarios— el arbitrio que la Ley otorga es atributo privativo o discrecional del juzgador, que no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima convicción que dictase la prudencia, coincidiendo esta Sala con el criterio unánimemente mantenido por el Fiscal Jurídico Militar de la Sexta Región Militar, el Auditor y la Autoridad Judicial de la citada Región, y, por último, el Fiscal Togado de este Consejo Supremo al fijar la pena a imponer (CONSIDERANDO VII).—Condena a P.M.Z.R. a un año de prisión como autor del delito de desacato a la Autoridad Militar en el ejercicio de sus funciones.

- 8. Desacato a Autoridades militares (y no injurias): Rasgos esenciales; referencia al desacato e injurias definidos en el Código Penal; «animus iniuriandi».—Carácter de Autoridad del Consejo de Guerra.—Extensión de la pena: discrecionalidad.—Faltas leves de ligera irrespetuosidad y ligera desobediencia a Autoridades militares.—Aprobación de sentencia.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 61-4.º; 240; 457. CJM: 6.º-2.º; 315-2.º; 416; 443.

Sent. 25 abril 1973 (6.º Región Militar) El 24 de octubre de 1969 se celebró la vista ante C. de G de la Causa 3/69 seguida contra los procesados J.B.C. y D.C.A. por delito de rebelión, bandidaje y otros. Cuando el Sr. Presidente ordenó que se interrogase al procesado J.B.C., éste, al preguntársele por las generales de la Ley, manifestó: «No admito la defensa; no quiero abogado para este juicio, porque este juicio es ilegal en todos los aspectos y es un atropello» y el Presidente le ordenó que se callara y sentara; después, al iniciarse el interrogatorio del pro-

cesado D.C.A. a instancia de su defensor, comenzó a hablar en vasco por lo que el Presidente le ordenó que se callara y se sentara; el Fiscal solicitó que se instara al procesado a hablar en castellano y ordenado así por el Presidente, el procesado volvió a hablar en vasco, por lo que ambos procesados, a instancia del Fiscal, fueron conducidos a una sala contigua. Presentes de nuevo en la sala del Consejo, y preguntados, al final de la vista, si tenían algo que exponer en su defensa, B. manifestó que «el juicio ha sido un atropello y por tanto mantengo que no he necesitado defensa», y C. volvió a expresarse en vasco. *C. de G. ordinario*: absolvió por considerar que los hechos realizados por B. no eran constitutivos de delito de Desacato a las Autoridades militares (art. 315 -CJM) y los cometidos por C. no integraban el de Desobediencia, entendiendo que la declaración del procesado, más que una obligación es una facultad; y llamó la atención sobre posibles faltas leves de ligera irrespetuosidad y ligera desobediencia a Autoridades militares. *Autoridad Judicial*: Disintió en base a que «el Consejo incurrió en notorio error de derecho al tiempo de tipificar el hecho perseguido. En efecto, dando como probado en el oportuno Resultando que el procesado J.R.B.C. en las dos ocasiones en que, en el acto de la Vista, fue interrogado por el Presidente, no solamente dejó de responder sobre las preguntas, sino que se manifestó en frases ofensivas para el Tribunal, al enjuiciar tal conducta al efecto de tipificarla penalmente, llega a la conclusión de que no llega a constituir delito alguno y sólo una mera falta leve de ligera irrespetuosidad a las Autoridades Militares, sobre la que llama la atención a Vuestra Excelencia. De lo que queda expuesto se desprende claramente el desacuerdo del Tribunal, al considerar como falta leve de irrespetuosidad unas frases que intencional y formalmente tienen claro encaje en el párrafo 2.º del art. 315 del CJM que viene a castigar entre otras modalidades delictivas, las injurias a las Autoridades Militares, en el ejercicio de sus funciones, carácter que tienen los Consejos de Guerra, según el apartado 2.º art. 6.º del indicado Código» elevando la Causa al CJM con propuesta de que, calificando la actuación ante el Tribunal como un delito consumado de Injurias a la Autoridad Militar, previsto y penado en el párrafo 2.º del art. 315 del CJM, previsto y penado en el párrafo 2.º del art. 315 del Código de Justicia Militar, se le imponga la pena de un año de prisión (RESULTANDO IV).—*Fiscal Togado*: Conforme con el disenso.—*Defensores*: Conformes con la sentencia, y el de C. además con la Autoridad Judicial y Fiscal Togado. *CSJM*: Revoca parcialmente estimando que, *el disentimiento parcial de la sentencia en cuanto a la calificación de los hechos y fallo recaído en la misma en relación con el procesado J.B.C., viene fundamentado en el desacuerdo del Tribunal al considerar como falta leve de irrespetuosidad las frases que se recogen como hechos probados en la Sentencia y que esta Sala acepta expresamente, pronunciadas por el procesado arriba indicada consistentes en «No admito defensa, no quiero abogado para este juicio porque este juicio es ilegal en todos los aspectos y es un*

atropello» y «el juicio ha sido un atropello y que por lo tanto mantengo que no he necesitado defensa», dirigidas a los componentes del Consejo de Guerra que le estaban juzgando, frases que en su significado gramatical y usual tanto quieren decir como que se estaba procediendo contra la Ley, violando, incumpliendo o quebrantando la misma, sin miramiento a las Leyes, persiguiendo un intento a cualquier costa, o produciendo agravio abusando de la fuerza o poder que se tiene con menosprecio o infracción de dichas Leyes o reglas sociales, rebasando todo ello la leve irrespetuosidad que el Tribunal le asigna, por cuanto que por su significado, momento y lugar en que se pronuncian y personas a quienes van dirigidas, componentes de un Tribunal de la Justicia legalmente constituido, y demás circunstancias concurrentes, se pone de manifiesto que el acusado tuvo el propósito voluntario, consciente y deliberado de desacreditar y menospreciar públicamente y de forma grave no sólo al Consejo de Guerra que en aquel momento se hallaba ejerciendo funciones jurisdiccionales en nombre del Estado, sino a toda la Justicia Militar (CONSIDERANDO I).—Los hechos que como probados se han dado en relación con el procesado J.R.B.C., no son constitutivos del delito de injurias a las Autoridades Militares, calificación que viene dada por la Autoridad Judicial que disiente, sino que se tipifican como un delito de desacato a Autoridades Militares, condición ésta que el C.J.M. atribuye a los Presidentes y Vocales de los Consejos de Guerra en el núm. 2.º de su art. 6.º, previsto y penado en el párrafo 2.º del art. 315 del CJM en relación con el 240 y 457, ya que el delito de desacato de carácter netamente finalista y circunstancial difiere esencialmente del de injurias, del que es una modalidad, por la circunstancia de que las ofensas de hecho o de palabra se dirigen a personas que se hallan revestidas de carácter público emanado del Gobierno legítimamente constituido, y se comete y tiene realidad legal, entre otros casos que enumera taxativamente el citado art. 240 C.P, cuando hallándose una Autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, es objeto de injurias de palabra en su presencia, revistiendo tal carácter toda expresión proferida en su deshonra o menosprecio, siempre que lo sea con intención, que constituye el elemento esencial y dolo específico de aquel, estando justificada la protección penal que el Código dispensa porque el delito afecta principalmente al principio de Autoridad y porque una necesidad suprema exige que a los órganos del Poder Público se les guarden los máximos respetos, ya que cuando quiebra dicho principio fundamental la sociedad se siente amenazada (CONSIDERANDO II).—Que el delito de desacato, según constante y reiterada jurisprudencia del TSJ, requiere un propósito decidido de ofender que aparece como elemento subjetivo del injusto, en su manifestación de «animus iniuriandi», o lo que es igual, el deseo de vulnerar el honor ajeno, que cuando las expresiones son gramaticalmente o usualmente deshonrosas, como ocurre en el presente caso, se hace que se presuma «iuris tantum» esa intención injuriosa de quien las emplea, intención delictiva que ha quedado su-

ficientemente probada en el procedimiento, ya que por dos veces re pitió las mismas frases sin que durante la tramitación de aquél se haya puesto de manifiesto lo contrario, delito, por otra parte, que al no ser de resultado, sino eminentemente intencional queda perfecto y consumado desde que con ánimo delictivo se vierten los conceptos o frases adecuadas para el logro de la finalidad perseguida (CONSIDERANDO III).—Que en cuanto al también procesado D.C.A., los hechos que se le imputan y que aparecen recogidos como probados en el Primer Resultando, como con acierto estimó el Consejo de Guerra y la Autoridad Judicial, dada la entidad de los mismos, no revisten caracteres de delito alguno, habida cuenta que el hecho de no expresarse en castellano y sí en lengua desconocida para los componentes del Consejo de Guerra tiene un simple valor de defensa, y puede considerarse equiparado al supuesto en que no se contesta a las preguntas que se le formulan o se finja loco o sordomudo, si bien, teniendo en cuenta que conoce y habla el castellano, su conducta puede calificarse y se califica como constitutiva de una falta leve de ligera irrespetuosidad a las Autoridades Militares prevista en el art. 443 del CJM (CONSIDERANDO IV).—Que para fijar la pena que corresponde imponer al procesado J.R.B.C., hay que tener en cuenta las normas contenidas en el art. 192 CJM, el que concede una amplia facultad discrecional a los Tribunales Castrenses para establecer la extensión de pena dentro de la que el Código de Justicia Militar señala para sancionar el delito calificado en la Sentencia, que en el caso concreto de que se trata es la de prisión hasta seis años, facultad que para ser ejercida ha de atender al grado de perversidad del delincuente, sus antecedentes, y la trascendencia del hecho, entre otras circunstancias que en el precipitado art. 192 se contienen, siendo de significar que, como ha determinado el Tribunal Supremo de Justicia al interpretar el alcance de la norma cuarta del art. 61 CP —que concede análoga atribución a los Tribunales Ordinarios— el arbitrio que la Ley otorga es atributo privativo o discrecional del juzgador, que no se halla sujeto a reglas distintas de la íntima convicción que dictase la prudencia, coincidiendo esta Sala con el criterio unánime mantenido por el Auditor y por la Autoridad Judicial de la Sexta Región Militar y Fiscal Togado de este Consejo Supremo al fijar la pena a imponer y que en cuanto al procesado R.C.A. la sanción por la falta leve apreciada no puede exceder del límite señalado en el art. 416 del Código de Justicia Militar (CONSIDERANDO VII). Condena a J.B.C. a la pena de un año de prisión y corrige a D.C.A. con un mes de arresto menor.

9. Rebelión militar (y no traición): Tentativa; conspiración; elementos característicos.—Vigencia de la Ley temporal.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 24. CJM 208; 258-3.º; 269; D. 21 septiembre 1960; D. 16 agosto 1968; Ley 15 noviembre 1971.

Sent. 23 mayo 1973 (VI Región Militar).—Los procesados L.S.U., J.I.O., B.Z.R., J-M.Z.D. e I.A.E. (varones) y E.Z.C., M-AA.U., M-B.G.A., A.O.J. y M-P.B.A. (mujeres) formaron parte o prestaron colaboración al llamado Grupo autónomo de E.T.A., cuyo jefe y principal responsable era J.Z.R. (rebelde). Dicho Grupo se componía de una red militar, encargada de realizar actos terroristas, entrenándose en el manejo de explosivos y armas, construcción de refugios, transporte de heridos, etcétera; una red psicológica, ocupada de la propaganda en favor de E.T.A.; y una red de actividades abiertas, cuyo fin era relacionarse con otros grupos, captar elementos nuevos y actuar en el terreno laboral; además de una sección de información. Persiguiendo, como fin último, la segregación de las Provincias Vascongadas. Disponía de armas, municiones, explosivos, radios y multicopistas. L.S.U., entre otras actividades de propaganda y colaboración, en unión de otro individuo (rebelde), arrojó una botella con líquido inflamable en el bar G. de O... y otra en una vivienda de U..., produciéndose sendos incendios. J.I.O. practicó el empleo de armas y explosivos, ayudó a su transporte y confeccionó y distribuyó propaganda. B.Z.R. practicó el manejo de armas y explosivos, conociendo sus depósitos, y participó en la elaboración y distribución de propaganda separatista. J-M.Z.O. se adiestró en el empleo de armas y explosivos, conoció su custodia y participó en charlas psicológicas en las que se planteaba la necesidad de practicar actos de terrorismo. I.A.E. repartió propaganda separatista y recaudó fondos para la organización. En cuanto a las mujeres, E.Z.C. asistió a reuniones del Grupo, repartió propaganda separatista y ayudó a elaborarla; M-AA.U. puso en circulación anónimos con amenazas a distintas personas y elaboró y circuló propaganda; M-B.G.A. manejó multicopistas, asistió a reuniones y realizó prácticas de socorrismo, colaborando, mediante su consentimiento a la difusión de su fotografía con un arma, a hacer creer que ya existían partidas por los montes; A.O.J. asistió a reuniones, imprimió propaganda y confeccionó banderas separatistas; y M-P.B.A. es acusada por algunos procesados de pertenecer a E.T.A., pero su identificación como tal no ha sido probada. *C. de G. ordinario:* Condenó a los cinco primeros procesados a la pena de 15 años y un día de reclusión como autores de un delito de traición en grado de tentativa; a L.S.U. a la pena de 6 años y un día de prisión como autor de un delito de terrorismo en grado de frustración; y a las cinco procesadas, como autoras de un delito de trai-

ción en grado de conspiración, a las penas de un año de prisión M.A.A.U., y 6 meses de igual pena las otras cuatro.—*Autoridad Judicial*: Disintió en cuanto a los siguientes puntos: las cinco mujeres deben ser condenadas a sendas penas de 3 años y un día de prisión como autoras de un delito de traición en grado de tentativa: y L.S.U., a la pena de 12 años y un día de reclusión como autor de un delito consumado (y no frustrado) de terrorismo.—*Fiscal Togado*: Estimó que J-M.Z., J.I. y B.Z. son autores de delito de terrorismo, con petición de 12 años y un día de reclusión a cada uno; que L.S. es autor de un delito de terrorismo y debe ser condenado a 15 años de reclusión; que I.A. y las mujeres M-B.B., A.O., M-A.A. y E.Z. son autores de un delito de rebelión militar y procede se imponga al primero la pena de seis años de prisión y a las otras cuatro la de dos años de prisión; y que la procesada M-P.B. debe ser absuelta.—*Defensores*: El de J.I., J-M.Z. e I.A., absolución o 6 meses y un día de prisión por delito de asociación ilícita; el de E.Z. y M-A.A., absolución o un mes y un día por delito de asociación ilegal; el de M-P.B., M-B.G. y A.O., absolución para las tres y el de B.Z. y L.S., absolución o 6 meses y un día por asociación ilícita al primero y 2 años, 4 meses y un día por terrorismo al segundo: *CSJM*: revoca y establece que no puede aceptarse la tesis del Consejo de Guerra al tipificar los hechos como delito de traición en grado de tentativa previsto en el párrafo tercero del art. 258 CJM del que se estimó eran autores J-M.Z., J.I., L.S., B.Z. e I.A., e igualmente del delito de traición en grado de conspiración previsto en el párrafo 3.º del art. 258 del mismo Código del que se consideró autoras a M-A.A., E.Z., A.O., M-P.B. y M-B.G. por las razones que se expondrán, así como también es improcedente la tesis del Auditor y de la Autoridad Judicial al aceptar la del Consejo de Guerra que califica como delitos de traición las actividades de los varones e igualmente los motivos del disentimiento al estimar que a las cinco mujeres se les aprecie el delito de traición en grado de conspiración, así como también es impropia la pena correspondiente al delito apreciado; e igualmente al error estimado respecto del delito de terrorismo apreciado al procesado S. (CONSIDERANDO I).—Se estima inaceptable la calificación de traición por los siguientes motivos: a) El delito de traición que define el art. 258 3.º CJM, consiste en levantarse en armas para desmembrar alguna parte del territorio Nacional.—b) En este tipo de delito no cabe el grado de tentativa, sino que ha de producirse el alzamiento en armas, circunstancia que no concurre en el presente caso, ya que los procesados a lo sumo habrían realizado actos preparatorios del alzamiento, tipificados ya como delitos autónomos; c) el CJM en el art. 269 señala penas específicas para la conspiración y proposición del delito de traición, lo que corrobora la tesis de que el delito de traición no puede cometerse en los grados citados (CONSIDERANDO II).—La tesis de que derogado el Decreto de veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta, el principio de la retroactividad de la Ley Penal más favorable hace aplicables al caso los pre-

ceptos del CP, en virtud de los arts. 208 CJM y 24 CP por contener los artículos de éste reformados por la Ley de 15 de noviembre de 1971 penas más leves que el citado Decreto, no es aplicable por las siguientes razones: El Decreto de 21 de septiembre de 1961, así como el de 16 de agosto de 1968, tuvieron desde su promulgación carácter de temporalidad previstamente limitada a la persistencia de unas circunstancias de peligro para la seguridad Nacional, por lo que los supuestos fácticos tenían una especial significación y entidad esencialmente condicionados por aquellas circunstancias de peligro, debiendo ser consideradas como elementos reales del delito, hasta tal punto que los mismos hechos cometidos fuera de dicho marco de peligrosidad objetiva, hubieran constituido otro delito distinto, tipificable con arreglo a la Ley común cuya vigencia no se alteró. No estamos pues ante la simple derogación de una Ley por otra posterior más benigna por un simple cambio de criterio del legislador. Se trata de la vigencia de una Ley temporal, que contempla supuestos de hecho diferentes, en razón de la peligrosidad objetiva, que la Ley nueva no contempla. Criterio éste que ha sido razonado reiteradamente por esta Sala en Autos de fechas de veintiocho de julio, cuatro de octubre y nueve noviembre mil novecientos setenta y dos. Corresponde por tanto efectuar la calificación de los hechos con arreglo al Decreto de 21 de septiembre de 1960, única norma que tipifica el conjunto total de los elementos reales que componen las conductas delictivas realizadas durante la vigencia del mismo (CONSIDERANDO III).—Absuelve a M.P.B.A. y condena: a L.S.U., a 18 años de reclusión menor; a J.I.O. y B.Z.R., a sendas penas de 15 años de reclusión menor y a J.M.Z.O., a 12 años y un día de reclusión menor, por delito de terrorismo. Y a I.A.E., a 6 años de prisión menor; a M.A.A.U., a 4 años de prisión menor y a E.Z.C., M-B.G.A. y A.O.J., a sendas penas de 2 años de prisión menor por delito de rebelión militar (todos los delitos se estiman consumados).

- 10. Malversación de Caudales públicos.—Negligencia o incumplimiento de deber militar.—Agravante especial de realizar el delito con ocasión de actos del servicio.—Notorio error en la apreciación de la prueba: criterio congruente y razonable.—Indulto.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 535 en relación con 528-1.º CJM 183; 194-2.º; 256; 391; 787; 790, 799; 837.

Sent. 13 junio 1973 (II Región Militar) Los Capitanes de Infantería don R.P.P. y don J.C.A. siendo Inspectores de Cocina de su Regimiento, nombraron auxiliar en su cometido al Sargento don A.L.P., que ya lo había sido en anterioridad. Los dos Capitanes extrajeron de Caja

diversas cantidades, por sí o por medio del Sargento, entregando a este las misma para que las aplicara al pago de artículos para abastecer la Cocina y haciendo las liquidaciones correspondientes, sin que entre ellos existiera acuerdo previo, teniendo en cuenta la entrada de los artículos necesarios según las plazas en rancho, pero sin probar el pago en ningún caso, y no contrastando personalmente los suministros, cuyas funciones de compra y pago resignaron en el Sargento L.P., al que no exigieron justificantes; mas el Sargento, aprovechándose de la falta de control por parte de los dos Inspectores, en vez de realizar los pagos obligados, dispuso en su particular beneficio, haciéndolas suyas, de diversas cantidades que dejó de abonar a doce proveedores, por un total de 212.693 pts.—*C. de G. Oficiales Generales*: (tras la nulidad de otro anterior por defecto de forma, y la del subsiguiente decretada en disentimiento por la Sala de Justicia) Absolución por no acreditarse suficientemente cuál de los tres procesados se apropió efectivamente de las cantidades debidas a los provisionistas.—*Voto particular del Vocal ponente*: Propuso condenar a los Capitanes P.P. y C.A. a las penas de 2 años de prisión militar como autores de un delito de negligencia, y al Sargento L.P., a la de 10 años y un día de presidio mayor por un delito continuado de apropiación indebida, con la agravante especial del art. 194-2.º CJM. *Autoridad Judicial*: Disintió de acuerdo con el Vocal Ponente en los términos del voto particular. *Fiscal Togado*: De acuerdo con el disentimiento, pero pidió para el Capitán P.P. la pena de un año de prisión militar.—*Defensores*: Confirmación de la sentencia.—*CSJM*: revoca, tras estimar que el disentimiento, *afecta en primer lugar a la declaración de hechos probados que en dicha sentencia se formula, por lo que ha de pronunciarse la Sala también en primer término, sobre si dicho Consejo de Guerra, al apreciar la prueba practicada en el procedimiento, incurrió en notorio error, según afirma la Autoridad Judicial, lo que es, al amparo del art. 799 CJM, el primer motivo de disentimiento; o si, por el contrario, el Consejo de Guerra apreció dicha prueba con arreglo a su racional criterio, en uso de las facultades que le confiere el art. 787 del mismo Cuerpo Legal y si, con tal racional criterio, resolvió en su Sentencia los hechos relativos a los extremos y cuestiones que fueron objeto de investigación en la Causa y deban serlo del fallo, cuya obligación impone estricta y terminantemente al Consejo de Guerra, el art. 790 2.º CJM, y cuyos extremos y cuestiones son, no sólo los que se deriven de los Autos de procesamiento, acusación fiscal, defensas y Acuerdos de la Autoridad Judicial, sino también y más especialmente los que, en su caso, y tal y como ocurre en el presente procedimiento, hubiera señalado esta Sala de Justicia, cual lo hizo en la presente Causa, en su Auto de dos de noviembre de mil novecientos sesenta y seis, (CONSIDERANDO 1).—No puede estimarse que la Sentencia del Consejo de Guerra haya resuelto con criterio razonable, los extremos o cuestiones objeto de investigación en la Causa, por lo que, es forzoso con-*

cluir, y así lo hace la Sala, que la Sentencia del Consejo de Guerra no ha formulado su declaración de hechos probados apreciando la prueba con criterio congruente y razonable, y que, al exponer los hechos derivados de la misma no ha resuelto con el uso del racional criterio que la Ley le concede, los extremos o cuestiones objeto de la investigación, por lo que, la Sala se encuentra en el deber de estudiar e interpretar los elementos probatorios obrantes en el procedimiento, a fin de formular su propia declaración de hechos probados con independencia de los que hubiera estimado el Consejo de Guerra y dictar nueva sentencia con la amplitud de facultades que a la propia Sala confiere el art. 837 CJM (CONSIDERANDO II).—Los hechos que se declaran probados por esta Sala, son legalmente constitutivos: 1.º) de un delito de negligencia militar, en grado de consumación, definido y penado en el art. 391 2.º CJM, por cuanto el Capitán de Infantería don R.P.P., procesado en la presente Causa, dejó de cumplir los deberes militares que le imponía su designación reglamentaria como Capitán Inspector de Cocina del Regimiento, en los periodos de tiempo que en el primer Resultando se señalan, cuyo incumplimiento es consecuencia de haber resignado las facultades que, como tal Inspector de Cocina le correspondían, en el Sargento Auxiliar de Cocina don A.L.P., también procesado en esta Causa, al que el Capitán concedió atribuciones que personalmente y sin posibilidad de delegación le correspondían, conforme a los arts. 253 del capítulo XI del Reglamento del Régimen Interior de los Cuerpos haciéndole entregas en metálico que no están autorizadas reglamentariamente, ni siquiera toleradas al menos sin existir la justificación debida, para pagar a los proveedores de la Cocina Regimental, con los que el Sargento citado, contratava directamente con carácter general la adquisición de los víveres, cuya contratación tampoco es delegable por el Capitán Inspector de Cocina en un Sargento Auxiliar. Este incumplimiento de deberes militares, constitutivo del expresado delito de negligencia militar genérica, del número segundo del art. 391 del CC, no cabe confundirlo con otros delitos de negligencia militar específica definidos en otros preceptos del mismo Cuerpo legal, ni puede admitirse, como postula la Defensa, que el delito de negligencia que se califica en este Considerando no puede realizarse más que en actos del servicio de armas, en base a la interpretación dada por esta Sala en sus Sentencias de cinco septiembre mil novecientos cuarenta y tres, tres mayo mil novecientos cuarenta y uno y catorce diciembre mil novecientos cincuenta y uno, no sólo porque del art. 256 CJM, se infiere claramente que cabe el incumplimiento de deberes militares que no consistan o se relacionen con actos del servicio de armas, y, si así lo hubiera querido el legislador, hubiese limitado expresamente dicho número segundo del art. 391 a los deberes relacionados directamente con los servicios de armas y, en último término, porque la propia Jurisprudencia de esta Sala, contenida en las Sentencias antes citadas y en otras muchas, tiene cons-

tantemente declarado que es labor del juzgador encajar los hechos probados en la figura del delito, de la falta grave o de la leve de negligencia, en base a la importancia y naturaleza de los deberes incumplidos que ha de ponderar en cada caso, el propio juzgador.—2.º) De un delito de negligencia militar en grado de consumación definido y penado en el número segundo del art. 391 del CJM, por cuanto el Capitán de Infantería don J.C.A., procesado en la presente Causa, dejó de cumplir los deberes militares que le imponía su designación reglamentaria como Capitán Inspector de Cocina del Regimiento, en los períodos de tiempo que en dicho primer Resultando de esta Sentencia se señalan, al haber resignado sus facultades, como tal Inspector de Cocina, en el Sargento Auxiliar de Cocina don A.L.P., también procesado en esta Causa, al que el Capitán C.A. concedió análogas atribuciones y facultades que las que antes se señalan le concedió, para otros períodos de tiempo, el Capitán P.P., por lo que cuantos razonamientos se han expuesto al analizar los hechos realizados por el Capitán P. son asimismo aplicables a la actuación del Capitán C.—3.º) De un delito de apropiación indebida definido y penado en el art. 535 en relación con el número primero del 528 ambos del CP, según su texto refundido y aprobado por Decreto de veintiocho de marzo de mil novecientos sesenta y tres, aplicable con efecto retroactivo por ser más favorable que la legislación vigente al iniciarse la ejecución de los hechos perseguidos en el procedimiento, por cuanto el Sargento de Infantería don A.L.P. procesado en esta Causa en perjuicio de los diversos proveedores del Regimiento, que en el primer Resultando de esta Sentencia se señalan, se apropió de cantidades que como Auxiliar de Cocina de dicho Regimiento había recibido para entregarlas a los expresados proveedores en pago de suministros a la Cocina Regimental, alcanzando la suma de dichas cantidades dejadas de abonar un total de 276.103 pesetas, delito cuya consumación se ha producido y que se aprecia con carácter de continuado por ser más favorable así para dicho Sargento, que si se apreciases delitos independientes (CONSIDERANDO IV).—Respecto al procesado Sargento de Infantería don A.L.P., y en relación con el delito de apropiación indebida de que el mismo es autor, concurre la circunstancia especial de agravación de haber ejecutado dicho delito, con ocasión de actos del servicio, prevista en el número segundo, en relación con el primero, ambos del art. 194 CJM, pues las cantidades de las que se apropió las recibió como Sargento auxiliar de cocina del Regimiento en que estaba destinado, para realizar pagos de diversos viveres que se suministraron al Regimiento; y que no es de apreciar ni concurre en este procesado ninguna otra circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal (CONSIDERANDO VI).—Condena a los Capitanes don R.P.P. y don J.C.A., a la pena de seis meses y un día de prisión militar a cada uno como autores de sendos delitos de negligencia, y al Sargento don A.L.P., como autor de un delito continuado de apropiación indebida a

la pena de diez años y un día de presidio mayor, y propone, con arreglo al art. 183 CJM la concesión de indulto particular de la pena que le resta por cumplir.

11. Robo con homicidio: Incompatibilidad con preintencionalidad.—Nocturnidad.—Abuso de superioridad y desprecio de sexo: compatibilidad.—Enajenación mental.—Disentimiento.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 8.º - 1.º; 9.º - 1.º, 4.º y 9.º; 10.º - 8.º, 13 y 16; 61 - 2.º - 2.º; 500; 501 - 1.º. CJM: 798.

