

REVISTA
de ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

n.º 29

ENERO

JUNIO

1975

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

SECRETARIO ADJUNTO

VICENTE LOPEZ HENARES

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

29

MADRID
ENERO - JUNIO
1975

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

Págs.

ESTUDIOS

- «Los conflictos internacionales», por José Luis FERNÁNDEZ FLORES 9
- «Notas sobre los delitos de Terrorismo», por GONZALO GUTIÉRREZ LANZA 35

NOTAS

- «Consideraciones sobre la última reforma del Código Penal, por José María RODRÍGUEZ DEvesa 115

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

- «Recueils de la Societé Internationale de Droit penal militaire et de Droit de la Guerre» (6.º Congreso Internacional de La Haya) *Le cessez-le-feu* 129
- «Revue de Droit penal militaire et de Droit de la Guerre» ... 132
- «Rassegna dell'arma dei Carabinieri» 134
- «Military Law Review» 135
- «Neue Zeitschrift für Wehrrecht» 139

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

A) Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, por JESÚS VALENCIANO ALMOYNA	141
B) Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias, por JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO	183
C) Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por IGNACIO DÍAZ DE AGUILAR Y ELIZAGA	192
D) Jurisprudencia contencioso-administrativa general, por VICENTE LÓPEZ HENARES	199
E) Jurisprudencia contencioso-administrativa en materia de personal, por VICENTE LÓPEZ HENARES	211

LOS CONFLICTOS INTERNACIONALES

José Luis FERNANDEZ FLORES

Teniente Coronel Auditor

INTRODUCCION

I. En una visión muy simplificada, podemos decir que los Estados —sujetos por excelencia de las relaciones internacionales— se encuentran en sus mutuas relaciones, en tres «situaciones» distintas: en relaciones de cooperación, en relaciones conflictivas, en relaciones bélicas¹.

1. En primer lugar, los Estados pueden encontrarse en relaciones de franca cooperación, relaciones en la cuales no aparece ningún elemento perturbador de su normal desenvolvimiento. La existencia de intereses comunes —de los cuales, los Estados, tomaron conciencia sobre todo a partir del siglo pasado— implica la necesidad de una colaboración, por el hecho evidente de que tales intereses comunes llevan consigo la necesidad de cubrirlos con medios que sobrepasan el ámbito nacional. Que, en tales relaciones de cooperación, aparezcan puntos de vista distintos, resulta natural, aunque ello no supone, en modo alguno, la existencia de un conflicto. Bien es cierto que el término cooperación —como afirma MERLE²— es una fuente de equívocos, pero también lo es que, considerada como método para lograr objetivos comunitarios, es la situación en que se encuentran actualmente los Estados, en la mayor parte de los dominios; en tal sentido, la cooperación internacional, se extiende al conjunto de las actividades de los

¹ Por supuesto que las «situaciones» no están ni pueden estar perfectamente definidas, sino que, por el contrario, hay una serie de estados «intermedios» en los que se mezclan situaciones de uno y otro tipo.

² MERLE, M.: *La vie internationale*, París, 1970, pág. 267.

Estados para la realización de fines comunes y de hecho admite múltiples fórmulas³.

2. En segundo lugar, los Estados, en sus relaciones, pueden encontrarse en situación de conflicto. El conflicto supone, en términos muy generales, un «desacuerdo» entre dos o más Estados, aunque ello no implica la desaparición de la cooperación, puesto que la misma se da también en este supuesto, aunque sólo sea en la adopción de un procedimiento para solucionar el conflicto. Lo que ocurre es que aquí, la cooperación se produce dentro de un cierto enfrentamiento de posiciones, el cual puede adoptar muy diversas significaciones e intensidad (según después veremos).

Esta situación es muy frecuente en las relaciones internacionales, pues, como afirma FRIEDMANN⁴, «a pesar de los progresos que van alcanzando los esfuerzos organizados para lograr la cooperación mundial, los conflictos, bien sean agudos o latentes, son con mucho la norma predominante de las relaciones internacionales».

La oposición entre cooperación y conflicto, está planteada en el mundo actual en términos muy confusos y muchos autores se preguntan cuales son las tendencias actuales de las relaciones políticas internacionales, a fin de reconocer en que términos evolucionan las mismas⁵.

3. Finalmente, para completar el esquema que presentamos, añadiremos que los Estados, pueden encontrarse en una «tercera posición» en sus mutuas relaciones: en situación bélica o de guerra. Dos prevenciones hemos de hacer a este respecto: la primera es la de que la línea de separación entre ciertas situaciones conflictivas y otras ya bélicas resulta muy difícil de definir, aunque sólo sea porque entre las soluciones coactivas que los Estados adoptan en ciertos casos para solucionar sus conflictos y la guerra no aparece una delimitación

³ En la mayor parte de las obras dedicadas al problema de la cooperación internacional, se suele distinguir entre cooperación estatal y cooperación no estatal y en esta, entre cooperación bilateral o contractual y cooperación institucionalizada (v. por ejemplo: TOUSCOZ, J.: *La coopération scientifique internationale*, París, 1973).

⁴ FRIEDMANN, W.: *La nueva estructura del Derecho internacional*, México, 1967, pág. 74.

⁵ Así, en la obra *Conflicts et coopération entre les Etats* (FONDATION NATIONALE DES SCIENCES POLITIQUES, Centre d'étude des relations internationales, París, 1973, pág. IX), el autor del prefacio, J. MEYRAT, se pregunta en forma de proposición: «il s'agit de dégager les tendances actuelles des relations politiques internationales et de reconnaître le sens dans lequel elles évoluent».

precisa; la segunda es que, incluso en esta situación, la cooperación no desaparece por completo, puesto que, de una cierta cooperación en términos amplios, puede hablarse, cuando por los contendientes se observan las leyes de la guerra y los preceptos del Derecho humanitario bélico, y ello pese a que hay muchas materias, en este ámbito, que necesitan desesperadamente de una regulación y que hasta ahora permanecen al margen de ella⁶.

II. Entendemos, contrariamente a REUTER⁷, que el estudio de los conflictos internacionales, es materia que, en sentido estricto, entra dentro del campo del Derecho internacional y ello porque no sólo los conflictos internacionales presentan, de una forma o de otra, una faz jurídica —aún los conflictos denominados políticos—, sino también y muy principalmente porque no pueden estudiarse las soluciones sin concretar previamente los conflictos. No resulta razonable que la vertiente sociológica de los conflictos oculte totalmente su aspecto jurídico, aunque desde luego se reconozca que debajo del aspecto jurídico, está la trama política o sociológica, que no sería adecuado desconocer.

1. Las causas de los conflictos internacionales son muy numerosas y de signo bien distinto y la doctrina tiende a encuadrarlas en diferentes clasificaciones, las más de las veces un tanto relativas y difíciles de delimitar. Los aspectos sociopolíticos y el trasfondo económico dan lugar, cuando menos, a conflictos localizados y constantes en el mundo de las relaciones entre los Estados. El problema está en la determinación de cuales son las causas reales del conflicto, independientemente de las causas aparentes y esto supone dos cuestiones: 1) en primer lugar, la necesidad del establecimiento de los

⁶ Así, dicen SCHINDLER y TOMAN (*The laws of armed conflicts*, Ginebra, 1973, Prólogo introductivo, pág. X), que «The lacune in the law of armed conflicts constitute a danger to existing rules for, if major and important aspects of modern warfare remain outside the scope of international law, it cannot be expected that existing rules in less important areas will be observed.»

⁷ Sostiene REUTER (*Derecho internacional público*, Barcelona, 1962, pág. 251) que «el estudio de los conflictos internacionales no corresponde en sentido estricto al Derecho internacional, sino solamente el de los modos de solución». Sin embargo, el propio autor reconoce, a continuación que un estudio de conjunto de los modos de solución de los conflictos, exige «hacer unas observaciones de carácter elemental» sobre los conflictos internacionales, lo que desarrolla refiriéndose a las causas, al fin, a los sujetos y a los elementos del conflicto.

hechos, por un órgano imparcial⁸; 2) en segundo lugar, la constatación de cuales son las causas próximas del conflicto, descartando las remotas que pudieran haber dado lugar al mismo⁹.

2. Otra cuestión, bien distinta, es la de la forma en que se presentan los conflictos internacionales, es decir, como se plantean por los Estados interesados. Generalmente, los conflictos presentan una cara, pero responden a un fondo bien distinto. Por otra parte, tampoco es corriente que los Estados presenten sus conflictos de un modo descarnado, sino que más bien por el contrario, estos «adornan» sus pretensiones con argumentos que disimulan el verdadero perfil de sus intenciones o de sus necesidades. Tal realidad la reconoce de forma clara el profesor PINTO, de la Universidad de París, al decir que los Estados no se atreven a presentar demasiado brutalmente sus pretensiones únicamente jurídicas sino que mezclan en la presentación del asunto, argumentos jurídicos y políticos, de donde resulta que la labor del jurista, como la del diplomático y del hombre político, es la de determinar y clasificar, en un conflicto entre Estados, los elementos jurídicos y los elementos políticos que se presentan¹⁰.

3. En último extremo, habremos de tener siempre en cuenta, en el estudio de los conflictos internacionales, que estos son directa consecuencia de la realidad sociológica del mundo internacional actual. Las diferencias entre el orden estatal y el

⁸ Muchos autores se manifiestan en este sentido. Lo que ocurre es que, en la mayor parte de los casos, este órgano internacional imparcial no existe o no se encuentra en disposiciones de actuar. A veces, la objetividad es sólo aparente y en realidad se observan muestras de una actuación parcial, condicionada por ciertas realidades políticas imposibles de soslayar.

⁹ El Tribunal Permanente de Justicia Internacional ya dijo que, a los efectos de su jurisdicción obligatoria, las situaciones o hechos que se deben tomar en consideración «son únicamente los que deben ser considerados como generadores de la diferencia» (4 de abril de 1939, Serie A/B, núm. 77).

¹⁰ PINTO, R.: *Le droit des relations internationales*, París, 1972, pág. 192. Esta realidad, por otra parte, está constatada en la doctrina que se ocupa del problema, de forma general. En la mayor parte del planteamiento de los conflictos internacionales, son muchos los elementos que hay que tener en cuenta, porque ciertamente, de una forma o de otra, no es casi nunca un sólo elemento el que interviene. Y estos elementos, con naturaleza muy variada, se presentan frecuentemente, de forma reflexiva y premeditada, enlazados, para que surtan los mejores efectos ante la opinión mundial. Este fin, también ha de ser tomado en cuenta para la discriminación de las causas y su presentación.

orden internacional, son lo suficientemente acusadas para que haya que estudiar los conflictos internacionales con una óptica muy distinta de la utilizada para estudiar los internos. Los Estados se mueven en un mundo de autonomías individuales donde, como dice DE VISSCHER, «las normales relaciones entre los Estados vienen constituidas hoy día, por una competencia más o menos desordenada entre los mismos. Tal es el hecho político fundamental, producto histórico de la distribución individualista del poder entre entidades nacionales»¹¹.

III. Las soluciones de los conflictos internacionales, también vienen marcadas por la peculiar estructura del mundo internacional de nuestros días. No se puede soñar en suprimir los conflictos, porque estos son consecuencia directa de la propia vida internacional, pero sí se puede, como dice DELBEZ, soñar en darles una solución pacífica organizando procedimientos apropiados¹². El conflicto es una consecuencia natural de la vida interestatal, la solución del conflicto pacíficamente, es un procedimiento racional y meditado.

1. Los procedimientos apropiados para solucionar los conflictos internacionales, son por principio, bien distintos de los que se utilizan para arreglar los conflictos en el área estatal. Si en el mundo intraestatal, las soluciones por regla general, son jurídicas¹³, en el mundo internacional, la regla general es que privan los procedimientos políticos de solución, ya que la estructura del Derecho estatal y del Derecho internacional son bien distintas. La tendencia, fuertemente sentida en ciertos momentos del desenvolvimiento del Derecho internacional, a imponer soluciones jurídicas como principio, ha resultado un completo fracaso, en cuanto no se han tomado en cuenta ciertos condicionamientos no jurídicos que casi siempre han entrado en juego en el conflicto. Porque es una realidad que en la mayor parte de los conflictos internacionales entran cues-

¹¹ VISSCHER, CH. DE: *Teorías y realidades en Derecho internacional público*, Barcelona, 1962, pág. 75.

¹² DELBEZ, L.: *Les principes généraux du Droit international public*, París, 1964, pág. 453.

¹³ Las soluciones, dentro del Estado, son y pueden ser jurídicas, en cuanto que, además de normas aplicables y tribunales que las aplican, existe un poder superior, soberano (!) que se impone a los particulares y reglamenta los medios de solución de sus conflictos. Los particulares, en último término, no tienen opción en cuanto a los medios de solución de sus conflictos. Las soluciones, en esencia, les vienen impuestas.

tiones de poder y de prestigio de los Estados y en muchos casos de supervivencia, cuestiones que, en modo alguno, pueden resolverse aplicando cánones jurídicos o soluciones de este tipo¹⁴.

Si bien es cierto, como afirma SCHWARZENBERGER, que «inclusive en el caso de disputas políticas, debe suponerse que los conflictos pueden discutirse en terreno racional y que pueden resolverse pacíficamente»¹⁵, no lo es menos, como precisa DE VISSCHER, que «las tensiones políticas constituyen un peligro para la paz, precisamente porque el antagonismo que implican y desarrollan es apenas susceptible de un análisis racional y difícilmente puede ser reducido a un criterio de justicia o de razón»¹⁶.

2. Los medios de solución de los conflictos internacionales, son numerosos y, formalmente considerados, han sido objeto de diversas clasificaciones, entre las cuales, la más extendida es la de distinguir entre medios pacíficos de solución y medios coactivos. Lo que nos interesa apuntar es que, de cualquier forma que se intente solucionar el conflicto, en el fondo y aún en la forma de la solución, lo que hay es un acuerdo de las partes en litigio, pues es lo cierto que, en Derecho internacional, a nivel general, no hay ningún órgano competente para solucionar los conflictos internacionales sin que, de algún modo, exista un previo sometimiento de los Estados al mismo¹⁷. Volvemos, otra vez a ese carácter individualista del Derecho internacional, a esa autonomía y libertad de los Estados que, al menos formalmente hablando tienen, sobre todo cuando se trata de sus intereses fundamentales o de su supervivencia. Que la falta de acuerdo para la solución de un conflicto, pueda

¹⁴ Así, el Secretario de Estado norteamericano que fue, D. ACHENSON, ante la Sociedad Americana de Derecho Internacional, dijo en 1963, que «la oportunidad de la cuarentena cubana no era una cuestión jurídica. El poder, la posición y el prestigio de los Estados Unidos, habían sido puestos en duda por otro Estado y el Derecho no se confunde con estas cuestiones de poder último... La supervivencia de los Estados, no es una cuestión de Derecho».

¹⁵ SCHWARZENBERGER, G.: *La política del poder*, México, 1960, pág. 395.

¹⁶ VISSCHER, Ch. DE: *ob. cit.*, Madrid, 1972, pág. 334.

¹⁷ VERDROSS, A.: *Derecho internacional público*, Madrid, 1972, pág. 334. Esta realidad de la vida jurídica internacional es innegable, en el planteamiento último de la cuestión. En el Derecho internacional común no existe ningún órgano judicial competente, con competencia que se imponga a los Estados, para solucionar los conflictos. La cuestión puede variar y de hecho así ocurre, en cierto Derecho internacional particular y en el origen hay siempre un acuerdo estatal.

dar lugar a una guerra, es una posibilidad que el mundo actual tiene que admitir, aunque sólo sea como un planteamiento de facto.

CONSIDERACION PARTICULAR

I. El estudio conceptual de los conflictos internacionales, tropieza no sólo con cuestiones de fondo de planteamiento muy problemático, sino también con dificultades terminológicas que contribuyen de forma decisiva a hacer más complicado tal planteamiento. Por ello, creemos adecuado iniciar nuestro estudio con el problema terminológico para alcanzar la cuestión de fondo posteriormente.

1. La imprecisión terminológica se muestra desde que se aborda el problema. Y es que, en los conflictos internacionales, todo o casi todo resulta controvertido, desde la forma hasta el fondo, desde la esencia hasta sus manifestaciones. Entendemos que esto es el resultado de que, en los conflictos internacionales, con una visión realista, prima la política sobre el Derecho, prima el poder sobre la norma. Todos los conflictos internacionales son resolubles incluso en términos de justicia, y lo que impide en muchos casos la solución pacífica, es su planteamiento político, el clima de tensión que convierte en conflicto lo que inicialmente pudo no serlo. La política es, con su imposible decantamiento y su ausencia de reglas, lo que torna borrosos los conflictos internacionales, borrosidad que, por otra parte, hay que aceptar so pena de caer en un irrealismo que es el mayor enemigo del jurista en general y del internacionalista en particular.

Una muestra de esta imprecisión —aunque en parte proceda de dificultades semánticas y de traducción— la tenemos en el caso *Mavrommatis*, visto ante el Tribunal de La Haya, donde el propio Tribunal utiliza la palabra «diferencia»¹⁸, que en la traducción de ROUSSEAU pasa a ser «conflicto»¹⁹ y que, más recientemente, MURTY, llama «disputa», aunque el propio autor reconoce que esta palabra no tiene una significación especial²⁰.

La Carta de las Naciones Unidas, a su vez, es también un modelo de imprecisión. En primer lugar, la correspondencia

¹⁸ CPJI: Serie A, núm. 2, pág. 11.

¹⁹ ROUSSEAU, Ch.: *Derecho internacional público*, Barcelona, 1957, página 484.

²⁰ MURTY, B. S.: *Settlement of disputes*, en SORENSEN: *Manual of Public International Law*, New York, 1968, pág. 675.

de términos entre los textos español, francés e inglés («controversia», «diferencia» y «disputa») no aparece muy exacta. Pero es que, cuando en el capítulo VI, se refiere al arreglo pacífico de controversias (texto español), habla de «controversias» y «situaciones» en términos muy confusos, lo que ha obligado a la doctrina a forzadas y esforzadas interpretaciones²¹. Así resulta que la Carta habla de «controversias» en general (arts. 33-2, 34, 35-1, 35-2, 36-1 y 38), de «controversias cuya continuación sea susceptible de poner en peligro el mantenimiento de la paz y la seguridad internacionales» (arts. 33-1, 37-1 y 37-2), de «controversias de orden jurídico» (art. 36-3), de «situaciones susceptibles de... dar origen a una controversia» (arts. 34 y 35-1) y finalmente, de «situaciones de índole semejante» a las controversias de la naturaleza de las del art. 33 (art. 36-1). En conclusión, parece que se contemplan seis supuestos distintos a base de esta distinción entre controversias y situaciones de distinto carácter, aunque es lo cierto que la práctica nos demuestra que estas distinciones no son claras y que los términos y las expresiones se utilizan indiferentemente.

Naturalmente que esto tiene su precedente, como es el Pacto de la Sociedad de Naciones, donde se usaba la expresión «algún desacuerdo» (art. 12-1), «desacuerdos susceptibles de ser resueltos por arbitraje o arreglo judicial» (art. 13-2), «cualquier desacuerdo» (art. 15), «cualquier controversia» (art. 13-1), y como términos equivalentes, los de «desacuerdo» y «controversia» (art. 17).

En la doctrina, la situación es aún más confusa y son pocos los autores que se ponen de acuerdo en los términos que emplean y su significación exacta. La enumeración de los autores que se ocupan del tema y los términos que emplean, nos llevaría más lejos de lo que pretende este estudio.