Sent. 19 junio 1973 (Capitanía General de Canarias) El procesado, soldado J.V.A. (con alteración de conducta no muy marcada), mientras se encontraba pendiente de reconocimiento médico, trabajaba por las noches como freganchín en el Bar I... de Las Palmas, y aprovechando que por la hora no había clientes, el día 1 de enero de 1972, sobre las veinticuatro horas cerró la puerta de acceso y sorprendió por detrás a la propietaria, de 68 años de edad, única persona que con el procesado se encontraba en el establecimiento, e intentó amordazarla para apropiarse del dinero que había en la Caja. La dueña se resistió forcejeando, y llegó a tomar una botella de cerveza para defenderse, por lo que J.V. cogió una de champán, y como viera que la propietaria corría hacia fuera para pedir auxilio, le dio dos golpes con dicha botella en la cabeza, causándole grandes heridas de las que falleció tres horas después, apoderándose el procesado de 99.397,20 pts. y 20 escudos de Angola, que tomó de la caja. *C. de G. ordinario*: Condenó por delito de robo con violencia en las personas, a la pena de 30 años de reclusión mayor, apreciando concurrencia de agravantes de nocturnidad y desprecio de edad y sexo y atenuante de preterintencionalidad. *Voto Particular del Presidente y Vocal Ponente*: Discreparon en cuanto a la no concurrencia de atenuante de preterintencionalidad y estimaron que debía imponerse la pena de muerte. *Autoridad Judicial*: Disintió, por considerar que no es ajustada el derecho la admisión de la atenuante cuarta del art. 9 CP, en el hecho de autos, toda vez, que la citada atenuante de «no haber tenido el delincuente intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo», requiere que aquella intención venga afirmada a través de la prueba practicada o en su defecto sea lógica deducción de la desproporción entre el medio empleado y el resultado dañoso, y tal afirmación o deducción lógica no se dan en el hecho de autos, porque la intención probada era simplemente la de robar, aun sabiendo que tal acción encontraría la lógica oposición de la víctima que no pretendió eludir, sino contrarrestar, y el medio empleado a tal efecto, una botella de champán era

suficiente para determinar, por lógica deducción, la muerte, al operar repetidamente sobre la cabeza de una mujer de 68 años. Pero es más, es constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, estimar la incompatibilidad de dicha atenuante con el delito de robo con homicidio, ya que este, el homicidio, la muerte de la víctima, es un accidente del robo que surge en dicho delito, no intencionadamente, sino que basta que sobrevenga con ocasión o motivo del atentado contra la propiedad, siempre que los medios empleados fueran los adecuados y aun cuando no entrara en el criminal propósito el de producir la muerte. Tampoco se estima ajustada a derecho, la apreciación de la circunstancia agravante 13 del art. 10 CP, «ejecutar el delito de noche», ya que dicho agravante debe ser apreciada cuando la noche se busca con evidente propósito de facilitar la ejecución del acto criminal, circunstancia que no se da en el caso presente, ya que prestando su trabajo el condenado precisamente de noche, esperó el momento en que el público en razón de la hora abandonaba el local, coincidiendo tal circunstancia con la noche, pero sin que ésta fuera elegida por el actor en razón a facilitarle una mayor impunidad, sino como circunstancia necesaria para la comisión del delito y propuso la condena del procesado como autor de un delito de robo con homicidio con la agravante de abuso de superioridad, a la pena de muerte. *Fiscal Togado:* Estimó que concurren las agravantes de abuso de superioridad y desprecio de sexo y solicitó se impusiera al procesado la pena de muerte. *Defensor:* 20 años y un día. *CSJM:* Estima que *en cuanto a los hechos que se declaran probados por esta Sala no difieren de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra, con la sola excepción de la afirmación contenida en dicha sentencia de que el procesado no tuvo intención de producir la muerte y sí sólo de privar de conocimiento a la víctima, circunstancia esta que sólo consta por propia manifestación del procesado, sin que aparezca probada por otros medios ni pueda presentarse tal falta de intencionalidad por la forma en que se desarrollaron aquellos, medios empleados y resultado a que, en definitiva, condujo su lícita conducta, siendo además coincidente la calificación jurídica que de los mismos se formula tanto por el Consejo de Guerra en su Sentencia como por el Presidente y Vocal Ponente en el voto particular, por el Auditor en su dictamen, Autoridad Judicial y Fiscal Togado de este CSJM, planteándose el disentimiento por aquella Autoridad Judicial en uso de las facultades que le otorga el art. 798 CJM, por estimar que al no concurrir la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal del núm. 4 del art. 9.º del CP, que apreció el Consejo de Guerra que condenó a la pena de treinta años de reclusión por la aplicación de la regla tercera del art. 61 del Cuerpo Legal últimamente citado y si la agravante del art. 10 8.º CP de abuso de superioridad, la pena a imponer por el delito de robo con homicidio es la de muerte, de conformidad con lo prevenido en la norma segunda del art. 61 CP y la facultad que en cuanto a la imposición de*

dicha pena otorga a los Tribunales el párrafo segundo, de aquella norma, y siendo concorde con el parecer de la Autoridad Judicial en cuanto a la extensión del grado de la pena tanto el voto particular formulado por el Presidente y Vocal Ponente del Consejo de Guerra al apreciar en los hechos enjuiciados la concurrencia de las circunstancias agravantes de nocturnidad y desprecio del respeto que por la edad y sexo mereciera la víctima, comprendidas en los números 13 y 16 del art. 10 CP, como el criterio mantenido por el Fiscal Togado al apreciar también como concurrentes las circunstancias agravantes de abuso de superioridad y desprecio al sexo de los números 8 y 16 del art. 10 del mismo Cuerpo legal, el problema planteado en el disentimiento se centra, en definitiva, a examinar y concretar la clase y número de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal concurrentes y, en su consecuencia, pena que debe imponerse al procesado, por cuanto que en relación con los hechos, con la excepción arriba indicada, y calificación jurídica de la infracción, como queda dicho, existe conformidad en su apreciación por dichas Autoridades (CONSIDERANDO I).—Los hechos que esta Sala declara probados en el Primer Resultando son legalmente constitutivos de un delito de robo con violencia en las personas y resultado de homicidio previsto en el art. 500 y penado en el art. 501 norma 1.ª, ambos del CP, infracción que según constante y reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, constituye una figura especial de delito complejo, cuya complejidad se determina por el atentado a la propiedad mediante la violencia en las personas, y bien anteceda, acompañe o subsiga la muerte al robo, queda totalmente integrado aquel si el propósito del culpable fue el de la sustracción de cosas muebles de otra pertenencia, y ello fue en consecuencia la causa eficiente del homicidio, y cómo el procesado con evidente ánimo de lucro se apropió de bienes ajenos ejerciendo violencia sobre su víctima causándole lesiones de las que se derivó la muerte de la misma, y existe además un nexo perfectamente probado entre la violencia ejecutada y el hecho de la muerte, el delito que se tipifica quedó consumado al darse los requisitos que para su existencia determinan los artículos citados (CONSIDERANDO II).—No se estima ajustada a derecho la admisión en los hechos de autos de la circunstancia atenuante 4.ª del art. 9 CP, de no haber tenido el delincuente intención de causar mal de tanta gravedad como el que produjo, que el Consejo de Guerra en su Sentencia considera concurrente, por cuanto que la intención del culpable, cuando no consta de otro modo, ha de deducirse racionalmente de los medios y formas empleadas en la realización del hecho punible, o lo que es lo mismo, de la debida y adecuada proporcionalidad entre los actos ejecutados y los resultados obtenidos; y esto sentado, nada hay en los hechos probados que permita estimarla, dado que el medio empleado, una botella de champán, para ejecutar violencia sobre su víctima y el sitio sobre el que propinó los dos golpes, fue

el adecuado al resultado obtenido, la muerte de la víctima, y a mayor abundamiento la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo es concorde, en estimar que la circunstancia atenuante de preterintencionalidad del núm. 4.º del art. 9 CP es inadecuada a los delitos de robo con homicidio a causa de determinarse la penalidad por el resultado material y porque es causa bastante para la culpabilidad el que con motivo u ocasión de aquél resulte éste, aunque no se haya premeditado, no pudiendo afirmarse a la vista de la actuación del procesado que no tuviera intención de causar todo el mal originado (CONSIDERANDO IV).—En cuanto a la circunstancia agravante de ejecutar el delito de noche, 13.ª del art. 10 CP, apreciada por el Consejo de Guerra en su Sentencia y en el voto particular formulado por el Presidente y Vocal Ponente de aquel, se estima, como con acierto se razona en el disentimiento de la Autoridad Judicial, no es de apreciar en el presente caso, ya que dicha agravante debe aplicarse cuando la noche se busca con evidente propósito de facilitar la ejecución del acto criminal, circunstancia que no se dá en los hechos de autos, por cuanto que prestando su trabajo el procesado precisamente de noche, esperó el momento en que el público, en razón de la hora, abandonaba el local, coincidiendo tal circunstancia con la noche pero sin que ésta fuera elegida por el autor en razón a facilitarle una mayor impunidad, sino como circunstancia necesaria para la comisión del delito, y en último término porque de estimarse como agravante la concurrencia de la noche vendría a agravar injustamente la pena al procesado sin estar probado que se aprovechó de ella o la eligió para mejor ejecutar el delito y conseguir su impunidad (CONSIDERANDO V). De conformidad con la Autoridad Judicial que disiente y el Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar, es de apreciar la circunstancia agravante de abuso de superioridad prevista en el núm. 8 del art. 10 CP, por cuanto es clara y manifiesta la gran desproporción de fuerzas existente entre un hombre —el agresor— de veintitrés años de edad, en la plenitud de su vigor físico y una mujer —la víctima— de sesenta y ocho años de edad, desproporción de fuerza que tuvo plena confirmación en la forma en que se realizó el hecho y en el luctuoso resultado producido, ya que al acometer el procesado a la víctima, cuando estaba de espaldas, tapándola la boca con un trapo y sujetándola después por uno de los brazos, disminuía considerablemente sus posibilidades de defensa, lo que le proporcionó la consiguiente ventaja material sobre aquella, que se encontraba sola y sin auxilio alguno al acometerla, de lo que se aprovechó para su propósito punible, aprovechamiento que representa el elemento material de la citada agravante. En cuanto a la circunstancia agravante de desprecio de sexo del núm. 16 del art. 10 CP apreciada en la Sentencia y en el voto particular del Presidente y Vocal Ponente del Consejo de Guerra y por el Fiscal Togado, la sala estima que si bien puede ser compatible con la de abuso de superioridad, y suele estimarse en los atenta-

dos cometidos contra la integridad femenina a no ser que aquella provocara el delito, en el caso de autos no debe apreciarse en contra del procesado por no aparecer en los hechos probados nada que haga presumir que se propusiera determinadamente, al cometer el robo con homicidio, ofender ni desprestigiar el sexo, sino ejecutar su mal propósito de la manera en que aparece probado, aprovechándose de la debilidad del sexo y de la edad para hacerlo sin riesgo de su persona. (CONSIDERANDO VI).—Que no se ha de apreciar la circunstancia eximente de responsabilidad criminal del núm. 1.º del art. 8 del CP ni la atenuante del núm. 1.º del art. 9 del mismo Cuerpo legal, alegadas ambas por la Defensa y esta última para el supuesto de no apreciar la eximente en toda su plenitud, en atención a que de ninguna faceta subjetiva del encartado, anterior, coincidente o posterior a los hechos de autos, se deduce base de ningún género sobre que apoyarlas, máxime al tenerse en cuenta el dictamen médico que sobre la personalidad psíquica de dicho procesado obra en el procedimiento, en el que se declara que no se observan alteraciones psíquicas de su personalidad por las que estuviera disminuida su facultad de entender y querer (CONSIDERANDO VII).—Condena al procesado a la pena de treinta años de reclusión mayor y accesorias.

AUTO DE 10 ENERO 1973. RECURSO DE REVISION. PRUEBA NO TENIDA EN CUENTA

En Sentencia dictada el día 9 de julio de 1971 por el Consejo de Guerra Ordinario, en la Causa núm. 11/71 de la Jurisdicción de la Zona Aérea de Canarias, seguida en procedimiento sumarísimo por los presuntos delitos de robo a mano armada y fraude, de los arts. 4.º núm. 2.º, del Decreto-Ley de 21 de septiembre de 1970, y 403, núm. 4.º del CJM, fue condenado el procesado Sargento del Cuerpo de Suboficiales Especialistas (Mecánico de Electrónica) del Ejército del Aire don R.G.S.E. a las penas de doce años de presidio mayor, accesorias y efectos militares, como autor de un delito de robo del núm. 5.º del art. 501 del CP, en relación con el art. 511, párrafo último, del 501 y circunstancia 4.º del 506, todos ellos del citado Cuerpo legal y a la de tres años de prisión militar, accesorias y efectos correspondientes, como autor de un delito de fraude del núm. 4.º del art. 403 CJM.—Con fecha 9 de octubre de 1972, la esposa del condenado, doña R.P.S., solicitó en escrito dirigido al Excmo. Sr. Presidente de este Consejo Supremo la revisión de la Causa núm. 11/71, en base a la situación mental de su esposo, en apoyo de lo cual aporta certificado del Tribunal Médico Militar Psiquiátrico de Cienpозuelos de fecha 20 de mayo de 1972, y fotocopia de un certificado médico particular de 2 de diciembre de 1971.—El Auditor de la Zona Aérea de Canarias en dictamen de fecha 24 de octubre de 1972, entiende que la enfermedad mental que, al parecer, actualmente padece el recluso ex-

Sargenso G.S.E., debe apreciarse como sobrevenida con posterioridad a ser firme la sentencia recaída en la Causa núm. 11/71, o sea, que se trata del supuesto del art. 242 CJM, precepto que en analogía con lo establecido por el art. 82, en relación con el núm. 1.º del art. 8 CP establece las medidas que se han de adoptar en tal caso y que afectan al orden penitenciario por lo que, en consecuencia, informa desfavorablemente la revisión solicitada.—La Autoridad Judicial de la Zona Aérea de Canarias, en acuerdo de fecha 26 de octubre de 1972, separándose del dictamen de su Auditor, informa favorablemente la revisión de la sentencia recaída en la Causa núm. 11/71 en base al mencionado informe psiquiátrico emitido por el Tribunal Médico Militar reunido en Cienpозuelos con fecha 20 de mayo de 1972.—Pasada la instancia documentada de solicitud de revisión, a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo, lo emite en el sentido de no ser procedente la admisión a trámite del recurso de revisión en base a que el Consejo de Guerra conocía, en el momento de dictar el fallo, la situación mental del Suboficial procesado, pues estimó que no era oportuno apreciar la atenuante de eximente incompleta de enfermedad mental invocada por la Defensa, por lo que la prueba aportada sobre tal extremo no resulta en consecuencia, conocida después de la sentencia como requiere el punto 6.º del art. 954, careciendo además, por otra parte, de la característica de indubitada, ya que en ningún caso vincularía al juzgador, siendo por sí insuficiente para evidenciar error en el fallo que es también presupuesto de la revisión según la propia expresión legal, por lo que, en consecuencia de todo lo cual, estima que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 963 CJM, no es procedente la admisión a trámite del recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que sin prejuzgar la resolución que pudiera en su día recaer y en atención al carácter meramente procesal de la admisión a trámite del recurso de revisión, la aportación por la recurrente del certificado médico emitido acerca de la salud mental del condenado, por el Tribunal Médico Militar Psiquiátrico de Cienpозuelos el día veinte de mayo de mil novecientos setenta y dos y de la aludida fotocopia del certificado médico de dos de diciembre de mil novecientos setenta y uno, aún no reuniendo ésta los debidos requisitos de autenticidad, pudieran tener el carácter de nueva e indubitada prueba y ante la eventualidad de que fuese desconocida por el Consejo de Guerra que dictó sentencia en la Causa 11/71 de la Zona Aérea de Canarias, cabe entender la presente solicitud de revisión como incardinada en el número sexto del art. 954 CJM, por lo que en aras de un total esclarecimiento de las circunstancias enjuiciadas, resulta procedente en virtud de lo dispuesto en el art. 963 del mismo Cuerpo legal, admitir a trámite el recurso de revisión instado por doña R.P.S.

Se acuerda la admisión a trámite del mismo.

AUTO DE 18 ENERO 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO

Habiéndose acreditado que el hecho que dio origen a las actuaciones y a la condena, ocurrió en acto de servicio reglamentariamente ordenado y que el culpable es insolvente, la Asesoría Jurídica del expresado Ministerio informó en el sentido de resultar pertinente la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército en la cuantía de 1.500 pts. en favor de don M.C.M., propietario del vehículo B-273.789, no procediendo, por el contrario, dicha responsabilidad civil por lo que respecta a los daños sufridos por el vehículo B-673.895, propiedad de don C.E.G., por cuanto la Compañía Aseguradora del mismo ha abonado los gastos de su reparación.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el Fiscal Togado y por las razones por él expuestas, comprobándose que el hecho determinante de la condena ocurrió en acto de servicio, siendo insolvente el condenado y acreditándose que el seguro de uno de los perjudicados no cubría los daños propios de su vehículo, y el otro perjudicado no ha percibido la totalidad de los desperfectos por tener el vehículo asegurado a todo riesgo, pero con la existencia de una franquicia, se está en el caso de declarar conforme a lo dispuesto en el art. 206 CJM la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra en la cuantía de dos mil ciento veinticinco pesetas.

Se acuerda declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército.

AUTO DE 18 ENERO 1973. RECURSO DE REVISION. VIGENCIA TEMPORAL DEL DECRETO DE 21-9-1960

L.M.U.A., recluso en el Centro de Cumplimiento y Diligencias de Burgos, condenado en Causa núm. 138/69, de la VI Región Militar, por Sentencia hoy firme, dictada por un Consejo de Guerra reunido en la plaza de Burgos el día 29 de julio de 1971 a las penas de quince años de reclusión menor y seis años de prisión y accesorias legales, como autor responsable de sendos delitos consumados de depósito y transporte de explosivos previstos y penados en el art. 3.º, apartado 2.º del D. de 21 de septiembre de 1960, según la redacción dada por la L. de 2 diciembre 1963, y de un delito de rebelión militar previsto en el art. 2.º del supracitado D. y D. de 16 agosto 1968 en relación con el párrafo 5.º del art. 286 CJM, eleva a este Consejo Supremo instancia en solicitud de que se le declare exento de responsabilidad criminal, alegando para ello que los hechos que dieron motivo, en su día, a la condena que sufre han dejado de ser delito por cuanto la L. de 15 noviembre 1971 ha derogado las normas con arreglo a las cuales fue

condenado, aduciendo en apoyo de su petición lo dispuesto en los artículos 208 CJM y 24 CP.

CONSIDERANDO: Que en el auto del veintiocho de julio de mil novecientos setenta y dos se dejó sentado que «el Decreto de veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta, de vigencia rehabilitada por el Decreto Ley de dieciséis de agosto de mil novecientos sesenta y ocho, constituye una legislación especial de ámbito temporal, creada para una vigencia limitada en virtud de necesidades transitorias de defensa social y en previsión de actuaciones y relaciones de hecho especialísimas, cuya gravedad, transcendencia, peligro, alarma social e incluso daño efectivo a las Instituciones encargadas de garantizar la seguridad de la Patria, determinaban la necesidad de valorarlas en el momento en que se producían, pero de un modo definitivo, de tal forma que, desaparecida aquella compleja situación de emergencia, conductas idénticas aparente pero no realmente, por la ausencia de aquellas relaciones fácticas, revisten formas delictivas diferentes, encajadas en la Ley común. No estamos, por tanto, ante una situación de simple derogación de una Ley por otra posterior más benigna en razón a una evolución de criterios que informan el proceso legislativo normal, que es lo determinante del principio de retroactividad de la Ley más favorable, como también lo demuestra el hecho de que los tipos penales que hoy serían en su caso aplicables, no han sido establecidos con posterioridad, sino que ya estaban en el Código, permaneciendo vigentes durante el imperio de la Ley especial temporal, con pleno vigor, hasta el punto de ser apreciados en multitud de casos en que no parecían patentes aquellas especialísimas relaciones y valoraciones de hechos de que se ha hecho mención.

Resumiendo las anteriores consideraciones, ha de concluirse que aquella legislación especial temporal:

1.º Se dictó en razón a necesidades urgentes, pero no transitorias para una más enérgica defensa social y para un periodo de tiempo limitado a la subsistencia de la situación que motivó su promulgación, según expresa su Exposición de Motivos.

2.º No derogó el derecho común en un sentido tan absoluto que este no pudiera aplicarse a conductas que pareciendo a primera vista influidas en la Ley temporal, penetrando en su verdadera naturaleza se advierte no ofrecen características adecuadas para ello. Este es el significado del artículo 8.º del Decreto de veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta, demostrativo de que no existe verdadera identidad fáctica entre unas y otras conductas.

3.º La derogación de la Ley temporal no obedeció a un cambio o atenuación de las concepciones jurídicas del legislador, sino a la estimación de que habían desaparecido las circunstancias que la motivaron, con lo que resulta ya imposible la concurrencia de los supuestos y relaciones fácticas sobre los que el delito especial se sustentaba.

4.º Por último, admitida constitucionalmente la posibilidad legal

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de un Derecho excepcional temporal, sería un contrasentido determinar apriorísticamente su total ineficacia, estableciendo de antemano la anulación fatal de sus previsiones rigoristas llegada la fecha de su caducidad.

Por todo ello, hemos de concluir admitiendo la ultractividad del Decreto-Ley de dieciséis de agosto de mil novecientos sesenta y ocho y Decreto de veintiuno de septiembre de mil novecientos sesenta, aplicables a todas aquellas conductas en ellos tipificadas realizadas durante el tiempo de su vigencia, tanto si están pendientes de sentencia, como si ésta se hubiera dictado, sin que la promulgación de la Ley 44/71 de 15 de noviembre, dé lugar a la aplicación del principio de retroactividad formulado en los arts. 24 CP y 208 CJM».

CONSIDERANDO: Que de conformidad con lo mantenido por el Sr. Fiscal Togado en su precedente informe, y con expresa ratificación de las consideraciones de esta Sala que se acaban de transcribir, se está en el caso de desestimar la solicitada declaración de exención de responsabilidad criminal, por lo que,

Se acuerda desestimar la petición formulada por L.-M.V.A.

(Criterio confirmado en Autos de 31 enero 1973, 7 febrero 1973).

AUTO DE 31 ENERO 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO

Por el Ministerio del Ejército se eleva a este Consejo Supremo pieza separada de responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de las Diligencias Preparatorias núm. 701 de 1976, seguidas en la Primera Región Militar contra el Soldado V.S.L., por falta de imprudencia simple, declarándosele civilmente responsable en la cuantía de seis mil pesetas y señalándose para caso de insolvencia la responsabilidad subsidiaria del Ejército de Tierra por dicha cantidad.—Acreditada la insolvencia del principal responsable civil y que los hechos ocurrieron en acto de servicio reglamentariamente ordenado, se elevó la pieza separada al Ministerio del Ejército, cuya Asesoría Jurídica ha informado en el sentido de no estimar procedente la declaración de responsabilidad subsidiaria propuesta, por cuanto la Compañía Aseguradora del vehículo civil siniestrado abonó los desperfectos sufridos por el mismo; criterio que hace suyo el Excmo. Señor Fiscal Togado de este Consejo Supremo, que dictamina igualmente en sentido negativo.

CONSIDERANDO.—Que no concurren en este caso los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad civil subsidiaria propuesta, por cuanto la Entidad Aseguradora abonó el importe de la reparación de los daños sufridos por el vehículo civil colisionado, con lo que la declaración propuesta supondría en definitiva resarcir a la Compañía de Seguros, siendo así que la facultad otorgada por el art. 206 CJM, aun ampliamente interpretado, no puede extenderse a tal supuesto,

pues el abono efectuado por la Entidad Aseguradora constituye elemento esencial de su negocio, consistente precisamente en la asunción de estos riesgos en contrapartida de las primas que percibe de los asegurados.

Declara la irresponsabilidad del Ministerio.

AUTO DE 21 FEBRERO 1973. CONMUTACION DE PENA. CONCURRENCIA AGRAVANTE ESPECIAL DEL ART. 194 CJM

El Marinero J.-P.F.A., fue condenado en Causa núm. 58/1971 de la Zona Marítima del Cantábrico a la pena de cuatro años, dos meses y un día de presidio menor y accesorias legales como autor de un delito consumado de robo con fuerza en las cosas previsto en los arts. 500 y 504, núm. cuatro en relación con el art. 510, núm. tres todos ellos del CP, y penado en el art. 505, núm. dos del mismo, en relación con el art. 194 CJM.—Recogiendo la llamada de atención del Consejo de Guerra contenida en el Otroso de la sentencia, el Excmo. Sr. Capitán General de la Zona Marítima del Cantábrico, a propuesta de su Auditor, acordó, previa aprobación de la sentencia, elevar las actuaciones a este Alto Centro con propuesta de conmutación de la pena impuesta por la más favorable de dos años de presidio menor en uso de la facultad otorgada por los arts. 2 CP y 183 CJM.—El Fiscal Togado no estima oportuna la conmutación de la pena, por haberse impuesto en su grado mínimo y tratarse de delito común al que se ha aplicado la agravante genérica del número 2.º del art. 194, no acreditándose en el expediente circunstancias destacables en el hecho ni en la persona que permitan adjetivar de notablemente excesiva la pena impuesta, lo que equivaldría a tachar de injusto el precepto legal correctamente aplicado por el Tribunal sentenciador.

CONSIDERANDO.—Que el espíritu y finalidad del art. 194 CJM persigue precisamente la agravación de la penalidad correspondiente a determinados delitos de naturaleza común que, por la concurrencia de las circunstancias que en el citado precepto se preveen, revisten una peculiar peligrosidad en el ámbito castrense, ya que, según reiterada jurisprudencia de esta Sala, aunque tales delitos afectan predominantemente al derecho común, tienen mayor gravedad en los casos que el artículo enumera, pues ya no son solamente violaciones de las leyes ordinarias, sino también de los deberes, que impone al militar su permanencia en el servicio; y esta consideración concretada a la perpetración de un delito de robo a bordo de un buque de guerra con la trascendencia y perturbación del buen orden de los Ejércitos que ello supone, obliga a desestimar como improcedente el calificativo de excesiva que podría justificar la conmutación de la pena impuesta, pues esta lo ha sido, no sólo dentro de los límites señalados en el art. 194 del Código castrense en relación con el número segundo del propio precepto, sino en la mínima extensión que permite la Ley para el su-

puesto fáctico de que se trata, y ello implica que, al sancionarse el hecho aplicando el grado máximo de la penalidad establecida por el precepto correspondiente de la Ley penal ordinaria, y no el mínimo o medio de la inmediata superior que el propio art. 194, autoriza, no se ha excedido del límite que el art. 61, núm segundo del CP establece para el caso de concurrencia de cualquier circunstancia agravante ordinaria y, a mayor abundamiento, el artículo 506 CP contiene idéntica norma en su apartado segundo cuando el delito de robo «se verificara en casa habitada o edificio público», circunstancia que guarda una evidente analogía por razón del lugar con la comisión del hecho en buque armado, supuesto este que se estima incluso de más acusada trascendencia: por lo que no procede acordar la conmutación propuesta, que implicaría en la práctica una derogación del mentado art. 194 CJM, contrariando así la finalidad que lo informa de castigar con mayor severidad las conductas revestidas de las circunstancias específicas contempladas en su enumeración.

Se acuerda informar desfavorablemente la propuesta de conmutación.

AUTO DE 28 MARZO 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO

Por Sentencia dictada en 13 de julio de 1968, en la plaza de Madrid, por el Señor Juez Togado de la Primera Región Militar, aprobada por Decreto de la Autoridad Judicial el soldado M.M.R., fue condenado como autor de un delito de culpa con infracción de Reglamentos previsto y sancionado en el párrafo D) del art. 17 del C. Cir. a la pena de privación del permiso de conducir vehículos de motor por término de un mes y en concepto de responsabilidad civil deberá abonar al Estado, Ramo de Guerra, la cantidad de dos mil ochocientas pesetas y al propietario del vehículo civil trece mil setecientas cincuenta pesetas, de cuya última cantidad se declara subsidiariamente responsable al Ramo de Guerra. Acordada la insolvencia del inculpado, el Excmo. Sr. Subsecretario de conformidad con lo propuesto por el Asesor Jurídico y vistas las diligencias practicadas estimó que no procede la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ramo de Guerra, por cuanto la Compañía Aseguradora del vehículo civil abonó los desperfectos sufridos por el mismo, debiendo remitirse lo actuado a este Alto Tribunal de conformidad con lo dispuesto en el precepto mencionado.—Recibido el expediente en este Alto Tribunal y pasado a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado él mismo emitió su dictamen de conformidad con la Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército, estimando que no procede declarar la responsabilidad subsidiaria del Estado, con arreglo al criterio sostenido por esta Fiscalía y doctrina establecida por la Sala de Justicia, cuando se trata de vehículos asegurados con póliza que, como en el presente caso, incluye en el seguro los daños propios y recae, en

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

consecuencia, la obligación de repararlo en una Compañía de Seguros, la que ha abonado el importe de los daños causados.

CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos en que se apoya el dictamen del Excelentísimo Señor Fiscal Togado de este CSJM, que la Sala hace suyo, no es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado por los hechos de autos.

Se acuerda no haber lugar a declarar la responsabilidad civil subsidiaria del M.º del E.

AUTO DE 11 ABRIL 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA MINISTERIO DEL EJERCITO

Por el Ministerio del Ejército se eleva a este Consejo Supremo pieza separada de responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de Dimanante de Diligencias Preparatorias núm. 71/71, de la Capitana General de Canarias, procedimiento en el que se declaró la responsabilidad civil del Cabo de Infantería J.L.O., respecto de las ocho mil novecientas veintiocho pesetas en que han sido valorados los desperfectos ocasionados en el automóvil TF-31.718, propiedad de D. F.C.C., señalándose para caso de insolvencia del principal responsable, la responsabilidad subsidiaria del Ejército de Tierra por dicha cantidad.—La Asesoría Jurídica del M.º del Ejército ha informado en el sentido de estimar pertinente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria en cuestión, por la cantidad expresada, habida cuenta de que se acredita que el hecho que dio origen a las actuaciones ocurrió en acto de servicio y que el principal responsable es insolvente; fundamentos que ha hecho suyos el Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo, que propone que la Sala acuerde en consecuencia, declarando dicha responsabilidad subsidiaria.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el Sr. Fiscal Togado, comprobándose que el hecho determinante de la responsabilidad civil declarada en acto de servicio reglamentariamente ordenado y que ha aprobado en forma la declaración de insolvencia del principal responsable, acreditándose además que el perjudicado no ha sido indemnizado por los perjuicios sufridos en el vehículo de su propiedad, por cuanto la póliza de seguro que tenía concertada con la Compañía C. no cubría los «daños propios», se está en el caso, conforme a lo prevenido en el art. 206 del CJM, de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército.

AUTO DE 19 JUNIO 1973. NULIDAD DE ACTUACIONES

El Excmo. Sr. Fiscal Togado, al emitir el correspondiente informe, ha hecho constar su criterio de que, no obstante el disenso planteado y la realidad anunciada por Auditor y Autoridad Judicial en cuanto al

Resultando de hechos probados que adolece de cierta imprecisión y vaguedad en la determinación de la participación concreta de cada uno de los procesados —defecto tratado como causa de nulidad de actuaciones en la Sentencia del Alto Tribunal de Justicia Militar de fecha 17 de diciembre de 1936—, es lo cierto que, con anterioridad al momento de dictar sentencia, se ha incurrido en un defecto esencial de carácter insubsanable al designar en la orden de celebración del Consejo de Guerra, e intervenir posteriormente en el mismo, acordando y suscribiendo la Sentencia, como Presidente y Vocal del Tribunal, un Teniente Coronel y un Capitán, respectivamente del Cuerpo Auxiliar de Sanidad Militar, por lo que entiende el Fiscal Togado que procede acordar la nulidad de lo actuado desde el momento en que la infracción expresada se produjo, con ulterior remisión de la Causa a la Autoridad Judicial a los efectos de continuar las actuaciones.—Efectivamente, en la Orden de celebración del Consejo de Guerra (folio 175 vuelto) se designa Presidente y Vocal, respectivamente, a un Teniente Coronel de Sanidad Militar y a un Capitán del propio Cuerpo, que intervinieron posteriormente en el mismo, acordando y suscribiendo la sentencia dictada (folios 191 y 194), siendo así que no había de juzgarse a ningún individuo perteneciente a dicho Cuerpo.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con la opinión sustentada por el Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo, la Sala entiende que el hecho señalado en el Resultando precedente constituye un defecto esencial de carácter insubsanable, al designarse, como queda dicho en la Orden de celebración del Consejo de Guerra e intervenir posteriormente en el mismo, acordando y suscribiendo la Sentencia, como Presidente y Vocal del Tribunal, un Teniente Coronel y un Capitán, respectivamente, del Cuerpo de Sanidad Militar, Cuerpo Auxiliar, quienes con arreglo a lo dispuesto en el núm. 6.º del art. 160 CJM no pueden ser nombrados para estos cargos cuando no haya de juzgarse a algún individuo de su Cuerpo, lo que no ocurre en el presente caso. Vicio éste que, por la imperativa prohibición que entraña la locución «no podrán ser nombrados para estos cargos» que emplea el precepto legal citado, afecta a las garantías procesales básicas y, por ende, a lo sustancial del procedimiento, y cuya sanción entra de lleno en lo prevenido por el art. 801 del propio Código, con arreglo al cual pudo y debió la Autoridad Judicial decretar la nulidad de lo actuado a partir del nombramiento de los legalmente vedados y ordenar la celebración de nuevo Consejo de Guerra compuesto por personas designadas conforme a la Ley. Y no habiéndose hecho así, se está en el caso ahora, conforme a lo previsto en el núm. 2.º del art. 822 y art. 831 CJM, de anular lo actuado a partir de dicha Orden de celebración del Consejo de Guerra.

Se acuerda la nulidad de actuaciones a partir de la orden de celebración del Consejo de Guerra.