Nosotros, en un afán de síntesis, entendemos que para todas las situaciones entre Estados que no son de mera coope-

²¹ NORTHEGE, F. S. and DONELAN, M. D.: *International Disputes*, London, 1971, págs. 3 y sigs. Estos autores, en la introducción de su obra, tratan de definir los diferentes conceptos, pero partiendo desde luego, de la confusión de los mismos y a base de la distinción entre disputas y situaciones de muy diverso carácter. Las dificultades arrancan, como ellos mismos apuntan, no tanto de la delimitación en concreto de cada cuestión que se presenta, sino de las posibilidades de generalización de los conceptos. Esta postura doctrinal, se encuentra también en otros autores que han tratado el problema, bien términos generales o bien en plan monográfico. Es una dificultad común a toda la doctrina y bien apreciable.

ración o de guerra, se puede utilizar la palabra «conflicto» y ello por las siguientes razones: 1) nos parece la de contenido más amplio en cuanto no implica delimitación de situaciones diferentes y por tanto abraza a los demás términos usualmente utilizados; 2) es término generalmente usado o más usado en la doctrina de lengua española²², aunque ello no obsta a que muchos autores usen términos distintos²³; 3) la utilización de otra expresión, como la de controversia, está ya cargada de una significación más precisa, técnicamente hablando, lo que supone dificultades para su uso en un sentido más general y comprensivo.

Otro problema, de carácter más concreto y naturaleza más precisa, es el que surge cuando tratamos de configurar las diferentes clases de conflictos internacionales y a ello haremos mención al final del presente estudio.

2. La delimitación del concepto de lo que son los conflictos internacionales, resulta difícil en su verdadera naturaleza, en cuanto la vida internacional, tan rica en matices y diferencias, se mueve en permanente conflicto. Pretender evitar los conflictos internacionales es hoy por hoy, una mera utopía, y así, el conflicto —connatural a la vida de relación— va, desde la más ligera diferencia entre los Estados, incluso en relaciones de cordial cooperación, hasta la contienda bélica o conflicto armado.

Sin embargo, parece que ha ido generalizándose la idea de que el conflicto supone una cierta concreción y localización, tanto en cuanto a su objeto como en cuanto a los medios de solución, lo que nos lleva, en una visión muy simplificada, a distinguir entre «tensiones» y «conflictos», como un primer paso para llegar al concepto de estos últimos. Y no sin precisar

²² Aunque la significación de la palabra «conflicto» en el Diccionario de la Academia, se ajusta poco, como no sea en su acepción figurada (y aún con dificultades) al sentido que generalmente se le da en Derecho internacional, es lo cierto que así se ha utilizado para traducir la palabra francesa «differend» (ROUSSEAU, Ch.: *Derecho internacional público profundizado*, Buenos Aires, 1966, págs. 309 y sigs. y del mismo autor: *Derecho internacional público*, Barcelona, sucesivas ediciones, 1966, págs. 486 y sigs.), y la alemana «Streitigkeiten» (VERDROSS, A.: *Derecho internacional público*, Madrid, 1972, págs. 334 y sigs.). Lo mismo ocurre con la traducción del ruso (bajo la dirección de KOROVIN: *Derecho internacional público*, México, 1963, pág. 377). En la traducción del inglés del Tratado de OPPENHEIM (Barcelona, 1966, págs. 3 y sigs.), se ha preferido la palabra «controversia».

²³ Hay que constatar el hecho de que muchos autores, ajustándose a los términos de la Carta o por propia iniciativa, utilizan términos distintos, con significación poco precisa o claramente técnica.

que, lo que teóricamente puede resultar claro, en la práctica aparece con contornos muy desdibujados.

A) El término «tensión», tal como lo considera DE VISSCHER, supone «un antagonismo... que ya no tiene un objeto determinado o claramente definido»²⁴. La tensión aparece como el clima en donde nace o al menos puede nacer el conflicto. La tensión es eminentemente política y consecuencia directa de una determinada distribución del poder en un momento dado y, a veces, en una determinada zona geográfica.

Las situaciones de tensión, en determinados espacios de la tierra, son constantes en el momento actual. Prescindiendo de las situaciones en que la tensión ha degenerado en una franca contienda, como ocurre con el sudeste asiático²⁵, hay casos en que tal tensión se convierte en conflicto²⁶ y otros en que sólo se manifiesta mediante incidentes aislados que recuerdan tal tensión, como en el caso de Irak-Kuwait²⁷.

DE VISSCHER, a quien acabamos de citar, analiza en sabias páginas, lo que son las tensiones políticas, distinguiendo entre las que denomina «tensiones equilibradas» y las que llama «tensiones de hegemonía». Las primeras, propias del siglo XIX, son más benignas que las segundas, propias del siglo XX. «Tanto por los valores que ponen en juego como por la concentración de poderes internos que implica, la tensión de hegemonía representa el más alto grado del antagonismo político. Tal tensión se caracteriza por su ubicuidad, por la diversidad de móviles que invoca y de medios de acción que emplea, y por su tendencia a consolidarse y organizarse según sus propias exigencias»²⁸.

De cualquier forma, la característica fundamental de la tensión, es que no está concretada en un objeto determinado o que, si se concreta, esto es sólo aparentemente y tomando tal objeto como un motivo para mantener la tensión y no como algo con valor decisivo en sí mismo. Lo que ocurre es que generalmente, de la tensión nace el conflicto y que, en muchos casos, de no existir la tensión, el conflicto no se habría produ-

²⁴ VISSCHER, Ch. DE: *ob. cit.*, págs. 83 y sigs.

²⁵ La situación en el sudeste asiático, con notables diferencias, puede parangonarse con la que existe en el Oriente próximo.

²⁶ Como conflicto puede calificarse el existente, por ejemplo, entre los Estados Unidos y Panamá, recientemente manifestado.

²⁷ En este grupo puede clasificarse el incidente de 20 de marzo de 1973 entre Irak y Kuwait en su frontera común.

²⁸ VISSCHER, Ch. DE: *ob. cit.*, págs. 85-93.

cido al menos en términos agudos o habría sido resuelto mucho más fácilmente y desde luego, antes ²⁹.

B) El término «conflicto», por el contrario, supone un enfrentamiento entre dos o más Estados, en relación a un objeto concreto. Dentro de la tensión pueden nacer varios conflictos. Como afirman NORTHEGE y DONELAN, la disputa o conflicto —decimos nosotros— es, comparativamente a la tensión o gran conflicto —en su terminología— un asunto mucho más estrecho, «una diferencia de opinión formulada en una materia particular» ³⁰. Así nos vamos aproximando a la concreción del concepto.

El conflicto supone pues, una concreción de objeto y en tal sentido tenemos que equiparar, bien que en castellano aparezcan con significación distinta en su intensidad, los términos de «conflicto» y «controversia». Incluso podríamos considerar que el término «controversia» semánticamente es más adecuado.

Por otra parte, estos términos, en principio, han de considerarse como correspondientes con los que aparecen en las versiones francesa e inglesa de la Carta en su Capítulo VI: «différends» y «disputes».

Resulta verdaderamente curioso, en este estudio aproximativo de los conflictos internacionales, ver que la mayor parte de la doctrina, mientras ha dedicado grandes esfuerzos y numerosas obras al problema de la solución de los conflictos internacionales, se ha referido en relativamente muy escasas páginas al estudio de los conflictos internacionales en sí mismos, sin tratar casi nunca de hallar su significación precisa. Y es lo cierto, como afirmo MONACO que «los modos y el procedimiento para la solución de las controversias internacionales varían mucho según la naturaleza de la controversia considerada» por lo que añade que es necesario proceder a «una

²⁹ Un caso típico en nuestro tiempo, de conflicto como consecuencia de una tensión o producido para mantener una tensión y desde luego, en el seno de una tensión, es la denominada «crisis de Berlín», 1948-49.

³⁰ NORTHEGE y DONELAN: *ob. cit.*, pág. 34: «One point is no doubt obvious. We speak of a great conflict in the world since 1945 between the United States and the Soviet Union as in earlier times between France and Austria, Empire and Papacy, Rome and Carthage, Athens and Sparta. But these were not disputes; rather they were accompanied by disputes or embraced many disputes or came to a head in disputes. A dispute itself is a comparatively narrow affair, a formulated difference of opinion on some particular matter».

clasificación de las controversias, lo que representaría una tarea muy ardua, dada su extrema variedad»³¹.

Lo que nosotros pensamos es que, antes de proceder a una clasificación de los conflictos, es necesario delimitar el concepto de los mismos de una manera precisa, lo que todavía, en términos generales, está por hacer.

En este sentido, creemos que la mayor dificultad, radica en el planteamiento sociológico, en el trasfondo sociológico que los conflictos internacionales llevan consigo, trasfondo en el que la política tiene habitualmente la última palabra. Los intereses en presencia, el poder, las cuestiones económicas, la seguridad, los factores de carácter ideológico y luego, la propia dinámica de los conflictos, que implica un cambio constante en su planteamiento, dificultan de forma decisiva, la concreción de su naturaleza y objeto.

La doctrina, en ciertos casos, hace distinciones de conflictos, con el intento de penetrar en su verdadera naturaleza; lo que ocurre es que estos intentos se sitúan principalmente en el campo de la política. Tal es el caso de FRIEDMANN que distingue entre conflictos de poder, de interés nacional y de ideología y posteriormente entre conflictos de poder y conflictos de intereses³².

Así pues, nos quedaremos con la idea de que el conflicto, por oposición a la tensión, significa un enfrentamiento de posiciones estatales en un punto concreto o en una cuestión determinada, independientemente del clima general de las relaciones entre las partes. Lo normal es que el conflicto nazca dentro de un clima de tensión³³, pero no se puede descartar el conflicto que nace o se mantiene dentro de un entorno de cooperación³⁴.

³¹ MONACO, R.: *Manuale di Diritto Internazionale Pubblico*, Torino, 1971, pág. 579.

³² FRIEDMANN, W.: *ob. cit.*, págs. 72-6. «Para la estructura del derecho internacional, la importancia de la distinción radica en que los conflictos de poder son regulados y ajustados, más o menos adecuadamente, por el sistema tradicional de la norma de derecho internacional de coexistencia, en tanto que los conflictos ideológicos que penetran en la organización social y económica del Estado, de los valores humanos y de la autonomía de los grupos de individuos o grupos sociales dentro del Estado, llevan a la integración estrecha y al mutuo antagonismo de los diferentes Estados según su ideología» (pág. 73).

³³ Esto puede ser representado por el «caso cubano» en 1962.

³⁴ Entendemos que un conflicto de este tipo es el de Gibraltar, pese a todas las apariencias.

3. Si tratamos, llegados a este punto, de hallar una definición, siquiera sea aproximada, de lo que es el conflicto, tendremos que constatar la existencia de una serie de autores que recurren a la definición que el Tribunal Permanente de Justicia Internacional dio en la solución del Caso Mavrommatis, al decir que «una diferencia —un conflicto, podemos traducir— es un desacuerdo sobre un punto de Derecho o de hecho, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas»³⁵. Como explica PASTOR RIDRUEJO y ello es natural, «si estas personas son Estados, la diferencia será internacional»³⁶.

El propio Tribunal Internacional, ha reiterado posteriormente este mismo concepto, en términos similares³⁷.

La doctrina, aunque utiliza diferentes términos, llega a una connotación del concepto en parecido sentido. Así RUZIÉ habla de «un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos Estados»³⁸.

Podemos pues concluir que, en términos generales, un conflicto internacional es un desacuerdo, entre dos o más Estados, sobre un punto concreto (de Derecho o de hecho).

De esta apuntada definición, resultan como notas distintivas del conflicto internacional, las siguientes:

a) Se trata de un desacuerdo, de una divergencia, de una oposición de tesis, en definitiva, de una situación en la que los puntos de vista de las partes están claramente en contra. Podríamos matizar aún más diciendo que el desacuerdo surge cuando uno de los Estados comprueba que la posición del otro es claramente contraria a la suya, pero que el desacuerdo no se considera formalmente tal hasta que un órgano imparcial —si interviene— concluye, después del examen de las distintas posiciones estatales, que tal desacuerdo se ha producido.

³⁵ Caso citado, pág. 11.

³⁶ PASTOR RIDRUEJO, J. A.: *La jurisprudencia del Tribunal Internacional de La Haya*, Madrid, 1962, pág. 436.

³⁷ Así ocurrió con el caso de los intereses alemanes en la Alta Silesia polaca (Serie A, 6, 25 de agosto de 1925) o en el asunto del Sudoeste africano, en 1962, comentado por OLOUMI-YAZDI (Paris, 1963), por no citar otros ejemplos.

³⁸ RUZIÉ, D.: *Droit international public*, París, 1972, pág. 95. La doctrina en general, se expresa en análoga forma. Así lo hace MURTY (*ob. cit.*, pág. 675), y otros autores como MORELLI (*Nozioni ed elementi costitutivi della controversia internazionale*, Riv. di Dir. Int., 1960).

b) El desacuerdo ha de producirse entre Estados. Lo normal es que tal desacuerdo surja entre dos Estados, pero también se dan casos de conflictos en los que se encuentran involucrados varios Estados, aunque las posiciones de dos o más de ellos no sean idénticas, absolutamente consideradas. El conflicto, en su sentido estricto, sólo puede pues, producirse entre Estados, aunque la consideración de esta identidad pueda hacerse con un criterio laxo.

c) El desacuerdo ha de recaer sobre un punto concreto. Es indiferente, a nuestros efectos en este momento, que el punto controvertido sea una cuestión jurídica o que haya que calificarla como asunto político. Lo importante y característico es que se trate de una cuestión concreta objetivamente delimitada.

II. La doctrina se ha preocupado tradicionalmente y aún sigue ocupándose en la actualidad de la clasificación de los conflictos internacionales. Así, han sido apuntados por los autores, diversos criterios de clasificación que, en principio, podrían distinguirse en dos grandes grupos: criterios tradicionales o clásicos y criterios modernos. Veamos la cuestión circunstanciadamente³⁹.

1. Resulta ya clásica en la doctrina, la clasificación de los conflictos internacionales, en conflictos jurídicos y conflictos políticos. Casi todos los autores, aunque a veces de forma muy superficial, se refieren a esta clasificación. Y aún también algunos textos convencionales o institucionales, aluden a ella.

A) Para una parte de la doctrina y de los políticos prácticos, la esencia de esta distinción radica o intenta basarse en un criterio objetivo que tiene en cuenta la naturaleza misma del conflicto.

Así, para CAVARÉ, «los conflictos políticos son aquellos que por su naturaleza, repugnan una solución exclusivamente sobre la base del derecho positivo; estos ponen en juego efectivamente, más que la aplicación de una regla jurídica, el honor o los intereses de los Estados o bien la repartición del poder entre ellos. Por el contrario, los conflictos jurídicos, que manifiestan una oposición relativa a un principio jurídico o a una

³⁹ Así en 1928, HOSTLE, se preocupó del problema (*Différends justiciables et non justiciables*, Rev. D. Int. et Leg. Comp., pág. 263); posteriormente lo han hecho otros autores y en la actualidad, por ejemplo, BROWNLIE (*The justiciability of disputes and issues in international relations*, Brit. Yearbook of Int. Law, 1967, pág. 123).

regla de Derecho, pueden normalmente ser resueltos sobre la base del Derecho positivo»⁴⁰.

En realidad, este modo de ver la distinción, hace referencia a una naturaleza basada en la importancia del objeto del conflicto. De este modo, son políticos, los conflictos que afectan a la soberanía y a las bases fundamentales del Estado, en cuanto sujeto internacional, mientras que son conflictos jurídicos todos los demás, es decir, los no esenciales, los que no afectan a la esencia del Estado.

Si acudimos a la práctica de los Estados, podemos observar que, efectivamente, la «importancia» del asunto tiene una marcada trascendencia, pues los Estados se resisten a someter los conflictos que tienen un decidido alcance político, a una decisión obligatoria de un órgano internacional⁴¹.

Precisando más, podríamos decir que, para ciertos autores, la diferencia entre uno y otro tipo de conflictos, radica en la distinción entre materias «importantes» y materias «menos importantes» o «esenciales» y «no esenciales» para la vida del Estado, de modo que los primeros sólo pueden resolverse mediante soluciones políticas, mientras que los segundos son aptos para una solución judicial, por ejemplo.

Lo que ocurre aquí, es que la dificultad se traslada a la calificación del conflicto, ya que su objeto puede ser importante o esencial para un Estado, mientras que puede no tener este carácter para su oponente. Y es que, como resulta evidente, la caracterización de la naturaleza de un conflicto depende fundamentalmente de una evaluación subjetiva. En este sentido, podríamos concluir que fundar la distinción de los conflictos internacionales políticos y jurídicos, en la «importancia», no es un criterio válido en sí mismo⁴².

B) Otros autores, para establecer la diferencia entre las

* CAVARÉ, L.: *Le Droit international public positif*, París, 1969, Tome II, pág. 222.

⁴⁰ Así DE VISSCHER (*ob. cit.*, pág. 368), dice que «la observación de la práctica internacional muestra hasta que punto repugna a los Gobiernos someter a una decisión obligatoria las diferencias de gran alcance político, no porque resulte al juez imposible pronunciarse a este respecto, sino porque su sentencia sería inadecuada a las causas motivadoras del litigio».

⁴¹ Como afirma OPPENHEIM (*Tratado de Derecho internacional público*, Barcelona, 1966, T. II, V. I, pág. 4, nota 1). «El criterio basado en la importancia relativa de la controversia, aún cuando se una a la confirmación por el Tribunal del poder de determinar si una controversia es «importante», se considera actualmente y de manera creciente como impropio para determinar la obligación de arreglo judicial.»

dos clases de conflicto, atienden a la posibilidad o no de resolver los mismos con arreglo a normas jurídicas. Es decir, que el criterio que aquí se apunta, es el de la posibilidad o no de acudir al Derecho para hallar solución al conflicto.

Así, BALLADORE-PALLIERI, después de sostener que la distinción entre uno y otro tipo de conflictos se impone, dice que nos encontramos ante una controversia jurídica cuando los Estados contienden sobre la base del Derecho, mientras que las controversias son políticas cuando, prescindiendo del Derecho, plantean una cuestión de simples intereses⁴³.

Para una parte notable de la doctrina, resulta claro que las diferencias o conflictos de orden jurídico, se refieren a la aplicación o interpretación del Derecho existente y pueden ser resueltas por la aplicación de reglas conocidas, en tanto que las diferencias o conflictos de orden político se refieren a la modificación del Derecho existente y no pueden ser formuladas jurídicamente, ya que se trata de conflictos orientados a una evolución posterior⁴⁴.

Fue WESTLAKE quien, en 1924, concretó un modo de entender el conflicto político, considerando que es tal «cuando existe la imposibilidad para un órgano internacional de pronunciar un juicio sobre él, en forma de reglas»⁴⁵. Así, en el conflicto jurídico, las partes se hallan en desacuerdo sobre la aplicación o la interpretación del Derecho existente, en tanto que, en el conflicto político una parte al menos de las que entran en el mismo, rechaza este Derecho existente y busca su modificación.

Para WESTLAKE, el conflicto es político, en tres casos distintos: 1) cuando no existe ninguna regla sancionada por el consentimiento de la sociedad internacional, que pueda resolver el conflicto; 2) cuando las reglas no están en armonía con la opinión que se tiene del asunto; 3) cuando existen las reglas, pero no existe órgano internacional capaz de definir las con precisión. El profesor MIAJA DE LA MUELA, sobre la base de este planteamiento que recoge, concluye que se observan dos

⁴³ BALLADORE-PALLIERI, G.: *Diritto Internazionale Pubblico*, Milano, 1962, pág. 254.

⁴⁴ Esta es la postura de RUIZÉ (*ob. cit.*, pág. 95), que dice que «les différends d'ordre juridique: portant sur l'application ou l'interprétation du droit existant, ils peuvent se résoudre par un renvoi à des règles connues. Les différends d'ordre politique: portant sur la modification du droit existant, ils ne peuvent être formulés juridiquement, car il s'agit de conflits tournés vers l'évolution ultérieure».

⁴⁵ WESTLAKE: *Traité de Droit International*, 1924, págs. 316-17.

tipos de motivos diferentes que impelen a los Estados a rechazar la solución jurídica en sus diferencias con otros: unas veces por falta de norma aplicable, por temor al arbitrio en que habría de moverse la sentencia del tribunal; en otras ocasiones, porque la norma existente no es satisfactoria, (bien por no estar la opinión de acuerdo con ella, bien por ser lo suficientemente imprecisa para no derivarse de ella un derecho subjetivo perfecto en alguno de sus destinatarios ⁴⁶.

En realidad esta distinción o esta forma de distinción entre los conflictos jurídicos y los políticos, aparece ya como clásica. Así ROUSSEAU, dice que «los conflictos de orden jurídico (o susceptibles de ser sometidos a un órgano judicial) consisten en un desacuerdo sobre la aplicación o la interpretación del Derecho existente», mientras que «en los conflictos de orden político (o no susceptibles de ser sometidos a un órgano judicial) una de las partes reclama la modificación del Derecho existente» ⁴⁷. En forma realmente análoga, afirma OPPENHEIM que «las controversias jurídicas son aquellas en las cuales, las partes basan sus respectivas pretensiones y puntos de vista en motivos reconocidos por el Derecho internacional» en tanto que «todas las demás controversias se designan generalmente como políticas o como conflicto de intereses» ⁴⁸.

En algunos textos convencionales, se recoge esta distinción, mientras que en otros, se silencia o incluso no se reconoce diferencia alguna, de forma expresa. Así el art. 13-2 del Pacto de la Sociedad de Naciones sigue un método enumerativo, al decir que «entre los desacuerdos susceptibles de ser resueltos por arbitraje o arreglo judicial, se declaran comprendidos todos los relativos a la interpretación de un tratado, a cualquier punto de Derecho internacional, a la realidad de cualquier hecho que, de ser comprobado, implicase la ruptura de un compromiso internacional o a la extensión o naturaleza debida por dicha ruptura». El mismo sistema sigue el art. 36-2 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia, al sostener que son controversias de orden jurídico las «que versen sobre: a) la interpretación de un tratado; b) cualquier cuestión de Derecho internacional; c) la existencia de todo hecho que, si fuere establecido, constituiría violación de una obligación internacional; d)

⁴⁶ MIAJA DE LA MUELA, A.: *Diferencias jurisdiccionables y no jurisdiccionables*, Esc. de Funcionarios Internacionales, 1955-6, T. I. Madrid, 1957.

⁴⁷ ROUSSEAU, Ch.: *ob. cit.*, pág. 484.

⁴⁸ OPPENHEIM, L.: *ob. cit.*, págs. 3-4.

la naturaleza o extensión de la reparación que ha de hacerse por el quebrantamiento de una obligación internacional». En el Acta General para el Arreglo pacífico de las Diferencias internacionales de 26 de septiembre de 1928 (revisada en 28 de abril de 1949), también se hace referencia, en su art. 17, a los conflictos en que las partes se discuten un derecho, remitiendo a lo dispuesto en el art. 36 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia en cuanto a los conflictos que tienen este carácter. Otras veces, los textos convencionales acuden a una fórmula general, como ocurre con los Tratados de Locarno, de 1925, donde se consideran como conflictos o diferencias jurídicas aquellas a cuyo respecto, las partes se discuten recíprocamente un derecho. Otros textos, aceptan igualmente la calificación de ciertos conflictos, como jurídicos⁴⁹.

En resumen, resulta que la distinción entre conflictos jurídicos y políticos, en atención a este particular punto de vista, se basa, en definitiva, en el recurso al Derecho existente o en la negación de este Derecho, sea en su propia existencia o sea porque el mismo aparezca como recusable. Cuando las pretensiones de las partes, se fundan en reglas conocidas y existentes del Derecho vigente, podemos decir que el conflicto es jurídico. Cuando las partes consideran que no hay reglas aplicables o que estas reglas ya no responden a la realidad de las circunstancias, el conflicto habrá de ser calificado como político.

Pero como puede ocurrir y de hecho frecuentemente ocurre, que una de las partes se apoye en el Derecho existente, mientras que la otra sostenga que tal Derecho no existe o no es adecuado, nos hallaremos, una vez más, con la dificultad de la calificación del conflicto y con la necesidad de averiguar si hay algún elemento objetivo que nos pueda servir de guía.

Según explica MONACO, en el ordenamiento internacional, muchas controversias nacen con pretensiones que no tienen fundamento en el Derecho, lo cual no excluye que, en un cierto momento, de su desenvolvimiento, puedan aparecer reclamaciones con base jurídica, lo que hace muy difícil situar al conflicto en una u otra categoría⁵⁰.

Refiriéndose a esta manera de distinguir los conflictos internacionales en jurídicos y políticos, afirma OPPENHEIM que el criterio «no es científico; que es contrario al principio jurídico fundamental que prohíbe al juez negarse a dar una deci-

⁴⁹ Por ejemplo, el art. 31 del Tratado americano de Soluciones Pacíficas, de 30 de abril de 1948, entre otros.

⁵⁰ MONACO, R.: *ob. cit.*, págs. 579.

sión sobre la base de una laguna del Derecho; que no está en concordancia con los términos prácticamente ilimitados del art. 38 del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia y que se refuta por la experiencia del arreglo judicial internacional, que no muestra ningún ejemplo de negativa a juzgar a causa de que no haya reglas jurídicas apropiadas»⁵¹.

Desde luego, basar la distinción de uno y otro tipo de conflictos, en que, en los políticos hay una ausencia de reglas para solucionarlos, resulta fácilmente rechazable, pues si pudieran faltar reglas concretas, no faltarían principios de Derecho para fundamentar la sentencia. El precitado profesor MIAJA, a base de distinguir entre declaración de incompetencia y non liquet, llega a la conclusión de la inexactitud de la tesis que distingue las diferencias jurídicas de las políticas, en razón a la posibilidad de resolver las primeras conforme al Derecho internacional, posibilidad inexistente para las últimas. No solamente considera que toda diferencia internacional es susceptible de resolverse jurídicamente, sino que afirma que calificar a las diferencias no jurisdiccionables, como políticas, es un grave desacierto porque, de un lado, lo político no es opuesto a lo jurídico, y de otro, porque no existe conflicto alguno de carácter internacional, sin algún contenido político⁵².

La precariedad de este planteamiento resulta evidente en un autor tan significativo como KELSEN. En primer lugar, no vacila en decir que «el carácter jurídico o político de una controversia no depende como la doctrina tradicional pretende suponer, de la naturaleza de la controversia, es decir, del asunto al que se refiere la controversia, sino de la naturaleza de las normas que deben aplicarse para el arreglo de la misma. Una controversia se considera jurídica si puede ser arreglada por la aplicación de normas jurídicas, es decir, por la aplicación del Derecho existente; se considera que una controversia es política, es decir, que no es jurídica, si debe ser arreglada por la aplicación de otras normas, tales como los principios de equidad, justicia y otros similares». Pero más adelante concluye también que «si la afirmación de que una controversia política no es justiciable, sólo significa que no puede arreglarse por la decisión de un tribunal internacional, entonces ninguna controversia sería justiciable si las partes no convienen en someterla a un tribunal competente para resolverla de acuerdo con

⁵¹ OPPENHEIM, L.: *ob. cit.*, pág. 4 (T. II., V. I.).

⁵² MIAJA DE LA MUELA, A.: *ob. cit.*, págs. 225 y sigs.

el Derecho internacional existente. Sin embargo, si la afirmación que una controversia no es justiciable, significa que el Derecho internacional existente no puede aplicarse debido a la naturaleza del conflicto, entonces no existe controversia que no sea justiciable»⁵³.

C) Una tercera forma de entender la distinción entre conflictos jurídicos y políticos es la que atiende al criterio de considerar la postura que las partes adopten respecto al planteamiento del mismo.

Según este criterio, habremos de considerar que son conflictos jurídicos aquellos en que las partes basan su reclamación y su defensa en el Derecho existente, mientras que son conflictos políticos aquellos que de una forma o de otra, por unas u otras razones, son situados por las partes fuera de la esfera de aplicación o interpretación del Derecho en vigor, aquellos en los que, en definitiva, se reclama la modificación del Derecho.

Aquí no se trata de la naturaleza misma del conflicto ni tampoco de la posibilidad de que este pueda o no ser resuelto por las reglas jurídicas, sino de que las partes lo planteen en términos jurídicos o no.

Esta postura, al menos, nos parece la más realista. Si partimos, como lo hace DE VISSCHER, de que «la noción de justiciabilidad... es una noción relativa. No tiene el mismo sentido para el jurista que para el político. Para el primero, la justiciabilidad depende de un criterio objetivo: la aptitud de un conflicto para ser resuelto en base a principios jurídicos. A los ojos del político, un conflicto es o no justiciable, según que su relación más o menos íntima con el interés del Estado permita o impida a este, abandonar a su respecto su facultad decisoria, personal y discrecional»⁵⁴, necesariamente hemos de llegar a la adopción de este criterio.

⁵³ KELSEN, H.: *Principios de Derecho internacional público*, Buenos Aires, 1965, págs. 325-7.

⁵⁴ VISSCHER, Ch. DE: *ob. cit.*, pág. 368. Resulta evidente que la visión del conflicto es distinta para el jurista y para el político, puesto que cada uno adopta su peculiar punto de vista para encarar el caso. Si ya, en la visión jurista, se producen dificultades para distinguir estos tipos de conflictos, estas aumentarán lógicamente cuando lo que se utilice sea el punto de vista del político. Y lo que ocurre es que como predomina el planteamiento del político, en la realidad con lo que nos encontramos es con que este plantea el conflicto en los términos que le parecen más aptos para que se resuelva a favor de su Estado. De esta forma, el mismo conflicto, será planteado en términos de conflicto jurídico o de conflicto político, según sea conveniente, prescindiendo de su naturaleza objetiva si es que esta puede ser aislada.

Teniendo en cuenta pues, que el concepto de justiciabilidad es relativo y que, por otra parte, en todo conflicto internacional existen aspectos jurídicos y, al mismo tiempo, aspectos políticos, podemos llegar a la misma conclusión que MIAJA, cuando afirma que es la postura de las partes y no la naturaleza de la diferencia, lo que motiva su jurisdiccionalidad, añadiendo este autor más adelante, que tan sólo influye la naturaleza del conflicto cuando las partes estén ligadas por tratados anteriores, en los que se haya pactado la sumisión al órgano judicial para ciertos litigios; pero fuera de este supuesto, es siempre la actitud de las partes, la determinante del carácter jurisdiccional o no del conflicto o diferencia⁵⁵.

Esta postura viene sostenida por gran parte de la doctrina, aunque no se dejen de constatar sus inconvenientes⁵⁶.

D) En conclusión y por lo que respecta a esta distinción de conflictos internacionales, podemos resumir:

a) La mayor parte de la doctrina termina por afirmar que en toda diferencia internacional aparecen aspectos jurídicos y aspectos políticos, lo que permite que las partes presenten el conflicto de una o de otra forma, según sus intereses en juego. Como afirma el profesor MIAJA DE LA MUELA, los aspectos políticos hacen posible, en un orden teórico, la sumisión del conflicto a un tribunal internacional, mientras que los aspectos políticos dificultan esta sumisión⁵⁷.

Y esta es también nuestra conclusión: que los conflictos son jurídicos o políticos, según las partes los presenten, y ello con todos los inconvenientes que esto lleva consigo.

⁵⁵ MIAJA DE LA MUELA, A.: *ob. cit.*

⁵⁶ Así, MONACO (*ob. cit.*, pág. 580), dice que «el criterio que parece como más seguro es aquel que tiene en cuenta el carácter que las partes han dado a la controversia, de donde resulta que una controversia es política en tanto que la pretensión y la eventual contestación de la misma están desprovistas de razones jurídicas; y en cambio es jurídica cuando la pretensión de las partes esté acompañada, no importa si respondiendo más o menos a la realidad, de la conformidad de tal pretensión con el Derecho objetivo». Este criterio no está exento de riesgos, pues como dice OPPENHEIM (*ob. cit.*, pág. 5), «la adopción de tal criterio significaría, inter alia, que en el caso de una controversia sobre si una diferencia se incluye en la obligación de arreglo judicial obligatorio, la opinión de la parte interesada y no el contenido del tratado, sería decisiva para resolver la cuestión de si la obligación del tratado se aplica a la controversia particular. Esto significaría de hecho una negación del deber de arreglo judicial obligatorio».

⁵⁷ MIAJA DE LA MUELA, A.: *ob. cit.*

b) En los textos convencionales, unas veces se recoge esta distinción⁵⁸, mientras que otras se suprime⁵⁹.

E) Un último punto y no falto de interés, nos queda por tratar: el de si la distinción entre conflictos jurídicos y políticos, es identificable o no con la de conflictos justiciables y no justiciables.

Resumamos la cuestión en breves palabras: 1) para unos autores, estas dos distinciones, no coinciden; 2) para otra parte de la doctrina, presentar una nueva distinción que no coincida con la que hemos venido exponiendo, es prácticamente insostenible.

En el primer sentido, está la opinión de MONACO que dice que la distinción entre controversias justiciables y no justiciables, no coincide con la de controversias jurídicas y políticas, y que puede suceder que por efecto de los compromisos asumidos por las partes o por el hecho de que participen en una determinada organización internacional, sean justiciables litigios que desde el punto de vista sustancial son controversias políticas, mientras que pueden ser controversias no justiciables, litigios que sustancialmente son jurídicos. De cualquier forma —añade— la línea de demarcación es tan difícil de trazar como en los conflictos jurídicos y políticos⁶⁰.

En el segundo sentido, tenemos a una gran parte de la doctrina que de forma clara identifica ambas distinciones, refiriéndose al mismo concepto con ambos términos y de forma indiferente⁶¹.

⁵⁸ Aparte de los textos que hemos citado anteriormente, hay algunos de carácter bilateral, que recogen la distinción, como el Tratado de Arbitraje entre la Gran Bretaña y Francia, de 1903, en el cual se conviene en someter a arbitraje los conflictos «de carácter jurídico o relativos a la interpretación de un tratado»; en la misma línea está el Tratado de Arbitraje entre Alemania y Suiza, de 3 de diciembre de 1921, que somete las controversias jurídicas a arbitraje o arreglo judicial, mientras que las controversias políticas quedan sometidas a conciliación.

⁵⁹ Otros textos bilaterales, en cambio, no conceden relevancia a la distinción, como el Tratado de arreglo pacífico de controversias firmado entre Colombia y Perú, en 1934; el firmado entre Noruega y Suecia, en 2 de noviembre de 1925; o el firmado entre Bélgica y Suecia, el 30 de abril de 1926.

⁶⁰ MONACO, R.: *ob. cit.*, pág. 580. Esta postura de MONACO, en cierto modo resulta criticable, pues aunque no le falta razón en la sutil argumentación que hace, es sin embargo, demasiado formalista en su planteamiento.

⁶¹ Esta es la postura que podemos considerar como general en la doctrina. Y la que nos parece exacta.

2. Otra distinción en los conflictos internacionales y que tiene su origen en la Carta de las Naciones Unidas es la que contrapone lo que podemos denominar conflicto-controversia y conflicto-situación.

Si ya el Pacto de la Sociedad de Naciones hablaba con imprecisión de «desacuerdos» y «controversias», dentro del término amplio de conflictos internacionales, que nosotros utilizamos, más imprecisión todavía se observa en la Carta de las Naciones Unidas, que ha introducido los términos «controversia» y «situación» con una total vaguedad.

Ya, en el art. 1-1 se ocupa de «controversias o situaciones internacionales susceptibles de conducir a quebrantamientos de la paz». Posteriormente, en el Capítulo VI, dedicado al «arreglo pacífico de controversias», vuelve a utilizar ambos términos con una total imprecisión. Y es lo cierto, sin embargo, como dice MURTY, que la Carta marca una diferencia entre «controversia» y «situación», aunque las expresiones no se hallen definidas⁶².

La doctrina, teniendo en cuenta que la distinción puede acarrear consecuencias de carácter práctico, se ha esforzado en concretar lo que uno y otro término pueden significar⁶³, pues es lo cierto, como afirman NORTHEDGE y DONELAN, que tanto en la práctica de las Naciones Unidas como en los comentaristas de la Carta la distinción entre estos conceptos no aparece absolutamente clara⁶⁴.

A) Para MURTY, a quien acabamos de citar, la controversia o disputa significa una alegación definida de violación del Derecho o de amenaza de violación contra otro Estado, que la niega; mientras que situación, es algo que puede ser entendido como una serie de actos que pueden dar lugar a la controversia, pero que no poseen el grado de especificación de la misma⁶⁵.

Otros autores, también acabados de citar, como NORTHEDGE y DONELAN, parece que ponen el acento de la distinción entre disputa (equivalente a controversia, en nuestra terminología)

⁶² MURTY, B. S.: *ob. cit.*, pág. 719.

⁶³ Recordemos que el profesor HERRERO DE LA FUENTE (en su excelente monografía *Seguridad colectiva y arreglo pacífico de controversias*, Valladolid, 1973), considera que una definición clara de ambos términos arrojaría bastante luz para esclarecer el problema de las relaciones de competencia entre las Organizaciones regionales y las Naciones Unidas, en orden a la solución de los conflictos internacionales.

⁶⁴ NORTHEDGE y DONELAN: *ob. cit.*, pág. 2.

⁶⁵ MURTY, B. S.: *ob. cit.*, pág. 719.

y situación, en que la primera se produce en un contexto de relaciones amistosas entre Estados, mientras que situación supone un estado de tensión o de potencial tensión entre Estados⁶⁶.

Según GOODRICH y HAMBRO, la controversia o diferencia, es un desacuerdo entre dos o varios Estados que llega al punto en que las partes han presentado demandas y contrademandas, lo suficientemente precisas para permitir a un Tribunal o a otro Organismo instituido a los fines de arreglo pacífico, pronunciarse sobre el mismo; mientras que una situación existe cuando las relaciones entre los Estados interesados están caracterizadas por una falta de armonía completa y la conducta de las partes revela la existencia de objetivos e intereses opuestos sin que, sin embargo, las demandas hayan sido formuladas, ni que las posiciones tomadas hayan sido definidas con todo el rigor que sería necesario para que existiese el conflicto⁶⁷.

Para CLARK y SOHN, las controversias son efectivas y materializadas, en tanto que las situaciones son peligrosas o posiblemente peligrosas⁶⁸.

VIRALLY, después de afirmar que la distinción no es fácil, piensa que la diferencia o controversia se produce cuando los Estados han articulado pretensiones que se excluyen mutuamente o cuando un Estado ha recusado las pretensiones de otro; todos los otros casos de tensiones, pueden ser considerados como situaciones⁶⁹.

Vemos en definitiva que para estos autores, la controversia y la situación se distinguen por el grado de concreción del conflicto, de forma que el mismo se calificará de controversia cuando su objeto se haya concretado y de situación cuando presente una fisonomía difusa.

B) Hay autores que, por otra parte, se fijan más bien en la extensión del conflicto, para caracterizar la distinción. Este es el caso de VELLAS, para quien la controversia se refiere a un conflicto en el cual entran en juego los intereses de varios Estados, mientras que la situación es un conflicto que interesa solamente a uno de ellos⁷⁰.

⁶⁶ NORTHEDGE y DONELAND: *ob. cit.* pág. 3.

⁶⁷ GOODRICH, L. M. y HAMBRO, E.: *Commentaire de la Charte des Nations Unies*, Neuchatel, 1946, págs. 219 y 229.

⁶⁸ CLARK, G. y SOHN, L. B.: *La paz por el Derecho Mundial*, Barcelona, pág. 106.