AUTO DE 27 JUNIO 1973. NULIDAD DE ACTUACIONES

Dictada Sentencia por un Consejo de Guerra ordinario reunido en la plaza de Las Palmas de Gran Canaria el día 29 de enero de 1963 en Causa núm. 92/71 de la Capitanía General de Canarias, seguida, por supuesto delito de robo con fuerza en las cosas, contra el soldado A.Q.A., fueron elevadas las actuaciones a este Consejo Supremo por la Autoridad Judicial correspondiente a efectos de la resolución del disentiendo, fueron pasadas al Sr. Fiscal Togado de este Alto Tribunal a los fines del art. 830 CJM, quien, al emitir el correspondiente informe, ha hecho constar su criterio de que en la tramitación del procedimiento se observaron defectos de carácter insubsanable que afectan a la validez de las actuaciones, defectos concretados en el acta de celebración del Consejo de Guerra, ya que de su examen resulta evidente que en ella no se hace constar que previamente al interrogatorio del procesado se le recibiera declaración no jurada, así como con relación a los testigos que depusieron ante el Consejo de Guerra no se hace figurar que previamente a su testimonio se les tomara juramento en debida forma, entendiéndose el Sr. Fiscal Togado, en definitiva, que procede acordar la nulidad de lo actuado en la Causa desde el momento en que la expresada infracción se produjo.—Efectivamente, en el acta de celebración del Consejo de Guerra (folios 77 y vuelto) se observa que no se hace constar previamente al interrogatorio del procesado por parte del Fiscal y Vocal Ponente se le recibiera declaración no jurada como es preceptivo y exige el art. 775 del CJ; de la misma forma y con relación a los testigos que depusieron ante el Consejo de Guerra no se hace figurar en la expresada acta que previamente a su testimonio el Presidente les tomara juramento y fueran preguntados respecto de las circunstancias que imperativamente requiere el art. 777 del mismo Código.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con la opinión sustentada por el Sr. Fiscal Togado de este Consejo Supremo, la Sala entiende que el hecho señalado en el Resultando precedente constituye un defecto esencial de carácter insubsanable que afecta a la validez de las actuaciones. Vicios que afectan de modo indudable a las garantías individuales básicas, con infracción de las normas aplicables y, por tanto, a lo sustancial del procedimiento, cuya sanción entra de lleno en lo prevenido en el art. 801 CJM, con arreglo al cual pudo y debió la Autoridad Judicial decretar la nulidad de lo actuado a partir del momento en que la vulneración se produjo y ordenar, en consecuencia, la celebración de nuevo Consejo de Guerra, en cuya acta se diese cumplimiento a los requisitos y garantías procesales exigidas por la Ley; y no habiéndose hecho así, se está en el caso de ahora, conforme a lo previsto en el núm. 2.º del art. 822 y art. 831 CJM de anular lo actuado a partir del momento procesal en que la expresada infracción se produjo, con celebración, previos los trámites oportunos de nuevo Consejo de Guerra.

Se acuerda la nulidad de actuaciones a partir de la orden de celebración del Consejo de Guerra.

AUTO DE 27 JUNIO 1973. NULIDAD DE DESIGNACION DE FISCAL

En Providencia de fecha 30 de mayo de 1973 esta Sala de Justicia acordó el traslado de las actuaciones al Excmo. Sr. Fiscal Militar a efectos prevenidos en el art. 830 CJM.

CONSIDERANDO: Que el citado art. 830, al disponer que una vez se haya hecho el apuntamiento, se dará traslado al Fiscal a quien corresponda, se remite evidentemente al párrafo 2.º del art. 126 del mismo Cuerpo Legal castrense, del cual se deduce que el criterio establecido para que informe el Fiscal Militar o el Togado en los asuntos de justicia es el mismo que determina la intervención ante el Consejo de Guerra, en la Causa de que se trate, del Fiscal Militar designado por la Autoridad Judicial o de Fiscal Jurídico-Militar, según la naturaleza del delito perseguido y la condición de la persona presunta responsable, atribuyéndose el ejercicio de las funciones fiscales al primero cuando se trate de delito militar y procesado o procesados pertenecientes a cualquiera de los ejércitos, a tenor de lo establecido en el art. 145 CJM; y al segundo, conforme el art. 146 del mismo Código, cuando en la causa se persiga delito común o comprendido en el artículo 194, o se haya procesado algún paisano. Y siendo así que, partiendo del sentado criterio, el delito calificado en la sentencia dictada por el Consejo de Guerra es de naturaleza común y versando el disenso que ha motivado la elevación de los autos a este Alto Centro, sobre la aplicación del art. 194 del Código Castrense al propio delito que dio lugar a la condena, es indudable que corresponde al Fiscal Togado, y no al Militar, intervenir en el ejercicio de la función que le confieren los citados arts. 126 y 830 del repetido Cuerpo Legal castrense

CONSIDERANDO: Que en méritos de lo expuesto, procede declarar la nulidad de la Providencia de esta Sala de treinta de mayo del año actual, y de los trámites subsiguientes debiendo pasar las actuaciones a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado.

La Sala acuerda declarar la nulidad de su Providencia anterior y que pasen las actuaciones a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado.

(Jesús Valenciano Almoyna)

B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL DE COMPETENCIAS

SENTENCIA DE 1.º DE FEBRERO DE 1971

Como en otras ocasiones, nos parece oportuno insertar aquí, por la doctrina que establece en materia competencial, esta Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, por la que se estima el recurso de casación interpuesto contra auto dictado por la Sala de lo Criminal de la Audiencia Territorial de Burgos por el que acordó inhibirse en favor de la Jurisdicción militar, respecto de causa seguida contra los paisanos M.J.G. y P.G.C.

En causa seguida contra los citados procesados, por supuestos delitos de hurto, lesiones, atentado y tenencia ilícita de armas, se dictó auto de inhibición en favor de la Jurisdicción militar, conforme a los fundamentos que más abajo quedan recogidos. Contra dicho auto, la representación de los procesados recurrió en casación, recurso que el TS estima, casando y anulando el auto recurrido, con base en los siguientes fundamentos:

«Que el auto recurrido fundamenta su acuerdo de inhibición a favor de la Jurisdicción Militar en dos órdenes de argumentos: Por razón del delito, que entiende comprendido en el art. 4.º de la Ley de Bandidaje y Terrorismo núm. 158/63, y por razón de la persona atacada por los delincuentes, miembro de la Guardia Civil, que daría origen a un delito militar que, aunque no lo menciona el auto de la Audiencia, no sería otro que el de maltrato de obra a fuerza armada del art. 308 del Código de Justicia Militar que vendría así a reforzar desde otro ángulo el acuerdo inhibitorio; debiendo tenerse en cuenta, por lo que a este último argumento se refiere, que, según terminante declaración del art. 312 del Código castrense, para poder reputar fuerza armada a los individuos de la Guardia Civil es menester que visitan sus uniformes reglamentarios al prestar el servicio propio de su Instituto y si en el «Resultando» fáctico del auto recurrido se dice

que el Guardia Civil M.C.R. afecto al servicio de la «Red de los Ferrocarriles de España», en la Estación de Miranda de Ebro, iba vestido de paisano al practicar la detención de los procesados en unión del guarda jurado de la misma entidad citada, falta el requisito exigido por el citado art. 312 del CJM para poder reputar al Guardia Civil fuerza armada y, por ende, sujeto pasivo del delito militar de insulto o maltrato a dicha fuerza según constante interpretación jurisprudencial y resoluciones de competencia que por su número es ocioso citar; por lo cual, toda la cuestión se reconduce a sí los hechos relatados por el auto recurrido, a los puros efectos de competencia y sin prejuzgar la calificación definitiva, pueden ser integrados en el art. 4.º de la Ley 154/63 y, por tanto, determinar el conocimiento de la jurisdicción militar según determina el art. 8.º de dicha Ley.»

«Que en el art. 4.º de la Ley 154/63 se consideran dos supuestos claramente diferenciados con la nota común a ambos de ataque o intimidación a las personas con armas de fuego para cometer un robo, o con motivo u ocasión del mismo, de tal manera que en el primer supuesto basta que se produzca la muerte de alguna persona para subsumir la conducta en el mismo, mientras que en la segunda hipótesis del recurso, al no darse aquel resultado mortal, se exigen por el tipo un mayor número de circunstancias agrupadas en dos apartados: el ap. a) que se centra en una serie de lugares asaltados o de personas atacadas por los delincuentes; y el ap. b) que alude únicamente a las armas empleadas, de modo que si alguno de los malhechores esgrimiere arma de guerra basta para tipificar este delito especial de robo a mano armada; de todo lo cual se deduce que siguiendo la interpretación por exclusiones ya iniciada en el anterior «Considerando» y atendido que en el caso de autos uno de los procesados utilizó una pistola «Astra» del calibre nueve largo con la que alcanzó al guarda jurado, hiriéndole gravemente, está en el caso de eliminar el mencionado ap. b) del núm. 2.º del art. 4.º citado, toda vez que dicha pistola no es arma de guerra a tenor de lo dispuesto en los arts. 1.º y 107 del Reglamento de Armas y Explosivos de 27 de diciembre de 1944, bajo cuya nomenclatura, la pistola de autos es un arma corta que sólo alcanzaría la categoría de arma de guerra si a la misma pudiera adaptarse un culatín, extremo decisivo que no consta en ninguna de las descripciones que de la pistola se hace en las actuaciones.»

«Que centrada ya la cuestión interpretativa en si es o no aplicable el ap. a) del núm. 2.º del art. 4.º de la Ley 154/63 al supuesto de hecho que recoge previsoramente el auto de la Audiencia de Burgos, se observa de inmediato que son tres los encajes típicos enunciados disyuntivamente en tal apartado y expresados en su núcleo por el verbo correspondiente: sorprender a los moradores de algún lugar habitado; asaltar establecimiento industrial o mercantil o a persona encargada de la custodia o transporte de caudales o valores; o, finalmente, detener conductores o viajeros en despoblado o en lugar propicio para el

hecho; de cuyos tres enunciados legales, siguiendo el proceso de eliminación propuesto, menester es deshechar el primero y el último, pues que perpetrado el robo de autos en uno de los almacenes de la Estación de Miranda del Ebro no hay base fáctica para considerar tal local como lugar habitado, ni aun como dependencia de casa habitada, por lo que mal pudo darse la sorpresa a los moradores que es el alma de este primer supuesto típico; como tampoco se alude para nada en la narración *de facto* a la detención de conductores o viajeros, lo que obliga a considerar como únicamente aplicable, en principio, el enunciado «segundo, en su primera parte de asalto a establecimiento industrial o mercantil, pues evidentemente, tampoco pueden ser calificados el Guarda jurado y Guardia Civil que sorprendieron a los procesados, como personas encargadas de la custodia o transporte de caudales o valores de que se habla en la segunda parte; por lo que llegados a este punto, si bien cabe admitir que una estación de ferrocarril considerada en el conjunto de sus dependencias —una de ellas el almacén en que penetraron los procesados— es un establecimiento destinado a un fin mercantil, el transporte por vía férrea de personas y mercancías, que por su alcance nacional tiene un carácter público, como lo tiene la empresa paraestatal que asume dicho transporte; y no es posible, en cambio, la inclusión de la conducta relatada en el verbo típico de asaltar tal establecimiento, puesto que paladinamente se dice en el auto recurrido que los procesados «penetraron subrepticamente» en aquel almacén de la estación, y tal entrada clandestina es lo más opuesto al asalto del local que implica necesariamente acometimiento contra las personas y si bien puede argüirse que jurídicamente no se consuma el robo violento hasta que los malhechores se ponen fuera del alcance de los perseguidores, en cuyo tracto de acción cabe el ataque contra las personas que los sorprenden una vez consumado el apoderamiento —tal como ocurrió en el caso de autos— tal argumento es válido para calificar la sustracción de robo, esto es, sirve con referencia siempre al art. 4.º de la Ley 154/63, para apreciar la comisión de un robo por atacar a las personas con armas de fuego con motivo u ocasión del mismo que ya se ha visto es la nota genérica y común a los dos apartados de dicho artículo, de modo que si el segundo exige un *aliud* y este no es otro, como también se ha dicho, que el asalto del establecimiento, tal nota específica no puede confundirse con la genérica y entenderse cumplida con ella, para no incurrir claramente en una interpretación *abrogans* de la Ley, más si esta interpretación simplificadora de los requisitos legales, lleva a conclusiones perjudiciales para el reo; razones todas que obligan a estimar los dos motivos del recurso interpuesto y a revocar, en consecuencia, el auto de la Sala de lo Criminal de la Audiencia Territorial de Burgos que acuerda la inhibición de la causa en favor de la Jurisdicción Militar.»

AUTO DE 16 DE FEBRERO DE 1971

Cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Vivero y la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar, en procedimiento seguido por accidente de tráfico.

El citado Juzgado de Instrucción siguió Diligencias Previas con motivo del accidente de tráfico en que la motocicleta conducida por el motorista de la Guardia Civil J.G.C. alcanzó a la peatón L.L.F., que resultó muerta; en dicho procedimiento recayó auto ordenando el archivo de las actuaciones, por estimarse que los hechos no eran constitutivos de delito.

La Autoridad Judicial de la VIII Región Militar, en las diligencias que tramitaba por el mismo hecho, acordó requerir la inhibición al Juzgado de Vivero, dada la condición de aforado del conductor de la motocicleta. El Juzgado requerido no accedió a la inhibición propuesta, por entender que no existía responsabilidad criminal por parte del conductor aforado, entendiendo que para consentir en la inhibición sería necesario que hubiere encartado, lo que en dicho procedimiento no ocurría, con lo que la condición de aforado del conductor no había de tener otra trascendencia que la de respetar la independencia de la Autoridad Judicial militar para la libre prosecución de las diligencias que tramitaba, pero no la de la remisión de lo actuado por la Jurisdicción ordinaria.

Planteada en debida forma la cuestión de competencia, la Sala la resuelve a favor de la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar, a la que deberán remitirse las actuaciones, con arreglo a los siguientes fundamentos:

«Que el conocimiento del proceso penal seguido a consecuencia del fallecimiento de una persona, por el atropello de que fue objeto en una vía pública por una motocicleta de la Agrupación de Tráfico, conducida en acto de servicio por un Guardia Civil, está atribuido a la Jurisdicción militar y no a la ordinaria, puesto que aquella es competente, por razón de la persona responsable, para conocer de las causas que se instruyan por toda clase de delitos, contra los militares en servicio activo, de acuerdo con las previsiones del núm. 1 del art. 13 del CJM, sin que se trate de figura exceptuada en favor de otras jurisdicciones por la norma del art. 16 del propio ordenamiento, por lo que el conflicto suscitado entre el Juzgado de Instrucción de Vivero y la Autoridad Judicial Militar de la VIII Región debe resolverse en favor de ésta, no siendo, bajo otro aspecto, atendible el razonamiento obstativo invocado por el primero de tales órganos, puesto que la existencia o inexistencia de responsabilidad penal respecto de la persona aforada sólo puede proclamarla la jurisdicción realmente competente, atribución que nunca puede depender de la conclusión afirmativa o denegatoria que merezca aquel interrogante.»

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

AUTO DE 25 DE MARZO DE 1971

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial militar de la Capitanía General de las Islas Canarias y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife, respecto de diligencias instruidas, por imprudencia, con resultado de lesiones leves y daños, al colisionar el camión militar conducido por el soldado L.M.R. con el autobús civil que pilotaba el paisano M.G.C.

La Sala resuelve la cuestión planteada declarando la competencia para conocer de los hechos en favor del mencionado Juzgado de Instrucción, conforme a las siguientes condiciones:

«Que el conflicto jurisdiccional surgido por rehusar la Autoridad Judicial Militar de Canarias y el Juez de Instrucción núm. 1 de Santa Cruz de Tenerife el conocimiento de los daños causados a varios automóviles de propiedad particular y de lesiones leves a dos personas por el camión ET-43.731, conducido por un soldado, se ha de resolver en el sentido de fijar la competencia en la jurisdicción ordinaria y concretamente en dicho Juez de Instrucción, porque aunque el vehículo que el aforado conducía causara los expresados resultados a consecuencia de brusco viraje que hiciera con aceleración de velocidad, surge de las actuaciones la versión de haber tenido lugar estas maniobras por haberse interpuesto inopinadamente en su marcha el autobús que pilotaba un paisano, que cruzó por delante del vehículo militar, cuarto de un convoy de diez debidamente anunciado, sin esperar el paso de éste, pues ante esta imputación que la investigación realizada hasta ahora no permite excluir, apartando de una posible responsabilidad al no aforado, ha de prevalecer la preferencia y atracción del art. 11 de la L.e. crim. en atención a lo que, por otra parte, prescribe el art. 19, núm. 2.º, del Código Castrense, independientemente de lo que sobre culpabilidad de uno y otro conductor se resuelva en definitiva.»

AUTO DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1971

Cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Telde y la Autoridad Judicial de la Zona Aérea de Canarias sobre conocimiento de unos hechos atribuidos a aforados, supuestamente constitutivos de los delitos de desacato y desobediencia.

Por el Juzgado de Instrucción de Telde se siguieron Diligencias previas de oficio, incoadas con motivo de que al personarse el Sr. Juez titular de dicho Partido en el Aeropuerto Nacional de Gando, incluido en el territorio de su demarcación, al intentar aparcar el automóvil que

conducía en el lugar reservado para «Autoridades» no le fue permitido —a pesar de haberse identificado como tal Juez de Instrucción— por los Oficiales que se encontraban de servicio en dicho Aeropuerto, los cuales manifestaron no reconocer su cualidad de Autoridad y se negaron a identificarse.

El Excmo. Sr. General Jefe de la Zona Aérea, oído el Fiscal Jurídico Militar y mediante decreto auditoriado, acordó requerir de inhibición al Juzgado de Telde con base en que los Aeropuertos nacionales están incluidos dentro del concepto de aeródromos según el artículo 39 de la Ley de Navegación Aérea, lo que determina la competencia de la Autoridad Aérea; lo que confirma la Ley de 30 de marzo de 1971.

El Juzgado requerido no accedió a la inhibición propuesta, en atención a que el art. 16 del Código de Justicia Militar somete a la Jurisdicción ordinaria a los militares y demás personas enumeradas en los arts. 13 y 14 del mismo Cuerpo legal, en los procedimientos que se sigan por atentado y desacato a las Autoridades no militares, lo que se da en el caso presente.

Planteada así la cuestión, la Sala Especial acuerda resolver a favor de la Jurisdicción militar, concretamente de la Zona Aérea de Canarias, la cuestión de competencia suscitada, con base, todo ello, en los siguientes fundamentos:

«Que en cumplimiento de su misión decisoria, la Sala de Conflictos Jurisdiccionales tiene la facultad y el deber de calificar por sí, a efectos de competencia, la auténtica naturaleza jurídica de los hechos enjuiciables, sin quedar en modo alguno vinculada por previas calificaciones ajenas, cuales son las que hubieren podido llevar a cabo los órganos Jurisdiccionales contendientes, ni aun siquiera para el supuesto de no ser tales valoraciones unilaterales y antagónicas sino coincidentes en cuanto al «nomen juris» del eventual delito, hasta el punto de versar tan sólo la discrepancia sobre el mejor criterio aplicativo de la normativa vigente a la concreta contienda, positiva o negativa planteada, que no puede menos de entenderse sometida siempre, desde su raíz y en su íntegro e inescindible conjunto, fáctico y jurídico, al juicio independiente y privativo del órgano llamado a dirimirla.»

«Que en el presente caso, en que la Jurisdicción Ordinaria califica el hecho principal como desacato por parte de unos Oficiales de Tráfico de cierto aeropuerto contra el Juez de Primera Instancia e Instrucción del Partido, en tanto que la Jurisdicción Militar Aérea —sin combatir por el momento esta subsunción legal— reivindica su peculiar competencia, por estimar que, al haber acaecido los hechos en recinto sujeto a la Autoridad Militar, cual es una dependencia de un Aeropuerto, ha de prevalecer la consideración del lugar sobre la de la materia y decaer, por ello, la tradicional y legal virtualidad de desafuero, anejo a esta categoría de delitos cometidos por militares contra Autoridades del orden civil, es indeclinable, antes que nada, pro-

nunciarse sobre el revisable concepto de esta calificación de desacato, inicialmente formulada, junto con la de desobediencia, por la Autoridad Judicial Ordinaria, respecto del incidente, de cuya realidad y rasgos fundamentales no disiente en nada esencial la Autoridad Judicial Militar, que, sin impugnar tampoco en términos explícitos dicha calificación jurídica de desacato, reclama su específica competencia sobre sus Oficiales, por estimar, que, habiendo acaecido los hechos en zona militar, en sentido legal, corresponde su enjuiciamiento al fuero castrense, por encima del efecto de desafuero que acarrearán estas clases de infracciones.»

«Que de ser, en verdad, calificable de desacato o de desobediencia a la Autoridad civil la conducta de los Oficiales, sería inconcusa la competencia de la Jurisdicción Ordinaria, conforme al art. 16 n.º 1.º del Código de Justicia Militar, pese al legal carácter castrense del aeropuerto, en que los hechos ocurrieron y aun a la calidad de aforados que en los imputados pudiera concurrir que debe ceder ante la prevalente razón de desafuero, vigente en la materia, y a la que aparece subordinado el criterio atinente a la persona del posible reo, con arreglo al mentado art. 16, como el del lugar, por expresa disposición del art. 9.º del mismo texto precitado que supedita la observancia de este criterio local a que los delitos o faltas cometidos en zona militar, perseguibles, por ello, por el Fuero Castrense, «no estén comprendidos en el art. 16», esto es, que no sea de los que causan desafuero, cual lo producen el desacato y la desobediencia a las Autoridades no Militares; sin que la Ley Penal y Procesal de Navegación Aérea de 24 de diciembre de 1964, invocada en la exposición de la Jurisdicción especial obrante en estas actuaciones contenga precepto aplicable al caso y menos aún contrario a las normas sobre competencia insertas en el Código de Justicia Militar, declarado preferente, a estos efectos competenciales por la propia Ley de 1964 en el último párrafo de su art. 76.»

«Que en el caso actual, se trata de valorar, a fines jurisdiccionales, el penoso incidente acaecido entre un Juez de Primera Instancia e Instrucción invitado a un acto social en un Aeropuerto emplazado en el área territorial de su Partido, y unos Oficiales de tráfico de servicio en el referido aeropuerto, que no permitieron el aparcamiento del automóvil conducido por aquél en determinado sector del recinto, por estar reservado para «primeras Autoridades», según le dijeron, con cuyo motivo se entabló una discusión en términos desabridos, aunque no propiamente ofensivos, para la mencionada Autoridad Judicial que, después de haber intentado infructuosamente la inmediata identificación personal de dichos Oficiales, que no se la facilitaron, se retiró de aquel lugar e inició seguidamente diligencias criminales por desacato y desobediencia; rigurosa calificación de la que no resulta posible partir aquí ni siquiera a los exclusivos efectos de competencia ahora debatidos, por lo que a continuación se razona, al no ser pertinente criminalizar, con las consecuencias jurisdiccionales de ello derivables, hechos que, en el fondo no son sino cuestión de etiqueta o

precedencia, acremente conducida: en cuanto al desacato, porque no se proferieron las calumnias, injurias, insultos o amenazas que el art. 240 del CPC prevé como contenido de este delito y porque, si bien en la represión de este delito se tutela el general y permanente respeto debido a la Autoridad, en cualquier caso y situación y no tan sólo en el estricto, práctico y efectivo ejercicio de sus funciones, siempre que tal investidura fuere relevante y no intrascendente en la ocasión de que se trate, es lo cierto que en el incidente en cuestión, en que los Oficiales de servicio, interpretando y aplicando, con más o menos acierto o tacto, órdenes recibidas, entendieron no corresponder la catalogación de «primera Autoridad», con la correlativa plaza de aparcamiento preferente, a quien como oficialmente invitado a la fiesta lo pretendía, no es afirmable vieran en su disconforme interlocutor otra significación que la de uno más entre los numerosos y posibles usuarios de aquellas instalaciones ni, por consiguiente que, en lo intencional, estuviera en su ánimo menospreciar el principio de autoridad ni, en lo objetivo, quedase la misma malparada, toda vez que no entraba esto en juego ni tenía por qué verse implicada en aquel trance; consideración extensiva al adicional delito de desobediencia —eminentemente funcional, éste por propia naturaleza, a diferencia del de desacato— puesto asimismo a cargo de los imputados, con la aparejada virtualidad de desafuero, que no podía producirse en este caso, en que la negativa de los Oficiales de Tráfico a identificarse tuvo su origen en órdenes de carácter general recibidas de sus superiores, que ellos consideraban de inexcusable cumplimiento.»

«Que descartadas así, como materia del conflicto jurisdiccional planteado, las figuras de desacato y desobediencia, reservadas, caso de haber existido, al conocimiento de la Jurisdicción Ordinaria, recobran su normal y corriente eficacia los elementos personal y local —ambos a favor de la especial Jurisdicción Aérea— en cuanto a competencia de aquella Jurisdicción especial, cuando no del Mando Militar mismo, si así se estimase adecuado, a los circunscritos efectos de depurar, con propia potestad y en su propio ámbito, las responsabilidades de grado menor, penales o disciplinarias en que pudiera estimarse incurso a aquellos Oficiales, por razón del tan mentado incidente.»

AUTO DE 4 DE DICIEMBRE DE 1971

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de Madrid y la Autoridad Judicial de la I Región Militar, en procedimientos seguidos por accidente de tráfico.

En un cruce de dos calles colisionaron un vehículo «Seat 600» conducido a velocidad excesiva por el soldado F.G.R. y otro «Seat 1400» que pilotaba el paisano L.C.T., quien circulaba por la calle que tenía placa de «Ceda el paso». Como resultado de la colisión, sufrió lesiones

el conductor aforado, que curó sin defecto ni deformidad a los cinco días de asistencia, ocasionándose daños en ambos vehículos; el Juzgado de Instrucción núm. 14 de los de Madrid siguió las Diligencias Preparatorias núm. 32/68 por supuesta imprudencia de F.G.R., y por los mismos hechos la Autoridad Judicial de la I Región Militar inició las núm. 159/68.

Planteada en forma la cuestión de competencia, la Sala Especial acuerda declarar competente al Juzgado de Instrucción citado, de acuerdo con los siguientes razonamientos:

«Que sin prejuzgar la definitiva resolución y si se ha de inculpar a los dos conductores, aunque acusatoriamente esté solicitado que se dirija al procedimiento contra ambos, atenedos al momento procesal que mantienen las diligencias instruidas por las Jurisdicciones en contienda negativa, basta tener en cuenta la prevención del primer párrafo del art. 16 de la L.e. crim., la regla 2.ª del art. 19 y el art. 20 del vigente Código de Justicia Militar, para comprender que, figurando como supuestos encartados un aforado y un paisano, es atractiva la competencia de la Jurisdicción Ordinaria porque ni se trata de un delito militar ni ha sido cometido en lugares que tengan adscripción militar, por lo que procede, de acuerdo con el dictamen del M.º Fiscal, afecto al Tribunal Supremo, y criterio declinatorio de la Jurisdicción Militar, declarar la preferente competencia del Juzgado de Instrucción número 14 de Madrid que indebidamente declinó su facultad de conocer en favor de la Jurisdicción Castrense, debiendo remitirse todo lo actuado a dicho Juzgado para que continúe el trámite de la Causa con arreglo a Ley, y comunicar esta resolución con envío de testimonio literal de la misma al Excmo. Sr. Capitán General de la Primera Región Militar, por medio de atento oficio.»

AUTO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1971

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sevilla y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, respecto de un accidente de tráfico.

El Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Sevilla, tramitó diligencias previas con motivo de accidente de circulación en el que colisionaron un camión conducido por el paisano M.E.M. y el turismo que pilotaba el Sargento de la Guardia Civil A.H.R., con resultado de muerte del ayudante del camión A.L.A., daños en ambos vehículos y en la carga que el camión transportaba.

El Juzgado, practicadas las primeras diligencias de rigor, acordó remitir lo actuado a la Capitanía General de la II Región Militar, dado que existían indicios racionales de culpabilidad contra el conductor del turismo A.H.R. Sargento de la Guardia Civil y, por tanto, aforado.

El Capitán General de la II Región Militar aceptó el conocimiento de las actuaciones y ordenó el pase de las mismas al Juzgado Militar de la Ley Penal del Automóvil para que continuara su tramitación.

Practicadas cuantas diligencias y pruebas se consideraron oportunas, el Capitán General citado se inhibió del conocimiento de las actuaciones, por entender que aquél correspondía a la Jurisdicción ordinaria, ya que, sin prejuzgar la posible culpabilidad del aforado, es lo cierto que se observa en el paisano conductor del camión una conducta que pudiera calificarse de negligente, al no ceder suficiente parte de la calzada para facilitar la maniobra de adelantamiento que el turismo tenía en su mayor parte realizada, con infracción del art. 30 del Código de la Circulación y la posible concurrencia de culpabilidad en ambos conductores.

El Juzgado no aceptó el conocimiento de las actuaciones, por desprenderse de lo instruido que la causa determinante del accidente fue exclusivamente la maniobra antirreglamentaria realizada por el conductor aforado, sin que las posibles infracciones del Código de la Circulación del conductor del camión pudieran influir en la colisión.

Por nuevo decreto auditoriado el Capitán General de la II Región Militar insistió en su anterior criterio por entender que el paisano —sin que esto excluya culpabilidad en el aforado— ocupaba parte de la semi-calzada izquierda impidiendo la normal maniobra de adelantamiento, que el camión que conducía llevaba un exceso de mil kilos de su carga y, finalmente, el carácter de Jurisdicción matriz que corresponde a la ordinaria, a tenor del art. 14 de la L. e. crim., la cual, en principio, ha de conocer de toda conducta criminal, hasta que prueba concluyente la excluya del enjuiciamiento de los hechos perseguidos.

Planteado así el conflicto competencial y elevado a la Sala Especial, ésta acuerda declarar competente al Juzgado de Instrucción de Sevilla núm. 3, de acuerdo con estos fundamentos:

«Que del juego armónico de los arts. 11 y 12 de la L.e. crim. y 19 del CJM, dado el carácter de preferencia y atracción atribuido a la Jurisdicción matriz, y sin que por ello se prejuzgue en este momento procesal la posibilidad de inculpación para el paisano M.E.M., dados los leves indicios de responsabilidad que para él encuentra la Jurisdicción Castrense, y de conformidad con el dictamen del Sr. Fiscal de este Tribunal, se está en el caso de declarar competente a la Ordinaria y concretamente, en el estado procesal de las actuaciones, al Juzgado de Instrucción núm. 3 de Sevilla, sin perjuicio de que si una completa investigación confirmase la falta de responsabilidad del mencionado paisano M.E.M., se dictase la resolución que en Derecho fuera procedente.»

AUTO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1971

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción de Torrijos (Toledo) y la Autoridad Judicial de la I Región Aérea, en procedimiento seguido por accidente de circulación.

La Sala Especial declara competente para continuar la tramitación de las diligencias al Juzgado de Instrucción de Torrijos, con base en los siguientes fundamentos, en los que quedan especificados los hechos objetos del conflicto:

«Que de lo actuado hasta el momento, y a los solos efectos de competencia, parece que el paisano A.C.M. conduciendo un automóvil Seat 600 por la carretera de Badajoz a Madrid en dirección a esta capital, vio a un camión detenido en el lado contrario a la dirección que el turismo llevaba, y suponiendo que estaba averiado quiso aproximarse al mismo por si necesitaba su conductor auxilio, desviándose hacia la izquierda pero sin detener la marcha en cuyo momento un coche Seat 1.430 que marchaba detrás del 600, conducido por el Teniente de Aviación don D.Z.R. alcanzó al 600 lanzándolo fuera de la carretera, no obstante haber hecho uso de los frenos que no lograron detener el coche por estar mojada la calzada, según manifiesta su conductor; y como éste imputa el accidente al conductor del 600 por haberle cerrado el paso al desviarse a la izquierda, no se puede sostener a priori que el único culpable del suceso sea el conductor aforado, tanto más cuando esa maniobra hacia la izquierda fue también observada por el conductor de otro automóvil que circulaba en dirección contraria a los que colisionaron; y en su consecuencia, apareciendo un indicio de culpabilidad para ambos conductores, la competencia para conocer del hecho enjuiciado debe atribuirse a la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 11 de la L.e. crim., y los arts. 13 y 19 del CJM, toda vez que para que la Jurisdicción castrense tenga competencia para conocer de un delito o falta de naturaleza común, es preciso que aparezca con toda nitidez que no existan personas no aforadas a las que pudieran alcanzar también responsabilidad, dado el carácter de atractiva y supletoria de la Jurisdicción ordinaria.»

AUTO DE 18 DE ENERO DE 1972

Cuestión de competencia positiva, mal formada, suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia y la Autoridad Judicial de la III Región Militar.

La Sala Especial declara mal formada la competencia, por los motivos que expresa en las consideraciones que se recogen a continua-

ción, devolviendo a cada órgano contendiente las actuaciones respectivas para que las continúen con arreglo a Derecho:

«Que es principio fundamental en las cuestiones de competencia y conflictos jurisdiccionales el de la audiencia bilateral de las partes acusadoras y acusadas, principio que consagran la L.E. Criminal y el Código de Justicia Militar y que por pertenecer al *ius cogens* es de inexcusable observancia, de modo que su infracción produce la sanción procesal de nulidad de lo actuado desde que se produjo la falta, con la consiguiente retroacción del procedimiento al momento en que se cometió la misma.»

«Que de lo actuado en estos autos, tanto por la Jurisdicción ordinaria como por la castrense, se advierte que el respectivamente inculpado y procesado, no obstante haber sido detenido después de la comisión del delito de quebrantamiento de prisión o de deserción, en su caso, que se le imputa, no ha sido oído, ni él ni su defensor, con lo que de una parte se han vulnerado los arts. 50 en relación con el 37 y 39 de la L.e. crim. que mandan que el Tribunal requerido de inhibición oiga al procesado o procesados porque a ellos interesa el problema planteado (Auto de esta Sala de 23 de mayo de 1949), y de otra parte se ha quebrantado la misma admonición procesal prevista en el art. 459-7.º del CJM que igualmente manda oír al procesado o su defensor, de tal modo que la omisión de este requisito, como cualquiera de los demás establecidos acarrea, a tenor del art. 467 de dicho Código, la invalidación de lo actuado en el incidente e impide su resolución, debiendo subsanarse el defecto con restitución de lo actuado al momento en que se padeció, doctrina ya aplicada por esta Sala en casos análogos (Auto 12 de julio de 1957), por lo que procede declarar mal formada la presente cuestión a causa del defecto de notificación de su planteamiento al procesado para su audiencia, con las consecuencias legales que marca el citado art. 467 del Código de Justicia Militar.»

AUTO DE 24 DE FEBRERO DE 1972

Cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción núm. 3 de los de Málaga y la Autoridad Judicial de la II Región Aérea, sobre conocimiento de diligencias seguidas por colisión de vehículos de motor, conducidos, respectivamente por un aforado militar y un súbdito marroquí.

La Sala Especial, de acuerdo con los fundamentos que se exponen a continuación, declara ser competente para conocer del hecho el Juzgado de Instrucción citado:

«Que es doctrina reiterada, en la que se ha insistido en recientes decisiones, cuales la de 10 de noviembre de 1970 y 25 de marzo 1971, que en los procesos penales seguidos a consecuencia de accidentes de cir-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

culación en los que se hallaron implicados vehículos conducidos por personas aforadas y por otras que no poseen tal carácter, la competencia debe atribuirse a la Jurisdicción ordinaria, si la investigación realizada hasta el momento no permite excluir, apartándolo de una posible responsabilidad, al no aforado, independientemente de lo que sobre culpabilidad de uno y otro conductor se resuelva en definitiva, preferencia y atracción que dimana de las normas contenidas en los arts. 11 de la L.e. crim. y 19 del CJM, solución que conviene al caso actual, de conformidad también con el dictamen emitido por el M.º Fiscal, quien destaca que si el conductor aforado pudo proceder imprudentemente al realizar un adelantamiento sin observar lo prescrito en el art. 98 del C.C., cabe también entender que el suceso con resultado dañoso se debió en exclusividad al comportamiento del otro conductor, al hacer caso omiso de la regla contenida en el ap. e) del art. 30 del mismo Código, y especialmente lo establecido en el núm. 3.º párrafo. 2.º del art. 296 y art. 304 del propio ordenamiento modificado por D. de 26 junio 1969, siendo igualmente admisible, en último término, que el hecho se deba a imprudencia de ambos conductores.»

AUTO DE 8 DE ABRIL DE 1972

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 2 de Badajoz y la Autoridad Judicial de la II Región Militar, respecto de diligencias seguidas por daños y lesiones ocurridos en accidente de circulación.

La Sala Especial decide la cuestión atribuyendo la competencia al Juzgado de Instrucción citado, conforme a las siguientes consideraciones:

«Que como afirma acertadamente el M.º Fiscal, en este trámite de lo actuado resulta que ambos conductores sostienen postura contradictoria, afirmando cada uno de ellos que los semáforos para efectuar el cruce estaban abiertos para que cada uno de los interesados pudiesen pasar, tanto el Guardia Civil aforado a la Jurisdicción de Guerra como el paisano, contradicción que mantienen también las afirmaciones de los testigos que han depuesto, y al no aparecer reflejado en autos claramente el culpable del accidente ocurrido, es visto que procede atribuir la competencia a la Jurisdicción ordinaria, a virtud de lo que disponen los arts. 10 y 11 de la L.e. crim. sobre el carácter supletorio, ordinario y atractivo de la misma, ello en correlación con las pertinentes disposiciones del Código de Justicia Militar, y el criterio constante de esta Sala especial en casos análogos, por lo que procede resolver esta competencia a favor de la Jurisdicción Ordinaria, con sus legales consecuencias.»

AUTO DE 16 DE MAYO DE 1972

Cuestión de competencia planteada entre el Juzgado de Instrucción de Mondoñedo y la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar, respecto de unos hechos supuestamente constitutivos de lesiones y daños.

La Sala Especial, por las razones que se recogen a continuación, declara la competencia de la citada Autoridad Judicial militar para conocer de los hechos:

«Que si bien corresponde a la Jurisdicción Ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales, con excepción —lo que confirma que aquella es la regla general—, de los casos reservados por las Leyes a la Jurisdicción Militar, según proclama el art. 10 de la L.e. crim, es menester acudir, por ende, al CJM, cuyo art. 5.º fija la competencia castrense a virtud de tres criterios básicos: por razón del delito, del lugar y de la persona, siendo este último el aplicable en la cuestión planteada al posible delito de lesiones, por imprudencia, cometido por el Guardia Civil de Tráfico, dada la condición militar del mismo, declarada en el art. 13 del CJM en relación con el 1.º de la L. de 15 de marzo 1940, que reorganiza la Guardia Civil a la que considera como fuerza armada con mando, disciplina y fuero militar y, por otra parte, dicho delito culposo no es de los que enumera el art. 16 del Código castrense que, aun siendo cometidos por militares, serán sometidos a los Tribunales de la Jurisdicción Ordinaria.»

«Que aun considerándose como quiere el Juez de Instrucción de Mondoñedo que la actuación del paisano es merecedora de reproche personal, habría que estimar que tal infracción —constitutiva de sendas faltas de lesiones y daños— sería conexa del presunto delito de culpa a tenor de lo dispuesto en el art. 23-1.º del CJM, por haber concurrido simultáneamente a la comisión de ambas infracciones el Guardia Civil y el paisano en cuyo caso ha de reputarse delito principal determinante de la competencia conforme al art. 22 del mismo Código castrense el imputable al Guardia Civil de Tráfico por ser evidentemente más grave que la presunta falta imputable al paisano, todo ello sin perjuicio de que si con arreglo a dicho art. 22 in fine, la Jurisdicción Militar acuerda el sobreseimiento de la causa para todos los presuntos responsables, deje de conocer de la infracción conexa y pase las actuaciones a la Jurisdicción Ordinaria.»

AUTO DE 30 DE MAYO DE 1972

Cuestión de competencia negativa entablada entre el Juzgado de Instrucción de Santoña y la Autoridad Judicial de la VI Región Militar, en procedimiento seguido por accidente de circulación.

Se resuelve la cuestión planteada atribuyéndose la competencia al citado Juzgado de Instrucción con base en los siguientes fundamentos:

«Que dándose en los autos dos versiones de los hechos: una, que el automóvil que conducía el paisano circulaba por su derecha en la carretera de San Sebastián —La Coruña cuando el PGC-21.272 que marchaba en sentido contrario y por su mano, invadió inopinadamente la zona izquierda por la que iba aquél, con él cuando chocó, originándose las consecuencias que hace advertir lo actuado; otra, que el coche conducido por el paisano avanzaba por la izquierda de la calzada, según su marcha, y que no obstante las señales acústicas que le hizo el conductor del automóvil de la Guardia Civil y de aproximarse más a su derecha, no rectificó, por lo que ante la inminencia del choque y para evitarlo frontal giró bruscamente a su izquierda el piloto aforado, al propio tiempo que hacia su derecha maniobraba de la misma forma el del coche no oficial, produciéndose la colisión en el centro de la carretera; versiones encontradas u opuestas que impiden a efectos de competencia señalar indirectamente en uno u otro conductor culpa exclusiva y excluyente de la del otro, sin que pueda descartarse, por tanto, la concurrencia de ambas, procedente es por esa indeterminación y sin que, como es evidente, se prejuzgue sobre la culpabilidad de los conductores, atribuir la competencia para conocer del caso a la Jurisdicción ordinaria, como atrayente, a virtud de lo establecido en el art. 11 de la L.E. crim. en relación con el 19 núm. 2.º, del Código Castrense y resolver en este sentido el conflicto promovido por el Juez de Instrucción de Santoña y el Excmo. Sr. Capitán General de la VI Región Militar por rehusar ambos entender del caso expuesto.»

AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 1972

Cuestión de competencia negativa suscitada entre el Juzgado de Orden Público y la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar.

Por el Juzgado de Instrucción núm. 1 de El Ferrol del Caudillo se siguieron diligencias núm. 42/72 en averiguación de los hechos acaecidos en dicha ciudad con fecha 10 de marzo de 1972 con ocasión de un enfrentamiento entre una manifestación de productores, en su mayoría pertenecientes a la Empresa Nacional Bazán, con fuerzas de la Policía Armada, con resultado de muerte, como consecuencia de heridas producidas por arma de fuego, del paisano D.N.G. que, al parecer, formaba parte del grupo que encabezaba la manifestación.

Por similares hechos y por la muerte en iguales circunstancias de A.R.R. siguió diligencias al Juzgado núm. 2 de dicha Ciudad.

Ambos Juzgados, oído el M.º Fiscal y de conformidad con su dictamen, se inhibieron de las actuaciones a favor del Excmo. Sr. Capitán General de la VIII Región Militar, por entender que los hechos esta-

ban previstos en el supuesto de la regla 3.ª del art. 789 de la L.e. crim., en relación con los arts. 18 de la Ley Orgánica del Cuerpo de Policía Armada y 13 del CJM.

La Autoridad Judicial militar no aceptó el conocimiento de los hechos, habida cuenta de que ocurrieron con motivo de desórdenes públicos de que ya conoce el Juzgado de Orden Público y no pueden configurarse con sustantividad propia, ni imputarse a persona alguna aforada, siendo evidente que conocer contra la Fuerza Pública encargada de reprimir la subversión sería igual a la imputación de un presunto delito a la misma, lo cual ni remotamente puede apuntarse en el presente caso.

Así las cosas, el Juzgado de Instrucción contendiente se inhibió de las actuaciones a favor del Juzgado de Orden Público y éste, ratificando las inhibiciones decretadas por ambos Juzgados, planteó el correspondiente conflicto negativo con la Autoridad Judicial militar citada. La Sala Especial acuerda declarar la competencia de la Jurisdicción militar, conforme a la siguiente argumentación:

«Que a la vista de las actuaciones practicadas a que se refieren los aps. b) y c) del Auto del Juzgado de Orden Público de 13 mayo 1972, y sin prejuzgar la definitiva resolución de conformidad con lo prevenido en los arts. 6-12 y arts. 13, ambos del CJM, en relación con el art. 18 de la Ley Orgánica de la Policía Armada de 8 de marzo 1941, es evidente la competencia de la Jurisdicción militar para enteder en el enjuiciamiento de dichos hechos, sin que la instrucción implique ni supongo en principio imputaciones criminosas para la fuerza pública actuante, pues todo ello habrá de ser dilucidado y debidamente aclarado en la dicha fase instructora, procediendo en su consecuencia resolver el conflicto competencial negativo planteado en favor de la Jurisdicción Militar a quien con atento oficio se remitirán las actuaciones con testimonio de esta resolución, de la que también se dará traslado para su conocimiento al Juzgado de Orden Público.»

AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 1972

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Orden Público y la Autoridad Judicial de la VIII Región Militar.

La Sala Especial resuelve esta cuestión de competencia, suscitada respecto de diligencias previas instruidas por las lesiones graves sufridas por el paisano J.A.F. en las mismas circunstancias detalladas en el Auto anterior, declarando también competente a la Jurisdicción Militar, conforme a las siguientes consideraciones:

«Que del conjunto de las actuaciones practicadas en la presente competencia negativa entablada entre el Juzgado de Orden Público y la Capitanía General de la VIII Región Militar, se deduce con evidencia,

sin que ello suponga prejuzgar la definitiva resolución, de acuerdo con lo establecido en los arts. 6 núm. 12 y 13 del CJM en relación con el art. 18 de la Ley Orgánica de la Policía Armada de 8 de marzo de 1941, la competencia de la Jurisdicción militar, para entender del conocimiento de los hechos, sin que la instrucción signifique en principio imputaciones de carácter delictivo para la Fuerza Pública actuante, pues ello habrá de esclarecerse debidamente en la fase instructora, procediendo por tanto resolver el conflicto jurisdiccional negativo planteado, en favor de la Jurisdicción militar, a la que se remitirán las actuaciones con atento oficio y con testimonio de esta resolución, de la que también se dará traslado para su conocimiento al Juzgado de Orden Público.»

AUTO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1972

Cuestión de competencia negativa planteada entre el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza y la Autoridad Judicial de la V Región Militar, en procedimientos seguidos por colisión de vehículos de motor.

La Sala Especial resuelve la cuestión de competencia planteada en el sentido de declarar competente a la Autoridad Judicial militar citada, conforme al siguiente razonamiento:

«Que de los elementos de juicio aportados a esta Sala, para dirimir la cuestión de competencia negativa, suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Zaragoza y la Autoridad Judicial Militar de la 5.ª Región Militar se desprende sustancialmente: 1. Que en las primeras horas de la madrugada del 17 de junio último, a la entrada de la Estación del Ferrocarril de aquella Ciudad, tuvo lugar una colisión entre el automóvil taxímetro conducido por E.L.B., perteneciente al Cuerpo de la Policía Armada, que aunque en servicio activo pilotaba dicho vehículo como paisano y en horas ajenas a sus propias y peculiares ocupaciones militares; y el velomotor conducido por J.J.G., de 32 años, estudiante, que llevaba en el asiento trasero de aquél a la también joven estudiante G.C.M., que resultó con lesiones graves como consecuencia del accidente, habiéndose iniciado las correspondientes diligencias previas en el indicado Juzgado de Zaragoza de las que en principio resultaba como presunto inculpado el referido conductor del taxi; 2.ª Que en razón a la condición de aforado militar de éste, cuestión no discutida y aceptada por ambas jurisdicciones, el Juzgado ordinario se inhibió en favor de la Jurisdicción Militar por estimarla competente para el enjuiciamiento de los hechos, rechazándose por ésta tal inhibición al estimar que concurría la causa de desafuero núm. 8.ª del art. 16 del Código Castrense, por lo que al insistir el referido Juzgado de Instrucción en su inicial criterio de incompetencia, planteó

la cuestión sometida al conocimiento de este Tribunal ;3.º Que sin prejuzgar los hechos que motivaron la colisión de los vehículos y en consecuencia, la calificación definitiva sobre las posibles responsabilidades dimanantes de la misma, cabe apreciar que del testimonio remitido de las diligencias primeras practicadas se deducen indicios racionales de que el conductor del taxi incurrió en imprudencia punible cuya infracción culposa no se encuentra comprendida en las excepciones previstas en el art. 16 del CJM, siendo por ello de correcta aplicación lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 13 del expresado Cuerpo legal, al acreditarse la situación en activo servicio en el Cuerpo de la Policía Armada del conductor del taxímetro, que no puede perder su condición de aforado porque la conducción la efectuara en automóvil particular, no llevara uniforme, ni la realizara en acto o misión propia de su actividad militar; 4.º Que no cabe darse a la regla 8.ª del art. 16 citado la extensión que se postula como causa de desafuero, pues la misma exceptúa únicamente de la norma general sobre sumisión de los militares al fuero castrense, los delitos que éstos cometieren en el ejercicio de funciones de destino o cargo civil, o con motivo de los mismos, por lo que el área de su excepcionalidad se contrae a los supuestos delictivos relacionados con el desempeño de facultades y obligaciones inherentes a una dignidad o empleo de orden civil como corresponde al sentido ordinario y gramatical de los vocablos «destinos» y «cargos», así como el asignable a la locución «funciones propias», y cualquier otra interpretación restringiría el fuero personal en notorias proporciones, contra el propósito evidente del legislador reflejado en el preámbulo del vigente Código Castrense, desnaturalizando la norma primordial de atracción de aquel fuero, como uno de los fundamentos constitutivos de la Jurisdicción militar, si de ésta se desgajasen las múltiples manifestaciones del trabajo humano libremente practicado por sus miembros aforados, razones que motivan e inducen a resolver la presente cuestión de competencia en favor de la Jurisdicción militar en consonancia con la «ratio legis» que preside lo ordenado en los arts. 13, 16 y concordantes del Código de referencia así como el 18 de la L. de 8 de marzo 1941, otorgando carácter militar a los miembros en servicio activo pertenecientes al Cuerpo de la Policía Armada, que a tales efectos ostentaba el conductor del taxi de ocurrir los hechos sometidos a enjuiciamiento.»

(Joaquín Hernández Orozco)

C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

**S. 2 mayo 1973.—Aborto: cooperador.—CP, art. 14, núm. 3.º;
art. 16**

Que una vez más se presenta ante esta Sala, el problema de quienes sean los autores en el delito de aborto, por la vía del art. 849 núm. 1 de la L.E. Crim., alegando el segundo motivo del recurso —que por razones de buen orden y método en el estudio, se aborda en primer lugar— la infracción del art. 14 núm. 3.º y su diferencia de la complicidad, al alegar también como infringido por no aplicación el art. 16 del mismo Código. En materia de la diferencia de las participaciones, la doctrina de esta Sala, que se ha ocupado con frecuencia del tema, ha venido a sentar unos principios generales, que por lo que al caso que nos ocupa, pueden concretarse de la siguiente manera: Primero: En cada caso y circunstancias de manera casuística y con criterio relativo han de determinarse quienes son autores y quienes sean cómplices. Segundo: La expresión típica del art. 411, causare un aborto, correlativa a la expresión del art. 14, los que toman parte directa en la ejecución del hecho, no excluye las otras dos formas o participación de contrario de los núms. 2.º y 3.º del art. 14, todos del CP esto es el empleo de fuerza o inducción para cometer el hecho y la cooperación con actos necesarios, puesto que sin ellos, el delito no se hubiere cometido. Tercero: Es coautor aquél que coopera con actos imprescindibles, o de auxilio necesario, actividades pues decisivas para la realización del hecho punible o en la realización del mismo; es por el contrario cómplice, el que se limita bien a una participación pasiva, salvo el caso de la mujer abortante, o a actos de cooperación accidental o accesoria. Cuarto: por tanto quien induce de manera eficiente a la mujer a realizar el aborto, se concierta con ella para realizar la acción criminal, mantiene mediante consejos el ánimo dudoso de la mujer embarazada, la resolución delictiva, se vale del ascendente que por las particulares relaciones entre ambos, para resolverse el delito, la acompaña o la lleva al lugar donde han de realizarse las prácticas abortivas, corre con los gastos que ocasione el hecho, abona a la abortista los honorarios de su reprochable acción, es evidente que

se desliga de la mera cooperación pasiva, secundaria o accesoria y toma un papel esencial, preponderante y necesario.—Doctrina ésta contenida entre otras en SS. de 5 de marzo 1970, 17 y 28 de enero 1972 y 1 y 21 marzo 1972.

S. 4 mayo 1973.—Hurto.—Arts. 10 circ. 15 y art. 516, núm. 2.º

Que con motivo del recurso del M.º Fiscal, acogido al núm. 1.º del art. 849 de la Ley Procesal, denuncia la no aplicación del núm. 2.º del art. 516 del CP (abuso de confianza), por haber realizado el hecho el procesado al coincidir pernoctando en una habitación de una pensión con el perjudicado, aunque de manera accidental, detalle que implica el abuso citado según doctrina de esta Sala (sentencias de 24 mayo 1948, 7 octubre 1950 y 5 y 17 mayo 1965) según la cual esta circunstancia puede estar carente de toda relación personal y fundada sólo en la base objetiva de la mayor facilidad del culpable para realizar la sustracción, de la cual se prevaleció el citado; razonamiento que es de aceptar a los fines del recurso, porque no ya sólo las resoluciones que cita el motivo presente, sino otras muchas, como las de 12 noviembre 1948, 24 marzo 1949, 2 febrero 1954, 29 marzo 1956 y 18 abril 1959, establecen que existe la circunstancia con la mayor facilidad que al reo proporciona esta situación, o el aprovechamiento de situaciones de hecho que facilitan la comisión del delito en general, como dice la sentencia de 30 enero 1960 e igualmente otras muchas, en que se aprovecha el culpable de la condición de «huésped», conviviendo en una habitación con la víctima del delito, sin que entre ellos exista vínculo de amistad, sino el solo hecho de la convivencia objetiva, por lo cual procede acoger el recurso en este particular, procediendo asimismo la disposición del art. 516 de elevar en un grado la pena correspondiente al delito originariamente comprendido en el núm. 4.º del art. 515 del CP y sancionado con arresto mayor.

S. 7 mayo 1973.—Imprudencia temeraria.—C. Circ., art. 174 b) y CP, art. 565, párr. 1

Que coinciden la culpabilidad dolosa y culposa en la común exigencia de la voluntariedad de la acción u omisión, realizada por el sujeto activo, pero su clara diferenciación se halla en que los delitos de condición dolosa, resulta indispensable la presencia de la malicia, que abarque intelectivamente el conocimiento del hecho y el de su significación antijurídica —conciencia de la ilicitud—, queriéndolo volitivamente en su resultado, representado con anticipación, mientras que en la culpabilidad culposa y secundaria, por ser de grado menor, su esencia integradora se encuentra, en el personal poder de previsión de lo que resulta previsible —elemento psicológico— que sin embargo

no se conoció ni evitó, en sus dañosas consecuencias, por no haberse guardado el deber objetivo de cuidado que le venía impuesto —requisito normativo—.

S. 8 mayo 1973.—Allanamiento de morada: con violencia o intimidación; arrebató u obcecación.—Arts. 9, cir. 8.º, 490 y 491

Que como derecho inherente a la personalidad humana, la libertad de domicilio, garantizada abstractamente en el art. 15 del Fuero de los Españoles, se protege concreta y penalmente en el art. 490 y siguientes del CP, sobre la base objetiva, de estimar delito de allanamiento de morada, las ingerencias ajenas de particular, no consentidas, contrariando el uso exclusivo y excluyente del morador, al tipificar como allanamiento activo, el entrar —pasando de fuera a dentro—, en la morada extraña, contra la voluntad del titular jurídico de ella, o de quien le represente, y allanamiento pasivo, el mantenerse o permanecer dentro de su recinto, contra el exteriorizado e inequívoco mandato de expulsión, de quien revoca el acuerdo anterior y condescendiente, de permitir el acceso.

Que para resolver el problema atinente a la culpabilidad, ampliamente discutido en la doctrina, de sí es suficiente, en el delito de allanamiento de morada, con la presencia del dolo genérico, de conocer o tener voluntad de entrar o mantenerse, en vivienda ajena, contra la voluntad de su morador, o si requiere, la presencia, del antiguamente llamado dolo específico, de sólo violar el bien ideal de la morada ajena y la «santidad del hogar», no teniendo relieve en el primer supuesto, por estar ya consumado el acto con la realización del acceso, las finalidades subsiguientes, que operarían en concurso delictual, mientras que en el segundo caso, la constatación de otros objetivos distintos al de violar la morada, evitarían la acción dolosa del allanamiento, que quedaría absorbida, por el deseo teleológicamente buscado, del delito-fin, es evidente, que aun reconociendo las fluctuaciones de la doctrina de esta Sala, entre ambas posiciones, resulta más fundada, la que declara, con la mayoría abrumadora de la doctrina científica patria, que sólo debe exigirse tal dolo genérico, de tener conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, —entrar o permanecer, contra la voluntad del morador—, porque el art. 490 estructura tal infracción, únicamente con base en elementos objetivos, sin constancia expresa de elementos subjetivos, al no exigir normativamente, ningún propósito, ni intención especial determinada, como sería menester para la apreciación de los elementos subjetivos del injusto, máxime cuando se trata de un delito instrumental, que se pone en relación, por lo general, según denota la experiencia, con otras finalidades, por ser la entrada, el comienzo de un proceso con objetivo más dis-

tante, por lo que el dolo de violar el domicilio ajeno, más que de propósito, es de consecuencias necesarias, en que tal acto, se representa en la mente del inculpaado, como medio indispensable para conseguir la meta finalmente pretendida, que no se podría lograr de manera distinta, por lo que resulta indiferente el propósito que gufe el autor, ya quiera el allanamiento como fin, o como medio de ulterior logro, salvo el especial supuesto de que el delito fin, exija expresa y típicamente, la ejecución en morada ajena, en tipos básicos o subtipos agravados, dándose de esta manera, concurso de delitos y no absorción; derivándose a su vez el reforzamiento de la posición sostenida del art. 491, que regula la eximente de estado de necesidad, justificando la entrada en morada ajena, con fines de evitar un mal grave, o prestar servicios humanitarios o a la justicia, pues si el delito de allanamiento exigiera tendencia de atentar contra la inviolabilidad del domicilio, esta disposición sería superflua, ya que en sus supuestos se halla ausente tal finalidad, y sería, de antemano atípica la conducta e innecesaria tal eximente.

S. 9 mayo 1973.—Apropiación indebida.—Art. 535

Que el delito de apropiación indebida tipificado en el art. 535 del CP, es una modalidad especial del de estafa, del que fue segregado en la reforma de dicho Cuerpo legal de 1944 dándole autonomía aunque sin perder su naturaleza genérica, viniendo a trazar la línea divisoria entre lo ilícito penal y lo antijurídico civil, siendo un delito cuyo dolo específico lo integra el abuso de confianza en que el culpable incide, con el consiguiente quebranto del deber de lealtad que supone hacer suyo o propio el dinero o efectos muebles que recibe por cualquier título que le produce obligación de entregarlos, devolverlos o destinarlos a un fin precisado, constituyendo por tanto una figura delictiva de enriquecimiento cuya consumación se logra con el correlativo perjuicio de los bienes ajenos y, por ello, aunque la ley no lo menciona explícitamente, es necesario el ánimo de acrecentar el propio patrimonio clandestina e ilícitamente a costa del extraño.

S. 21 mayo 1973.—Hurto.—Arts. 515, núm. 4.º; 516 bis y 587, núm. 1.º

Que según el tenor del artículo 516 bis, el delito de hurto de uso de un vehículo de motor, requiere para que pueda ser penado una serie de requisitos de los cuales dos de ellos tienen relación con el sujeto activo y el sujeto pasivo y el tercero afecta al objeto sobre el cual han de recaer. Por lo que mira al sujeto activo ha de tener un ánimo determinado, que está incorporado como el evento esencial y específico del tipo y es de carácter negativo: no tener intención de ha-

berlo, tenerlo o disfrutarlo como propio el vehículo. Por lo que se refiere al sujeto pasivo o perjudicado, se precisa la ausencia de la debida autorización, para usar el vehículo de su propiedad, posesión o pertenencia; el verbo núcleo del tipo es usar vehículo y el objeto es que estos sean «vehículos de motor, ajeno». Los primeros requisitos apenas plantean problemas a los Tribunales mas el último sí los suele plantear con frecuencia, cuando el objeto usado, sin ánimo de hacerlo como propio, sea un ciclomotor y por tanto si estos son vehículos de motor y no siéndolo si su uso es penalmente atípico.

Que el concepto de vehículo de motor no está desarrollado en el CP y siendo elemento normativo, incorporado al tipo, contiene el art. 516 bis una norma en blanco que remite a la legislación específica para concertar cuales sean los vehículos de motor y si los ciclomotores tienen tal consideración. Las normas básicas están contenidas en el C. Circ. que en sus arts. 4 y 132 a través de las diversas modificaciones, sufridas por el mismo en 1961, 1965 y 1971, establece en el ap. p) del primero, que es la bicicleta que conservando todas sus características normales, en cuanto a estructura, peso, posibilidades de empleo, se halle provista de motor auxiliar de cilindrada no superior a 50 centímetros cúbicos, esto es ciclo con motor. El art. 132 da normas especiales para la circulación de bicicletas y ciclomotores, distintas de las contenidas en el Capítulo V, del propio Código sobre la circulación de automóviles, motocicletas y demás vehículos de motor, donde se infiere que según el C. Circ., cuya sintomática al respecto se completa con las disposiciones de los arts. 261, 262 y 273, entre otras, los ciclomotores no son vehículos de motor. Toda la legislación anterior, precedente respecto de la vigente legislativa actual, D. de 27 de enero 1956 (R. 200), D. de 19 diciembre 1957 (R. 1763), adhesión de España al Convenio de Ginebra en 18 febrero 1958 (R. 324), Ley de 24 diciembre 1962 (R. 2345 y Ap. 51-66, 2376), sobre uso y circulación de vehículos de motor, art. 6.º del Reglamento del Seguro Obligatorio (R. 1964, 2612 y Ap. 51-66, 12946) aunque sólo fuera a los efectos de la obligación de asegurar, excluía a los ciclomotores de la consideración de vehículos de motor, calificando de tales a las bicicletas con motor auxiliar, de tracción humana, y para las que no se requiere permiso administrativo para conducir.