⁶⁹ VIRALLY, M.: *L'organisation mondiale*, París, 1972, pág. 429.

⁷⁰ VELLAS, P.: *Le regionalisme international et L'ONU*, París 1948, página 81.

En sentido opuesto, SALOMON, piensa que la controversia se refiere a protección del interés concreto de un Estado, mientras que la situación afecta a un interés colectivo ⁷¹.

Esta postura resulta poco válida, pues, aparte de que no hay fundamento para adoptarla, resulta también muy difusa la línea que separa lo que son intereses de un Estado y lo que son intereses de varios.

C) En otro sentido, hay autores que recurren, para marcar la diferencia, a la propia naturaleza del conflicto.

Tal es el caso de SEPÚLVEDA, para quien la controversia se refiere más bien a cuestiones jurídicas, mientras que la situación toma en cuenta materias políticas y es más grave en cuanto puede suponer un quebrantamiento de la paz ⁷².

En análogo sentido se mueven igualmente BENTWICH y MARTIN ⁷³ y SERENI ⁷⁴.

Esta postura es francamente insostenible, pues carece de argumentos teóricos en que apoyarse y la observación de la práctica internacional tampoco nos suministra datos que nos permitan llegar a tal conclusión.

D) En conclusión, vemos que: 1) los términos de «controversia» y «situación» resultan muy confusos e indeterminados, tanto en la Carta como en su aplicación; 2) la doctrina se esfuerza en clarificarlos, aunque sin haber llegado a unas conclusiones más o menos aceptables en términos generales.

Nosotros pensamos que la postura inicialmente expuesta es la que cuenta con mejores argumentos y más adhesiones doctrinales.

De aquí, que entendamos que la controversia se caracteriza por ser un conflicto perfectamente definido en su objeto, mientras que la situación supone un conflicto difuso, más concreto que el de tensión y menos que el de controversia. Esta falta de concreción es lo que hace que la situación sea más peligrosa para la paz mundial. En este modo de ver la cuestión, creemos que la «situación» hay que situarla entre la «tensión» y la «controversia».

⁷¹ SALOMON, A.: *L'ONU et la paix*, París, 1948, pág. 81.

⁷² SEPÚLVEDA, C.: *Coordinación de las medidas coercitivas para la solución de conflictos internacionales en las N. U. y en la O. E. A.*, Ponencia al V. Congreso del IHLADI, Santiago de C., Madrid-Zaragoza, 1966.

⁷³ BENTWICH, M. y MARTIN, A.: *A Commentary on the Charter of the United Nations*, London, 1951.

⁷⁴ SERENI, P.: *Diritto Internazionale*, V. IV, pág. 1.581.

3. Otras clasificaciones pueden hacerse de los conflictos internacionales, a las cuales renunciamos en aras a la extensión de este estudio y por su falta de trascendencia práctica.

CONCLUSIONES

I. Pese a las dificultades terminológicas, resulta preciso distinguir entre «tensiones» —que tienen un objeto indeterminado— y «conflictos» —con un objeto más o menos claramente definido.

El conflicto aparece en la vida internacional, por la dinámica propia de la misma, sin que pueda ser evitado en la actual estructura internacional, como un desacuerdo de tesis jurídicas o de intereses estatales.

II. Entre las clasificaciones que pueden hacerse de los conflictos internacionales, aparecen como más importantes, las de conflictos jurídicos y políticos y conflictos controversias y situaciones.

1. La distinción entre conflictos jurídicos y conflictos políticos, puede hacerse con arreglo a diferentes criterios, pero el que estimamos como más adecuado, es el que toma en cuenta la posición de las partes con respecto al mismo. Si los Estados basan sus posturas en argumentos jurídicos, podemos decir que el conflicto tiene este carácter; si no se apoyan en argumentos de esta clase sino que aducen otras razones, el conflicto es político.

Ningún conflicto se presenta con un carácter jurídico o político exclusivo, por lo que la posición de las partes es lo que atribuye a este su carácter.

2. En cuanto a la distinción entre controversias y situaciones, de los criterios distintos que pueden aportarse a este efecto, entendemos que el más adecuado es el que hace la distinción a base de la concreción del objeto del conflicto. Las situaciones son un conflicto inconcreto. Las controversias son un conflicto claramente definido.

Claro es que hay que precisar que la línea de separación entre uno y otro tipo de conflicto, no es nada clara y que en muchos supuestos, serán las circunstancias las que aconsejen dar al conflicto uno u otro carácter.

Esta distinción tiene cierta importancia en los procedimientos de solución pacífica de los conflictos internacionales, a través del mecanismo de las Naciones Unidas, aunque en la práctica, su trascendencia no haya sido decisiva.

NOTAS SOBRE LOS DELITOS DE TERRORISMO

Gonzalo GUTIERREZ LANZA

Comandante Auditor

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: Delimitación del tema, plan y bibliografía.— PRIMERA PARTE: Generalidades.—SEGUNDA PARTE: Evolución legislativa.—I. La Ley de 10 de julio de 1894.—II. La Ley de 2 de septiembre de 1896.—III. Restauración de la Ley de 1894.—IV. El código penal de 1928.—V. La legislación republicana: la Ley de 11 de octubre de 1934, la Reforma de 1935.—VI. La Ley de seguridad del Estado.—VII. La Ley de 2 de marzo de 1943.—VIII. El Código Penal de 1944.—TERCERA PARTE: El terrorismo en el derecho militar.—I. La legislación penal especial.—II. El terrorismo en la legislación especial.—III. La reforma de 1971.—IV. Examen de las figuras de terrorismo en el Código de Justicia Militar. 1. El sujeto. A) «Delicta propia» y grupo u organización. B) Delito unipersonal. 2. La acción. 3. El resultado. 4. La antijuricidad. 5. La culpabilidad. 6. La punibilidad.

El tema elegido como objeto de este trabajo es el propio de los llamados «actos o delitos de terrorismo», o simplemente «terrorismo», en la legislación patria; es decir, el contenido de la Sección 2.ª, Capítulo XII, Título II, Libro II, del Código Penal (arts. 260 a 264), y del Capítulo I bis, Título IX, Tratado Segundo del Código de Justicia Militar (arts. 294 bis, a, b, c, d y e). Queda, por tanto, intencionalmente excluido del tema, el estudio de muy varias formas de la actividad terrorista —importantes en el momento actual, por su gravedad y frecuencia—, propias de los delitos de piratería (arts. 138 y 139 del C. P. y 9 a 12 de la Ley Penal de la Marina Mercante, de 22 de diciembre de 1955), de los de apoderamiento —secuestro— de aeronaves (arts. 39, 40 y 59, párrafo 2.º de la Ley Penal y Procesal de la Navegación aérea, de 24 de diciembre de 1964), de los de genocidio (art. 137 bis del Código Penal), de algunas figuras que el Código Marcial (art. 279 y sigs.), califica como delitos contra el derecho de gentes, devastación y saqueo, y, en general, de las variadas tipologías a que la acción terrorista —múltiple y pluriforme— puede adaptarse.

Delimitado pues, el contenido temático, resulta obligado, y conveniente, anticipar el orden en que se tratará de desarrollar. Se hará distribuyendo su exposición en tres partes, a saber: una primera sobre cuestiones generales, de carácter ineludible; otra, dedicada al estudio de los delitos de terrorismo en el Código Penal, como desenlace actual de la evolución legislativa sobre tal materia; finalmente, una tercera parte, dedicada a la regulación del terrorismo en la legislación penal militar, que, no sólo por su novedad o por razón de especialidad, sino por su propia estructuración, se estima merece consideración separada. Esta sistemática parece la más conveniente desde la perspectiva que la reforma legal de 15 de noviembre de 1971 ofrece sobre una materia abigarrada por su contenido actual y por su historia. Nunca la sistemática de un trabajo viene impuesta preceptivamente a su autor; pero la mejor o peor fortuna del mismo —que, en definitiva, es la claridad de su exposición, procurando la simplificación de lo complejo, son detrimento de la integridad: tarea siempre difícil, como lo es toda conciliación—, depende en buena parte del método que se elija; aunque también toda elección lleva en sí la contingencia del acierto o desacierto, y ello obliga, aunque sólo sea para tratar de justificar un posible resultado adverso, a explicar, en esta ocasión, el porqué de aquella.

La totalidad de las obras y trabajos —que luego se citarán como Bibliografía—, al afrontar el estudio de estos delitos, lo hacen con método inicialmente exegético, mediante el análisis separado de cada precepto legal, aunque luego, dentro siempre de cada figura, se utilice el instrumental que ofrece la dogmática técnico-jurídica. La heterogeneidad de las tipologías, y sobre todo la disparidad estructural, aconsejan ese método, y hasta quizás hagan totalmente imposible otro distinto. Por otra parte, en una materia donde las modificaciones, retoques o complementos legislativos —impuestos unas veces por la imprevisión, y otras por la evolución criminológica— han venido sucediéndose con frecuencia, y muy próximas entre sí, las formulaciones actuales no pueden desvincularse de las precedentes, cuyos ingredientes esenciales aún permanecen en los tipos, y precisan, junto con aquellos métodos, el estudio de las mutaciones que explican los motivos del legislador. Por ello, en este trabajo, se adopta tal sistema en orden al estudio del terrorismo dentro del Código Penal, donde, la Ley Núm. 44 de 1971 —aunque haya introducido alguna figura foránea, como

lo es el actual art. 263—, viene a ser no más que la última o más reciente concreción de una regulación penal que tuvo su inicio en la Ley de Explosivos de 10 de julio de 1894, y llegó hasta hoy, a veces decantándose, otras recibiendo, como aluvión, datos o materiales nuevos. Por contra, la Ley Núm. 42 de 1971, que adiciona al Código de Justicia Militar un nuevo Capítulo, con cinco artículos —bisados aquel y estos, según ya se dijo—, inserta en dicho Código una materia que no sólo le era extraña, exterior, sino que, además, se formula con rasgos y características enteramente nuevos. No es que se acepte dócilmente la tesis expuesta en la Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, de fecha 10 de junio de 1972, sobre una total desconexión entre la regulación nueva y la precedente —desde la Ley de Seguridad del Estado hasta el Decreto de 21 de septiembre de 1960—, pues, por ejemplo, al delito de estragos regulado en el vigente art. 294 bis, a), siempre se hallará una relación de parentesco en la legislación anterior, común y especial, ni que tampoco se predique esa absoluta desvinculación entre los dos Textos actuales, interdependientes y en innegable relación de subsidiariedad; pero, lo que no puede dejar de advertirse, por muy somero que sea el examen que de la Ley Núm. 42 se haga, es que la introducción, con carácter general en todas las figuras contenidas en ella, del requisito «grupo u organización», como condicionante tipológica trascendente, supone un planteamiento temático original, a modo de una producción legislativa «ex novo». Esta novedad, donde junto a diversificación de la acción típica en cada uno de los tres artículos, permanecen, sin embargo, en los tres, como denominadores comunes, requisitos subjetivos y objetivos idénticos o análogos, la identidad de las penas contenidas en los tres artículos, y la similitud estructural de los mismos, incita a un estudio unitario de la materia, desde la perspectiva de cada uno de los caracteres generales del delito, con método de la dogmática técnico-jurídica, sin perjuicio de las inevitables precisiones particulares que hayan de hacerse en cada caso, las cuales ya «a priori» se vislumbran —en cuanto a la acción, desde luego, y también respecto de otros datos de los tipos—. El acierto o desacierto en la elección de tal sistema expositivo no puede predecirse en estos momentos iniciales; pero sí puede asegurarse, desde ahora, que, en todo caso, se evitarán repeticiones o remisiones a otros lugares del trabajo, simplificando éste en la medida de los elementos comunes a las tres especies delictivas.

Por último, y también por razones simplificadoras, parece conveniente relacionar en esta Introducción, la Bibliografía utilizada; aunque limitándola a la de más frecuente uso, ya de carácter general, ya específica del tema, y dejando para su lugar oportuno las demás ocasionales citas. Se ha usado de las siguientes obras de carácter general: Luis JIMÉNEZ DE ASUA, «Tratado de Derecho Penal», Buenos Aires, principalmente sus Tomos II (1950) y III (1951); José Antón ONECA, «Derecho Penal», dos volúmenes, Madrid, 1949; Eugenio CUELLO CALON, «Derecho Penal», dos volúmenes; Tomo I Parte General, 11.ª edición, Barcelona, 1953; Tomo II, Parte Especial, 8.ª edición, Barcelona, 1952; Federico PUIG PEÑA, «Derecho Penal», cuatro volúmenes, 4.ª edición, Madrid, 1955; Juan DEL ROSAL, «Derecho Penal Español» (Lecciones), 1.ª edición, Tomo II, Madrid, 1960; José María RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, 3.ª edición, Madrid, 1973; Parte Especial, I, Valladolid, 1964; II, Valladolid, 1965; Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, «Comentarios al Código Penal», dos volúmenes, Madrid, 1946; el mismo, «Curso de Derecho Penal», dos volúmenes, Madrid, 1963; el mismo, «Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal», especialmente el Tomo IV (Infracciones contra la comunidad social), Madrid, 1967; Antonio FERRER SAMA, «Comentarios al Código Penal», especialmente el Tomo III (arts. 120 a 338), Murcia, 1948; Juan CÓRDOBA RODA y Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios al Código Penal», Tomos I y II (únicos publicados, que comprenden los arts. 1.º a 119), Barcelona, 1972.—Sorbe Delitos políticos y Terrorismo, en general, además de las anteriores, en los lugares correspondientes de sus Partes Especiales: Mariano RUIZ FUNES, «Evolución del Delito Político», México, 1945; Luis JIMÉNEZ DE ASUA, «Terrorismo» (Informe al Gobierno de la República Española), El Criminalista, IX (1950); Antonio QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de Derecho Penal Internacional e Internacional Penal», Madrid, 1955; Pablo LUCAS VERDÚ, «Terrorismo», en Nueva Enciclopedia Jurídica, II, Madrid, 1950; Domingo TERUEL CABALLERO, «La pluralidad legislativa en los delitos contra el Estado», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Fascículo I, enero-abril, 1962; el mismo, «Teoría general de las infracciones contra el Estado», Anuario, Tomo XVIII, Fascículo II, mayo-agosto, 1965; Raphael LEMKIN, «Terrorisme» (Rapport au VIème Conférence International pour l'Unification du Droit Penal, de Copenhague, 31 Aôut, septembre, 1965), «Actes», París, 1938.

Para el estudio de la reforma derivada de las Leyes de 15 de noviembre de 1971, no se pudo disponer, como trabajos con solvencia científica, sino de los dos siguientes: José María RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento a la 4.^a edición de su Derecho Penal, Madrid, 1972, más tarde incorporado sin alteración —al menos la parte referente al terrorismo— a la 5.^a edición de su Parte Especial, Madrid, 1973; y Juan GÓMEZ CALERO, «Los delitos de "terrorismo" en el Código de Justicia Militar», Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Tomo LXIV (Segunda época), Núm. 4, abril, 1972. Además, la ya citada Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, inserta en la Memoria correspondiente al Año Judicial 1971-1972.

PRIMERA PARTE

GENERALIDADES

Cuando ya los juristas habían pregonado la transformación de la delincuencia atávica y violenta en fraudulenta, el paso «del crimen feroz al crimen interesado»¹, he aquí que la violencia se enfrenta de nuevo al Derecho punitivo, y, además, lo hace con caracteres inusitados, en cantidad y calidad. La Segunda Guerra Mundial, que desbordó todas las previsiones de horror y devastación, fue, desde su mismo desarrollo y antecedentes, la causa desencadenante del estallido gigantesco. La subsistencia del terror atómico y la realidad del termo-nuclear, pendientes sobre una política internacional, de tensiones y distensiones psicológicas, que ha dado en llamarse guerra fría; la disolución, en planos individuales y colectivo, de concepciones políticas, filosóficas, morales y culturales, que hasta entonces se habían tenido como estables; la toma de conciencia de clase a nivel de grupos sociales, y, a nivel de nacionalidades, la toma de conciencia independentista y descolonizadora; la exasperación de esos mismos nacionalismos —y también de las ideologías—, con fines expansionistas o dominadores, ocasionando conflictos bélicos, ya no fríos, aunque, por fortuna, todavía más o menos convencionales, son aún en llaga viva, las secuelas terribles de aquella conflagración². Pero, además, aquella guerra exigió, para atender a sus necesidades, un desarrollo téc-

¹ Enrique Joly, citado por J. de ASUA, «Tratado», III, pág. 237. En la página siguiente, un resumen de los trabajos del profesor de Milán, Alfredo Nicéforo, sobre la transformación del delito, el cual ha tratado con extensión y profundidad el tema. Sobre la aplicación a la delincuencia política, hecha por Enrique Ferri, de la distinción entre delincuencia atávica y evolutiva —de Scipión Sighele y Guillermo Ferrero—, vide el mismo «Tratado» III, págs. 159 y sigs.; o, directamente, FERRI, «Sociología criminal», Góngora, Madrid, 1908.

² Sobre estas materias puede consultarse: Leandro RUBIO GARCÍA, «La Guerra nuclear: Moral, Derecho y Política en la época atómica», Revista Española de Derecho Militar, núm. 20. (En la misma Revista: Manuel FRAGA IRIBARNE: «La guerra revolucionaria», núm. 5; RUBIO

nico industrial que, por su magnitud, desembocó en una sociedad universal consumista, portadora, en sus propias contradicciones internas, de gérmenes de violencia³, y por su perfección, puso en manos del crimen instrumentos de ejecución precisos, y vastos por sus efectos, al par que medios óptimos para su impunidad. Esta última consecuencia, de trascendental influencia en orden al tema, permite a RODRÍGUEZ DEVESA afirmar que «el terrorismo, favorecido por los progresos de las técnicas de la destrucción, ha adquirido caracteres crónicos en la sociedad contemporánea»⁴, que «el problema no ha cesado de agudizarse», y que «el tema del terrorismo se ha ensanchado más allá de los casos clásicos de ciertos crímenes que revelan por su modo de ejecución una crueldad excepcional y constituyen un peligro colectivo, porque, con frecuencia, no existe ninguna relación entre el criminal y sus víctimas»⁵.

GARCÍA, «¿Superación del problema de la objeción de conciencia?», números 6 y 7; el mismo, «La guerra revolucionaria: sus reglas políticas y sus normas morales», núm. 22, y «Violencia y control social en la vida internacional», núm. 24; Enrique JIMÉNEZ ASENJO: «Crimen y castigo de la devastación atómica, núm. 9).—También en «La Guerra Moderna», publicación de la Cátedra «General Palafox» de Cultura Militar, Universidad de Zaragoza, de la que sólo conozco cinco volúmenes (años 1955, 1956 y 1957), ignorando si se han publicado más, que reúnen conferencias en ella pronunciadas, de las que, en referencia a esta materia, merece destacar: Luis GARCÍA ARIAS, «Sobre la licitud de la guerra moderna» (Vol. I); el mismo, «Sobre la legalidad de la guerra moderna» (Vol. II); el mismo, «El concepto de guerra y la denominada guerra fría» (Vol. III); el mismo, «La guerra liberadora y su licitud» (Vol. IV); el mismo, «La guerra psicológica» (Vol. V); Manuel FRAGA IRIBARNE: «Guerra y Política en el siglo XX» (Vol. II); Camilo BARCIA TRELLES, «La Guerra Fría» (Vol. II); Juan ECHANDI URIZ, «Apuntes sobre la guerra atómica» (Vol. III); Francisco SINTES OBRADOR, «La guerra, hoy y mañana» (Vol. III); José GUALLART, «La guerra, crimen» (Vol. III); José María OTERO NAVASCUÉS, «Los efectos de las bombas termonucleares» (Vol. IV); José de YANGUAS MESSÍA, «La guerra total» (Vol. IV). Sobre guerra revolucionaria: Edward HALLETT CARR, «Guerra y Revolución», Revista de Estudios Jurídicos (separata), Madrid, 1943; Crane BRINTON, «Anatomía de la Revolución», Aguilar, Madrid, 1958. Sobre la Guerra de la Independencia», como modelo originario de la guerra de guerrillas, vide: Miguel ARTOLA GALLEGO (en «Historia de España», de Menéndez Pidal), Tomo XXVI, «La España de Fernando VII», Espasa-Calpe, Madrid, 1968); el mismo, «La burguesía revolucionaria» (Tomo V de Historia de España Alfaguera), Alianza Editorial, Madrid, 1974; Raymond CARR, «España 1808-1939», Ariel, Barcelona, 1969; E. CHRISTIANSEN, «Los orígenes del poder militar en España», Aguilar, Madrid, 1974.