Que en los mismos principios de no consideración de ciclomotor como vehículo de motor se ha inspirado y consagrado por la doctrina jurisprudencial de esta Sala en dos etapas perfectamente caracterizadas: La primera de ellas representada por las sentencias citadas con todo acierto por la recurrida de 22 junio, 27 septiembre, 13 diciembre 1968 (R. 3102, 3935, 5397), 6 junio 1969 (R. 3527) y 20 marzo 1970 (R. 1471), si bien a los efectos de que al no precisar los ciclomotores carnet o permiso para su conducción la inexistencia del mismo, no integraba el antiguo delito del art. 6.º de la Ley de 1962, equivalente al vigente del art. 340 bis c) del CP. Y otra segunda etapa, representada funda-

mentalmente por las sentencias de 9 y 15 marzo del presente año (R. 1203, 1323), donde, guardando la lógica tanto legislativa, como jurisprudencial donde se sostiene que el hurto de uso de ciclomotores no está comprendido en el art. 516 bis del CP, por la sencilla razón de que no son vehículos de motor.

Que no por tal fundamental razón debe considerarse atípico tal hurto de uso, porque no puede ofrecer duda que semejantes sustracciones, van impregnadas del ánimo de beneficio, beneficio derivado del uso antijurídico del ciclomotor. La dificultad en tales casos consiste en la valoración de este beneficio, que no puede considerarse el importe total del vehículo por la ausencia de intención de hacerlo suyo sino que ha de considerarse como el obtenido con su ilegal utilización. Y para cuya valoración puedan tomarse como módulos, bien el precio corriente y ordinario del alquiler de los mismos, combustible ajeno consumido, tiempo de retención del vehículo y otros criterios reales semejantes. Mas si todos estos datos fallaran, porque no se hayan efectuado en la causa, y no resultaren de los hechos probados llevarían duda al Tribunal y entonces por el principio rector en el ámbito penal de beneficio del reo, habrían de encajarse los hechos en el art. 587 núm. 1.º del CP como falta de hurto, a menos que los antecedentes del procesado, exigieran la aplicación del art. 515 núm. 4.º del mismo Cuerpo legal en razón de las condenas anteriores del reo.

S. 30 mayo 1973.—Legítima defensa.—Art. 8, núm. 4.º

Que la legítima defensa, que actúa como circunstancia eximente de la responsabilidad criminal, es causa de justificación objetiva y jurídica, que se refuerza con la presunta delegación del poder público, en la persona del agraviado, al no poder defender aquél a éste, con el ejercicio que se reserva de su supremacía monopolizada, por lo que le permite desprovistándole de antijuricidad, a su reacción defensiva, frente a la injusta agresión que padece, para disminuir o evitar, la lesión que se cierne o efectúa, sobre sus bienes jurídicos protegidos personales o reales.

Que el esencial y básico requisito de la referida eximente, tanto completa como incompleta, de los números 4.º y 5.º del art. 8 del CP., está constituido, por la indeclinable presencia de una agresión ilegítima, humana, grave y real, como situación dinámica de acometimiento o fuerza suficiente, que cree una situación de indudable riesgo para una persona, o para el libre ejercicio de sus derechos jurídicamente protegidos, que genere una colisión de intereses, en que sólo puede sobrevivir o subsistir, uno a costa del otro; agresión que puede ser consumada o meramente iniciada, pero en este último caso, de condición inequívoca, en cuanto a su ineludible progresión y riesgo, porque con sus ademanes o incipientes actos formales de ataque, demuestre la iniciación para la escalada, de la situación de indudable

peligro, sobre el sujeto o bienes atacados, de manera tal, que éste, necesariamente, no pueda adoptar, otra actitud que repelerla legítimamente, anticipándose al mal anunciado o incipientemente desarrollado en las vías de hecho, suficientemente expresivas.

Que la agresión ilegítima así entendida, tanto por su realización plena, como en su iniciación auténtica, e inequívoca, no consiente confundirse con la provocación o mera amenaza sin efectividad subsiguiente cierta, por suponer la provocación la mera excitación o incitación a que ejecute una cosa, lo que no es agresión, y constituir la amenaza, sin ejecución en vías de hecho, da a entender por palabra o actos, que se quiere hacer algún mal a otro, lo que en este supuesto específico y de por sí, tampoco comporta agresión, ni siquiera un anuncio inmediato de ella, máxime si es impersonal y no se conoce a quién se dirige; faltando por otro lado la posibilidad de admitir como presente la agresión ilegítima, raíz de la justa defensa, si existe un estado cierto de desafío para resolver mediante la lucha hasta la muerte entre dos enemigos bandos de personas, enfrentadas por resentimientos mutuos, que se encuentran expectantes para inmediatamente realizarla, en cuya situación, el inicio, originado por cualquier actitud o palabra, no es determinante del acometimiento físico, sino el pretexto para el recíproco desencadenamiento material y agresivo de la solventación de las diferencias y rencores, por las vías de hecho, que ambas partes querían conducir, a tan grave como ilegal situación, decantadora de una superioridad por el triunfo necesario en la reyerta, pues actitudes de tal condición, plenas de mal hacer y de instintos aviesos y de mala pasión, tendentes finalísticamente al crimen no pueden premiarse por la vía de tal exención.

S. 27 septiembre 1973.—Arrebato u obcecación.—Preterintencionalidad.—Art. 9, circs. 4.º y 8.º

Que el reproche de culpabilidad judicial que luego de la calificación jurídica decide el proceso penal, decretando la responsabilidad de una persona, se ha de alcanzar sobre la base de los hechos probados, descriptivos de la conducta juzgada, a medio de la convicción psicológica lograda por el Tribunal Criminal; y de igual manera que resulta necesario, que la infracción penal derive claramente de la descripción fáctica, con la presencia de todos los elementos componentes de la estructura típica, de la misma forma han de resultar evidentes y pormenorizados en dicho relato, todos los requisitos que componen las circunstancias de exención, atenuación o agravación de la responsabilidad penal, pues no puede presumirse, ni suponerse o conjeturarse, con falta absoluta de prueba, ni en favor ni en contra del reo, ya que por su eficacia, significación y naturaleza, deben constar procesalmente declarados en los hechos concretos, y sólo en los casos de auténtica e innegable duda, podrá darse eficacia al principio humano y

pietista del «indubio pro reo», sobre supuestos de equívoca significación, que pueden hipotéticamente contener aquellos presupuestos constituyentes, pero sin consentir que alcance a suplir ausencia radical de los datos fácticos precisos.

Que la circunstancia atenuante 8.º del art. 9 del CP, de arrebatado u obcecación, para que produzca sus peculiares efectos, ante la imputabilidad disminuida del agente, por rebaja de su inteligencia y voluntad, a causa de la emoción o pasión, que como fenómeno transitorio de la vida afectiva, le ofuscó en su quehacer, de manera intensa y cierta, requiere, como enteramente indispensable, que esta situación emotiva y anímica, además de existir, afectando al psiquismo del sujeto activo, deba su origen en adecuada e indispensable relación causal, a un estímulo antecedente, más o menos próximo, pero fundado, grave y poderoso, procedente del ofendido, y capaz por sí mismo, de motivar lícita y naturalmente, la reacción o descarga energética obnubiladora de las facultades mentales, impulsando su actuar dinámico en dirección punible, y por consiguiente antijurídicamente, a cuyo fin ha de establecerse en el relato fáctico, ese nexo o entramaje causal, entre el incentivo extraordinario y el efecto producido, fijándose, que en razón de aquél se generó éste, pues de otra manera no podría establecerse, ni presumirse, sin datos, al faltar la indispensable y directa declaración de la concatenación causal referida.

Que si en la progresión delictiva, el agente, llega con su dinamismo, más allá de su intención, con un desarrollo por irregularidad del mecanismo causal, no querido, aunque de la propia naturaleza del deseado íntimamente, surge la atenuante de preterintencionalidad del art. 9, núm. 4.º, del CP, que por lo general ha venido siendo estimada por esta Sala, de manera objetiva, atendiendo fundamentalmente a la idoneidad o desproporción del medio usado, en relación al efecto producido, para averiguar, a medio de un proceso lógico inductivo, la oculta intención maliciosa y su real dimensión, no expuesta de manera externa y oculta en la intimidad o arcano del delincuente, forma de proceder, a la que no es preciso recurrir, por ser de condición lateral o indirecta, si aparece declarado o consta precisado con evidencia, que el sujeto activo no tuvo intención de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, a pesar de que éste objetivamente sea consecuencia natural del acto ejecutado, pues en tan singular caso, se conoce la desproporción entre la intención y el resultado, sin tener que recurrir a fijarla entre el medio empleado y el evento, que es un medio indirecto y simple síntoma, de perfil equívoco, y que puede conducir a errores en la determinación de la ausencia de conexión psicológica entre la voluntad de la acción delictiva y el resultado material acaecido, en cuyo especial supuesto, puede sustituirse la objetividad apreciativa, arriesgada, pero necesaria, por la precisión directa de la intención subjetiva conocida, que es método preferente de conocimiento de tal circunstancia.

S. 11 junio 1973.—Estafa.—Art. 529, núm. 1.º

Que la estafa se comete, utilizando el engaño como medio de la defraudación como fin, porque el sujeto activo, utilizando idónea e idealmente una falta de verdad entre lo que piensa, dice o hace creer, causa en otra persona un error, o vicio en el consentimiento, al instigarle, inducirle o persuadirle, a tener por cierto lo que no lo es, determinando el acto de disposición patrimonial, perjudicial para el sujeto pasivo, y lucrativo para el agente, en sus bienes o derechos, de cualquier clase.

Que los elementos económicos de daño cierto y perjuicio económico indudable, que constituyen la defraudación necesaria de la estafa, y debidos en adecuada relación causal al precedente engaño, no basta declararlos de manera genérica o abstracta en los hechos probados, sino que deben existir en la realidad, en forma real, lograda y efectiva, o al menos intentada y posible, porque si a pesar de que se proclame su existencia, se deriva de la operación efectuada, por su naturaleza, jurídica, que resulta imposible la presencia de todo daño o perjuicio, porque el contrato realizado o el negocio jurídico efectuado, no contenga en su operativa realidad, ningún desplazamiento perjudicial de la cosa o derecho, es evidente, que faltará uno de los ingredientes constitutivos de tal delito de estafa, del art. 529, núm. 1.º del CP, y que no podrá ser objeto de punición penal, por ausencia de tipicidad, porque la estafa requiere, un evidente perjuicio patrimonial, bien definitivo por existente.

(Ignacio Díaz de Aguilar y Elizaga)

D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA GENERAL

SUMARIO: I. *Procedimiento Administrativo Militar:* Baja en el Ejército por resolución de expediente gubernativo. Artículos 1011 y ss. del CJM. Inaplicabilidad de las normas de procedimiento del D. de 2 de junio de 1966. Revisión ante la Jurisdicción Contenciosa por defectos esenciales de procedimiento. Cuestión de fondo no revisable.—II. *Contratación Administrativa Militar:* Contrato de suministro Militar. Incumplimiento de contrato por falta de prestación de lo estipulado. Responsabilidad, competencia.—III. *Expropiación forzosa:* Reversión de bienes y derechos expropiados. Prescripción. Desafectación de bienes por Ramo de Guerra, abandono de la causa de la expropiación. Cómputo de plazos. Normativa aplicable.—IV. *Patronato de Casas Militares:* Adjudicación de vivienda. Titularidad no civil. Concesión de carácter administrativo. Cuestiones prejudiciales e incidentales.

I. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO MILITAR

BAJA EN EL EJÉRCITO POR RESOLUCIÓN DE EXPEDIENTE GUBERNATIVO. ARTÍCULOS 1.011 Y SS. DEL CJM. INAPLICABILIDAD DE LAS NORMAS DE PROCEDIMIENTO DEL D. DE 2 JUNIO DE 1966. REVISIÓN ANTE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA POR DEFECTOS ESENCIALES DE PROCEDIMIENTO. CUESTIÓN DE FONDO NO REVISABLE

Sentencia 2 de junio de 1971.—Es recurso deducido por don J.S.P., Teniente Coronel del Ejército sobre anulación por defectos de trámite, del expediente gubernativo seguido al actor y que terminó por Orden del Ministerio del Ejército de 30 de abril de 1969 que decretó la baja del actor en el Ejército y el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria.

El TS tras rechazar la inadmisibilidad en el recurso aducida por el Abogado del Estado, desestima el deducido por el señor S.P. al haberse tramitado el expediente gubernativo citado, conforme a derecho. La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que ante la alegación de la inadmisibilidad del recurso, aducida por el Abogado del Estado al contestar a la demanda, basada en el ap. d) del art. 40 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, ha de examinarse

cuál es la petición que el recurrente formula en sus escritos en este proceso; y no queda lugar a duda, dada la claridad que en este aspecto tienen todas las manifestaciones del recurrente, tanto en el escrito de interposición, como en la demanda y escrito de conclusiones, que no impugna el acuerdo en cuanto decide el fondo del asunto, su separación y baja en el Ejército y en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria, sino lo que él entiende defectos de trámite, que por referirse a actuaciones esenciales y cuya omisión produce indefensión, dan lugar a la nulidad del expediente; de éste resulta que, si bien es cierto que contra la resolución que determina el art. 1021 del CJM, no cabe el recurso contencioso administrativo al estar expresamente excluido por el ap. d) del art. 40 de la Ley de esta Jurisdicción, también lo que es el precepto, ni ningún otro impiden la revisión por esta Jurisdicción de la actuación en cuanto al procedimiento de esta clase de expedientes, por lo que siguiendo la regla mantenida en el art. 1.º de la misma, ha de rechazarse la inadmisibilidad del recurso y entrar a conocer de las posibles desviaciones procedimentales denunciadas por el demandante.

Que estos defectos son los expuestos en el hecho quinto de la demanda; en primer lugar la infracción del art. 1.009 del CJM, al haberse iniciado un expediente gubernativo por los mismos hechos, por los que se seguía un procedimiento judicial; estos hechos son los denunciados a consecuencia de la entrega de determinada cantidad al recurrente para la adquisición de acciones de la Compañía «Plusmillon» y por los que se seguía sumario ante el Juzgado núm. 5 de Madrid; más tal alegación no aparece justificada, por cuanto el expediente se inició, según consta en las actuaciones remitidas a esta Sala, en averiguación de si la conducta de hoy recurrente se halla comprendida en los núms. 2 y 5 del art. 1011 del CJM, sin referirse por tanto a hechos que pudieran ser constitutivos de hurto o estafa y, como se dice en el escrito del Consejo Supremo de Justicia Militar de 3 de febrero de 1966, la lectura de cargos al expedientado se hizo antes de que el Teniente Coronel don J. M. C. M. declarase atribuyendo al señor S.P. una conducta engañosa para conseguir la entrega de 50.000 pesetas destinadas a suscribir acciones de «Plusmillon»; lo que indica que el expediente no se inició para esclarecer tal hecho, y como cuando se devuelve para ampliación de diligencias y hacer este cargo al recurrente, ya se había terminado la actuación judicial con el sobreseimiento provisional de la causa criminal, no ha existido esta infracción señalada por el recurrente.

Que igualmente resulta de las actuaciones que obran en lo remitido a esta Sala, que expediente se inició por orden del Capitán General de la I Región Militar, por lo que el Instructor al remitir lo actuado con su informe a tal Autoridad, cumplió lo dispuesto en el art. 1018 del CJM, por lo que a su parecer es obligatorio se emita de conformidad con el art. 1020 del mismo Cuerpo legal, cuya valoración ya es

cuestión de fondo no revisable ante esta Jurisdicción; por lo que rechazadas también estas dos alegaciones, queda sólo por examinar la última, o sea si faltó el trámite de audiencia al expedientado, que le haya producido indefensión.

Que el Decreto 2 de junio de 1966, si bien adapta la Ley sobre Procedimiento Administrativo a los procedimientos que han de seguirse como regla general en los Ministerio del Ejército, Marina y Aire, no quiere esto decir que haya de ser aplicado necesariamente a la totalidad de los que se sigan, puesto que el mismo Decreto expresamente reconoce la vigencia de varios procedimientos que subsisten y a los que no es, por tanto, aplicable; pero además al tratarse en el presente caso de un procedimiento especial, cuya finalidad es determinar si procede decretar la separación del servicio de los Oficiales o Suboficiales, regulado no en disposiciones de carácter reglamentario sino en un Cuerpo legal como es el CJM, no es necesaria la declaración de la vigencia de tal procedimiento y de los artículos de la Ley que lo regula, al no haber ninguna disposición de este carácter que lo derogue o que sea contraria a su aplicación, puesto que las Leyes sólo se derogan por otras posteriores, según el art. 5.º del CC, por tanto, las únicas normas que han de ser observadas en estos procedimientos son las contenidas en el CJM que los regula de modo completo por lo que tampoco es estimable la última infracción alegada en la demanda.

II. CONTRATACION ADMINISTRATIVA MILITAR

CONTRATO DE SUMINISTRO MILITAR. INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO POR FALTA DE PRESTACIÓN DE LO ESTIPULADO. RESPONSABILIDAD, COMPETENCIA

Sentencia 7 de diciembre de 1971.—El recurso interpuesto a nombre de «M.F.T.S.A.», contra resolución de M.º del Ejército de 1 de junio de 1966 y 6 marzo 1967, la última denegatoria de reposición contra la primera, a virtud de las cuales se denegó a la recurrente la bonificación por suministros oficiales de algodón como consecuencia de contrata.

El TS lo estima, declarando nulos y sin efectos tales actos administrativos como contrarios a Derechos, declarando igualmente el derecho de la entidad recurrente a la percepción de la cantidad de 727.492,50 pts., como consecuencia del suministro efectuado al M.º del Ejército habilitarse a tal efecto los créditos precedentes.

Que a los efectos de determinar la trayectoria de este planteamiento administrativo, es necesario partir del contrato celebrado entre el hoy recurrente y la Administración en su ramo del Ejército, y en el que, arrancado de la adjudicación, en subasta y a la entidad «M.F.T.», hoy demandante, del suministro de 600 tiendas cónicas de lona, treinta más especiales y 68.400 metros de lona de determinadas características, tal como se expresa en el oportuno contrato, celebrado en 15 di-

ciembre 1959 ante el Notario de esta Capital don J.M.A.R. entre la casa mercantil ya mencionada y la junta Central de Adquisiciones, representada por el General Jefe de ésta y el Coronel interventor, es necesario destacar dos elementos fundamentales para fijar bin la cuestión: el primero, que el contrato de suministro militar fue puntual y exactamente cumplido por el recurrente, tanto en el de los plazos como en el de las muy cuidadas calidades de mercancías, que el contrato administrativo fijaba, según se prueba por los certificados que obran unidos como documento número dos de la primera carpeta de expediente y el segundo, que en definitiva es el punto fundamental respecto al que toda la cuestión se promueve, consistente en que una de las condiciones que regían en este contrato, (como en otros varios semejantes que figuran a través del expediente, aun cuando sin otra relación que la de ser muestra de la práctica contractual del ramo) era la de que la firma adjudicataria (en este caso el recurrente) podía pedir y obtendría de la Administración la reposición del algodón empleado en los efectos suministrados; condición, por tanto, que es esencial, a todas luces, y que indudablemente formaba parte del «animus» contractual, tanto en el aspecto del suministrador como de la Administración suministrada al tiempo de formularse la oferta y de otorgar el contrato; mas, cuando, realizado el servicio a satisfacción de la Administración, la entidad suministradora, hoy recurrente, pidió la reposición del algodón a la que tenía ostensible derecho, y tal efecto se le entregó la oportuna certificación para que surtiera efecto, y que obra como documento núm. 2 del expediente, se le manifestó por la Subsecretaria del M.º de Comercio, ante quien la exhibición y presentación del documento habría de surtir efecto compensatorio que formaba, como ya se ha dicho, elemento sustancial del contrato (y según consta en el documento núm. 3 del expediente) que a partir de 1 enero 1961, o sea en fecha posterior al contrato, se habían suprimido, por Orden del Ministerio las bonificaciones o primas referentes a algodón con destino a suministros militares, por lo que, en tal situación y al dirigirse el recurrente al M.º del Ejército, este, en 8 de noviembre 1962, según consta en el expediente, le manifestó debía interesarlo del M.º de Comercio, por lo que, formulada la petición a este último, tal como se indicaba, vino el M.º de Comercio en 10 julio 1963 en rechazar su competencia, indicando que el competente para resolver la reclamación era el M.º del Ejército; e interpuesta reposición contra esta Orden ministerial, el Ministro de Comercio en 25 de febrero 1964, insistió en la falta de competencia por su parte y en la competencia del M.º del Ejército para resolver la reclamación que se planteaba y que, lógicamente colocaba al recurrente ante una situación clara de competencias negativas, por lo que dirigió su acción al planteamiento en forma de un Conflicto de Atribuciones con arreglo a lo previsto en e lart. 16 de la L. Pro. Adm. y a la de Conflictos Jurisdiccionales de 17 de julio 1948 modificada por la de 8 de junio de 1957, en el que,

tras la remisión de los antecedentes a la Presidencia del Gobierno y el preceptivo informe de la Comisión Permanente del Consejo de Estado, el Jefe del Estado por Decreto de 11 de marzo de 1965, publicada en el Boletín Oficial de 22 de marzo de 1965, vino en resolver este conflicto negativo de competencia ministerial a favor de la tesis mantenida por el M.º de Comercio o sea decidiendo que el competente para resolver respecto a la reclamación suscitada era el M. del Ejército, poniendo así fin a la dubitativa posición en que se hallara el recurrente, quien, ya fortalecido en cuanto órgano administrativo que había de resolver su petición, planteó de nuevo repitiendo su concreta pretensión indemnizatoria, lo que fue objeto de la denegación ministerial, a través de las dos resoluciones recurridas: de 1 de junio 1966, mediante acto administrativo primario, y de 6 marzo 1967, denegatoria de la reposición formulada contra la anterior.

Que así planteado el recurso, se ofrece, indudablemente, como un incumplimiento contractual de la condición a la que se estaba Obligada la Administración, por cuanto, como el Abogado del Estado del M.º de Comercio expuso en su informe (al efecto entonces de razonar la incompetencia de su Departamento y la competencia del Ejército, tesis que acogió la Presidencia al decidir el conflicto jurisdiccional) se trata de una contraprestación adicional como consecuencia de la responsabilidad contractual de su cumplimiento; tesis esta tan ostensible como sencilla, ya que, como el citado informe repite, la unidad de la Administración no puede imponer una desviación del curso de la pretensión indemnizatoria y tiene que ser el Órgano que la contrató el que responda de la obligación y de su incumplimiento; es en definitiva la tesis acogida en la resolución presidencial definitiva de la competencia del M.º del Ejército; y así resulta claro como tema jurídico, que no se trata, ni mucho menos de una revisión de precios, perfectamente tasados e indiscutidos como elemento contractual ni de una interpretación de contacto, que pudiera precisar determinados informes, sino simplemente de un incumplimiento de contrato, puesto que convenida una parte de la obligación y en la bonificación por suministro, y al hacerse ésta imposible como consecuencia de una disposición administrativa posterior al contacto, como lo fue la de prohibir o suprimir por Orden del M.º de Comercio tales bonificaciones de primas referentes al algodón con destino a suministros militares desde 1 de enero 1961, la equivalencia, la contraprestación en que consistiera y que, como más adelante se verá, esta perfectamente definida cuantitativamente, constituye una carga de la Administración, pues es a esta quien incumbe su cumplimiento, no ya porque lo contrario constituía ostensiblemente la arbitrariedad de un enriquecimiento injusto y de un perjuicio contrario injustificable jurídicamente que ya sería motivo suficiente, sino por cuanto pervive el derecho del contratista, quien ostenta en todo caso el derecho a la reposición de materias primas que en el contrato no estipuló, y al no hacerse posible,

por obra y orden de la Administración del Estado, en virtud de una normativa legítima, no por eso se diluye, sino que se transforma en la obligación de indemnizar con arreglo a la normativa de los artículos 1091, 1101, 1257 1258 y 1278 del CC., así derivadas de un contrato, según el artículo 1254 del mismo cuerpo legal, ya que, indudablemente, y por la causa que fuere, la Administración ha incumplido sus obligaciones contractuales, típicamente y jurídicamente tales, respecto a los que no cabe desviar la cuestión hace la concepción de las condiciones reglamentarias, sino encuadradas en el orden de las obligaciones civiles consecuentes, eso sí, a un contrato administrativo; todo lo que conduce a la estimación del recurso y a la viabilidad de la pretensión concisa y concreta del recurrente, ceñida al cumplimiento de una obligación contractual no cumplida hasta ahora por la Administración demandada.

III. EXPROPIACION FORZOSA

REVERSIÓN DE BIENES Y DERECHOS EXPROPIADOS. PRESCRIPCIÓN. DESAFECTACIÓN DE BIENES POR RAMO DE GUERRA, ABANDONO DE LA CAUSA DE LA EXPROPIACIÓN. CÓMPUTO DE PLAZOS. NORMATIVA APLICABLE

Sentencia de 16 de mayo de 1972.—Es recurso interpuesto por don J.A.M.M. y otros contra resolución del M.º del Ejército de 5 de noviembre de 1965 denegatoria de la reposición respecto de otra anterior de 19 septiembre del mismo año sobre reversión de dos parcelas situadas en Mallorca y expropiadas por el Ramo de Guerra para la instalación de una batería y puesto de mando.

El TS lo estima en parte, declarando la procedencia de la reversión de los 23.670 metros cuadrados donde estuvieron colocados los cuatro obuses, franja que tiene que reintegrarse al patrimonio de los actores previo abono por su parte del pertinente importe pero quedando al margen de este pronunciamiento la otra parcela de 1.836 metros cuadrados donde se estableció el puesto de mando que seguirá en poder de la Administración.

Que la Abogacía del Estado alega, en primer término, la causa de inadmisión prevista en los artículos 40, a) y 82, c), de la Ley de 27 diciembre 1956, porque, a su juicio, la resolución del M.º del Ejército de 11 de septiembre 1965 es reproducción de la del Teniente General Jefe del Estado Mayor Central de 19 de julio anterior que, al no recurrirse, queda firme y consentida: pero consta en las actuaciones que esta última se limitó en poner en conocimiento de los actores que los bienes expropiados a sus causantes para instalaciones militares habían pasado a la propiedad del Estado, mientras que la primera, o sea, la de 11 de septiembre de 1965, lo que primordialmente decidió fue la denegación de la pretendida desafectación de dichos bienes, interesada del Departamento aludido en el escrito inicial del expediente de

2 de julio de 1965; y al no mediar las imprescindibles identidades entre ambos actos, carece del adecuado fundamento, para que resulte correcto, el punto de vista que propugna el representante de la Administración.

Que el segundo motivo de inadmisibilidad invocado en la contestación a la demanda se apoya en la falta de legitimación activa —art. 82 b), de la expresada Ley—, puesto que los accionantes no han demostrado ser dueños de los terrenos que recaban; mas es lo cierto —y de aquí tampoco se perfila viable este reparo— que las certificaciones que expidió el Registrador de la Propiedad de Palma de Mallorca con fechas 7 y 15 junio 1965 acreditan, a través de las sucesivas transmisiones a que se refieren, que los accionantes adquirieron proindiviso los bienes de que se habla mediante sucesión testada de su madre doña C.M.R., que a su vez los heredó de su padre don F.M.P., el expropiado en su momento, razón por la cual, posiblemente, el M.º del Ejército no ha negado en ningún momento la legitimación que su representante en el proceso pone en duda, circunstancia que obliga a seguir reconociéndole en vía jurisdiccional, al amparo de una reiterada y conocida orientación de la jurisprudencia, sin perjuicio de la corroboración de aquellos extremos que en tal aspecto y con debida oportunidad, pudieran exigirse; y todo ello teniendo en cuenta que si hubiese algún condominio más, según apunta en sus reflexiones el Abogado del Estado, los que han comparecido le suplirían, pues al defender los derechos de la comunidad protegerían también los suyos, con arreglo a las sentencias, por ejemplo, de 15 de junio 1918 y 18 de diciembre de 1933, al interpretar la Sala primera de este Tribunal los arts. 392 y siguientes del CC.

Que, en cuanto al fondo del asunto, todo se reduce a concretar si es pertinente la reversión de las dos parcelas de 20.670 y 1.836 metros cuadrados, situadas en Son Bait, en las inmediaciones de Palma de Mallorca, y expropiadas a los causantes de los actores en 1.888 por el Ramo de la Guerra para restablecer en ellas, respectivamente, una batería consistente en cuatro obuses, que fue desartillada en 1903, y el puesto de mando, que aún perdura; y en contraste con el criterio afirmativo de la representación de los recurrentes, puesto que, conforme al art. 54 de la Ley de 16 de diciembre 1954, ha desaparecido el propósito para el que fueron expropiados los bienes hasta el punto de haber acordado el Departamento referido la venta de los mismos, gestión interrumpida mientras se tramita el litigio, la Administración muestra su disconformidad con apoyo en que por virtud de la prescripción extintiva que previene el art. 43 de la Ley de 10 enero 1879, que reformó la de 24 julio 1918, los terrenos pasaron a ser propiedad del Estado.

Que es innegable que ese art. 43 dispone que el transcurso de treinta años desde que el expropiante tomó posesión de la finca o desde la promulgación de la Ley de 1918, si la expropiación se efectuó con an-

terioridad, significara la cesación del derecho de recobro del inmueble que el párr. 1.º autoriza en la hipótesis de no ejecutarse la obra, de sobrar una parcela o de concluir el objeto de la enajenación forzosa; pero conviene subrayar, toda vez que el extremo acusa suma trascendencia, que tal prescripción se condiciona a que el objetivo expropiatorio subsista, y en presente caso, según se ha anticipado, a partir de 1903, dejó de utilizarse la batería, al ser desmontada, y empezó a incumplirse consiguientemente, el fin a que obedeció la expropiación, lo cual imponía, a tenor de los dos primeros párrafos de la norma que se comenta, la oportuna notificación para que los propietarios ejercitasen, al haberlo desafectado, la readquisición de los terrenos dentro del plazo del mes, con abono del justiprecio correspondiente; y estas omisiones y anomalías, que vician el cómputo de los treinta años y a las que han sido ajenos los interesados, impide traducirlas en su perjuicio, como resultaría de prosperar la tesis del Ministerio.

Que, margen de lo expuesto, revelador de la inobservancia del art. 43 de la Ley de 10 enero 1879, las sentencias, entre otras de esta Sala, de 29 mayo 1962, y 27 abril 1964, advierten, de acuerdo con las disposiciones finales primera y tercera y transitoria de la Ley de 16 diciembre 1954, que sólo se someterán a la legislación que la precedió los expedientes incoados antes de comenzar a regir aquella, y que la reversión no implica una expropiación que en su momento, se llevó a cabo, sino el de un Derecho concedido, en determinados supuestos, a los dueños de los bienes expropiados, por lo que replanteada la readquisición de estos últimos ya en vigor la mencionada Ley, según ocurrió en el presente año, han de ser aplicables sus arts. 54 y 55 y los arts. 63 a 70 del Reglamento de 26 abril 1957, pero no, contra lo que entendió la Administración, el art. 43 de la derogada Ley de 1879 y los arts. 72 y 73 de su Reglamento de 13 mayo de dicho año, máxime cuando su contenido no se concilia con los hechos.