¹ Herbert MARCUSE, «El hombre unidimensional», Seix Barral, Barcelona, 1972; el mismo, «La agresividad en la sociedad industrial avanzada», Alianza Editorial, Madrid, 1971.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 234.

⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», pág. 70.

Forzoso y triste es reconocer la realidad de esta situación endémica, de que da testimonio la prensa de cualquier día, y en cualquier página; pero quizás sea aún más trágico y descorazonador comprobar la falta de actitudes unitarias frente al mal, así pragmáticas como especulativas. Se sobrepriman las causas y los fines, enervando y condicionando la apriorística formal condena; la cual incluso no es siempre unánime. Nada, ni aún las concepciones culturales, es pacífico en la materia; todo es polémico y sujeto a discusión. El examen detenido de tales aspectos desbordaría los ya anunciados límites de este trabajo, que sólo pretende ser jurídico-formal, no criminológico, y, mucho menos, político. Pero si se quiere ir en busca de un concepto del terrorismo y de sus caracteres, forzoso será examinar, aunque sea muy someramente, algunas de tales cuestiones.

Si analizamos el fenómeno desde el punto de vista de sus fines, observaremos su presencia desde el momento mismo del nacimiento del Estado y del Derecho. Antes, siglos antes de que el terrorismo se adaptara a la lucha política, la Historia de la Humanidad, desde sus inicios y con prolongación hasta el presente, nos da cuenta de la existencia de grupos u organizaciones, marginados o no —cuadrillas, mafias, modernamente Sindicatos del Crimen— que usan del terror para la consecución de fines egoístas⁶. Por ello, cuando algún autor limita el terrorismo al anarquista, comunista o político⁷, hace una clasificación que es, por un lado superfluamente descriptiva, y por otro lado incompleta. Si de los fines pasamos a examinar los medios de acción, observaremos una notable ampliación de la plataforma fáctica: junto a la tradicional modelidad del terrorismo «a la bomba» —sublimado en los medios anarquistas de finales de la pasada centuria⁸— se han generalizado los

⁶ Un examen de como están formas primitivas, arcaicas o «prepolíticas» de delincuencia, se adaptan o interfieren en la civilización de los siglos XIX y XX, y en la sociedad industrial, puede verse en Eric J. HOBBSBAWM, «Rebeldes primitivos», Ariel, Barcelona, 1974.

⁷ CUELLO CALÓN, Parte General, pág. 298. ASUA (Tratado, II, pág. 969), admite que, al lado del terrorismo político, anarquista o social, pueda, por el motivo, configurarse también como crimen de derecho común.

⁸ Tras la ejecución de Ravachol, se popularizó en París un estribillo, citado por James JOLL, «Los Anarquistas», Grijalbo, Barcelona, 1972:

«Dansons la Ravachole!
Vive le son, vive le son,
Dansons la Ravachole,
vive le son
de l'explosión.»

atentados a las personas —ya no concretados al magnicidio—, los atentados a la propiedad —tampoco limitados al incendio o al estrago— y los secuestros —de personas, embarcaciones y aeronaves—. «El Coloquio internacional sobre la "Profilaxis del terrorismo" (celebrado en París del 17 al 19 de diciembre de 1971) —dice RODRÍGUEZ DEVESA⁹— se abrió bajo el signo de esta amplia concepción» (con inclusión del genocidio); y añade —haciendo suya la conclusión del Rapport STANCIU— «que esa pluralidad de formas pone de manifiesto que el terrorismo no es un crimen, ni siquiera un delito, sino un modo de cometer los crímenes», lo que ya se había advertido antes por la doctrina (ASUA, LEMKIN, ROUX, ALOISI, CIVANOVICH, GUNZBURG, SALDAÑA), y llevado como conclusión a las varias Conferencias para la Unificación del Derecho Penal (en especial, a partir de la de Bruselas —1930—, y por obra del Rapport de Niko GUNZBURG), la terminología «actos de terrorismo», que parece hizo fortuna¹⁰. Finalmente, desde la perspectiva de las causas, se cuestiona, apasionadamente, el origen de la violencia. La psicología y la sociología —de Freud a Rof Carballo¹¹— buscan

Según la misma cita, el verbo «ravacholiser», significaba «hacer volar por los aires».

⁹ «Suplemento...», pág. 71.

¹⁰ Para un examen detenido del terrorismo como delito internacional, vide JIMÉNEZ DE ASUA, Tratado, II, págs. 969 y sigs.; QUINTANO RIPOLLÉS, «Tratado de Derecho Penal Internacional...», I, págs. 299 y siguientes. Razones, más políticas que jurídicas, han hecho estériles los repetidos intentos de regulación internacional, a través de Congresos y Conferencias. Sumamente interesante, pues comportaba, además de la regulación sustantiva, la creación de un Tribunal Penal Internacional, fue el Convenio que promovió la Sociedad de las Naciones, para soslayar el conflicto bélico que el asesinato del Zar Alejandro de Yugoslavia —y del Ministro francés Barthou— amenazaba desencadenar, y que, concluso en 1938, y firmado por muchos países quedó sin ratificar, disuelta la Sociedad promotora. Acuerdos regionales —como el de la O.E.A. de 1971— han sido calificados (Ver RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...»), como de muy discutible eficacia. Baldío resultó también el planteamiento del tema en la XXVII Asamblea General de las Naciones Unidas, que se abrió el 19 de septiembre de 1972, por las irreducibles posiciones de los grupos. Ultimamente, en el Consejo de Europa (Estrasburgo, 25-IX-74), se obtuvo una condena del terrorismo, cuyo éxito, en buena parte, debe anotarse a Giuseppe Bettiol, el profesor de Padua. Desde otro punto de vista, recientemente viene hablándose de una «Internacional del Terrorismo», y no sólo organizada y alentada por ideologías, sino incitada y alimentada por poderosos intereses económicos.

¹¹ Vide: Sigmund FREUD, «El malestar de la cultura», Afrodisio Aguado, Madrid, 1966; Herbert MARCUSE, «Eros y civilización», Seix Barral, Barcelona, 1969; Carlos CASTILLA DEL PINO, «Psicoanálisis y marxismo», Alianza Editorial, Madrid, 1971; el mismo, «Dialéctica de la persona, dialéctica de la situación», Ediciones Península, Barcelona, 1968; Anthony STORR, «La agresividad humana», Alianza Editorial, Madrid,

el epicentro de la agresividad humana, a nivel individual y comunitario. A la violencia física, condenada en los Códigos, se opone, como condicionantes que empañan una nítida condena también moral, la constatación de violencias estructurales, políticas, jurídicas, económicas y culturales. En el transfondo está el concepto marxiano de superestructura, que, en fórmula de Max WEBER, llega a caracterizar al Estado como «el detentador del monopolio de la violencia». Concretando aún más, y generalizando, partidistamente, situaciones aún recientes de autoritarismo exacerbado, se contraponen, al terrorismo revolucionario, el terrorismo como método de gobierno, el terrorismo político gubernamental, el terrorismo de Estado; e incluso se señala a éste como el fundamental obstáculo para el logro de un acuerdo unánime en orden a su represión internacional¹².

Todas las anteriores cuestiones —meramente enunciadas—, y aún otras que hacen al tema sumamente denso y polémico, no pueden dejar de tenerse en cuenta cuando se trata de estudiar el terrorismo, incluso cuando el estudio se limita a su concepto jurídico-formal; pero, en este último concreto marco, adquieren, además, relevancia decisiva, tanto la función conceptual del lenguaje, como la voluntad legislativa del Estado. Aquí también, según su propia función, el Derecho no ha hecho sino acoger, y traducir a términos jurídicos, un concepto y un término elaborados en el seno social. Así, se ha llegado a una caracterización del terrorismo como terrorismo político¹³, netamente diferenciado del que, por responder a otros fines, pudiera calificarse de terrorismo común; y como terrorismo político revolucionario, frente al que puede tener su origen en el abuso del poder gubernamental, para el que se reserva —y ello no es novedad, pues procede ya de los tiempos del Comité jacobino de Salud Pública— el término de Terror, que, en modo alguno merece justificación, ni siquiera condescendiente tolerancia, pero que tampoco puede confundirse con aquél, pues responde a esquemas penales totalmente distintos, y requiere, por tanto, modos específicos de represión.

1970; Juan ROF CARBALLO, «Violencia y ternura», Prensa Española, Madrid, 1967.

¹² Vide RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», págs. 70 y 71. Sumamente gráficas las citas, que allí hace de SATNCIU (inadmisibilidad de un «terrorismo bueno» y un «terrorismo malo») y de VOUIN (por que el fin no justifica los medios, la condena del terrorismo contra el Estado no puede implicar la aprobación del terror).

¹³ Desde WACIORSKI, «Le terrorisme politique», París, 1939 (obra no consultada directamente, pero de cita común: ASUA, RODRÍGUEZ DEVESA, etc.).

La esencia del terrorismo consiste en el desasosiego, desazón o intranquilidad pública, no como fin en sí, sino como etapa o estadio de otros fines ulteriores. El delito es el medio —proteico y despiadado— de producir aquella. El fin último, es la conquista del poder; y, por tanto, el terrorismo debe inscribirse en el marco de los delitos políticos.

Esta última afirmación puede resultar polémica; y por ello precisa justificarse. No quiere decirse que el delito, medio de la acción terrorista, no sea, por regla general, un acto feroz e injustificable, un acto malo en sí, visceralmente repugnante a los sentimientos de humanidad más elementales. Pero, así como entre los delitos comunes existen figuras de creación política —pues no hay que confundir el delito político con el de creación política, también llamado artificial—, igual, entre los delitos políticos, se dan formas de delitos naturales. Una correcta concepción del delito político exige desterrar para siempre el maniqueísmo liberal y el autoritario. El primero, pudibundo y farisaico, se obstina en reducir el delito político a la expresión ideológica, es decir, a lo que, en estricto liberalismo, no es o no debe ser delito; negando aquel carácter a los crueles actos de terrorismo, a los más merecedores de afectada indulgencia. El segundo, mendigando reconocimientos democráticos, acude a la lucha dialéctica en el terreno y con las armas elegidas por su adversario, sin afirmarse en posiciones propias, o, si lo hace, en términos apocalípticos e injustamente generalizadores. Superando ambas posiciones, puede concluirse que los actos de terrorismo, sin disculpar en nada la perversidad de los más inhumanos crímenes, son también delitos políticos, tanto si se aceptan, para su caracterización, las teorías subjetivas —de la motivación y finalidad—, como las objetivas —del bien jurídico protegido—, y, sin perjuicio de reconocer que en los delitos de terrorismo son varios los bienes jurídicos que se atacan, lo que, por otra parte, tampoco es privativo de ellos.

De la esencia, enunciada, del terrorismo, se deduce lógicamente que el acto aislado carece de sentido. La repetición, la sucesión de actos, también se destaca en las definiciones¹⁴

¹⁴ Ver RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 235. Para CUELLO CALÓN (Parte General, pág. 297, «Terrorismo significa la creación, mediante la ejecución repetida de delitos, de un estado de alarma o de terror». «El terrorismo, como su nombre indica —dice GÓMEZ CALERO—, se integra por una sucesión de actos de violencia, ejecutados para infundir terror». Para ASUA («Tratado», II, pág. 969), es «la serie de crímenes que se tipifican por la alarma que producen».

como característica esencial del concepto; y este carácter del terrorismo, como método sistemático de lucha contra el poder político, ya para derrocarlo, ya para condicionar sus decisiones, pone de relieve el íntimo parentesco que existe entre él mismo y el delito de rebelión. Si —como dice RODRÍGUEZ DEVESA¹⁵— «ha pasado la coyuntura histórica en que se podía hacer frente al Gobierno con armas de fortuna, que se diferenciaban en poco de las usadas por el Ejército regular», si —como él mismo añade— «el enorme costo de los ingenios bélicos, el aumento de su potencia, su monopolio por el Estado, y hasta el rígido control de éste sobre la casi totalidad de las armas, hacen ilusorio el éxito del alzamiento público», la consecuencia lógica de todo ello ha sido el desplazamiento de las formas revolucionarias clásicas, abiertas y rituales —con proclama y grito—, a las larvadas de la guerra subversiva, donde la acción terrorista se sitúa en plano relevante, por sus efectos materiales y psicológicos¹⁶. Esta analogía entre terrorismo y rebelión —más aún, su identificación sustancial, pues llega a decir que «la titulación terrorismo es más de alcance vulgarizante que técnico»— se destaca también en la ya citada Circular de la Fiscalía Togada del Consejo Supremo de Justicia Militar, en orden a justificar la atribución de competencia a la Jurisdicción Castrense, para los delitos de la Ley Núm. 42 de 1971, y su ubicación en el Texto Penal Especial.



Concebido el terrorismo, en la forma que ha quedado expuesta, como político revolucionario, es una forma de delincuencia nacida y desarrollada en la sociedad contemporánea; tiene, poco más o menos, cien años. Los que se citan como precedentes romanos, medievales o renacentistas (Spartaco, «Jacquerie», Münster), las revueltas ancilares, las explosiones mi-

¹⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 169.

¹⁶ Para un estudio de la guerra subversiva, además de las citas hechas en nota anterior (2), puede consultarse Manuel PATO MOVILLA, «La subversión y las fuerzas Armadas», Madrid, 1969. (De especial interés la división que hace del proceso bélico-subversivo, en cinco fases —páginas 33 a 37— de las cuales, la segunda —fase de agitación—, es de aparición, esporádica, del terrorismo, y la tercera —fase de consolidación de la organización subversiva— es ya de terrorismo intenso y activa guerrilla). Sobre guerra de guerrillas, vide Manuel DÍEZ-ALEGRIA, en «Ejército y Sociedad», Alianza Editorial, Madrid, 1972 (estudio tercero —breve, pero denso, págs. 103 a 149— de los cuatro que comprenden el volumen).

lenaristas —con carga herética, no sólo teológica, sino también política— son manifestaciones de la rebelión (entonces, aún crimen de majestad), pero no terrorismo en el sentido enunciado, por más que en sí comportaran crueldades y deprecaciones.

Repetimos: el terrorismo es un delito no más que centenario. Hay dos fechas decisivas. El 9 de septiembre de 1872, Miguel Bakunin fue expulsado de la Primera Internacional, lo que provocó la escisión y posterior destrucción de la misma. En 1866, Alfredo Bernardo Nobel, haciendo absorber nitroglicerina por tierra de infusorios, inventó la dinamita; y nueve años más tarde —precisamente, en este de 1975, se cumplen los cien exactos— al gelatinizar aquella, dejó intuida —sino desvelada ya— la indemne facilidad de la manipulación del plástico. La primera de estas fechas supone el tránsito del ácrata individual al sindicalista teóricamente fanatizado por la fe en el principio de «la propaganda por el hecho»; la segunda, el cambio del instrumento homicida: el puñal y la pistola por la bomba y el explosivo.

Pero, a las anteriores afirmaciones es urgente formular reservas: a) Ni el terrorismo es esencial a la doctrina anarquista¹⁷; b) Ni el anarquismo tuvo siempre, ni tiene, el monopolio de la acción terrorista¹⁸; c) Ni el explosivo —el terrorismo «a la bomba»— es el único medio de acción¹⁹. Más, aún con las

¹⁷ En las formulaciones teóricas —de Proudhome desde luego, del príncipe Piotr Alexeievich Kropotkin, de Julio Gesde— el terror no es consustancial a la doctrina, sino que incluso se le repudia. Según ASUA («Tratado», III, pág. 206), «La teoría anarquista puede repugnar el atentado (así Kropotkin), más al menos una secta de anarquistas —creación del ruso Netschajew y del suizo Pablo Brousse— lo acepta como propaganda por el hecho. Pero el anarquismo de Bakunin, lleva consigo el carácter insurgente y revolucionario puesto que aquel proclamó enérgicamente la «pandestrucción universal».

¹⁸ Del Ku-Klux-Klan a la O.A.S., la más reciente historia demuestra el uso de métodos terroristas por sectores conservadores. Dentro de los socialismos marxistas, la cuestión ha dado lugar a escisiones y enfrentamientos irreconciliables: frente a quienes, como Kautsky o Bernstein, esperan el desenlace evolucionista de las propias fuerzas económicas, con fe ciega en el suceso, lento pero inexorable, la praxis, a partir de Lenin y Trotsky, exige, como ineludible, la violencia. La clave está en el propio Carlos Marx, contradictorio y ambiguo; pues, si de muchos textos pudieron concluir los intérpretes (FROM, LUKACS, SCHUMPETER, MARCUSE, ALTHUSSER), que la teoría de la violencia es esencialmente marxista, siempre quedará la duda de todo el alcance que se pretendió dar a la Undécima Tesis sobre Feuerbach, y la clara apelación a aquella en las frases finales del Manifiesto Comunista.

¹⁹ Ya se ha aludido a la ampliación de la base delictiva en el repertorio terrorista. Desde otro punto de vista, pasado el primer cuarto del

anteriores reservas, forzoso es reconocer al anarquismo la paternidad de una forma de lucha, metódica y violenta, contra el Estado, forma que adquirió en el Derecho represivo un «nomen iuris» deducido de fin inmediato de aquella, y autonomía conceptual y dogmática²⁰. En todo caso, el amplio desarrollo de la acción directa anarquista, a partir del último tercio del siglo pasado, sirve también de punto de partida al examen de la legislación destinada a perseguir el terrorismo. El examen de esta legislación, en España, será el contenido de los capítulos siguientes.

siglo actual, las organizaciones anarquistas derivaron, de unos innegables orígenes de violencia, a la adopción de la huelga como instrumento casi único de lucha y de propio perfeccionamiento sindicalista.

²⁰ La opinión de SALDAÑA (citada por ASUA, «Tratado», III, pág. 207, nota núm. 136), de que, pues el anarquismo no aspira a gobernar, sino a destruir el Estado, el delito anarquista no es político, sino precisamente «apolítico», no pasa de ser una pretenciosa originalidad dialéctica, científicamente superficial y hasta de gran simpleza como sofisma. Aparte de que esa vocación aniquiladora de bien jurídico, y de la norma que lo asimila, puede encontrarse en otros tipos delictivos —y muy especialmente en aquellas actividades punibles en que el móvil adquiere relevancia causal—, ninguna fórmula anarquista, por radical que sea, llega al absurdo de negar, en términos absolutos, el poder político, sino su forma actual, el Estado y sólo pretende acercar el mismo a la sociedad, entreverarlo en ella, y dispersarlo en múltiples competencias (municipios, sindicatos), que luego pueden armonizarse federativamente.

SEGUNDA PARTE

EVOLUCION LEGISLATIVA

Como en los demás países, en España, las primeras manifestaciones terroristas deben ser puestas también en el haber anarquista. La delegación española que acudió a La Haya, en 1872, tras la fisura producida en el Congreso, pasó por Saint Imier del Jura los días 15 y 16 de septiembre, y después regresó al país con las consignas de la Alianza de los Socialistas Revolucionarios y el Catecismo bakuniniano. Pero, la primera bomba no estalla hasta 1891. La época intermedia se caracteriza por el magnicidio, el incendio o el asesinato vulgar¹. Los mismos sucesores de Jeréz (enero de 1892), pertenecen más al capítulo de la sedición que al propio del terrorismo; y no es hasta esta última década del siglo cuando el terrorismo se manifiesta en su forma más característica. A la explosión de 1891 —contra la Asociación Patronal Catalana de Fomento— siguen otras, también en Barcelona; por sólo citar las de resultados luctuosos: Teatro del Licco (1893) y Procesión del Corpus (1896, ya en vigor la primera Ley especial, lo que provocó su reforma).

Cuando aparecen estas primeras manifestaciones violentas del terrorismo anarquista, no existía otro instrumento legal

¹ La sociedad de «La Mano Negra» tuvo una existencia, si aceptamos el testimonio —no precisamente sospechoso— de PI y MARGALL, que, en su «Historia de España» (Tomo VI, págs. 224-225), publica sus Estatutos. Puede verse, también: Juan DÍAZ DEL MORAL, «Historia de las agitaciones campesinas andaluzas», Alianza Editorial, Madrid, 1967. Se sugiere la duda, o se afirma claramente una fraudulenta maniobra gubernamental en otros autores (GARRIDO, CONSTANCIO BERNALDO DE QUIRÓS, BRENNAN, HOBSBAWM, etc.).

represivo que el Código Penal de 1870². Este Texto no proveía con otras soluciones que las de tradicional regulación de los delitos contra las personas, reforzadas lo más —cuando ello era posible— por la circunstancia agravante objetiva de estragos; y, en los delitos contra la propiedad, con una casuística formulación —hoy subsistente aún— del delito de incendios (arts. 561 y sigs.) y del de estragos (art. 572). «Se consideró —dice QUINTANO³— que ello no era suficiente para la rápida y severa represión que la gravedad del mal reclamaba.» Y acudió a remediar esta necesidad la Ley de 10 de julio de 1894, primera de una larga serie que adoptaron el sistema de Leyes especiales.

I. LA LEY DE 10 DE JULIO DE 1894.—Consta esta Ley de catorce artículos, de los cuales, los ocho primeros constituyen la materia penal, los número 10 a 14 contienen particularidades procesales para el enjuiciamiento de los delitos definidos en aquellos, y el noveno atribuye la competencia para conocer de los mismos al Tribunal del Jurado. Termina con una Disposición Final por la que se llama como derecho supletorio a la legislación ya existente, tanto penal como de procedimiento, en todo lo que no haya sido objeto de modificación.

La Ley se caracteriza, única y exclusivamente, por el medio instrumental: el empleo de sustancias o aparatos explosivos. Así se expresa en su título y resulta de su articulado; por ello ha sido muy acertada la denominación de «Ley de Explosivos», con que se la conoció en todo tiempo. Limitada pues, por el medio instrumental, quedan fuera de ella los incendios provocados por otros distintos, y los estragos no derivados de explosión: rige para ellos la Ley general.

Es una Ley especial por razón de la materia. El Texto legal no contiene, en los tipos penales que formula, especiales referencias al sujeto activo, y, en todo momento se produce en términos objetivos, aséptico de motivaciones y fines; pero el especial interés del legislador en regular la participación (art. 4.º), y sobre todo la provocación (art. 6.º), y las disposiciones

² «La aparición de un tipo de criminalidad que a la gravedad de los daños que ocasionaba unía de ordinario el empleo de medios cuya peligrosidad era notoria, motivó que los Estados cuyos textos punitivos eran anteriores a la manifestación de tal forma de criminalidad acudieran al sistema de leyes especiales para su represión». (Tomás JASO ROLDÁN, en «Derecho Penal», de Antón Oneca, II, pág. 106).

³ A. QUINTANO RIPOLLÉS, «Curso...», II, pág. 299.

que sancionan la apología de delitos y delincuentes (art. 7.º) y establecen la disolución de Asociaciones (art. 8.º), revelan claramente que tiene un destinatario específico, sobre todo si se piensa en la realidad socio-política del tiempo en que se dictó.

Establece las siguientes tipologías:

a) Atentar contra las personas o causar daño en las cosas, empleando sustancias o aparatos explosivos, cuando la explosión se verifique (art. 1.º).

b) Colocar sustancias o aparatos explosivos en cualquier sitio público o de propiedad particular, para atentar contra las personas o para causar daño en las cosas, cuando la explosión no se verifique (art. 2.º, párrafo 1.º).

c) Emplear sustancias o aparatos explosivos para producir alarma (art. 2.º, párrafo 2.º), ya la explosión se verifique, ya no tenga lugar la misma.

d) Tener, fabricar, facilitar o vender sustancias o aparatos explosivos (art. 3.º).

e) Amenazar con causar un mal de los previstos en el art. 1.º de la propia Ley, aunque la amenaza no sea condicional (art. 5.º).

f) La apología de los delitos, o de los delincuentes, penados por la propia Ley (art. 7.º).

Las anteriores formulaciones —en cuanto que su esencia aún permanece en el derecho vigente— merecen algunos comentarios o consideraciones:

1.—*Atentado (o causación de daño material)*.—La distinción —que la explosión se verifique o no— entre el delito del art. 1.º y el del art. 2.º, párrafo 1.º (apartados a) y b) anteriores) no es, como pudiera parecer a primera vista, una condición objetiva de punibilidad, pues la condición no es ajena a la acción, sino la alternativa y contingente hipótesis de su perfección. Así, pues, el art. 2.º apartado 1.º, sanciona como delito propio un supuesto de tentativa, pues no otra cosa es colocar las sustancias o aparatos explosivos, «para atentar», cuando la explosión no llegue a verificarse. En todo caso se exige un principio de ejecución («colocar») y que ello se haga «en sitio público o de propiedad particular», no siendo punibles (al menos dentro del tipo que se comenta, y sin perjuicio de lo que resulte del art. 3.º de la Ley, pero entonces ya por otro título de imputación) los actos preparatorios. No se prevé el desistimiento de la tentativa; y esta imprevisión debe resolverse en

favor de su impunidad, por aplicación del Código general, llamado por la Disposición Final de la Ley.

Pero, el párrafo comentado comprende no sólo la tentativa, sino también la frustración; es decir, las dos formas de desarrollo imperfecto. Formula pues, un delito de los llamados de resultado anticipado. Entonces en el art. 1.º de la Ley aparece, nítido y exento, un delito que no admite más forma que la consumativa; que puede ser de lesión o de peligro, pero que, en todo caso, exige un resultado mínimo: la explosión. Y el verbo activo («atentar») se presenta con un contenido más denso que el de mero inicio en la ejecución, destacándose más su signo intencional que el de grado de desarrollo. Lo cual —entendiendo— puede ser útil para la interpretación de la legislación vigente.

Se requiere un resultado mínimo de explosión, que es un resultado de peligro abstracto, por exclusión de los demás. El sobreañadido de lesión (en las personas) lleva consigo una agravación específica de la penalidad; y lo mismo el intermedio supuesto de peligro concreto para las personas. Las penas —de gran severidad— se gradúan por el legislador en función de los resultados.

2.—*Alarma*.—Al castigar, también la Ley, el mero empleo de sustancias y aparatos explosivos, meramente «para producir alarma», pierde momentaneamente aquel carácter de objetividad que le hemos atribuido antes, y explicita la finalidad para que fue dictada. Se inserta en el tipo un elemento subjetivo que irá ampliándose y extendiéndose en las reformas ulteriores o a partir de la de 1934. Claro que el atentado contra las personas, o el daño en las cosas, con aquellos peligrosos medios, producirá, por regla general, aquel efecto, pero ello estaba sólo implícito en la definición típica. Aquí basta, no ya el resultado de alarma, sino la simple intención de producirla, se verifique o no se verifique la explosión, lo que, no obstante, influye en la medida de la pena. El verbo («emplear») perfila la acción mucho más vagamente que en los delitos anteriores, pero en todo caso, exige también un principio de ejecución.

3.—*Tenencia*.—La tenencia, facilitación, fabricación o venta de sustancias o aparatos explosivos es una forma delictiva que también ha pasado a la legislación posterior, como han de pasar —con retoques— las varias hipótesis de su punición (intencionalidad especial en su empleo, conocimiento de su des-

tino, racional sospecha de este destino —culpa—, mera infracción reglamentaria).

4.—*Amenazas.*—Se castigan aún cuando no sean condicionales: esto está claro, como la referencia al art. 1.º. Pero, al intentar actuar esta referencia, al poner en contacto ambos preceptos, surge la cuestión de si el mal de que habla el art. 5.º comprende todos los resultados previstos en aquel, o sólo se refiere a los de lesión, es decir, a las amenazas de muerte y lesiones (núm. 1.º) y de daños materiales (núm. 3.º), con exclusión de todos los demás supuestos que caben bajo este último número, y desde luego, los del núm. 2.º. Por otra parte, entiendo que la amenaza ha de abarcar también el medio instrumental que constituye el tema típico de la Ley, que ha de amenazarse con el empleo de explosivos, aunque ello no esté expreso en el comentado art. 5.º. La penalidad, no autónoma sino subsidiaria del delito con que se amenaza, responde al concepto entonces vigente del delito de amenazas, como tentativa alejada o remota.

5.—*Apología.*—Se castiga la de los delitos y la de los delinquentes, siendo estos —ha dicho la Sentencia de 22-II-1908— no sólo los declarados tales por fallo irrevocable, sino aquellos a quienes se atribuye la comisión de los delitos. La apología, en el Diccionario, es «defensa o alabanza»; y entiendo que, si bien respecto de la alabanza la antijuridicidad es incondicionada, en cuanto a la defensa debe reducirse el concepto para justificar, desde luego, la procesal, siempre que esta se limite por el hecho y se desarrolle dentro del «usus fori», de tal forma que no venga a convertirse en aquella. La apología, en fin, ha de ser posterior al hecho, la anterior sólo puede ser provocación, que se sanciona con independencia.

En efecto, la Ley que comentamos, contiene reglas especiales para la participación delictiva. Condena: a) La provocación, aún sin inducción directa (art. 6.º), en igual medida que la autoría si fuere seguida de perpetración, con pena inferior en otro caso; b) La conspiración (art. 4.º, apartado 1.º); c) La proposición (art. 4.º, apartado 2.º).

Por último, diremos que la disolución de Asociaciones, a que se refiere el art. 8.º, tiene más el carácter de sanción administrativa o de policía, que el de genuina sanción penal.

II. LA LEY DE 2 DE SEPTIEMBRE DE 1896.—Los sucesos del Corpus de 1896, en Barcelona, determinaron que el 2 de septiembre de este año se promulgara otra Ley «de más franca represión contra los anarquistas»⁴. En efecto, en su misma denominación ya no se silencia el destinatario de sus disposiciones, ni en el art. 4.º los periódicos o Centros cuya supresión o clausura autoriza al Gobierno.

Esta Ley —de vigencia temporal⁵— deja subsistente la de 1894 (art. 8.º y 2.º, párrafo final), en cuanto no haya sido modificado por ella; por lo que interesa examinar el alcance de sus disposiciones, que son de dos clases: sustantivas y orgánicas.

Las de derecho penal sustantivo se encuentran en el art. 1.º, que sustituye a los arts. 1.º y 2.º de la Ley anterior, quedando ésta vigente para la tenencia, fabricación, facilitación y venta, para las amenazas y para la apología. También para las explosiones que tuvieran por único fin producir alarma, sin originar peligro. En cambio, se extiende su ámbito de aplicación por razón del medio, para comprender no sólo el empleo de sustancias o aparatos explosivos, sino también el de «materias inflamables», reduciéndose, en esta misma medida, el campo de aplicación del delito de incendios del Código Penal. Se rigoriza la penalidad —imponiendo la de muerte, como pena única, si se produce un resultado luctuoso— y sigue regulándose a través de cinco graduaciones establecidas sobre la conjugación de los posibles resultados (lesión —muerte, lesiones, daños— y peligro —concreto o abstracto—, que, además, ahora se combinan con los de perfección o imperfección en el desarrollo). No obstante, se prevé la posibilidad de rebaja o conmutación de las penas que, en atención a las circunstancias, resultaron notoriamente excesivas, por vía de indulto particular (art. 3.º).

En el aspecto orgánico, el art. 2.º atribuye a la Jurisdicción Militar la competencia para conocer de los delitos que regula la propia Ley (los de su art. 1.º); y reserva a la misma —o a la de Marina, en su caso— la que le corresponda por los criterios de

⁴ J. DE ASUA, «Tratado», III, pág. 209.

⁵ Por tres años art. 7.º). «Tal sistema —dice JASO, *op. cit.*, página 106— (el de leyes especiales), lo recomendaba como idóneo la creencia de que aquella (forma de criminalidad) era episódica y transitoria. Pero lo que quizás apareció con tal carácter se fue convirtiendo en permanente». «Impregnada de la idea —dice RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 234— de que se trataba de un género episódico de delincuencia. Por desgracia los hechos han venido a desmentir aquellas previsiones optimistas.»

fueo local y personal, respecto de los delitos que aún ha de regular la Ley de 1894.

Complementaron la Ley de represión del anarquismo, las siguientes disposiciones:

1. Un Real Decreto, de 15 de septiembre de 1896, de organización policial especializada.

2. Otro Real Decreto, de 16 de septiembre de 1896, que, en desarrollo de lo dispuesto en el art. 5.º de aquella, limita a las Provincias de Madrid y Barcelona las facultades atribuidas al Gobierno por su art. 6.º.

3. Una Real Orden (Guerra), de 2 de diciembre de 1896, de carácter interpretativo para la aplicación de la Ley en la Jurisdicción Militar.

4. En la Gaceta del día 7 de diciembre de 1896, se publica de nuevo el Texto íntegro de la Ley, para corregir un error material padecido en el núm. 2.º de su art. 1.º, el que «hace variar por completo su sentido y que puede dar lugar a dudas en la interpretación y aplicación de la misma». (En la primera publicación se decía —tanto en el núm. 2.º como en el núm. 3.º del art. 1.º— «aunque no resultare daño en las cosas», con lo cual ambos con distintas penas, se referían a idénticos supuestos; la redacción primitiva, en el núm. 2.º, se sustituyó por la de «y resultare daño en las cosas».)

5. Un Real Decreto de 12 de agosto de 1897 —consecuencia inmediata del asesinato, el día 8 de dicho mes, del Presidente del Consejo don Antonio Cánovas del Castillo— extiende a todo el territorio nacional las facultades gubernativas del art. 4.º sobre suspensión de periódicos, cierre de Centros y extrañamiento de propagandistas.

6. Un Real Decreto, de 6 de septiembre de 1899, prorrogando, por un año más la vigencia de la Ley, al darse el caso —previsto en su art. 7.º— de no estar reunidas las Cortes.

III. RESTAURACIÓN DE LA LEY DE 1894.—Pero este último Real Decreto debía ser notificado a las Cortes⁶; y, al procederse a este trámite, la no ratificación en el Senado dejó sin vigor la Ley, que pese a su temporalidad, «realizó la sana política de terminar con los actos terroristas...» pues... «durante bastantes años este casi «delicta iuris gentium» aparece sólo de modo esporádico en nuestro suelo»⁷.

⁶ Art. 7.º de la Ley de 2 de septiembre de 1896.

Su caducidad produjo la plena vigencia de la Ley de 1894 y del Código Penal de 1870. Se entra entonces en una fase de Proyectos. El 23 de noviembre de 1904 se presenta uno en el Senado, que modificaba la Ley de Explosivos, ampliando su esfera de acción, alterando las penas y atribuyendo a los Tribunales de Derecho la competencia para conocer de las causas por amenazas, provocaciones y apologías. En 1906 es el Gobierno quien promete una Ley especial más completa; y en 1907 la reforma del Código Penal para llevar a él las disposiciones de la Ley de 1894, mejorándolas. En 1908, un Proyecto de Ley de represión del terrorismo, presentado por don Antonio Maura, obtiene la aprobación del Senado, pero no llega a discutirse en el Congreso. En los Proyectos de Código Penal de Landeira-Cobián (1912) y de Piniés (1921), se contienen novedades atinentes al tema; y algunas de las del primero han sido tenidas en cuenta en la redacción del Código de 1928.

IV. EL CÓDIGO PENAL DE 1928.—El Código de la Dictadura, de 8 de septiembre de 1928, incorpora a su Texto el tema de la Ley especial, a la que, por tanto, deroga. No se trata de una mera adición, en Título o Capítulo añadido a las otras figuras que pudieran tener con aquel cierta afinidad, sino la consecuencia de la total reestructuración llevada a cabo en el Texto punitivo fundamental.

Frente al criterio dualista clásico (delitos contra el Estado, delitos contra el individuo), peremne en nuestro Derecho desde el viejo Código de 1822, a través de los de 1848-50 y 1870, el nuevo se inspira en un criterio de clasificación trimembre, que ya había sido propugnado por la doctrina⁷ y después obtendría amplia aceptación en las legislaciones⁸. Junto al binomio citado, admite un «tertius genus», y dedica su Título IX del Libro II, a los «Delitos contra la seguridad colectiva».

Distribuye la extensión de este Título en tres Capítulos a saber:

⁷ PUIG PEÑA, III, pág. 149.

⁸ Así: «Delitos contra la sociedad» (IHERING, THYRÉN); «Delitos contra los bienes generales» (MEYER); «Delitos de peligro colectivo» (BINDING), etc. Entre nosotros, QUINTANO («Curso...», II, pág. 299), adoptó esta técnica: «Infracciones contra la comunidad social».

⁹ «Delitos contra la incolumidad pública» (Italia, 1930); «Delitos de peligro colectivo» (Suiza, 1937); «Delitos de peligro común» (Checoslovaquia, 1950); «Delitos contra la seguridad colectiva de personas y bienes» (Yugoslavia, 1951); «Delitos contra la seguridad, el orden y la salud pública» (U.R.S.S., 1960).

A) Capítulo I: «Estragos y delitos afines», que, a su vez, subdivide en dos Secciones: 1.^a) Cometidos maliciosamente (arts. 559 a 568); y 2.^a) Imputables a imprevisión, imprudencia e impericia (arts. 569 a 578).

B) Capítulo II: «Delitos de incendio» (art. 579 a 587).

C) Capítulo III: «Delitos contra los medios de comunicación» (arts. 588 a 597).

La principal característica de la nueva ordenación penal —aparte de la ya dicha, o como consecuencia de ella— consiste en la objetividad que preside la formación del tipo, sin ingrediente subjetivo de móviles o fines de ninguna clase. Tanto es así, que al lado del delito intencional (o malicioso, como le denomina), regula el meramente culposo, sustrayendo a la imprudencia punible muchas de sus hipótesis, como también al delito de daños, entre los de contra la propiedad.

La extravagancia de este Texto dentro de la tradición nacional anterior y posterior al mismo, justifica que limitemos su análisis a la enumeración —lo más sucinta posible— de las disposiciones del mismo que ofrezcan relación con el tema.

A) *Estragos y delitos afines (cometidos maliciosamente)*.—Este Capítulo I, Sección 1.^a, absorbe los delitos de explosivos de la Ley especial. En el art. 559 se conserva la tipología del atentado personal o causación de daño material mediante sustancias o aparatos explosivos, a los que ahora se añade el empleo de «otros medios capaces de producir grandes estragos», que se sigue castigando por una extensa escala graduada en función de los criterios de resultado, peligro y grado de desarrollo, el último grado de la escala corresponde a la explosión «con el único fin de producir alarma». La pena más grave es la de veinticinco años de reclusión a muerte, para los resultados de muerte y lesiones. La tenencia, fabricación, facilitación, transporte (acción nueva en el Código) y venta, es castigada en el art. 560, con la novedad de una mucho más amplia y elástica enumeración del objeto; y, en el 561, la provocación —vaya o no seguida de perpetración— de los anteriores delitos y la apología.