Que en su contacto con normativa que acaba de destacarse, si desaparecida la afectación que expresamente reconoce la Administración, los actores solicitaron el recobro de los terrenos, en armonía con las condiciones y exigencias de los preceptos indicados, ningún obstáculo surge para acceder a la petición, previo reintegro de valor en el instante en que esta fue cursada; pero hay que advertir que como el fundamento radica en el abandono de la causa de la expropiación, el designio que se persigue únicamente puede afectar a la parcela donde se instaló la batería, desartillada en 1903, sin abarcar también, cual se opina en la demanda, a la otra donde se estableció el puesto de mando, porque este destino, justificativo del origen expropiatorio, continúa subsistente, conforme afirma el Estado Mayor Central en su comunicación de 20 de agosto de 1968, integrante de las actuaciones administrativas; y ese criterio no se enerva con la reflexión de los accionantes de que el puesto de mando tiene que suprimirse al desaparecer la batería, pues, independientemente de que aquel se ha mante-

nido a través del tiempo a pesar de no existir esta, tal apreciación no evidencia más importancia que la de una mera conjetura.

IV. PATRONATO DE CASAS MILITARES

ADJUDICACIÓN DE VIVIENDA. TITULARIDAD NO CIVIL. CONCESIÓN DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO. CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES

Sentencia de 25 de octubre de 1972.—Es recurso deducido por don J.S.V. contra resolución del M.º del Ejército de 24 de octubre de 1969, confirmatoria del acuerdo de la Secretaría Técnica del Patronato de las Casas Militares del M.º del Ejército de 25 de mayo de 1968 sobre adjudicación al actor de locales comerciales. Los antecedentes de hecho necesarios se reflejan en los considerados de la sentencia que se transcribe a continuación.

El TS tras desestimar la causa de inadmisibilidad propuesta por el Abogado del Estado sobre competencia de la jurisdicción, estima el recurso, declarando la obligación del M.º del Ejército de resolver la cuestión de fondo suscitada por ser competente para ello.

La doctrina se encuentra contenida en los siguientes considerando.

Que constituye antecedentes fácticos que es preciso poner de relieve para resolver sobre la alegación de inadmisibilidad del recurso, los siguientes: A) Que conforme a la petición formulada por don J.S.V. al Patronato de Casas Militares le fue adjudicada, en régimen de acceso a la propiedad, la vivienda piso quinto derecha de edificio C) construido por dicho Patronato en la Avenida de Brasilia del Parque de las Avenidas de Madrid; sin que aparezca en el expediente administrativo el título de la concesión, ni, por lo tanto si en el mismo se hacía referencia a la participación de los beneficiarios en los locales comerciales del inmueble; B) Que el Consejo Directivo del Patronato de Casas Militares en sesión del día 9 de febrero de 1968 acordó; 1.º Ratificarse en conceder a la Agrupación del Parque de las Avenidas el cien por cien de los locales comerciales correspondientes al local donde se están construyendo las casas extremas A) y D); 2.º Dejar pendiente hasta que se determine una resolución conjunta para todas las agrupaciones de viviendas en propiedad, el tanto por ciento de locales comerciales correspondientes a las casas B y C , si es que se les concede alguna participación; C) Que el 31 diciembre 1971 el General Director Gerente del Patronato de Casas Militares y don J.S.V., suscribieron un documento en el que, entre otras estipulaciones, el Sr. S. se declara deudor al Patronato de la cantidad de 54.812 pesetas; y D) Que don J.S. formuló recurso dealzada ante el Ministro del Ejército, impugnando el referido documento por coacción y haber sido obtenida su firma a la fuerza; en cuyo recurso recayó la resolución de fecha 5 mayo 1968; impugnada en este recurso jurisdiccional.

Que los antecedentes que en el anterior se recogen ponen de relieve, en primer lugar, que la vinculación del Patronato de Casas Militares y don J.S., con relación a la vivienda adjudicada al mismo en la Avenida de Brasilia de esta Capital, es de carácter jurídico-administrativo, ajeno a las relaciones de naturaleza privada, puesto que no trata de un negocio jurídico de carácter civil, ya que la concesión se hizo por el Patronato de Casas Militares conforme a las normas específicas que lo regulan, por lo que no ofreciendo duda la naturaleza jurídica de la vinculación inicial, es esta misma la que ha de matizar cualesquiera otra relación, o incidencia que de la misma se deriven, y que forzosamente ha de alcanzar al documento de fecha 31 diciembre 1971, ya que el mismo es otorgado por don F.M. deM. en su condición de General Director Gerente del Patronato de Casas Militares, y no a título particular, ni de relaciones de derecho privado, y como consecuencia y derivación de la concesión a don J.S. de una vivienda, adjudicada no por titularidad de derecho civil, sino conforme a las normas reguladoras de la concesión de las mismas de carácter administrativo como lo patentiza que es un Decreto, el del M.º de la Vivienda de 1 de febrero 1962, el que regula la construcción de viviendas de renta limitada para los funcionarios de todos los Ministerios que figuran promovidas por los Patronatos oficiales de los mismos.

Que sentado lo que antecede y teniendo en cuenta además que en este recurso se impugna un acto administrativo como, sin duda alguna, lo es la resolución del M.º del Ejército 25 mayo 1968, es manifiesto la competencia de esta Jurisdicción para reconocer del recurso contencioso-administrativo conforme al art. 1.º de la Ley rectora de la Jurisdicción, pues aun admitiendo en términos hipotéticos que para resolver sobre la cuestión relativa al vicio de consentimiento en la prestación de voluntad al otorgarse el documento de 31 diciembre 1971 que se suscita por el recurrente don J.S. hubieran de aplicarse normas del derecho civil, ello no obstaría a la competencia de esta Sala, puesto que conforme al art. 4.º de la Ley Jurisdiccional, la de los Tribunales de lo Contencioso-administrativo se extenderá al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con el recurso, salvo las de carácter penal.

Que, por todo ello, procede, al declararse la competencia de este Tribunal, desestimar la alegación de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo propuesta por el Abogado del Estado, si bien su proyección en el proceso no puede ser la que normalmente opera la admisión del recurso de determinar el examen y resolución del fondo del mismo, por la obvia razón obstativa, de no haberse pronunciado el M.º del Ejército, en su resolución de 25 de mayo 1968 sobre el fondo de la cuestión suscitada por don J.S., al considerarse incompetente ni producido con relación a ella, acto administrativo susceptible

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

de la revisión jurisdiccional, por lo que procede, con estimación parcial del recurso declarar la nulidad de la resolución impugnada en cuanto se considere incompetente el M.^o del Ejército para resolver sobre el fondo del recurso de alzada promovido por don J.S., debiendo en consecuencia pronunciarse dicho Ministerio, como competente, sobre la cuestión de fondo de la alzada.

(Vicente López Henares)

E) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL

SUMARIO: I. *Cuerpo Jurídico Militar:* Tenientes Auditores y de Intervención Militar. Aptitud para el ascenso. Efectividad en mando y destino. Singularidad de la plantilla del Cuerpo Jurídico Militar condicionada por el cargo. Ponentes en Consejos de Guerra asignados a empleo superior a Teniente. Efectos de plantilla. Derecho al ascenso. Naturaleza.—II. *Ascensos en la Armada:* A Comandante de Intendencia de la Armada. Capitán con nota de demérito en su expediente personal. Correctivo de dos meses de arresto. Efectos para el ascenso en la Escala de Mar.—III. *Tribunales de Honor:* Recurso Contencioso-Administrativo contra resoluciones dictadas en expedientes gubernativos de los arts. 1.011 y siguientes del CJM. Alcance. Universalidad del principio de lo justificable, significado. Compatibilidad del expediente gubernativo con otro de carácter penal; consecuencias.—IV. *Maestranzas de la Armada:* Personal de carácter civil con equiparación militar a efectos jurisdiccionales y en orden a la Movilización. Retribuciones de Capataces a extinguir y derecho de opción de la Ley 103/66. V. *Clases pasivas:* A) Pensión alimenticia a favor de familiares de condenado a pena de reclusión con accesoria de pérdida de empleo y posteriormente indultado de pena principal. Principio de personalización de la pena. Art. 223 del CJM y 91 del Estatuto de Clases Pasivas. B) Guardia Civil dado de baja por ser perjudicial su continuación en el servicio. Inexistencia de derechos pasivos. Normativa aplicable.

I. CUERPO JURÍDICO MILITAR

TENIENTES AUDITORES Y DE INTERVENCIÓN MILITAR. APTITUD PARA EL ASCENSO. EFECTIVIDAD EN MANDO Y DESTINO. SINGULARIDAD DE LA PLANTILLA DEL CUERPO JURÍDICO MILITAR CONDICIONADA POR EL CARGO. PONENTES EN CONSEJOS DE GUERRA ASIGNADOS A EMPLEO SUPERIOR A TENIENTE. EFECTOS DE PLANTILLA. DERECHO AL ASCENSO. NATURALEZA

Sentencia de 3 de julio de 1972.—Es recurso interpuesto por don J.M.C. Teniente del Cuerpo de Intervención Militar contra resolución del M.º del Ejército de 12 de noviembre 1969 que denegó el ascenso del actor a Capitán Interventor en el Cuerpo de Intervención Militar del Ejército de Tierra.

El T.S. lo desestima.

Que la cuestión a dilucidar en el presente recurso consiste en determinar si el recurrente Teniente del Cuerpo de Intervención Militar del Ejército de Tierra, que contaba con dos años de antigüedad y efectividad, como Teniente Interventor, tenía derecho al ascenso a Capitán Interventor por existir vacante de dicho empleo, en aplicación del D. de 9 de mayo 1963, y legislación general reguladora de los ascensos militares, ya que el hecho por él invocado de que Tenientes Auditores pertenecientes al Cuerpo Jurídico Militar, también del Ejército de Tierra, en los que concurrían idénticas circunstancias y para los que resultaba aplicable la misma normativa legal hubieran sido ascendidos, aunque constituyese un precedente de indudable valor para formular la petición inicial, no podría en ningún caso determinar su ascenso, ni fundamentar la declaración de su derecho a él en esta vía ya que la misión encomendada a la Jurisdicción es la de revisar la legalidad de los concretos actos administrativos impugnados cuya adecuación al Ordenamiento jurídico no viene determinada ni por el quehacer administrativo, si éste se revela como no ajustado a Derecho, ni por la existencia de agravios comparativos que a lo sumo pudieran únicamente justificar la iniciación por parte de la Administración de un proceso de lesividad.

Que para el debido enjuiciamiento de la cuestión que ha de resolverse en los presentes autos, forzoso es tener en cuenta que por Decretos de 31 de marzo de 1960, núms. 604 y 605, se procedió a la reorganización de los Cuerpos de Intervención Militar y Jurídico Militar respectivamente, estableciéndose sus escalas y categorías; que en la Escala Activa se iniciaba en el empleo de Capitán, no existiendo por consiguiente el empleo de Teniente en dichos Cuerpos. Durante la vigencia de tales Decretos se promulgó la Ley núm. 12/1961 de 19 de abril que reguló los ascensos «en régimen ordinario» del personal de Jefes y Oficiales del Ejército de Tierra, Ley en la que se señala como tiempos mínimos de efectividad, destino y mando para el ascenso de Teniente a Capitán el de tres años, y aunque en el art. 1.º se establezca que la Ley se refiere a los Oficiales Generales y particulares pertenecientes al Grupo de «Mando de Armas», de la Escala Activa del Ejército y sus asimilados, en el art. 10 se especifica que el personal perteneciente a Cuerpos que se rigen por Reglamentos especiales, deberá reunir además de las condiciones de carácter general exigidas en dicha Ley las particulares de aquellos les señalen. Por Decreto de la Presidencia del Gobierno 1.094/63 de 9 de mayo se unifican para los tres Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, el ingreso en los Cuerpos Jurídicos, Intervención, Sanidad, Farmacia, Veterinaria y Eclesiástico disponiendo que se efectuara mediante oposición, siguiéndose salvo en el Eclesiástico un curso teórico-Alumno, superado el cual ingresarán, ya definitivamente, en las respectivas escalas con el empleo de Teniente, declarándose en su art. 3.º que el tiempo de permanencia en el em-

pleo de Teniente no será en ningún caso inferior a dos años, y derogándose expresamente en su art. 4.º los Decretos 604 y 605 de 1960 antes citados y referentes a los Cuerpos de Intervención y Jurídico-Militar del Ejército de Tierra, en lo que a él se oponga. Por último por Decreto 3.181/66 de 22 de diciembre, se desarrolla la Ley 12/1961, sin que sus disposiciones revistan especial interés en cuanto a la cuestión en este recurso debatida y sin que en él, ni en sus disposiciones derogatorias aparezca alusión alguna al Decreto 1.094/63.

Que expuesta así la normativa que regula las condiciones necesarias para obtener la aptitud para el ascenso, la cuestión se centra y limita a determinar la vigencia y en su caso la significación que ha de darse en el contexto legal al art. 3.º del Decreto 1.094/63 de 9 de mayo, que al disponer textualmente para los Cuerpos a los que se refiere y entre ellos los Cuerpos de Intervención y Jurídico que, «el tiempo de permanencia en el empleo de Teniente no será en ningún caso inferior a dos años» parece contradecir la Ley 12/1961 de 19 de abril, que fijaba para obtener las condiciones de aptitud para el ascenso a Capitán, un tiempo mínimo de tres años de efectividad, mando y destino, siendo no obstante evidente que no podía desconocer la existencia de dicha Ley anterior, lo que se explica en informes obrantes en el expediente administrativo y en la contestación a la demanda, resaltando que la Ley, 12/61 según expresamente se hace constar en su art. 1.º regula los «ascensos en régimen ordinario» y con carácter de generalidad para todas las Armas del Ejército de Tierra y aun para aquellos Cuerpos que se rijan por sus Reglamentos especiales, en tanto que el Decreto 1.094/63 de 9 de mayo, es una disposición singular referida exclusivamente a determinados Cuerpos y en la que se da la circunstancia de que en dos de ellos, precisamente en los que sus componentes no desempeñan mando de tropas, como son los de Intervención y Jurídico se establece el empleo de Teniente que no existía al promulgarse la Ley de 1961 por lo que junto al «ascenso en régimen ordinario» que exige los tres años de mínima permanencia, en el empleo de Teniente, se abre la posibilidad de ascenso, en régimen «no ordinario», a partir de los dos años, facultándose así a la Autoridad correspondiente para promover el empleo de Capitán a los Tenientes de aquellos Cuerpos una vez cumplidos los dos años, si reúnen las demás condiciones y las necesidades del servicio lo aconsejan. Tal interpretación sostiene en definitiva la vigencia del Decreto 1.094/63 y en especial de su art. 3.º como norma de aplicación excepcional o al menos reguladora de ascensos en régimen no ordinario, junto al sistema y régimen que es el contenido en la Ley 12/61 y Decreto 3.181/66, de tal forma que si la facultad para otorgar el ascenso y el derecho a él se perfeccionan con el cumplimiento de las condiciones en la Ley exigidas, a los dos años de permanencia en el empleo de Teniente en los Cuerpos a que el Decreto se refiere, se abre la posibilidad de que

en régimen no ordinario, sino discrecional, pueda concederse el ascenso.

Que basada en esta interpretación de la normativa legal aplicable la resolución impugnada, en cuanto se deniega la solicitud de ascenso formulada por el recurrente por no llevar tres años de permanencia en el empleo y no reunir por tanto los requisitos establecidos en la Ley 12/61 y Decreto 3.181/66, y se justifican en cambio por razones del servicio que así lo aconsejaren el ascenso con dos años de permanencia en el empleo de Tenientes Auditores por aplicación del Decreto 1.094/63, resta por examinar, si responde tal interpretación a una realidad lógica y congruente con las finalidades perseguidas por las distintas disposiciones de diferente rango y ámbito de aplicación que resultan implicadas en la cuestión, y si con ello se llega a una solución eficaz acorde con el mejor servicio, y en este examen no cabe desconocer de una parte la conveniencia de unificar en lo posible para todas las Armas y Cuerpos las condiciones de aptitud para el ascenso, finalidad que aparece claramente en la Ley 12/1961 que así lo establece para el Ejército de Tierra y en el Decreto 1.094/1963 en cuanto a los Cuerpos en él citados para los tres Ejércitos, pero de otra parte las diferentes funciones que tienen encomendadas y en especial la dedicación primordial y principal al mando de tropa propia de las Armas y de algunos Cuerpos, y las funciones esencialmente distintas a dicho mando atribuidas a otros Cuerpos, como son los enumerados en el Decreto 1.094/63, o sea los de Jurídico, Intervención, Sanidad, Farmacia, Veterinaria y Eclesiástico, de ellos los dos primeros y el último totalmente ajenos al mando de tropa, influyen de manera decisiva en su organización, quebrándose las proporciones normales de la pirámide jerárquica propia de las Unidades Armadas, hasta el punto de que tradicionalmente y en la época de su creación no existieron Tenientes en el Cuerpo de Intervención y se estimaron igualmente innecesarios en este Cuerpo y en el Jurídico por los Decretos del año 1960, al no corresponder el empleo con el mando de una determinada Unidad de tropas, lo que lleva como consecuencia que exigida por la naturaleza de la función e incluso impuesta por normas legales como sucede en el CJM para los Ponentes, categorías superiores a la de Teniente, la plantilla de este empleo será siempre naturalmente reducida en estos Cuerpos y ello llevaría consigo o un exceso de dicha plantilla o una imposibilidad de cubrir la plantilla de Capitanes normalmente muy superior, lo que justifica que junto al régimen ordinario de ascensos se establezca otro específico y discrecional que permita el ascenso con un tiempo mínimo de permanencia en el empleo inferior al general cuando tales necesidades se manifiesten, pero sin que ello constituya un derecho del interesado, que sólo nace cuando cumpla las condiciones generales, sino una facultad discrecional de la Administración, solución ésta propia del Ejército de Tierra, ya que en los Decretos 1.963/68 de 1 de febrero del Ejército del Aire, se hace

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

frente a esta realidad, reduciendo a dos años para estos Cuerpos el plazo de mínima permanencia en el empleo de Teniente y en el Decreto 49/69 de 16 de enero del M.º de Marina se fijan dichos dos años para los Cuerpos de Sanidad, Eclesiástico, Jurídico e Intervención.

Que si el derecho del Funcionario al ascenso es fundamentalmente materia reglada, y la Administración ha de reconocérselo cuando con arreglo al régimen vigente en cada momento el interesado reúna todas las condiciones para el ascenso y se produzca o exista vacante, ello se refiere al régimen ordinario, en el cual la Administración no pueda otorgar el ascenso ni el interesado reclamarlo en tanto no se den todas y cada una de dichas condiciones y requisitos, más no lleva consigo la imposibilidad de la existencia paralela de otros ascensos o supuestos que constituyen una excepción o una singularidad al régimen ordinario y en los que juegan papel primordial motivaciones específicas, cuya apreciación dentro de ciertos límites corresponden a la esfera de las facultades discrecionales y como inserto en este régimen especial aparece el caso debatido, ya que el interesado no rúne los requisitos mínimos exigidos por la legislación general, para que pueda nacer en su favor un derecho subjetivo al ascenso, aunque si aquellos que hubieren permitido al Ministerio ejecutar una facultad discrecional, por lo que ni puede tacharse de ilegal o contraria al Ordenamiento Jurídico la denegación a su petición de ascenso, ni en el caso de que el Ministerio hubiera accedido a ella, por entender que las necesidades del servicio así lo aconsejaban, aparecería tampoco tal ascenso como desacorde con la normativa legal, puesto que contaba con el tiempo mínimo de permanencia en el empleo de dos años exigible en este supuesto discrecional, sin que proceda entrar en consideraciones de si en el uso de tales facultades discrecionales se procedió con desviación de poder, ya que ni siquiera se formula en la demanda tal alegación.

II. ASCENSOS EN LA ARMADA

A COMANDANTE DE INTENDENCIA DE LA ARMADA. CAPITÁN CON NOTA DE DEMÉRITO EN SU EXPEDIENTE PERSONAL. CORRECTIVO DE DOS MESES DE ARRESTO. EFECTOS PARA EL ASCENSO EN LA ESCALA DE MAR

Su doctrina se halla recogida en los siguientes considerandos:

Es recurso deducido por don C.P.S. contra resolución del Ministerio de Marina de 14 de febrero 1970, confirmatoria en trámite de reposición de 4 de diciembre de 1966, denegatoria del ascenso a Comandante del actor.

El T.S. lo desestima.

Que, en primer término, se aduce en la demanda formalizadora el recurso jurisdiccional que cuando el 20 de abril de 1967 se produjo

la vacante de Comandante en el Cuerpo de Intendencia de la Armada don C.P. ocupaba en el escalafón el núm. 1 de los Capitanes y cumplido toda clase de condiciones «no habiendo sido calificado jamás con nota de demérito, sino con una nota desfavorable inherente a un correctivo de dos meses de arresto impuesto por la superior Autoridad de la Base Naval de Canarias y cuya nota no puede identificarse —como la propia Administración dice— con una nota de demérito, ni por tanto ser motivo decisivo del aplazamiento del ascenso». Con relación a esta primera alegación impugnatoria, es de tener en cuenta que aun cuando es exacto que un arresto de dos meses no puede identificarse con una nota de demérito, sin embargo, la propia parte recurrente reconoce que la nota de demérito si constituye motivo decisivo para el aplazamiento del ascenso, y así lo era, en efecto, en la fecha de 20 de abril de 1967 en que se produjo la vacante a que la demanda se refiere puesto que la Ley de 20 de diciembre de 1952, con referencia a los ascensos en la Escala de Mar —en la que ha de estimarse comprendido el Cuerpo de Intendencia de la Armada, por no existir en él Escala de Tierra— exigía para la promoción entre las condiciones de generalidad, «no tener nota de demérito en los informes reservados y Hoja de Hecho».

Que constando en la Hoja de Hechos de fecha 6 de agosto de 1955 que «como consecuencia del escrito unido a la Hoja de Hechos, se le rebajó un escalón en la calificación de «Celo y amor al servicio», dando origen a una nota de demérito», así como la confirmación de la misma por el Almirante Comandante General de la Base Naval de Baleares, es manifiesto que la referida Nota de Demérito impuesta a don C.P.S. en aquella fecha, y cuya notificación consta asimismo acreditada, habría de operar, conforme al mencionado art. 4.º de la Ley de 20 de diciembre de 1952 efectos obstativos a su ascenso a Comandante, en la vacante producida el 20 de abril de 1967, puesto que, además, no sólo concurría dicha nota de demérito, sino que el Capitán don C.P. se lo había impuesto el 19 de julio de 1966, por la Superioridad de la Base Naval de Canarias en correctivo de arresto de dos meses, y por consiguiente, se hallaba dentro de los dos años de observación de conducta.

Que ante la concurrencia de tan obvias razones obstativas a la promoción a Comandante del recurrente don C.P. no es posible tomar en consideración las alegaciones que en la demanda se formulan por su representación procesal respecto a la invalidación de la nota disciplinarias de dos meses de arresto, pues si bien es cierto que el Ministro de Marina acordó, el 15 de julio de 1969 la invalidación del correctivo de dos meses de arresto, como lo es asimismo que sus efectos han de retrotraerse al día 21 de septiembre de 1968, la invalidación resulta en absoluto inoperante con relación a la pretensión que en la demanda se formula de ascenso de don C.P. al empleo de Comandante en la vacante producida el 20 de abril de 1967, por una doble razón, en pri-

mer término, porque los efectos de la invalidación del correctivo de dos meses de arresto se retrotraen según se ha destacado a una fecha posterior a la en que se produjo la mencionada vacante en el empleo de Comandante, y en segundo lugar, porque en la fecha de 21 de septiembre de 1968 de retroacción de la invalidación, don C.P. tampoco podía ser promovido, ya que con anterioridad —el 4 de mayo del mismo año 1968— la Junta de Clasificación de la Armada, recogiendo en su informe no sólo el correctivo de dos meses, sino también la nota de demérito había clasificado don C.P. en la Lista 2 A, es decir no apto para el ascenso en la Escala de Mar, en la que cabe comprendido a ese efecto el Cuerpo de Intendencia de la Armada.

III. TRIBUNALES DE HONOR

RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA RESOLUCIONES DICTADAS EN EXPEDIENTES GUBERNATIVOS DE LOS ARTS. 1.011 Y SIG. DEL CJM. ALCANCE. UNIVERSALIDAD DEL PRINCIPIO DE LO JUSTICIABLE, SIGNIFICADO. COMPATIBILIDAD DEL EXPEDIENTE GUBERNATIVO CON OTRO DE CARÁCTER PENAL; CONSECUENCIAS

Es recurso interpuesto por don A.M.M. contra Orden del Ministerio del Ejército de 7 de marzo de 1970 y de las resoluciones procedentes que aquella ratifica, que separó del servicio al recurrente, determinando su baja en el Ejército.

El T.S. tras desestimar la causa opuesta a la admisión del recurso al amparo de lo preceptuado en los arts. 40 d y 82 c) de la Ley Jurisdiccional, desestima asimismo el recurso interpuesto.

La doctrina se encuentra contenida en los siguientes considerandos:

Que la semejante situación de los dos Jefes del Ejército procesados por el Juzgado de Instrucción núm. 7 de Sevilla, con motivo de los mismos hechos, y también separados del servicio, en igual fecha, difiere al haberse impugnado en el Recurso 18.129, la Orden ministerial de separación, mientras que en el núm. 18.166, sólo se recurrió al interponerlo, no contra aquélla ni frente al fallo del Tribunal de Honor sino por estimarse improcedente su constitución, y aunque en ambos procesos se recibió análoga comunicación, «a efectos de la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, interpuesto por los interesados», no se procedió por la Sala de igual forma, sino que, en el actual proceso, se acordó librar nueva comunicación al M.º del Ejército, acompañada de testimonio literal del Auto de 27 de marzo de 1971 acordando que el expediente reclamado, debía «circunscribirse a las actuaciones practicadas en el personal del recurrente, relativas a su situación administrativa, en la fecha de la autorización para constituir el Tribunal de Honor, sin remitirse nada relacionado con la actuación del referido Tribunal, ni con lo tramitado como consecuencia de su resolución», quedando así centrada la cuestión litigiosa, confor-

me se reconoce en la demanda, a la oportunidad o extemporaneidad de la constitución del Tribunal de Honor de que se trata.

Que el Auto de 14 de abril de 1971, declaró inadmisibile el recurso contencioso-administrativo num. 18.129, interpuesto por don F.R.J. y de la M. contra las Ordenes del M. del 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 ap. d) del art. 40 de la Ley Jurisdiccional, establece que no se admitirá recurso contencioso-administrativo, respecto de las resoluciones dictadas como consecuencia de expedientes gubernativos, seguidos con arreglo al art. 1.011 y siguientes del CJM 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 M.º del Ejército, en el procedimiento de Tribunales de Honor que instituye y regula el Capítulo II del Título XXV del CJM, disponiendo que a consecuencia, de haberse fallado por el Tribunal de Honor respectivo, la separación del servicio, se decretó por el aludido Ministerio, la separación del servicio y baja del expresado Jefe, en cumplimiento de lo preceptuado en el art. 1.039 del referido Código castrense, en el que se establece que, contra tal resolución de separación del servicio, por Tribunal de Honor, no se dará recurso alguno.

Que la declaración IX de la Ley de Principios del Movimiento Nacional al decir que, todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente y, lo preceptuado en el art. 30 de la Orgánica del Estado, acerca de que, tendrán libre acceso a los Tribunales, y por consiguiente, a los de esta Jurisdicción, conforme al art. 1 así como el principio de evitar 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 contencioso-administrativa, establecida en el ap. d) de su art. 40, 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 art. 1.011 y siguientes del CJM— «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 tengan 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 arts. 1.027 y 1.028 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 recursos en esta vía, respecto de las que resuelvan todos los procedimientos especiales regulados en el Código Castrense y las que tengan origen o sean consecuencia de ellos, pero sin extenderla a los demás actos de la Administración militar referentes a su personal.

Que la salvedad consignada al final del art. 1025 del CJM vigente, no puede significar —según sostiene el demandante— la imposibilidad de someter a juicio y fallo de los Tribunales de Honor, a quienes por los mismos hechos, se encontrasen procesados 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 estuvieren ya juzgados en otro procedimiento judicial o gubernativo», coincide esencialmente con lo preceptuado en el art. 720 del de 27 de septiembre de 1890, acerca de que «podrá ser sometido a Tribunal de Honor, aunque hubiere sido juzgado por otro procedimiento, siempre que hubiere de continuar en el servicio» a cuyo texto se refiere la R.O. de 31 de diciembre de 1971 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 que se haya decretado con anterioridad la separación del servicio del inculpado, pero no la existencia de otro procedimiento pendiente o concluso si en éste no se hubiese acordado la medida que haría innecesaria la constitución del Tribunal de honor cuya única finalidad, a tenor de lo previsto en el art. 1.036 es la de proponer la separación del servicio del inculpado, en caso de estimar deshonorosos los hechos que motivaron su constitución independientemente y sin perjuicio de las sanciones que puedan imponerse al residenciado, en distintos procedimientos, conforme a lo preceptuado, en relación con la Jurisdicción disciplinaria en los arts. 178 y 180 del mismo CJM, 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 art. 1.025 del Código Castrense, 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 razonado con anterioridad y de lo resuelto en la Real Orden citada, debe tenerse en cuenta que el art. 1.041 del mismo Cuerpo legal, contempla el supuesto de que los mismos hechos o conductas hayan sido juzgados por otro Tribunal de Honor con declaración favorable —reproduciendo lo preceptuado en el art. 18 de la

Ley de 27 de septiembre de 1940, reguladora de la constitución y funcionamiento de los restablecidos por el D. 78 de 17 ed noviembre de 1936 y que habían sido suprimidos por el art. 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 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 aquella no le impusiese pena que llevase consigo la separación del servicio, a fin de que el fallo del 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 y la 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 (único supuesto en el que procede esperar la resolución de la Audiencia) —SS. 12 de diciembre de 1963 y 11 de mayo de 1967— 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 producen 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 estimarse aplicable a los Tribunales de Honor, previstos en el art. 94 de la L. 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 e imposible jurídicamente que se constituyan, cuando el funcionario haya sido separado del servicio, por condena criminal o sanción disciplinaria, conforme a lo dictaminado por el Consejo de Estado en 12 de julio de 1961, a tenor del párrafo 2.º de la Base 1.º de la L. de 17 de octubre de 1941, relativa a que los Tribunales de Honor por su especial naturaleza, son compatibles con cualquier otro procedimiento a que pueda o haya podido estar sometido el enjuiciado por el mismo hecho, aunque revista caracteres de delito.

IV. MAESTRANZAS DE LA ARMADA

PERSONAL DE CARÁCTER CIVIL CON EQUIPARACIÓN MILITAR A EFECTOS JURISDICCIONALES Y EN ORDEN A LA MOVILIZACIÓN. RETRIBUCIONES DE CAPATACES A EXTINGUIR Y DERECHO DE OPCIÓN DE LA LEY 103/66

Es recurso deducido por don E.M.C. capataz segundo de Maestranza de la Armada contra resolución del M.º de Marina de 20 de sep-

tiembre de 1969 y DD. 906 y 908 de 8 de mayo de 1969 sobre equiparación de sus retribuciones a las de Suboficial de Marina.

El T.S. lo desestima.