En los artículos siguientes se castiga: a) La destrucción de diques y obras destinadas a evitar las inundaciones, a disminuir sus efectos o a encauzar las aguas, y la producción de inundaciones por cualquier otro medio (art. 562); b) La causación de naufragio, varamiento o destrucción de nave o aeronave, por medios distintos de la explosión o el incendio (art.

563); c) La destrucción, inutilización y alteraciones de señales establecidas para la seguridad de la navegación marítima o aérea, o la creación de otras que puedan ocasionar naufragio o varamiento de buque, o pérdida o grave deterioro de aeronave (art. 564); d) Obstaculizar o impedir la extinción de incendios (art. 565); e) Destruir o deteriorar instalaciones o conducciones eléctricas, gasógenos, instalaciones hidráulicas, saltos de agua y otras obras que no sean las enumeradas en el art. 562 (art. 566); f) Destruir o deteriorar aparatos de seguridad usados para proteger la vida o la salud de los empleados en minas, trabajos subterráneos u otras industrias peligrosas (art. 567); g) Infracción de Reglamentos sobre dirección o ejecución en la construcción o demolición de obras (art. 568).

B) *Incendio*.—En el Capítulo II (arts. 579 a 587), se castiga el incendio de edificios públicos o particulares, destinados a reuniones, de iglesias, fábricas, talleres, almacenes de materias inflamables o explosivas, trenes militares o de viajeros, tranvías, automóviles u otros vehículos, buques, naves, aeronaves, y otros muchos supuestos que se enumeran y omitimos.

C) *Delitos contra los medios de comunicación*.—Dentro del Capítulo III, considera como tales: a) Destruir o inutilizar puente, viaducto, túnel o cualquier otra obra análoga de ferrocarril; causar en ellas daño que produzca su ruina; destruir o descomponer la vía o colocar en ella obstáculos, cambiar o inutilizar las señales de seguridad; cortar las comunicaciones telegráficas o telefónicas; causar daños en el material fijo o móvil; abandono de servicio por maquinistas, guardafrenos, Jefes de Estación, etc. (arts. 588 a 590); b) Destruir caminos, canales, fondeaderos, muelles, campos de aterrizaje u otras obras destinadas a la comunicación pública, por tierra, agua o aire; e impedir u obstaculizar la navegación por ríos o canales (art. 591); c) Disparar arma de fuego contra tren, tranvía o carruaje (art. 592); d) Impedir o entorpecer las comunicaciones telegráficas, telefónicas o semafóricas (art. 593); e) Instalar ilícitamente emisoras con fines del delito de traición (art. 594); f) Instalar, destruir o modificar señales de faros, boyas, etcétera (art. 595). Castiga también la imprevisión, imprudencia e impericia (art. 597).

La simple enumeración hecha, sin más comentario¹⁰, permite añadir a las antes mencionadas una nueva característica: la farragosa regulación, consecuencia del casuismo a que se descende tanto en la definición de la acción, como en los medios, en los objetos y en los resultados; lo que conduce, por su mismo particularismo y atomización, a hipótesis que se escapan a la tipificación legal, frustrando así las pretensiones omnicomprendivas del legislador, amén de crear cuestiones difíciles de interpretación. Unas veces invade la legislación castrense; otras, además de ello —como cuando, por ejemplo, castiga la creación ilícita de emisoras con fines de traición— desborda incluso el contenido propio del Título, sin otro nexo de unión con los delitos asurcanos que el del medio u objeto. La legislación posterior volverá a residenciar los incendios y estragos sin especiales motivaciones entre los delitos contra la propiedad, creará otros nuevos (desórdenes públicos, terrorismo, etc.), o los mantendrá en la legislación especial, caracterizados por fines o móviles y —aunque todavía complejos en enumeraciones— sumamente desembarazados de detalles.

V. LA LEGISLACIÓN REPUBLICANA.—Consecuencia del radical cambio en la forma de Gobierno que se produjo el 14 de abril de 1931, un Decreto del Gobierno Provisional de la República del día siguiente —15 de abril— anuló el Código de 1928, restableciendo el «statu quo» legislativo anterior al mismo, y por tanto, la Ley de 1894 y el Código de 1870; y, como en éste no se introduce, por el de 1932, ninguna novedad que merezca ser anotada aquí (salvo la supresión de la pena de muerte: Disposición Transitoria 3.ª, para las Leyes especiales), con aquella ya vieja Ley se llega a la Revolución de octubre de 1934. Inmediata consecuencia de ella fue:

LA LEY DE 11 DE OCTUBRE DE 1934.—Esta Ley consta de seis artículos más otro final, que deben ser estudiados en los apartados siguientes:

A) *Delitos de Terrorismo y Explosivos (arts. 1.º al 4.º).*—Las características de esta Ley, en este punto son las siguientes:

▪ Comentó el Código de 1928 A. JARAMILLO GARCÍA, «Novísimo Código Penal, comentado y cotejado con el de 1870», Salamanca, 1929, páginas, 235-239. Obra sumamente superficial en la exégesis, radicando su mayor utilidad en la indicación de los precedentes del Texto nuevo y en la cita de correspondencias de su articulado.

a) Introduce en el tipo un requisito finalista, un elemento subjetivo del injusto, que desde entonces —con retoques de dicción— ha de ser una constante en la legislación española (el «propósito de perturbar el orden público, aterrorizar a los habitantes de una población o realizar alguna represalia de carácter social»). El legislador expresa por primera vez el esencial carácter del delito de terrorismo, por el objetivo inmediato que la acción persigue; lo que en la legislación anterior sólo se intuía, o a lo más, se declaraba tímidamente a través del propósito de «producir alarma».

b) El verbo activo («utilizar», «emplear») que, a primera vista, pudiera parecer de mayor vaguedad o elasticidad que los de la legislación precedente, se matiza y circunscribe al delito consumado, en la fijación de las penas en función del resultado, ya que, aún en los supuestos de sólo peligro, se exige «que el estrago se produjera» (núm. 2.º), o que produzca un «efecto» (núm. 3.º). Para las formas de desarrollo imperfecto se aplicarán las disposiciones generales del Código Penal (art. 6.º, párrafo 3.º).

c) El medio comisivo se amplía para comprender ya no sólo la utilización de «sustancias explosivas o inflamables», sino también el empleo de «cualquier otro medio o artificio proporcionado y suficiente para producir graves daños, originar accidentes ferroviarios o en otros medios de locomoción terrestre o aérea».

d) En orden a la penalidad, se mantiene —aunque reducida a tres términos— el clásico criterio de graduación en función del resultado, de lesión o de peligro. En este mismo orden, se restaura en la legalidad republicana —aunque nunca como pena única— la de muerte, cuyo extrañamiento de la legislación nacional no llegó a durar dos años.

Además del delito de terrorismo objeto del art. 1.º de la Ley y de los apartados anteriores de este trabajo, regula también aquella los delitos de fabricación, tenencia o transporte de materias explosivas o inflamables, sin la debida autorización, así como su expendición o facilitación —aunque la tenencia sea legítima— sin las suficientes previas garantías (culpa) a los que luego las emplearen para cometer delitos de terrorismo (art. 2.º); castiga también la provocación pública —aún sin inducción— y la apología de la infracción o de su autor (art. 3.º), así como la condición de miembro de una Asociación o colectividad organizada, o la intervención en una conspiración, que tuvieren por objeto cometer delitos de terrorismo (art. 4.º).

B) *Robo a mano armada*.—También novedad de la Ley (que, aunque no propio terrorismo ha de pasar inseparable de él a la legislación especial posterior) es la punición del robo a mano armada, al que dedica su art. 5.º. Para este delito no exige finalidades específicas, pero sí la concurrencia de dos o más malhechores, que alguno de ellos lleve armas (no precisa que tengan que ser de fuego), y que del hecho resulte muerte o lesiones consistentes en imbecilidad, impotencia, ceguera, pérdida de un ojo o miembro principal, impedimento del mismo o inutilidad para el trabajo habitual. Para las demás lesiones graves rige el Código Penal; pero la Ley autoriza la exasperación de las penas de su art. 494, hasta la de reclusión menor, en atención a «la alarma producida, el estado de alteración del orden público que pudiera existir cuando se realizare el robo, los antecedentes de los delincuentes y las demás circunstancias que hubieran podido influir en el propósito criminal».

C) *Competencia*.—La atribuye la Ley, para conocer de los delitos que estable, a los Tribunales de Derecho de la Jurisdicción Ordinaria; pero, en el caso de estado de guerra, se remite a la Ley de Orden Público (vigente entonces la de 28 de julio de 1933). Así lo dispone el art. 8.º, que contiene además otras cuestiones de carácter procesal, faculta a los Tribunales para proceder a su prudente arbitrio, dentro de los límites legales, en la aplicación de las penas, y llama a la Ley general como derecho supletorio.

D) *Vigencia temporal*.—Se decreta la entrada en vigor inmediata —al día siguiente de su publicación— y se señala un plazo de vigencia: un año a partir de la anterior fecha. Se prevé y resuelve el problema —frecuente en la Ley intermedia— de que, a su caducidad, la anterior o posterior más benigna, encerre los fines de prevención general que persigue la excepcional, estableciendo su aplicación ineludible a todos los hechos cometidos durante el plazo de vigencia». La prórroga de éste tan sólo podría hacerse por otra Ley (artículo final).

LA REFORMA DE 1935.—La Ley de 20 de junio de 1935, se dictó con un triple propósito: A) Precisar —con criterios extensivos— términos de la de 1934; B) Rigorizar sus sanciones; C) Prorrogar indefinidamente su vigencia.

A) En el primer aspecto, introduce las siguientes modificaciones:

a) En el delito de terrorismo:

1. Requisito finalista: Añade, a los habitantes de una población, «o a clases o sectores determinados de la misma»; a realizar venganzas, añade «o represalias»; y a su carácter social añade el «político».

2. En los medios, añade las «armas que normalmente sean susceptibles de causar daño grave en la vida o en la integridad de las personas», y suprime (lo que tiene también efecto extensivo) la condición de que el medio o artificio sea «proporcionado y suficiente» a la producción de graves daños.

3. Vuelve a incorporar al tipo los supuestos de desarrollo imperfecto, penándolos junto a los resultados de menor entidad y al igual que éstos: «cuando colocados o empleados los explosivos o materias inflamables, la explosión o el incendio no llegara a producirse».

b) En el delito de tenencia: Prevé la expendición o facilitación, no sólo a individuos, sino también a Asociaciones; y exime de pena los supuestos de error; añadido éste («a menos que la infracción en la venta se debiere a error y no a propósito deliberado de contribuir a un daño») que crea una contradicción interna en el precepto legal, de tal entidad que se auto-destruye, o al menos se hace supérfluo, por ser incompatible el inciso transcrito con la condición de no haber adoptado suficientes previas garantías, que es un error vencible, y por tanto una conducta culposa.

c) En el robo a mano armada (art. 5.º) añade un último párrafo, del tenor literal siguiente: «Los delitos comprendidos en este artículo quedarán consumados cuando se produzca el resultado lesivo para la vida o la integridad física de las personas que al definir cada uno de ellos se menciona, aunque no se hayan perfeccionado los actos contra la propiedad aludidos en las correspondientes definiciones delictivas». Esta regla, de interpretación auténtica, pasará a la Ley general, en la Reforma de 1944 (art. 512 del C. P.).

B) En orden a la penalidad:

a) Eleva expresamente algunas penas (así: art. 1.º, núm. 1.º y art. 3.º); en algún caso (art. 2.º) eleva el mínimo y rebaja el máximo.

b) Añade al art. 1.º un párrafo final, por el que dispone que «las penas señaladas en los tres apartados precedentes, se impondrán siempre en el grado máximo, salvo cuando concurra alguna circunstancia atenuante de las expresadas en el

art. 9.º del Código Penal, con excepción de las análogas del último número del mismo».

c) Suprime el arbitrio judicial, que otorgaba el art. 6.º, párrafo 3.º.

C) Como se ha dicho, en la Ley de 1934 se fijaba el plazo de un año de vigencia. La reforma de 1935 suprime esta limitación temporal al establecer que el artículo final de aquella queda redactado así: «Esta Ley empezará a regir al día siguiente de su publicación en la Gaceta de Madrid. Quedan subsistentes los demás preceptos de la de 11 de octubre de 1934, y totalmente derogadas cuantas disposiciones se opongan a la aplicación de la presente Ley.»

El artículo que acabamos de transcribir, y el Texto legal de 1934-35, representa una gran restricción, una restricción casi total, para la vieja Ley de 1894; pero no su absoluta derogación. El citado artículo final no la deroga expresamente, sino sólo en la medida de las disposiciones de la Ley nueva; y como las mismas, por una parte, introducen en el tipo un elemento finalista que no existe en aquella, y, por otra, el verbo activo se define en forma distinta (aquí, utilizar sustancias para producir graves daños, etc., allí, atentar contra las personas o causar daño en las cosas mediante el empleo de tales sustancias), tanto por razón de la específica dirección de la acción, como por la ausencia del requisito subjetivo, son posibles —al menos teóricamente— las conductas sujetas a la vieja Ley, que convive con la moderna y aún la sobrevivirá cuando ésta haya perdido su vigor, como más adelante veremos. Se da así la coexistencia de una doble legislación especial, que planteará problemas de interpretación en los posteriores hitos legislativos de 1941, 1943, 1944 y 1960.

VI. LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO.—La Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, es la disposición legal punitiva cronológicamente siguiente ¹¹. De esta Ley han de pasar

¹¹ Entre tanto, la Ley de la Jefatura del Estado de 5 de julio de 1938, declara expresamente la vigencia de las Leyes de 11 de octubre de 1934 y 25 de junio de 1935 (art. 3.º). Continuaba también en vigor —como ya se razonó— la Ley de 1894, y respecto de ellas —no de las Leyes republicanas, que ya la imponían en su cuadro de sanciones— debe destacarse que la citada Ley de 1938 restableció la pena de muerte (art. 1.º). Anterior a la Ley de Seguridad del Estado, es, también, la de 18 de febrero de 1941, que atribuía a la Jurisdicción de Guerra el conocimiento de los procedimientos judiciales incoados por razón de accidentes ferroviarios, considerando delitos de rebelión militar los actos que los provocasen.

los delitos de terrorismo al Código Penal de 1944, y dentro de él, ser objeto de varios retoques, por lo que, en este lugar —dejando para más adelante el análisis de los tipos— nos limitaremos a constatar lo más característico de aquella:

a) Atribuye claramente al terrorismo el carácter de delito político. Ciertamente que este carácter ya resultaba en la legislación anterior, especialmente desde que la Ley de 1934 había insertado en el tipo el dato de los fines; pero la Ley de 1941, además de mantener tal requisito —y aún ampliarlo— comprende el delito de terrorismo (art. 9.º) y el de tenencia de explosivos (art. 10), en el Capítulo I, que lleva por rúbrica «Delitos contra la seguridad exterior e interior del Estado y contra el Gobierno de la Nación».

b) Inicia¹² el abrumador sistema enumerativo de los posibles objetos materiales del acto terrorista, y las modalidades de ejecución, que se conservará hasta la última reforma del Código Penal.

c) Inicia, en orden al desarrollo de la acción, el sistema de anticipación o impaciencia defensiva: «ejecutar actos encaminados».

d) Amplía el medio instrumental, añadiendo a las sustancias explosivas e inflamables las asfixiantes y otras homicidas.

e) Agrava la penalidad en términos generales, y en particular, establece la pena de muerte, como única, para los resultados de muerte y lesiones que produzcan imbecilidad, impotencia o ceguera. El art. 16 permite la imposición de pena pecuniaria adicional (de 5.000 a 500.000 pesetas) en atención a las circunstancias del delincuente, y en especial su situación económica.

Otras disposiciones de la Ley que deben consignarse aquí, son las que castigan la provocación pública¹³ y la apología (art. 15), así como las del Capítulo IX (Disposiciones generales: arts. 58 a 67), en que se contienen reglas para la imposición de las penas en los casos de frustración y tentativa —inaplicables al terrorismo—, en los de conspiración y proposición cuando la Ley no las pene especialmente, en los de complicidad y encubrimiento y en los de concurrencia de atenuantes; así como también otras relativas a las penas accesorias de inha-

¹² La influencia sobre esta Ley del Código de 1928 es innegable. No obstante, no puede olvidarse el diferente criterio estructural de una y otro.

¹³ Iniciando también el sistema de lista —muy usado después en el Código Penal— que no tiene otro valor que el exemplificativo.

bilitación y comiso. Se condena la omisión de denuncia de los delitos castigados con la pena de muerte, y se establece (para los culpables de conspiración o proposición que denuncien el delito con tiempo bastante para evitar su perpetración) la excusa absolutoria que, después, pasará el Decreto-Ley de 1947 y al Decreto de 1960, y desaparecerá en la reforma de 1971.

El art. 68 contiene la cláusula derogatoria de «las disposiciones del Código Penal común, así como las de las otras Leyes especiales también comunes», pero sólo «en cuanto alteren o contradigan los preceptos de la presente Ley»; y, si bien puede asegurarse que la nueva Ley subsume todas las hipótesis regidas por la legislación republicana¹⁴, a la que, por tanto, deroga, queda aún pendiente el problema de la vigencia de la Ley de 1894.

VII. LA LEY DE 2 DE MARZO DE 1943.—JIMÉNEZ DE ASUA¹⁵, tomando una cita de Federico Castejón según la cual, de la Ley de 1894, sólo se incorpora al Código de 1944 el precepto en que se pena el hecho de «amenazar con causar algún mal de los previstos como delitos de aquella clase», con lo que debe cesar toda duda «sobre si la Ley de explosivos de 1894 queda vigente en la parte penal no reproducida por la Ley de 1934», concluye que «la Ley de Explosivos está, pues, en vigor», coexistiendo con el Código de 1944.

La cuestión es más teórica que real, pues resulta difícil imaginar una acción criminal con explosivos desprovista de las finalidades incorporadas al ordenamiento jurídico punitivo por las Leyes de 1934-35, y mantenidas después sin interrupción. Mas, al comentar dichas Leyes, dijimos que aún eran posibles hipótesis sujetas a la Ley de 1894, bien por la específica dirección de la acción, bien por la diversidad de fines. Ahora bien, el posible contenido residual de la vieja Ley será derogado por la de 2 de marzo de 1943, sin llegar a coexistir con el Código de 1944.

La Ley de 2 de marzo de 1943¹⁶ considera reos del delito de rebelión militar (art. 1.º, núm. 5.º) a «los que atenten contra las personas o causen daños en la propiedad por móviles polí-

¹⁴ Pues también regula el robo a mano armada: Capítulo VIII.

¹⁵ «Tratado», III, pág. 211.

¹⁶ Esta Ley —discutidísima Ley— es la que subsistirá después del Código Penal, y —reconocida su vigencia por la de Orden Público de 1959— pasará, refundida, al Decreto de 21 de septiembre de 1960; si bien la entencia del Consejo Supremo de Justicia Militar, de 23-XII-59, declaró que la misma había sido derogada por el Código Castrense de 17 de julio de 1945.

ticos, sociales o terroristas». La acción —atentado personal, causación de daños material— es de idéntica definición que en la Ley de 1894, y si bien en la nueva, por una parte se omite toda referencia al medio instrumental, y por otra se incluye un elemento finalista —al que impropriamente se llama «móvil»— la misma defectuosa redacción (consistente en añadir a los políticos y sociales los «móviles terroristas», siendo así que el terrorismo es un concepto objetivo, no subjetivo, es —como dice QUINTANO¹⁷— «una táctica o forma especulativa») sirve, por fuerza de sus términos generalizadores, para destacar el propósito de la nueva Ley, absorbente de toda actividad terrorista, calificación que ha de tener siempre el empleo de explosivos contra las personas y la propiedad.