La doctrina se halla expuesta en los siguientes considerandos:

Que el D. 12 de diciembre de 1942 amplió y reformó la Maestranza de Arsenales, denominándola *Maestranza de la Armada pero conservando su carácter civil* (art. 1.º) y estableciendo que «las obligaciones y derechos del personal dentro de ella y equiparación militar para caso de militarización» se regirá por el Reglamento (art. 6.º) que la O. de 24 de julio de 1943 aprobó con carácter provisional el Reglamento de la Maestranza de la Armada, en cuyo art. 4.º se dispuso que «a pesar del carácter civil que en el art. 1.º se asigna al personal de la Maestranza, se establecen las siguientes equiparaciones militares, a los efectos de la Ley de Jurisdicciones y en orden a su movilización en caso necesario; que la O.H. núm. 1.425 de 23 de marzo de 1965 —anulatoria de la 1.101 del 3 del mismo mes y año— respetó la originaria redacción del párrafo del art. 4.º transcrito con anterioridad; y que según lo declarado en SS. de 16 de junio de 1971 y 15 de marzo y 1 de abril de 1972, subsiste el carácter civil de tal personal, al que sólo con el alcance concreto de sometimiento a la Jurisdicción Militar y en orden a la movilización, se le asignó la equiparación indicada, sin existir en ningún momento equiparación económica.

Que, el D. 907 de 20 de abril de 1967, preceptuó en su art. 2.º que, a los funcionarios que en virtud de la opción prevista en la disposición transitoria 2.ª de la Ley 103/66, permanezcan en las escalas a extinguir, se les asignaba los coeficientes del anexo núm. 2, disponiendo como excepción en su artículo 3.º que no obstante lo dispuesto en el anterior, el personal que enumeraba y entre el que no se comprende el de la Maestranza de la Armada, podrían optar por los conceptos retributivos que le sean aplicables en virtud de la Ley 113/66 o por los coeficientes señalados en los anexos, por disfrutar de sueldos militares concedidos por disposición legal, equiparación que a su vez se tuvo en cuenta, para excluirlos de los complementos establecidos en el D. 1.27 de 20 de julio de 1967, que según lo expuesto en su preámbulo «no deben ser de aplicación, al personal civil funcionario al servicio de la Administración Militar, al que por disposiciones legales específicas, le fue concedido sueldo correspondiente a una categoría militar determinada que no le ha sido desconocida en el D. 907/67» a diferencia de lo que sucede con los recurrentes, pertenecientes a la Escala a Extinguir de Capataces Segundos.

V. CLASES PASIVAS

- A) PENSIÓN ALIMENTICIA A FAVOR DE FAMILIARES DE CONDENADO A PENA DE RECLUSIÓN CON ACCESORIA DE PÉRDIDA DE EMPLEO Y POSTERIORMENTE INDULTADO DE PENA PRINCIPAL. PRINCIPIO DE PERSONALIZACIÓN DE LA PENA.

Art. 223 del CJM y 91 del Estatuto de Clases Pasivas.

Es recurso interpuesto por doña M.-M.F.B. contra resolución del CSJM de 16 de septiembre de 1969, confirmada en reposición, que denegó a la actora la pensión alimenticia solicitada.

El T.S. lo estima, declarando el derecho de la actora a la percepción de la pensión solicitada.

La doctrina se halla contenida en los siguientes considerandos:

Que la cuestión que en este recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación procesal de doña M.-M.F.B. se suscita, es sumamente concreta y de matiz puramente jurídico, pues se contrae a resolver si, como se postula en el suplico de la demanda formalizadora de aquél, procede declarar el derecho de la accionante a la percepción de pensión alimenticia, como esposa del ex-capitán de Infantería don G.N.R. aún cuando éste se encuentre en libertad, o si por el contrario —cual se pretende por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Administración— ha de declararse ajustado a Derecho el acuerdo impugnado, de la Sala de Gobierno del Consejo Supremo de Justicia Militar, que desestimó la petición de doña M.-M.F. en méritos —según se razona en el dictamen de la Fiscalía Togada, que hizo suyo la Sala— de encontrarse en libertad el esposo de la recurrente.

Que para resolver sobre el fondo litigioso enunciado, es preciso poner de relieve, los antecedentes fácticos y «de iure» siguientes: A) Que el esposo de la recurrente don G.N.R. Capitán de Infantería, fue condenado como autor de un delito de rebelión, a la pena de 30 años de reclusión, con las accesorias de inhabilitación durante el tiempo de la condena, y pérdida de empleo. B) Que el 11 de febrero de 1965 don G.N. fue indultado de la pena de 30 años de reclusión. C) Que el 10 de junio de 1969, doña M.-M.F. hallándose ya en libertad su esposo, formuló instancia al Presidente del CSJM, en súplica de concesión de pensión alimenticia. D) Que el art. 218 del CJM, establece como accesoria de la pena de reclusión, para los Oficiales y Suboficiales, la pérdida de empleo, accesoria que conforme a su art. 223 producirá la baja definitiva en los Ejércitos, con la privación de los grados y sueldos, pensiones, honores y derechos militares que correspondan al penado, así como la incapacidad para obtenerlos, y E) Que respecto a la percepción de haberes pasivos por los penados y sus familiares, el propio Código Castrense y el Estatuto de Clases pasivas de 22 de octubre de 1962, establecen normas específicas, disponiendo el primero en su art. 224, que «la pena de separación del servicio, impuesta como

principal o como accesoria, producirá también la baja en el Ejército respectivo, con pérdida absoluta de todos los derechos adquiridos en el mismo, excepto los pasivos que puedan corresponder al penado por sus años de servicio, quedando sujeto a la Ley de Reclutamiento y Reemplazo del Ejército que le sea aplicable. Sin embargo, el condenado no podrá percibir mientras estuviese preso como consecuencia de la condena, el haber que le corresponda por su situación pasiva. Las esposas, hijos y madres viudas de los condenados a la pérdida de empleo, en todo caso, o a la de separación del servicio mientras no perciban haberes pasivos por hallarse presos, si no disfrutaban de medios de fortuna, percibirán las pensiones señaladas en el Estatuto de Clases Pasivas para caso de fallecimiento de los causantes» y por su parte, este Estatuto previene, en su art. 91 que las «pensiones de viudedad, orfandad y a favor de madres viudas, y las mesadas de supervivencia, no responderán de las obligaciones de los causantes y en el caso de que éstos fueran condenados a la pérdida de sus derechos pasivos dicha pena no alcanzará a las que a sus familiares puedan corresponder».

Que el examen de dichos preceptos legales relativos a la percepción de haberes pasivos conducen a establecer como premisas básicas para la resolución de la temática de fondo del recurso, las siguientes: A) En primer término, que lo mismo el art. 224 del CJM, como el 91 del Estatuto de Clases pasivas, se inspiran en el principio de personalización de la pena, corolario fundamental de la Ley penal, pues la conducta delictiva de una persona no puede operar consecuencias con relación a otras no implicadas en el hecho punible castigado, ni afectar a los derechos de sus familiares. B) Que con respecto a los derechos asivos de los penados, es preciso distinguir los dos supuestos, perfectamente diferenciados, de que se trate de pérdida de empleo, o de separación del servicio, en el primero, y por imperativo, del art. 223 el condenado queda privado, totalmente de haberse pasivos, más en el segundo, y conforme al art. 224, al condenado a separación, como pena principal o accesoria, sólo se le priva de la percepción de haberes pasivos durante el tiempo que permanezca preso y C) Que como consecuencia de esta sustancial diferencia, que responde a los distintos efectos, antes destacados, de una y otra pena, el párr. 3.º del repetido art. 224 dispone, con relación a las esposas, hijos y madres viudas, que cuando se trate de pérdida de empleo, percibirán «en todo caso», las pensiones señaladas por el Estatuto de Clases Pasivas para caso de fallecimiento de los causantes, mas cuando la pena impuesta fuera la de separación del servicio, sólo la percibirán mientras el causante se hallare preso, y la razón de esta diferencia se configura con evidencia pues, si en efecto el condenado a separación tiene derecho a haberes pasivos desde el momento que obtiene su libertad, sería absurdo admitir la dualidad de percepción del retiro y de la pensión a favor de sus familiares, y por ello, y por esta única razón, se excluye la posibilidad de que aquélla se perciba al quedar el cau-

sante en libertad; y como por el contrario, cuando el causante sufre la pérdida de empleo, no tiene derecho a la percepción de haberes de ninguna clase, ni en prisión, ni en libertad, es obvio que la expresión «en todo caso» que el art. 224, párr. 3.º del Código castrense emplea, ha de entenderse referida a aquéllos, y la de «hallarse presos» a los condenados a separación del servicio.

Que, en consecuencia, con arreglo a esa hermenéutica, única que permite la literalidad e inspiración teleológica de los art. 224 del CJM y 91 del Estatuto de Clases Pasivas, de que no trascienda a los familiares del causante, las consecuencias de la condena penal, y teniendo en cuenta que al esposo de la concurrente don G.N. se le impuso la pena de pérdida de empleo como accesoria de la resolución, es forzoso estimar el recurso contencioso-administrativo, y reconocer a doña M.-M.F. el derecho a la percepción de pensión alimenticia que se postula en la demanda, señalándose por el CSJM, como competente, la cuantía de la misma.

B) GUARDIA CIVIL DADO DE BAJA POR SER PERJUDICIAL SU CONTINUACIÓN EN EL SERVICIO. INEXISTENCIA DE DERECHOS PASIVOS. NORMATIVA APLICABLE.

Es recurso deducido por don F.R.C. contra resolución del CSJM de 28 de octubre de 1969 que desestimó la reposición deducida contra acuerdo del mismo Organismo de 17 de septiembre de igual año que denegó petición del actor de que se le considere con derecho a pensión pasiva en su condición de Guardia Civil, Cuerpo en el que había sido dado de baja por ser perjudicial su continuación en el mismo.

El T.S. lo desestima.

La doctrina se halla contenida en los siguientes considerandos:

Que el expediente en el que recayó el acto administrativo objeto del presente recurso contencioso-administrativo se deduce: a) Que el demandante don F.R.C. ingresó en el Colegio de Guardias Jóvenes del Cuerpo de la Guardia Civil el 4 de marzo de 1930 del que fue baja, por así disponerlo la O. de 28 de julio de 1949, que que consideró comprendido a aquél en el supuesto previsto en la R.O. de 17 de enero de 1893, es decir por conceptuarle perjudicial para el servicio. b) Que al tiempo de su baja reunía un total de servicios de diecinueve años, diez meses y cinco días, de los cuales diecinueve años, tres meses y diecinueve días eran efectivos.

Que en base de cuanto queda consignado el interesado solicitó alegando lo dispuesto en la Ley 112/1966 el reconocimiento de haberes pasivos de retiro en la cuantía del 80 por 100 del regulador; pretensión que fue denegada por la Resolución del CSJM de 28 de octubre de 1969; que es la ahora recurrida.

Que la invocada Ley 112/1966 en su art. 12 y, asimismo en el art. 1.º del Texto refundido de 13 de abril de 1972, claramente preceptúan que el personal militar o asimilado de las Fuerzas Armadas y de los Cuer-

pos de la Guardia Civil y Policía Armada, retirados con anterioridad al 1 de enero de 1967, causarán las pensiones reguladas por el Estatuto de Clases Pasivas y disposiciones complementarias; lo que equivale a excluir de la nueva normativa militar sobre la materia a los que se encuentran en la situación del recurrente, atendida la fecha de su baja en el Cuerpo y, es lo cierto, que el expresado Estatuto, en su Disposición adicional sexta, preceptúa que el haber de retiro de los Cabos y Soldados del Ejército, Guardia Civil y Carabineros seguirá concediéndose con sujeción a las leyes y disposiciones especiales que regula aquél y que no son otras, según se deduce de una reiterada jurisprudencia entre la que puede citarse como reciente la S. de 24 de marzo de 1971 que la Ley de 31 de diciembre de 1921 y sus antecedentes, las Reales Ordenes de 29 de diciembre de 1910, y 5 de julio de 1912 de cuyos preceptos conjugados se infiere que los Cabos y clases de tropa de la Guardia Civil no tienen derecho a pensión de retiro cuando fueran baja por estimarse perjudicial su continuación en el servicio; que es precisamente el caso ahora enjuiciado, pues por proveído gubernativo de la Autoridad competente así se resolvió.

Que aun cuando se admitiera que la Ley de 31 de diciembre de 1945,, al disponer en su art. 2.º que el disfrute y cese de las pensiones de retiro de la Guardia Civil se debe ajustar a los preceptos del tantas veces citado Estatuto; derogó conforme a su art. 6.º lo dispuesto en la Ley de 31 de diciembre de 1921, contraria esta al principio general del art. 94,2 del Estatuto; siempre resultaría que el señor R.C. no había completado los veinte años de servicios exigidos por la normativa anterior para disfrutar de tal haber pasivo.

(Vicente López Henares)

F) DOCTRINA LEGAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN MATERIAS JURIDICO MILITARES

SUMARIO: I. Leyes delegadas en virtud de Autorización expresa de las Cortes. Adaptación de leyes penales y procesales a la Jurisdicción Militar.—II. Infracción manifiesta de ley. Separación de servicio del art. 221 del CJM Reconocimiento indebido de trienios. Anulación de oficio.—III. Funcionarios de Carrera. Consecuencias penales por actividades cometidas durante la guerra civil. Prescripción de penas y delitos, distinción. Decreto Ley de 31 de marzo de 1969. Amnistía e indulto, no aplicación extensiva a sanciones disciplinarias, si no está expresamente prescrito.—IV. Funcionario separado del servicio por sentencia de Consejo de Guerra Sumarísimo. Juicio de Revisión y reposición del condenado al servicio activo. Cómputo de trienios de funcionarios depurados.—V. Caballeros Mutilados útiles integrados en la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles. Potestad reglamentaria militar.—VI. Servicio Militar tde Construcciones. El Servicio Militar de Construcciones tiene capacidad jurídica para contratar la ejecución de obras públicas con el Estado y otros organismos de Administración autónoma o local.—VII. Venta de material inútil del Ministerio de Marina. Aplicación de la Ley de Contratos del Estado.—VIII. Venta de material inútil por el Ministerio de Marina, aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado.

Habiendo aparecido recientemente el Tomo 1969-70 de la Recopilación de Doctrina Legal del Consejo de Estado, la especial significación técnica y científica de las opiniones emitidas por el más Alto Cuerpo Consultivo de la Administración del Estado, nos ha movido en nuestro mejor deseo informativo, transcribir algunos dictámenes referentes a materias jurídico-militares y que a continuación insertamos.

I. LEYES DELEGADAS EN VIRTUD DE AUTORIZACIÓN EXPRESA DE LAS CORTES. ADAPTACIÓN DE LEYES PENALES Y PROCESALES A LA JURISDICCIÓN MILITAR.

El Gobierno puede someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de Ley con arreglo a autorizaciones expresas de las Cortes. Previamente se debe requerir dictamen del Consejo de Estado en Pleno.

El Decreto del Jefe del Estado tiene fuerza de Ley, sin ser un Decreto-ley ni originar «deslegalización» de la materia. Por ello, no podrá ser modificado sino por disposición con rango de Ley o por nueva autorización de las Cortes, ni podrá ser revisado por la Jurisdicción contenciosa, salvo que haya exceso en el uso de la delegación.

ANTECEDENTES

La Ley 119, de 30 de diciembre de 1969, autorizó al Gobierno para adaptar a la Jurisdicción Militar las normas procesales contenidas en la Ley 3/1967, de 8 de abril. El artículo único de la Ley autorizante dice así:

«Se autoriza al Gobierno para que adapte por Decreto a la Jurisdicción Militar, en cuanto a los delitos y faltas relacionados con el uso y circulación de vehículos de motor que sean de su competencia, las normas procesales contenidas en la Ley 3/1967, de 8 de abril.»

CONSULTA

Consideraciones generales sobre la autorización legislativa y sus efectos.

Una lectura rápida de la Ley 119, de 30 diciembre de 1969, podría suscitar dudas sobre el tipo de autorización concedida al Gobierno. Cabría pensar que la citada Ley abre esta materia a la potestad reglamentaria del Gobierno, produciendo lo que se denomina una «deslegalización» por algún sector de la doctrina. El Consejo de Estado entiende que esta tesis no sería exacta, por varias razones:

En primer lugar, porque la Ley 119, de 30 de diciembre de 1966, impone unos determinados límites a su autorización, que no parecen compatibles con la idea misma de «deslegalización». En efecto, la autorización legal específica claramente que sólo confiere a la Administración atribuciones para adaptar a la Jurisdicción Militar las normas procesales contenidas en la Ley 3/1967, de 8 de abril. En segundo lugar, la Ley 119/1967, de 8 de abril. En segundo lugar, la Ley 119/1969 vuelve a otorgar una autorización paralela a la contenida en la disposición final sexta de la Ley de 24 de diciembre de 1962, autorización que se ha entendido caducada y que ha tenido que ser otorgada por las Cortes. Esta tesis coincide con la mantenida por el propio Consejo de Estado en el dictamen de su Comisión Permanente de fecha 12 de junio de 1968 (expediente núm. 35.934) según el cual no procedía la aprobación por Decreto del texto propuesto (que es, sustancialmente, idéntico al que hoy se examina), sin perjuicio de que se formulase con el mismo texto un proyecto de Ley.

La situación ha cambiado tras la Ley 119, de 30 de diciembre de 1969, que contiene una autorización concreta para aprobar un texto de adaptación por Decreto. Ahora bien, dado que el texto del proyecto

de Decreto supone una adaptación de dos Leyes, la de Enjuiciamiento Criminal (Ley 3/1967), por una parte, y el Código de Justicia Militar, por otra, y, consiguientemente, introduce limitaciones o modificaciones en dichas Leyes, parece ineludible que el futuro Decreto que se apruebe por el Gobierno tenga fuerza de Ley. Ello no quiere decir, en absoluto, que se haya de promulgar un Decreto-Ley, que sería innecesario, dada la existencia de una autorización legislativa. Por el contrario, se está en el caso del artículo 51 de la Ley Orgánica del Estado:

«El Gobierno podrá someter a la sanción del Jefe del Estado disposiciones con fuerza de Ley con arreglo a sus autorizaciones expresas de las Cortes.»

El futuro texto de adaptación habrá de tener, pues, fuerza de Ley y seguir en su elaboración los trámites correspondientes, amén de mantenerse dentro de los límites de la autorización. La Ley de autorización 119, de 30 de diciembre de 1969, funciona así como una Ley de bases cuyo texto articulado se aprueba por Decreto, pero tiene fuerza de Ley. La única especialidad consiste en que la Ley autorizante no contiene en ella explícitamente las bases del texto legal, sino que remite a la Ley 3, de 8 de abril de 1967, que deberá ser «adaptada» a la Jurisdicción Militar.

De lo dicho anteriormente se deducen importantes consecuencias. Ante todo, deben cumplirse los trámites del artículo 10,4 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; es decir, que el dictamen solicitado deberá ser emitido por el Consejo de Estado en Pleno. En segundo lugar, que, una vez aprobado y en vigor el texto de adaptación, no podrá ser modificado por el Gobierno, salvo nueva autorización de las Cortes. En tercer lugar que, siempre que el texto que se apruebe se mantenga dentro de los límites de la autorización, no podrá ser revisado por la Jurisdicción contenciosa, puesto que tendrá rango de Ley.

II. INFRACCIÓN MANIFIESTA DE LEY. SEPARACIÓN DE SERVICIO DEL ART. 221 CJM RECONOCIMIENTO INDEBIDO DE TRIENTOS. ANULACIÓN DE OFICIO.

No concurriendo ninguna causa de nulidad de pleno derecho del art. 47,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, no puede anularse de oficio, por infracción manifiesta de Ley, ni atacarse por la vía del proceso de lesividad, un acuerdo dictado por la Administración hace más de cuatro años, por más que dicho acuerdo infrinja clara y manifiestamente la Ley, cabiendo sólo la anulación de oficio de otro acuerdo posterior dictado dentro de dicho plazo de cuatro años.

ANTECEDENTES

Un Brigada de Infantería fue condenado por la Audiencia de V., en 18 de diciembre de 1962, a una pena de dos años de presidio menor

y a cuatro penas de tres meses de arresto mayor, en concepto de autor de cinco delitos de estafa, siendo indultado de las mismas y continuando en su destino de la Agrupación Temporal Militar para Destinos Civiles hasta que, en 2 de diciembre de 1968, fue separado del servicio por aplicación del art. 221 del CJM. Durante dicho tiempo le fueron reconocidos al interesado dos trienios por Ordenes ministeriales de 16 de noviembre de 1964 y 27 de noviembre de 1967, planteándose, en 1969, por la Dirección General de Reclutamiento y Personal del Ministerio del Ejército la cuestión de que dichos trienios fueron concedidos indebidamente y que procede su anulación.

CONSULTA

El Consejo de Estado observa que no concurre ninguna causa de nulidad de pleno derecho, tal como resultan tipificadas en el art. 47,1 de la Ley de Procedimiento Administrativo, al que se remite el art. 109 de la misma Ley; no se aprecia incompetencia manifiesta en el órgano que dictó el acto; ni puede decirse que el acto del reconocimiento de trienios sea constitutivo de delito ni que sea de contenido imposible; ni, finalmente, que haya sido adoptado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Sin embargo, si se aprecia una manifiesta ilegalidad, por contravenir lo dispuesto en los arts. 221, 251 y 252 del CJM. Ahora bien, hay que observar que, pese a la manifiesta ilegalidad de los dos actos administrativos que concedieron trienios, la primera de las Ordenes ministeriales que se pretende anular fue dictada cuatro años antes del presente expediente de anulación de oficio, plazo éste cuatrienal que limita las potestades de anulación de oficio de los actos administrativos, en el sentido de que, transcurrido dicho término desde que la Administración adoptase el acto, no puede ser éste anulado de oficio, a menos que concurra un motivo de nulidad de pleno derecho, en cuyo caso desaparece la dicha limitación temporal.

En consecuencia, la Orden ministerial de 16 de noviembre de 1964 queda inmune a las potestades de anulación de oficio, sin que tampoco pueda atacarse por la vía del proceso de lesividad, ya que también la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (art. 56) establece el término de cuatro años, a contar de la fecha en que hubiera sido dictada, para declarar lesivo el acto a los intereses públicos.

Por el contrario, ningún obstáculo de carácter temporal existe en cuanto a la posibilidad de anular de oficio la Orden ministerial de 27 de noviembre de 1967, que reconoció otro trienio al interesado. Dicho acto administrativo infringe manifiestamente la Ley, en los términos más arriba expuestos, por lo que procede la anulación de oficio por la Administración, autora de dicha resolución.

(Exp. núm. 36.662)

III. FUNCIONARIOS DE CARRERA. CONSECUENCIAS PENALES POR ACTIVIDADES COMETIDAS DURANTE LA GUERRA CIVIL. PRESCRIPCIÓN DE PENAS Y DELITOS, DISTINCIÓN. DECRETO-LEY DE 31 DE MARZO DE 1969. AMNISTÍA E INDULTO, NO APLICACIÓN EXTENSIVA A SANCIONES DISCIPLINARIAS, SI NO ESTÁ EXPRESAMENTE PRESCRITO.

En el citado Decreto-Ley se dispone como fin de su normativa el que «jurídicamente quede inoperante cualquier consecuencia penal» de actividades cometidas durante la guerra civil, esto es, anteriores al 1 de abril de 1939. Sin embargo, en la parte dispositiva del mismo se prescinde de la prescripción de las penas y se establece exclusivamente las de los delitos, de manera que no se satisface la finalidad puesta en su Preámbulo, según el cual la extinción habría de extenderse a «cualquier consecuencia penal». Por lo tanto en virtud del citado Decreto-Ley, han prescrito las conductas punibles anteriores al fin de la contienda, pero no las penas que en su día fueron impuestas a las mismas. Esto es, en el presente caso, el Decreto-Ley de 31 de marzo de 1969 para nada afecta a las situaciones creadas por una Sentencia de 1943.

Por otra parte, es evidente que la «separación del Cuerpo» se impuso al interesado no como sanción penal, sino como sanción disciplinaria de orden administrativo cuyo presupuesto no era una determinada conducta del señor Y., sino el hecho de haber sido condenado en juicio. Al referirse el Decreto-Ley de 31 de marzo de 1969 solamente a las consecuencias penales, excluye las posibles consecuencias administrativas que puede tener la imposición de una pena, interpretación ésta que puede argumentarse con lo dispuesto en el art. 24 del Reglamento disciplinario de funcionarios de 16 de agosto de 1969, según el cual la amnistía y los indultos —a los que por muchas razones es asimilable la prescripción decretada por la citada norma— no afectan, salvo cuando así expresamente se disponga, a las sanciones disciplinarias.

Las reiteradas incongruencias señaladas entre pretensión, fundamento legal y tramitación son prueba de esta situación. Ante la anunciada «extinción de cualquier consecuencia penal» lo que el interesado solicita es prácticamente que se tenga por no habida la Sentencia condenatoria de 14 de enero de 1943, aunque nada semejante contempla el Decreto-Ley de 31 de marzo de 1969, y la administración da a la citada pretensión la tramitación correspondiente a un supuesto bien distinto: el de una Sentencia condenatoria no extinguida que ni suponga «desmerecer en el concepto público «ni impida el ejercicio de los destinos de Prisiones.

La solución que, como alternativa, pretende el solicitante y que propone el Instructor, la concesión de derechos pasivos, tropieza con la legalidad vigente. El texto refundido de 21 de abril de 1966 remite, para el caso presente, al Estatuto de 1926. De acuerdo con el mismo,

no parece que el señor Y, tenga derechos pasivos, por no haber cumplido el tiempo de servicios mínimo.

Este resultado negativo viene impuesto por la legalidad vigente y por los principios de la Teoría General. La eventual anomalía de los resultados puede llevar a modificaciones, en muchos casos deseables, de las normas en vigor, pero, en tanto éstas no cambien, han de ser aplicadas. En el presente caso, el corto número de funcionarios que se encuentran en la indicada situación y el planteamiento de la misma se ha hecho en las Cortes del Reino aconsejarían dictar una Ley que, con carácter general, dispusiera la reincorporación de los funcionarios sancionados disciplinariamente con la separación por su conducta durante la guerra civil, sea en situación de activo, sea a efectos de tramitar los correspondientes haberes pasivos. Lo que, en el parecer de este Consejo de Estado, no puede hacerse es llegar a una solución incluso materialmente análoga, mediante la vía formalmente peligrosa de la apreciación subjetiva de cada caso, la invocación de criterios difícilmente concretables y, en todo caso, ajenos al Derecho y la distorsión de las normas vigentes.

(Exp. núm. 36.845)

IV. FUNCIONARIO SEPARADO DEL SERVICIO POR SENTENCIA DE CONSEJO DE GUERRA SUMARÍSIMO. JUICIO DE REVISIÓN Y REPOSICIÓN DEL CONDENADO AL SERVICIO ACTIVO. CÓMPUTO DE TRIENIOS DE FUNCIONARIOS DEPURADOS.

Razón básica de la rehabilitación del funcionario es la de restablecerle en una situación de absoluta normalidad escalafonal, como si las sanciones no hubieran tenido lugar, y esta finalidad fundamental quedaría totalmente frustrada si no se le reconocieran los mismos trienios a que hubiera tenido derecho si las sanciones no se hubieran producido.

ANTECEDENTES

En 1939, el funcionario señor X. fue separado del servicio previo expediente de depuración, según la Ley de 10 de febrero de 1939. Fue condenado por Sentencia de 1940, por el Consejo de Guerra Sumarísimo, a la pena de seis años y un día de prisión mayor y las accesorias. Extinguida la condena, el interesado solicitó la revisión de su expediente y fue reintegrado al servicio activo en 1965, con determinadas sanciones y limitaciones que quedaron canceladas en 1962. En 1968, el interesado solicita se le reconozca, a efectos de trienios, el tiempo que permaneció separado del Cuerpo, como consecuencia de la rehabilitación acordada en su favor. La Sección de Personal de Cuerpos del Estado informa en sentido negativo y el Consejo de Estado rectifica su propuesta.

CONSULTA

La cuestión debatida en el presente expediente sobre si debe computarse, a efectos de trienios, el tiempo que un funcionario permaneció separado del servicio, cuando las sanciones que motivaron dicha situación han sido canceladas y el funcionario repuesto al lugar del escalafón que le hubiera correspondido si no hubiera sufrido aquellas, es una cuestión que ha sido resuelta por el Tribunal Supremo en Jurisprudencia reiterada que sienta, de forma clara y rotunda, la doctrina de que el referido tiempo debe ser abonado a los expresados efectos del cómputo de trienios.

El Consejo de Estado no puede dejar de adherirse a esta doctrina reiterada de nuestro más Alto Tribunal, que estima plenamente fundada y exactamente aplicable al supuesto del expediente, en discrepancia con el parecer de la Sección informante

La doctrina se contiene en las varias Sentencias que la propia Sección cita, con el propósito de rebatirlas, o cuando menos de no aplicarlas al caso, y ha sido reiterada posteriormente, entre otras, en la Sentencia de 14 de junio de 1969.

Afirma el Tribunal Supremo que si la reposición del funcionario ha sido total y completa, como ocurre en el supuesto del expediente, reintegrándole al mismo puesto en el escalafón que le hubiera correspondido de no haber sido sancionado, «se le admitió como si hubiera estado siempre en servicio activo, ya que, de otra forma, nunca hubiera podido adquirir las categorías que se le otorgaron», «y, siendo ello así, la Administración no puede negar la realidad de esos derechos expresamente reconocidos sin infringir la doctrina de los actos propios y el principio de inmutabilidad de los derechos adquiridos». «Por ello, y porque la modificación de ese status implicaría la imposición de una grave sanción económica por acontecimientos políticos pasados que las directrices marcadas por el Gobierno de la Nación se esfuerzan en superar» (Sentencia de 17 de febrero de 1967).

La Sentencia de 23 de febrero de 1967 insiste en reiterada doctrina de que «dejada sin efecto la separación..., ha de estimarse que aquella separación perdió toda su virtualidad jurídica trascendente al futuro del funcionario y, consiguientemente que si..., la readmisión... se decretó sin derecho a percibir los haberes correspondientes al tiempo de separación, no le privó, ni consiguientemente en Derecho puede privársele, del abono de antigüedad en el servicio a efectos de haberes, ni puede descontársele un tiempo de servicios que, si no lo prestó, lo fue por circunstancias ajenas a su voluntad, toda vez que ello supondría mantener el rigor de un acto anulado, con grave lesión económica para el demandante, doblemente importante tras el nuevo ordenamiento jurídicos sobre funcionarios, en que el régimen tradicional de categorías ha sido sustituido por el cómputo de trienios, con lo que, de prosperar el criterio de la Administración..., los haberes del

recurrente no corresponderían a los del puesto escalafonal que se le ha concedido y se le crearía una situación de notoria inferioridad con relación a los funcionarios que están situados detrás de él en el escalafón de su carrera». «Determinado por la Administración el puesto escalafonal del recurrente por su antigüedad en la carrera..., ello supone el abono como servicios efectivos, del tiempo que estuvo separado, no siendo lícito reconocer esta antigüedad al confeccionar los escalafones y desconocerse al computar los trienios, toda vez que, en definitiva, el reconocimiento de antigüedad en el escalafón constituye una declaración administrativa en favor del funcionario que debe ser respetada a todos los efectos de derecho, especialmente en este cómputo de trienios, que no es otra que la propia antigüedad del funcionario medida en unidades de tiempo, cada una de ellas integrada por tres años de servicios.»

Poco cabe añadir a estos razonamientos, tan claros y rotundos de la Jurisprudencia.

El Consejo de Estado quiere únicamente subrayar algún matiz de esta doctrina, que desvirtúa la réplica que de tales argumentos hace la Sección en su propuesta.

Razón básica de la rehabilitación del funcionario es la de restablecerle en una situación de absoluta normalidad escalafonal, como si las sanciones no hubieran tenido lugar, y esta finalidad fundamental quedaría totalmente frustrada si no se le reconocieran los mismos trienios a que hubiera tenido derecho si las sanciones no se hubieran producido. Ello significaría que las sanciones no habrían sido realmente canceladas, pues seguirían perpetuándose sus efectos en el aspecto quizá más gravoso y sustancial, como es el de determinar una remuneración notoriamente inferior a la que corresponde a la categoría y puesto escalafonal formalmente reconocidos. Es decir, este reintegro el puesto escalafonal sería puramente teórico y prácticamente inoperante, pues, como señala la Jurisprudencia no iría acompañado de una identidad de derechos, y en especial de remuneración, en relación con los otros funcionarios de similar categoría y antigüedad.

(Exp. núm. 36.380)

V. CABALLEROS MUTILADOS ÚTILES INTEGRADOS EN LA AGRUPACIÓN TEMPORAL MILITAR PARA SERVICIOS CIVILES. POTESTAD REGLAMENTARIA MILITAR.

El alta (siempre voluntaria) en la Agrupación Temporal Militar supone la baja definitiva en las escalas profesionales y la inclusión en las Escalas de Complemento.

El personal de la Agrupación Temporal que ingrese posteriormente en el Cuerpo de Mutilados tiene derecho a ascender dentro de las Escalas de Complemento.

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Los Caballeros Mutilados útiles ingresados en la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles y, en consecuencia, integrados en las Escalas de Complemento no pueden reintegrarse en sus Escalas profesionales de origen, cuando, por agravación de sus lesiones puedan calificarse como Mutilados permanentes con derecho a pertenecer al Cuerpo de Mutilados. Pueden, en cambio, ascender en las Escalas de Complemento sin los límites generales de la Ley de 15 de julio de 1952 para los demás miembros de la Agrupación.

El Alto Estado Mayor, en fecha 2 de febrero de 1970, remitió al Ministerio del Ejército un proyecto de Orden interpretativa que consta de los siguientes dos artículos.

«Art. 1.º El personal integrado en la Agrupación Temporal Militar para servicios Civiles que ingrese o haya ingresado en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria será baja automáticamente en la Escala de Complemento de su Arma y Ejército respectivos, siguiendo, en lo sucesivo las vicisitudes prevenidas especialmente en los arts. 18 y 19 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, a cuyo efecto se escalafonarán nuevamente en el lugar que ocupaban en su Escala y Arma o Cuerpo de que formaban parte al pasar a la citada Agrupación Temporal.

Art. 2.º El personal afectado por lo dispuesto en el artículo anterior podrá elevar sus instancias en solicitud de los beneficios que pudieran corresponderle, aunque hayan sido denegados por acto administrativo o resolución judicial firme.»

CONSULTA

I

La cuestión debatida es la siguiente: si los Caballeros Mutilados útiles ingresados en la Agrupación Temporal Militar para Servicios Civiles y, en consecuencia, integrados en las Escalas de Complemento, pueden reintegrarse en sus Escalas profesionales de origen cuando, por agravación de sus lesiones, puedan calificarse como Mutilados permanentemente con derecho a pertenecer al Cuerpo de Mutilados.

La Ley 195, de 28 de diciembre de 1963, citada en los antecedentes, señala que el personal de la Agrupación conservará todos los derechos y beneficios que, antes de ingresar en ella, le otorgaba la Ley de 26 de diciembre de 1958. Se trata, pues, de dilucidar si entre esos derechos está el de reintegrarse en las Escalas profesionales de procedencia.

II

A) La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1964 resolvió un recurso contencioso-administrativo que versaba, precisamen-

te, sobre este tema: el recurrente perteneció al Arma de Infantería con el empleo de Brigada y fue mutilado útil, pasando posteriormente a la Agrupación Temporal; en la Escala de Complemento ascendió al empleo de Alférez; luego, por agravación de sus lesiones, fue calificado de Mutilado permanente e ingresó en el Cuerpo de Mutilados, reclamando entonces el ascenso al empleo de Teniente, que le fue denegado tanto por el Ministerio del Ejército como por el Tribunal Supremo.

La Sentencia se basa en que los miembros de la Agrupación producen «baja definitiva» en las Escalas profesionales, quedando incluidas en las de Complemento. Ahora bien, como los ascensos del personal Mutilado precedente de una Escala de Complemento tiene, según la Ley de 1958, en su art. 2.º, los límites de dicha Escala de procedencia, el recurrente —concluye el Tribunal Supremo— no puede ascender más de una vez.

La anterior Sentencia no llegó a aplicar la Ley 195, de 28 de diciembre de 1963, porque con toda probabilidad, el supuesto de hecho era anterior al de su entrada en vigor.

Posteriormente, la propia Sala Quinta del Tribunal Supremo confirma la doctrina en Sentencia de 17 de octubre de 1964, insistiendo en que el pase a la Agrupación supone la baja definitiva en la Escala profesional y el reingreso en la Escala de Complemento que corresponda. Pero, a continuación, se reconoce que, en aplicación de la Ley de 28 de diciembre de 1963, «precepto ulterior a los acuerdos impugnados», debe el actor ser ascendido, pero en la Escala de Complemento.

Por su parte, la Sentencia de 4 de marzo de 1965 aplica ya explícitamente la Ley de 1963 y sigue manteniendo, por diversas razones, que los ascensos a que tenga derecho el personal precedente de la Agrupación ingresado posteriormente en el Cuerpo de Mutilados se llevarán a cabo dentro de la Escala de Complemento.

La Sentencia de de junio de 1965, que cita y aplica explícitamente también la Ley 195, de 28 de diciembre de 1963, reconoce el derecho al ascenso del personal ingresado en el Cuerpo de Mutilados procedentes de la Agrupación «sin que tal derecho —dice— deba estimarse obstaculizado por la circunstancia de haber ascendido dentro de la Escala de complemento, durante su permanencia en la Agrupación Temporal Militar». Pero el ascenso a que tiene derecho —añade la Sentencia— debe efectuarse en la escala de Complemento «con el mismo carácter honorífico que en la actualidad».

B) Juntamente con esta Jurisprudencia reiterada, existen numerosos manteniendo que el pase de las Escalas profesionales a la Agrupación Militar Temporal tiene carácter definitivo. El Tribunal Supremo ha interpretado y aplicado sin la menor vacilación el precepto del art. 17, in fine, de la Ley de 15 de julio de 1952, citado en el apartado I, A) de este dictamen. Las Sentencias que sientan, sin excepciones, estas doctrinas son tan numerosas y reiteradas que basta citarlas sin

otro pormenor que el de su fecha. Entre ellas están las de 3 y 4 de enero de 1963; 2 de junio, 30 de septiembre y 4 de noviembre de 1967; 18 de noviembre de 1968; 29 de mayo, 5 de julio y 18 octubre de 1969.

C) En resumen, la doctrina jurisprudencial examinada puede fijarse en las siguientes líneas:

1.º El alta (siempre voluntaria) en la Agrupación Temporal Militar supone la baja definitiva en las Escalas profesionales y la inclusión en las Escalas profesionales y la inclusión en las Escalas de Complemento.

2.º El personal de la Agrupación Temporal que ingrese posteriormente en el Cuerpo de Mutilados tiene derecho a ascensos dentro de la Escala de Complemento.

III

A) A la vista del régimen legal expuesto y de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se acaba de resumir, fácilmente se desprende que la Orden ministerial proyectada pretende fijar unos criterios contrarios a los mantenidos por el Tribunal Supremo en los fallos ya vistos. En alguno de ellos, el Alto Tribunal se limitó a confirmar decisiones del Ministerio del Ejército basadas en razonamientos que en estos momentos dicho Ministerio ya no estima válidos. Es sobradamente elocuente el art. 2.º de la Orden, según el cual el personal afectado «podrá elevar sus instancias en solicitud de los beneficios que pudiera corresponderle, aunque hayan sido denegados por acto administrativo o resolución judicial firme.

Tal propósito, instrumentado en una Orden ministerial, debe ser considerado rechazable e inviable. El Consejo de Estado coincide en este punto con la Nota de la Subsecretaría de la Presidencia del Gobierno. La propia Asesoría Jurídica y la Secretaría General Técnica —que informaron favorablemente el proyecto— sostiene, no obstante, en sus informes que este artículo no es pertinente y debe ser excluido. Ahora bien, resta por examinar si, prescindiendo de dicho artículo y del supuesto carácter de interpretación auténtica que se arrogaría la Orden proyectada, se podría salvar su núcleo esencial contenido en el art. 1.º

B) Es cierto que la Administración tiene potestad genérica para desarrollar los preceptos legales reseñados y que la competencia en este caso concreto se atribuye a la Presidencia del Gobierno. Pero el desarrollo reglamentario de preceptos legales debe mantenerse dentro de los límites de las Leyes. Precisamente la intervención del Consejo de Estado, al informar los proyectos de Reglamentos ejecutivos, se dirige básicamente aparte del juicio sobre su oportunidad —a determinar si se respetan esos límites legales. Ello supone, en la inmensa mayoría de los casos, una interpretación las Leyes aplicables. Esa interpretación no debe desconocer la doctrina establecida por el

Tribunal Supremo en Sentencias reiteradas y concordantes. El Ministerio del Ejército, en su escrito de 1 de mayo de 1966, considera implícitamente que la doctrina del Tribunal Supremo es errónea, y trata de justificar ese supuesto error en «un defectuoso planteamiento de sus pretensiones por parte de los interesados y en virtud del principio de justicia rogada».

El Consejo de Estado no puede compartir, ni en el fondo ni en la forma, estas apreciaciones, así como tampoco el razonamiento de la Asesoría Jurídica que sustenta la viabilidad de la Orden ministerial.

En cuanto a la forma, porque resulta improcedente proyectar una Orden ministerial que, so capa de desarrollar una disposición legal, contraria explícitamente la interpretación del Tribunal Supremo de esos preceptos legales, máxime cuando no se examinan siquiera los fundamentos de las Sentencias de cuya interpretación se discrepa.

Pero, además, en cuanto al fondo, la doctrina jurisprudencial se ajusta con toda exactitud, en opinión de este Consejo de Estado, a los preceptos legales aplicables. En efecto, la Ley 195, de 28 de diciembre de 1963, en su art. 1.º, apartado C), señala que el personal de la Agrupación «conservará todos los derechos que antes de ingresar en ella le otorgaba la Ley de 26 de diciembre de 1958, que reorganizó el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria».

Ahora bien, el personal de la Agrupación que se contempla en la Orden proyectada, según los antecedentes, es el que tenía el carácter de Mutilado «útil» y en tal consideración pasó a la Agrupación y a las Escalas de Complemento. Los Mutilados «útiles», según la Ley de 26 de diciembre de 1958 (art. 3.º), «seguirán en la situación que por su condición militar o civil les corresponda, considerándoseles como pertenecientes al Cuerpo de Mutilados sólo a efectos de honores, pensiones y demás prerrogativas y obligaciones que en esta Ley se señalan». Los Mutilados «útiles» no se integran en el sentido pleno del Cuerpo de Mutilados, sino sólo los «calificados como absolutos o permanentes» (art. 2.º). Por ello dice el art. 26 que los Mutilados «útiles» continuarán las vicisitudes de su profesión militar. Una de estas vicisitudes puede ser —y en este caso— el pase voluntario a la Agrupación Temporal Militar y la baja «definitiva» en las Escalas profesionales con ingreso en las de Complemento.

Los Mutilados útiles que están en estas condiciones conservan todos los derechos que antes de ingresar en la Agrupación les concedía la legislación de Mutilados. Entre ellos está el de instar la revisión de su calificación por posterior agravación de su lesión corporal o superior valoración del cuadro de lesiones (art. 23). Puede ocurrir, en efecto y ha ocurrido, que quienes antes de ingresar en la Agrupación estaban calificados como Mutilados «útiles» sean después de su ingreso calificados de Mutilados permanentes. Ahora bien, los efectos jurídicos de esta calificación no se retrotraen, como es natural a la fecha en que tuvo lugar la primera calificación. La revisión se basa, preci-

samente, en hechos posteriores («posterior agravación» o «superior valoración del cuadro»). Quiere ello decir que el Mutilado útil que ingresó por voluntad propia en la Agrupación y en la Escala de Complemento y fue «baja definitiva» (art. 1 de la Ley de 1952) en la Escala profesional puede ser, efectivamente, calificado de Mutilado «permanente» en los términos vistos y con todos los derechos de esos mutilados. Pero hay que tener en cuenta —porque es esencial— que los efectos de esa calificación nacen cuando el interesado pertenece a la Escala de Complemento y no a la profesional. Se aplica, por tanto, el precepto del art. 20 de la Ley de 26 de diciembre de 1958, según el cual:

«Los Jefes, Oficiales, Suboficiales de Complemento... que ingresen en el Benemérito Cuerpo de Mutilados de Guerra por la Patria ascenderán cuando al último de su antigüedad en la Escala activa de su Arma o Cuerpo, siendo el empleo máximo que pueden alcanzar el establecido para los de su procedencia.»

El personal de la Agrupación calificado después de su ingreso en ella como Mutilado permanente puede ascender sin los límites generales establecidos por la Ley de 1952 para los demás miembros de la Agrupación. Ascende como Mutilado permanente, pero en la Escala a que pertenecía (art. 19 de la Ley 1958) en el momento de ser calificado, es decir, en la Escala de Complemento.

Prescindiendo por un momento de que es ésta la conclusión a que llegan las Sentencias citadas en el apartado II de este dictamen, parece evidente que es la única tesis que concilia y armoniza los objetivos de las tres Leyes estudiadas: a) la de 15 de julio de 1952, que pretendió inequívocamente (artículo 17) que el ingreso en la Agrupación supusiera la «baja definitiva» en las Escalas profesionales; b) la de 28 de diciembre de 1963, que conserva para los miembros de la Agrupación todos los derechos que tenía «antes de ingresar en ella» (no menos, pero tampoco más), y c) la de 26 de diciembre de 1958, que establece, entre otros, como beneficio para el Cuerpo de Mutilados, el derecho a ascender» en la Escala a que pertenezcan sus miembros en el momento de su ingreso.

Es cierto que la Ley de 1958, en su art. 15, reconoce a los Mutilados permanente un derecho de opción para «continuar las vicisitudes de su carrera». En este artículo se basa la Asesoría Jurídica de la Presidencia del Gobierno para sostener a legalidad de la Orden. Pero, frente a esa opinión, se debe reparar en los siguientes extremos que la invalidan:

1.º Que la Ley de 1963 se limita a conservar los derechos que el personal de la Agrupación tuviera «antes de ingresaren ella». Y es obvio que antes de ingresar en la Agrupación no podía tener este derecho de opción que se reconoce sólo en favor de los Mutilados permanentemente, ya que el personal de la Agrupación, antes de ingresar en ella, no pertenecía a tal categoría, sino a la Mutilados «útiles».

2.º Que la opción que otorga es para «continuar las vicisitudes de

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

su carrera». Pero si el personal afectado eligió libremente el ingreso en la Agrupación, con baja definitiva en las Escalas profesionales, es ésta precisamente una vicisitud de su carrera a la que accede en virtud de su pertenencia a ella.

3.º Que en todo caso, la Orden proyectada no se refiere para nada al derecho de opción, sino a la necesidad de causar baja automáticamente en las Escalas de Complemento para volver a las Escalas profesionales.

IV

De los razonamientos que anteceden se deduce que, lejos de resultar viable dictar una Orden ministerial por la que se dejen sin efecto actos administrativos y resoluciones judiciales firmes, lo realmente procedente es que la Administración, y en este caso el Ministerio del Ejército, se atenga en lo futuro a la doctrina de dichas resoluciones judiciales firmes al dictar actos administrativos o resolver expedientes iguales a los contemplados por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ello sin perjuicio, naturalmente, de que, si no se estima acertado o conveniente el régimen legal vigente, se promueva la correspondiente modificación legislativa mediante una norma con rango suficiente.

Por lo expuesto, el Consejo de Estado es de dictamen:

Que no procede aprobar el proyecto de Orden, elaborado por el Alto Estado Mayor, sobre interpretación de la Ley 195/1963, de 28 de diciembre, debiéndose atener más bien la Administración a la doctrina interpretativa del Tribunal Supremo.

VI. SERVICIO MILITAR DE CONSTRUCCIONES. EL SERVICIO MILITAR DE CONSTRUCCIONES TIENE CAPACIDAD JURÍDICA PARA CONTRATAR LA EJECUCIÓN DE OBRAS PÚBLICAS CON EL ESTADO Y OTROS ORGANISMOS DE ADMINISTRACIÓN AUTÓNOMA O LOCAL.

CONSULTA

La personalidad jurídica del Servicio Militar de Construcciones no cabe ponerla en duda y ha de surtir la plenitud de sus efectos en toda clase de relaciones jurídicas. No sería ajustado a Derecho practicar discriminaciones que afecten a la personalidad jurídica del organismo, pretendiendo que el Servicio Militar de Construcciones mantenga su personalidad jurídica frente a todos los demás sujetos del ordenamiento jurídico, públicos o privados, menos frente al Estado, ante el cual dicha personalidad se desvanezca por completo, para integrarse, indiferenciadamente, como un órgano más, en la Administración centralizada del Estado.

La Ley de Entidades estatales autónomas, de 26 de diciembre de 1958, no introduce ninguna discriminación en la capacidad jurídica de

los organismos autónomos, según actúen frente al Estado o frente a otros entes o sujetos jurídicos. El art. 2.º de dicha Ley dispone que los organismos autónomos tienen «personalidad jurídica y patrimonios propios, independientes de los del Estado». Es cierto que los organismos autónomos están sujetos a la tutela del Estado, que se ejerce por el Ministerio al que estén adscritos, pero de dicha sumisión y tutela no cabe deducir que no puedan ser titulares de relaciones contractuales frente al Estado, esto es, que cabe inferir que están privados de personalidad jurídica para contratar con el Estado. Las limitaciones que se derivan de la tutela estatal afectan, más que a la personalidad jurídica, es decir, a su reconocimiento como sujetos de derechos y deberes, a su capacidad de obrar, a través del sistema de autorizaciones, aprobaciones u otros controles sobre los actos o sobre la actividad de los organismos autónomos que se establecen tanto en la Ley reguladora de carácter general de dichos organismos autónomos —la Ley de 26 de diciembre de 1958, antes aludida— como en las disposiciones privativas del organismo autónomo de que se trate.

Por lo que respecta al Servicio Militar de Construcciones, cabe añadir, a propósito de su personalidad jurídica, que el ordenamiento jurídico lo clasifica entre aquellos organismos autónomos que no sólo tienen reconocida independencia jurídica objetiva, sino que funcionan en régimen de autarquía o autosuficiencia económica, en cuanto que se sustentan exclusivamente de sus propios recursos, sin recibir ayuda presupuestaria del Estado. En efecto, el Decreto de 14 de junio de 1958, clasifico al Servicio Militar de Construcciones en el «Grupo A», es decir, en el grupo de «organismos autónomos que no perciben auxilios o subvenciones procedentes del Presupuesto del Estado» y que atienden a sus servicios exclusivamente con sus propios recursos.

Pues bien, entre los recursos del organismo autónomo en cuestión, revisten capital importancia «los beneficios por ejecución de obras», a los que alude expresamente el Reglamento del Servicio Militar de Construcciones en su artículo 29 y también en su artículo 33, cuando se refiere a «certificaciones expedidas por la entidad contratante».

A juicio de este Consejo de Estado, no parece que pueda albergarse duda sobre carácter de persona jurídica independiente de la del Estado que ostenta el Servicio Militar de Construcciones en la totalidad de las relaciones jurídicas que contraiga. En consecuencia, si dichas relaciones las asume frente al Estado, será obligado concluir que tendrá el carácter de sujeto jurídico y no de mero órgano administrativo, por lo que su posición jurídica habrá de ser calificada como de «entidad contratante».

En otras palabras, la ejecución de las obras que el Estado encomienda al Servicio Militar de Construcciones habrá de ser calificada y considerada en régimen de contrata y no bajo el carácter o sistema de mera administración. Como en otras ocasiones ha advertido este Consejo del Estado, el sistema de administración tiene lugar cuando

es el mismo Estado el que lleva a cabo la ejecución de la obra mediante sus propios órganos o servicios administrativos, no diferencia dos subjetivamente de la personalidad del Estado; pero cuando se interpone entre el Estado y la ejecución de la obra una persona jurídica distinta de aquél, el sistema de ejecución de tal obra necesariamente ha de calificarse e integrarse en el régimen propio de los contratos.

(Exp. núm. 36.818)

VII. VENTA DE MATERIAL INÚTIL DEL MINISTERIO DE MARINA. APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL ESTADO.

Aunque la venta de material declarado inútil por la Administración no entra dentro del concepto estricto de contrato administrativo y, en cuanto a su contenido, se trata de un contrato privado, ello no autoriza a concluir que es un contrato sometido exclusivamente a las normas comunes, civiles y mercantiles.

CONSULTA

Es principio universalmente admitido, consagrado reiteradamente por vía doctrinal y jurisprudencial, que en todos los contratos del Estado, incluso en aquellos que su propia naturaleza excluyan la aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, se observarán al menos las normas administrativas sobre competencia y procedimiento. En cualquier contrato en que la Administración es parte, e independientemente de la naturaleza jurídica exacta del mismo —administrativa o privada—, deben cumplirse, inexcusablemente, determinados requisitos formales para que dicho contrato se perfeccione. Estas garantías formales para que dicho contrato se perfeccione. Estas garantías formales sobre competencia y procedimientos cumplen una doble misión de protección, tanto para la propia Administración como para la otra parte contratante, que es la primera interesada en que su relación contractual con el Estado se establezca, en cada caso, al nivel y con los requisitos exigidos para que la Administración quede obligada. Resulta, por tanto, enteramente inadmisibile la pretensión del recurrente de que, por tratarse de un contrato de naturaleza civil, la Administración haya podido quedar obligada contractualmente sin cumplimiento de formalidad alguna y por el mero hecho de que se den los requisitos del art. 1.261 del Código Civil, circunstancia esta última que, como se verá más adelante, tampoco se produce en el caso presente.

No queda, pues, lugar a dudas que, a lo largo de todo el expediente, la manifestación exterior de la voluntad de la Administración no ha sobrepasado el estado inicial de toda negociación contractual: la oferta del contratista resulta aceptable, pero resulta necesario precisar nada menos que el objeto del contrato (determinados motores, todavía no

seleccionados, no podrán serle entregados) y las condiciones de pago y de retirada de material.

Resulta, sin embargo, necesario, para ahondar en el fondo del asunto, estudiar no sólo las manifestaciones exteriores de la voluntad de la Administración, sino también la formación interior de la misma. En efecto, los contratos que celebra la Administración, como los suscritos por cualquier organización sometida al principio de articulación, que significa que existen diversos órganos con competencias delimitadas que tienden a una finalidad específica y común, ofrecen particularidades que los distinguen de los que celebran las personas físicas, en los cuales la voluntad psicológica adquiere relevancia exclusivamente en el momento en que se manifiesta al exterior. Cuando estas voluntades preceden de las personas físicas, solamente se tiene en cuenta, como queda dicho, el aspecto exterior de las mismas, pero cuando proceden de organizaciones personificadas, con competencias distribuidas, hay dos momentos que se tienen en cuenta por el ordenamiento jurídico administrativo: el de la formación interna de la voluntad y el de su manifestación exterior. El contrato surge también por el acuerdo de voluntades exteriores, pero no puede olvidarse que como soporte de ellas, existen fases con relevancia y que pueden producir efectos en la esfera contractual. En realidad, la llamada aprobación de la autoridad competente no es más que la última fase de un procedimiento de contratación, necesario en las organizaciones regidas por el principio de la articulación anteriormente mencionada. Desde esta perspectiva, no se le oculta al Consejo de Estado que en la tramitación de este expediente la Dirección de Material, impulsada tal vez por la Orden del Ministro de Marina de vender rápidamente los motores sobrantes, ha actuado a nivel interno con criterios no siempre definidos: por una parte, se dirige al Estado Mayor el 10 de abril de 1964 diciendo que «no se ha tomado ninguna decisión al respecto» y que solicita aprobación de una oferta que considera aceptable; por otra, sin esperar la aprobación solicitada, escribe el Capitán General del Departamento de X., tres días más tarde, que se autorice al señor Y. «a retirar todo el material sobrante, el que ha adquirido sin impedimento alguno». Pero esta postura ambivalente únicamente puede atribuirse a uno solo de los órganos que intervienen en el procedimiento de contratación: todos los demás, y en particular el Capitán General de Departamento de X., donde estaban sito los motores, y el Almirante Jefe del Estado Mayor, aparecen en el mismo con una postura bien definida y de la que se deduce que el expediente apenas si ha superado la fase inicial, pues tanto uno como otro barajan la posibilidad de que la adquisición de estos motores pueda interesar a otros posibles adquirentes. Es en este momento procedimental, cuando, sin haberse adoptado ninguna resolución definitiva, se produce una nueva oferta más elevada, superior en el doble de la anterior, lo que obliga, como es lógico, a la Administración a reconsiderar la propuesta del

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

señor Y., máxime cuando averigua que el recurrente ha exportado ya el primer motor, que le había sido facilitado para efectuar con él las pruebas correspondientes.

(Exp. núm. 36.339)

VIII. VENTA DE MATERIAL INÚTIL POR EL MINISTERIO DE MARINA, APLICACIÓN DE LA LEY DE PATRIMONIO DEL ESTADO.

La legislación aplicable a las ventas de material que lleve a cabo el Ministerio de Marina, a través de cualquiera de sus órganos, está constituida, fundamentalmente, por la Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado de 15 de abril de 1964 (art. 95) y por el Reglamento de esta Ley (art. 198), aprobado por el Decreto de 5 de noviembre de 1964; preceptos ambos de inexcusable observancia para la Marina al proceder a la venta de su material inútil, sin que puedan tener aplicación, en cuanto se opongán a las anteriores, otras normas particulares, como las contenidas en las Ordenes de 15 de abril de 1952 y 16 de noviembre de 1953.

CONSULTA

La legislación aplicable a las ventas de material que lleve a cabo el Ministerio de Marina, a través de cualquiera de sus órganos, está constituida, fundamentalmente, por la Ley del Patrimonio del Estado, Texto articulado de 15 de abril de 1964, y por el Reglamento de esta Ley, aprobado por Decreto de 5 de noviembre de 1964.

Es en la Ley del Patrimonio del Estado (art. 15) y en su Reglamento (art. 198) donde se contienen las reglas a las que debe ajustarse la enajenación de bienes muebles propiedad del Estado, categoría de bienes en la cual ha de incluirse observancia para la Marina al proceder a la venta de su material inútil y, por consiguiente, constituyen las normas específicamente aplicables al supuesto de hecho de este expediente.

Las normas particulares que, con rango meramente reglamentario, publicadas tan sólo en el *Diario Oficial de la Marina*, pero no en el *Boletín Oficial del Estado* (Ordenes de 15 de abril de 1952 y 16 de noviembre de 1953), regían con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley de Patrimonio del Estado las ventas de material inútil de la Marina de Guerra, aparte de carecer de verdadero valor normativo con fuerza de obligar para toda la colectividad, por su falta de publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, han quedado derogadas, en todo lo que se oponga a la Ley del Patrimonio del Estado, por la cláusula general derogatoria contenida en este Cuerpo legal, en virtud de la cual se deroga «cualquier otra norma que se oponga a lo dispuesto en la presente Ley». A diferencia de lo que ocurre con las correspondientes ventas de material inútil del Ministerio del Ejército,

cuya específica normativa (O. 2 agosto 1963) quedó expresamente salvada con carácter provisional y transitorio por la disposición transitoria de la referida Ley del Patrimonio del Estado, las ventas de material inútil del Ministerio de Marina se rigen de manera directa e inmediata por los pertinentes preceptos de la expresada Ley.

Tiene interés también señalar que la aplicación de la Ley del Patrimonio del Estado a un cierto tipo de contratos que celebre la Administración del Estado —los contratos de venta de sus bienes, muebles e inmuebles— viene impuesta asimismo por la remisión en favor de sus «normas privativas» que la Ley de Contratos del Estado establece para la regulación de aquellos contratos que no corresponden a los tipos previstos y normados por dicha Ley: contratos de obras públicas, de gestión de servicios públicos o de prestación de suministros al Estado.

En efecto, el Texto articulado de 8 de abril de 1965 de la Ley de Contratos del Estado limita su objeto normativo —según expresa el art. 1.º de dicha Ley— a determinados contratos, los más típicos, que celebre la Administración del Estado: son los contratos de ejecución de obras públicas, de gestión de servicios públicos, o de prestación de suministros al Estado; esto es, los que constituyen el normal giro o tráfico de la actividad contractual de la Administración. Para los contratos que tengan un objeto diferente de los expresados, la Ley de Contratos del Estado se remite a los que constituyen sus «normas privativas». El art. 18 de la Ley relaciona, a título meramente enunciativo o *ad exemplum*, cierto número y especie de figuras contractuales que, por tener un objeto distinto de los que tipifica y regula la Ley de Contratos del Estado, se rigen por sus «normas privativas». En dicha relación figuran las compraventas de bienes muebles. Por tanto, es indudable que los contratos de venta de material inútil del Ministerio de Marina se rigen de modo directo e inmediato, en cuanto que constituyen contratos de enajenación de bienes muebles del Estado y su Reglamento. Son estas disposiciones las «normas privativas» a las que la Ley de Contratos del Estado se remite en su art. 18, a efectos de señalar la normativa aplicable a los contratos que no sean de obras públicas, ni de gestión de servicios públicos, ni de prestación de suministros al Estado.

En este sentido, cabe observar que el Reglamento de Contratación del Ministerio de Marina de 12 de diciembre de 1958, el cual invoca el interesado en su recurso de reposición, no constituye una norma específicamente aplicable (una «norma privativa») a la venta de material inútil de la Marina de Guerra. Basta observar que dicho Reglamento limita su aplicación, al igual que ocurre hoy con la Ley de Contratos del Estado, a ciertos contratos típicos —contratos de obras y servicios, según expresa su art. 1.º—, por lo que no es de aplicación a las ventas de los bienes que, siendo de propiedad del Estado, estuvieran adscritos al servicio de la Marina. Pero, además, el referido

Reglamento quedó expresamente derogado por la entrada en vigor de la actual legislación de contratos del Estado (disposición derogatoria segunda, núm. 34, del Reglamento de Contratos del Estado).

Por consiguiente, no parece que exista duda alguna cuanto a la aplicación, como régimen específico, de la Ley del Patrimonio del Estado y su Reglamento a las ventas de material inútil de la Marina de Guerra.

Ello no obsta, sin embargo, a que el contenido de tales ventas, celebradas de conformidad con lo prevenido en las tantas veces citada Ley del Patrimonio del Estado, se rijan, a falta de otras normas específicamente aplicables, por los preceptos más generales del Derecho común. Pero esta última observación supone calificar la naturaleza jurídica de dichos contratos, tema que merece ser objeto de un examen más detenido.

(Exp. núm. 36.862)

(Vicente López Henares)

FRANCISCO
• O T I L I S M I •
• D E V I T O R I A •



SECCION DE
DERECHO
MILITAR