Por si el anterior argumento fuera insuficiente, aún caben estos otros: a) Que el propósito del legislador de 1944 ha sido insertar en el texto general «las disposiciones legislativas dictadas con posterioridad a 1870» (art. 1.º de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944; Exposición de Motivos del Decreto de 23 de diciembre siguiente); b) Que el propio Código Penal de 1944, como Ley posterior, por fuerza de sus arts. 406, 554 y 10, circunstancia 3.ª —y en relación con ellos el 604—, vacía a la vieja Ley de Explosivos del contenido precario que aún pudiera quedarle.

VIII. EL CÓDIGO PENAL DE 1944.—La Ley de Bases de 19 de julio de 1944, por la que se autorizó al Gobierno para publicar un nuevo Texto Refundido del Código Penal, disponía (art. 2.º, B, núm. 2.º) que, en el mismo, un nuevo Título con la denominación de «Delitos contra la seguridad interior del Estado», sustituiría a los Títulos II y III del Libro II del Código Penal de 1932 (que llevaban, respectivamente, los de «Delitos contra la Constitución» y «Delitos contra el Orden Público») y que, en dicho Título, se incluirían «en su parte pertinente, las definiciones de delito y sanciones a ellas aplicables comprendidas en la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941». En el núm. 4.º del mismo art. 2.º, se ordenaba la adaptación de las penas de dicha Ley especial al Cuadro del Código, disminuyéndolas en un grado cuando así lo exija su estructura.

Por Decreto de 23 de diciembre de 1944 fue promulgado el Nuevo Código Penal. En su Exposición de Motivos se citan, como leyes insertas en el Texto, las de Seguridad del Estado,

¹⁷ «Derecho Penal Internacional...», II, pág. 231.

Terrorismo y robo a mano armada¹⁸, tenencia de armas, etc. (Apartado A), incluyendo las disposiciones y sanciones de la Ley de 29 de marzo de 1941 (Apartado H), con las modificaciones de penalidad —adaptación al cuadro del Código, exclusión de la muerte como pena única— ordenadas por la Ley de Autorizaciones (Apartados E, F y H).

En el Nuevo Código Penal, el Título II del Libro II lleva por rúbrica «Delitos contra la seguridad interior del Estado». Se integra con doce Capítulos, el último de los cuales, dividido en tres Secciones, se titula «De la tenencia y depósito de armas y municiones y de los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos». Las páginas siguientes se dedicarán a la Sección 2.^a («Terrorismo y tenencia de explosivos»), con una somera referencia a la Sección 3.^a («disposiciones comunes»), examinando cada uno de sus artículos —con las modificaciones de que en cada caso hayan sido objeto— con lo que, si se rompe el orden expositivo cronológico, se obtendrá otro más sistemático.

El Código Penal establece los siguientes delitos:

DELITO DE ESTRAGOS DE CARÁCTER TERRORISTA (Art. 260)¹⁹.—Procede directamente, y sin alteración sustancial alguna, de la Ley de Seguridad del Estado (art. 9.º, párrafo 1.º), y no sufre modificaciones hasta la Ley de 15 de noviembre de 1971.

A) *La acción.*

a) *Conducta (núcleo de la acción).*—En el Texto legal, el verbo activo se formula así: «ejecutar actos encaminados». Esta formulación legal se mantiene en la última reforma. Se trata, indiscutiblemente, de un delito de los llamados de consumación anticipada, pues la impaciencia defensiva del legislador adelanta o anticipa los tradicionales límites de la protección penal. La acción se describe en términos tan sumamente imprecisos o elásticos que, a su tenor literal, caben en ella no sólo las formas de desarrollo imperfecto, sino incluso los actos preparatorios; y, sólo la finalidad que movió al legislador a luchar eficazmente contra esta peligrosa forma de de-

¹⁸ Ley de 11 de octubre de 1934, que era conocida con esta denominación, pues el delito de robo a mano armada siguió rigiéndose por la Ley de Seguridad del Estado (Cap. VIII), hasta el Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.

¹⁹ La terminología ha sido tomada de RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236 y «Suplemento...», pág. 72.

lincuencia, puede justificar la tipicidad desdibujada, con riesgo del principio de legalidad, al que el tipo penal debe servir en su función de garantía («ratio cognoscendi»). Pero «la opinión dominante —dice RODRÍGUEZ DEVESA²⁰— rechaza dicha interpretación, y requiere, apoyándose en el sentido del contexto, que haya un principio de ejecución». Jaso ROLDÁN²¹ entiende que «el hecho de que los delitos de terrorismo deban su especial significación a su naturaleza de delitos de peligro general, obliga a exigir como límite mínimo de la incriminación de esta conducta que "los actos encaminados a" lo sean directamente»; pero, según CUELLO²², la Ley no autoriza a esta distinción. La cuestión no puede resolverse con el sólo análisis verbal, en su solitaria abstracción, sino cuando el mismo se pone en relación con los demás datos del tipo —el contexto de que habla RODRÍGUEZ DEVESA— en especial con las modalidades de ejecución, con el medio empleado y con el resultado producido, cuestiones a tratar en los apartados siguientes.

b) *La dirección de la acción.*—El primitivo Texto de 1944 contenía un tipo de formulación casuística alternativa o fungible, un tipo con pluralidad de hipótesis. El casuismo se multiplicaba por el triple factor de la dirección de la acción, del medio empleado y del objeto contra que iba dirigido. La reforma de 1971, acogiendo las críticas doctrinales, ha descargado al precepto de las abrumadoras —y, muchas veces, superfluas— enumeraciones.

RODRÍGUEZ DEVESA²³, tras la exégesis del art. 260, sistematiza cuatro grupos de actos: 1) Actos encaminados a la destrucción de determinados objetos (obras, fábricas y otras dependencias militares, iglesias u otros edificios religiosos, museos, bibliotecas, archivos, edificios públicos o particulares, puentes, diques, puertos, canales o embalses, vías de comunicación, de transporte, conducciones de energía eléctrica o de otra fuerza motriz y otras construcciones análogas destinadas al servicio público, minas, polvorines, depósitos de gasolina y otros combustibles, naves, aeronaves y aeroplanos); 2) Actos encaminados a provocar incendios; 3) Actos encaminados a emplear sustancias homicidas; 4) Actos encaminados a causar catástrofes ferroviarias, naufragios y otros hechos análogos.

Las críticas hechas a la redacción legal han sido justas y

²⁰ «Derecho Penal Español», II, pág. 237.

²¹ Antón ONECA, II, pág. 107.

²² «Derecho Penal», II, pág. 168.

²³ «Derecho Penal Español», II, pág. 238.

merecidas. Al lado de conceptos generales (como edificios, obras, etc.), se sitúan otros más particulares (como museos, puentes, etc.), comprendidos en aquellos; junto a las sustancias homicidas se sitúan las explosivas, inflamables y asfixiantes, que tienen siempre aquella capacidad de resultado, se incurrir en repeticiones (destrucción de vía de comunicación, causar catástrofes ferroviarias, etc.). Por otra parte —al igual que ocurrió al legislador de 1928— el de 1944, al pretender la plenitud de previsión penal por vías de detalle, introduce en el Texto legal el mismo germen de su impotencia, y al observar que a sus empíricas formulaciones han de escapar hipótesis —y mucho más en un terreno donde el instrumento se renueva diariamente al acelerado paso de la técnica—, acude al remedio de la analogía, o de apéndices a las enumeraciones, que degradan a éstas al papel de meros ejemplos. Por ello, en este punto es de alabar la reforma de 1971, que concreta la ejecución de actos encaminados «a la destrucción o deterioro de edificios públicos o privados, vías y medios de comunicación o transporte, conducciones de energía eléctrica u otra fuerza motriz u otros hechos análogos», y disculpable la apelación hecha a la analogía, al no hallar otra solución para conseguir que el rigor formal de tipificación no deje impune la evidente antijuricidad del hecho.

c) *El resultado*.—El Código de 1944 sigue, en este punto, el método de la legislación precedente; y, en función del resultado, fija las penas:

1. La de reclusión mayor a muerte, para resultados de muerte o lesiones graves, es decir, las del art. 420.

2. La de reclusión mayor, para resultados de lesiones menos graves (las del art. 422) o de peligro concreto.

3. La de reclusión menor para cualquier otro efecto (lesiones constitutivas de falta, daños materiales, peligro abstracto). Este número también ha sido reformado en 1971: en la primitiva redacción se incluía en el mismo «cuando colocados o empleados los explosivos o materias inflamables, la explosión o el incendio no llegara a producirse»; en la actualidad, a cualquier otro efecto, se añade «o no llegará a producirse efecto alguno» (desarrollo imperfecto), y «la mera colocación o empleo de sustancias, medios o artificios» se ha llevado al art. 264 (tenencia), lo que —según RODRÍGUEZ DEVESA²⁴— obliga a una interpretación dual, según que el medio empleado

* «Suplemento...», pág. 73.

sean tales sustancias (en cuyo caso, para satisfacer al art. 260 se exige algo más que la mera colocación), o que los actos encajinados se realicen con medios distintos.

B) *La antijuricidad*.—La Ley añade al tipo un elemento subjetivo del injusto. Esta finalidad, en la redacción primitiva, se concretaba en la de «atentar contra la seguridad del Estado o alterar el orden público»; en la actual se amplía: «atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público». No obstante —siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA— entendemos que la nueva redacción no supone alteración alguna, pues la seguridad del Estado hacía referencia, ya antes, a la interior y a la exterior, comprendiéndose en esta última, bajo la rúbrica de la traición (o en aquella, bajo la de la rebelión), los atentados a la integridad territorial y a la unidad nacional, especificaciones que, por tanto, sólo tienen «valor de ejemplo», y responden únicamente al clima de opinión —artificialmente exasperado— del momento legiferante; y, el orden institucional y el orden público —que, en el concepto vulgar, y hasta en el doctrinal, pueden tener significado distinto— no es posible diferenciarlos en el legislativo, al menos si se acude a la interpretación auténtica que ofrece la propia Ley de Orden Público (Preámbulo y art. 1.º).

C) *La culpabilidad*.—El elemento subjetivo que acaba de comentarse, y la misma formulación verbal de actos tendentes, impiden las formas de comisión culposa.

D) *Punibilidad*.—Cuestión inseparable del resultado de la acción, y ya tratada en aquel lugar. En los supuestos de menor gravedad (núm. 3.º), se autoriza a los Tribunales a imponer la pena inferior, en uno o dos grados, a la de reclusión menor, teniendo en cuenta las circunstancias del hecho y del culpable, la entidad del resultado y el estado de alarma producido por el delito.

ESTRAGOS TERRORISTAS NO FINALISTAS.—En la primitiva redacción del Código, el art. 261 regulaba otro delito de estragos, al que no eran precisas las finalidades consignadas en el precepto que le precedía. Esta figura fue calificada de «actos terroristas contra objetos destinados a la defensa nacional» (RODRÍGUEZ DEVESA²⁵), «conductas caracterizadas por la natu-

²⁵ «Suplemento...», pág. 72, nota núm. 13.

²⁶ «Derecho Penal Español», II, pág. 240.

raleza del objeto» (JASO²⁷), «Delitos de terrorismo calificados por el objeto contra el que se dirige la acción del culpable (PUIG²⁸), «terrorismo impropio» (QUINTANO²⁹). Se sancionaba con las mismas penas del art. 260 (y por tanto, según los resultados), se propusiera o no el culpable el fin allí expresado, al que realizare cualquier hecho comprendido en el mismo «contra nave, aeronave, tren o material ferroviario, fábricas o depósitos de municiones o explosivos o combustibles pertenecientes al Ejército o Fuerzas o Institutos Armados, obras o dependencias militares, material de guerra u otros objetos destinados a la defensa nacional». Procedía de la Ley de Seguridad del Estado (art. 9.º, párrafo 2.º), colisionaba con el Código Castrense y ha desaparecido en la reforma de 1971, residenciándose sus hipótesis, o en la Ley Común, o en la Militar, o en otras especiales.

CAUSACIÓN DE UN PELIGRO GENERAL CON FINES TERRORISTAS (Art. 261).—Así denomina RODRÍGUEZ DEVESA³⁰ al delito que definía el art. 262 del Código, y hoy ha pasado a ser el art. 261, con retoques de mínima importancia (se suprime la adjetivación del medio en que la locomoción o comunicación se desarrolla). Procede directamente, de la Ley de 1934 (Art. 1.º).

La acción consiste en utilizar sustancias explosivas o inflamables, o armas que normalmente sean susceptibles de causar grave daño en la vida o en la integridad de las personas, o cualquier otro medio o artificio para producir graves daños, u originar accidentes ferroviarios o de otros medios de locomoción o comunicación.

El fin que ha de perseguirse con la acción es el de «aterrorizar a los habitantes de una población o a clases o sectores determinados de la misma, o realizar venganzas o represalias de carácter social o político».

Lo dicho en orden a culpabilidad y penalidad (calificada por el resultado) al comentar el art. 260, vale aquí; y RODRÍGUEZ DEVESA, comparando uno y otro precepto, afirma la innecesidad de éste, salvo en la referencia a las armas, a las que, además, exige la potencialidad de estragos; v. gr., las bombas de mano³¹.

²⁷ Antón ONECA, pág. 107.

²⁸ Tomo III, pág. 151.

²⁹ «Curso», II, pág. 302.

³⁰ «Suplemento...», pág. 74.

³¹ «Derecho Penal», II, pág. 240.

AMENAZAS Y COACCIONES (Art. 262).—Procede directamente, de la Ley de 1894. Era el art. 263 en la primitiva redacción del Código. Pero la reforma de 1971 no se ha limitado a cambiar su lugar de colocación, sino que ha introducido importantes modificaciones. Así:

a) Al lado de la amenaza, sanciona la coacción, haciendo precisas las referencias a los arts. 493 y 496 del Código, respectivamente.

b) La amenaza no tiene que ser condicional; y, en la actualidad, tampoco tiene que consistir, precisamente, en causar algún mal de los previstos en los artículos precedentes.

c) En cambio, después de la reforma de 1971, la amenaza —o la coacción— han de hacerse con alguno de los fines del art. 260; por lo que no estimamos exacta la calificación de «amenazas o coacciones terroristas», que RODRÍGUEZ DEVESA³² da a este delito, ya que en el art. 260 lo terrorista es el medio, no la finalidad a que se aplica.

Este delito se pena con prisión menor. Antes, con la inferior en dos grados correspondiente al delito con que se amenazaba. Un ligero retoque («la señalada» por «las señaladas», con referencia a las penas), introducido por el Decreto de 24 de enero de 1963, que publica el Texto Revisado del Código, ni siquiera merece comentario.

DESÓRDENES PÚBLICOS (Art. 263).—Delito nuevo en la reforma de 1971, que cometen «los que, actuando en grupo y con el fin de atentar contra la paz pública, alteren el orden causando lesiones o vejación en las personas, produciendo desperfectos en las propiedades, obstaculizando las vías públicas u ocupando edificios».

Precepto innecesario —entiende RODRÍGUEZ DEVESA³³— por existir ya en el Código medios penales para combatir las situaciones que regula; sirviendo, lo más, para sancionar la ocupación de edificios, aunque esta se haga con autorización de quien pueda prohibirla. En todo caso, hubiera sido más apropiada su colocación en el Capítulo IX del Libro II, que entre los delitos de terrorismo. Es un delito de sujeto necesariamente plural y eminentemente intencional. Se castiga con prisión menor, «salvo que al hecho corresponda pena más grave en

³² «Suplemento...», pág. 74.

³³ «Suplemento...», pág. 75.

otro precepto del Código». La expresión «paz pública» tiene el significado de «orden público»; por ello —dice RODRÍGUEZ DEVESA³⁴— la finalidad de atentar contra aquella se confunde con el dolo.

TENENCIA DE EXPLOSIVOS (Art. 264).—Este delito pasa por las siguientes vicisitudes:

A) *Redacción primitiva*.—Se comprendía en el mismo los siguientes actos: 1) La tenencia de sustancias o apartados explosivos, inflamables, incendiarios u otros homicidas; 2) La fabricación de dichas sustancias o aparatos; 3) El transporte de los mismos; 4) Su suministro, en cualquier forma.

Las penas con que estos hechos se castigaban (reclusión menor o prisión mayor), lo eran en función de los dos criterios siguientes:

a) Que el autor destinare (las sustancias o aparatos) o supiere que se destinaban a atentar contra la seguridad del Estado o a perturbar el orden público. Destinarlos el autor entra en el campo de los actos preparatorios, y reduce el alcance del propio delito de terrorismo, de «ejecutar actos encaminados». El conocimiento de su destino sugiere también actos preparatorios de conspiración.

b) Que existieren motivos racionales para afirmar que el autor conocía aquel destino. Este supuesto ha sido calificado como de culpa consciente, y aún de dolo eventual. Entiendo que carece de todo sentido penal, salvo el de ser un delito de sospecha (sospecha de otra sospecha), que ataca gravemente el dogma de la culpabilidad. Tiene, más bien, un aire procesal inquisitivo.

Además, estas reglas actúan como condiciones objetivas de punibilidad (salvo cuando los destinare el propio autor), pues exigen el posterior destino.

Junto a los anteriores supuestos, traídos directamente de la Ley de Seguridad del Estado (art. 10), el precepto contenía un último párrafo, traído directamente de las Leyes de 1934-35, en el que se castigaba al que, poseyendo legítimamente dichas sustancias o aparatos, los expendiere o facilitare sin suficientes previas garantías a individuos o Asociaciones que luego las emplearen para cometer delitos de terrorismo, a menos que la infracción en la venta se debiere a error y no a propósito deliberado de contribuir a un daño

* «Suplemento...», pág. 80-82.

B) *La reforma de 1947.*—La Ley de 27 de diciembre de 1947 modifica notablemente el comentado art. 264:

a) En orden a la acción, añade: 1) La introducción en España; 2) La facilitación.

b) En orden a las sustancias, añade las materias de cuya combinación o mezcla puedan derivarse los productos explosivos, inflamables, incendiarios, asfixiantes u otros homicidas.

c) Amplia la punición a los supuestos de mera infracción de Reglamentos relativos a la importación, fabricación, tenencia, venta o circulación de las sustancias o aparatos, o no justificación de la tenencia.

d) Se castiga también la tenencia de gases lacrimógenos, tóxicos u otras sustancias análogas, así como de los materiales de cuya combinación o mezcla puedan derivarse tales productos, no comprendidos en los números anteriores, que, por su naturaleza y cantidad, se deduzca que se destinan a producir daño, o existieren motivos racionales para afirmar que el culpable habría de emplearlo en la ejecución de cualquier delito.

La simple lectura de estos dos últimos apartados revela claramente la ampliación que se da a las tipologías de sospecha, lo que, además de suponer un barbarismo dentro de la dogmática penal moderna, perdía toda su virtualidad conminatoria, sujeto, como todo hecho procesal, a la libre valoración de la Sentencia.

C) *La reforma de 1971.*—El art. 264, en la actualidad, está redactado así: «El depósito de armas y municiones y la tenencia de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas, así como su fabricación, transporte o suministro, de cualquier forma, y la mera colocación o empleo de tales sustancias o de los medios o artificios adecuados, con los propósitos a que se refieren los arts. 260 y 261, será castigado con la pena de reclusión menor. Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable y en el hecho, y la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior.»

La legislación vigente —siguiendo a RODRÍGUEZ DEVESA —, podemos caracterizarla así:

a) Se exige, en todos los delitos del art. 264 —que luego se especificarán— un elemento finalista: el de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden institucional o el orden público o el de atemorizar a los habitantes de una población o a clases o sec-

tores determinados de la misma, o el de realizar venganzas o represalias de carácter social o político.

b) Comprende los siguientes delitos:

1. El depósito de armas y municiones, que obliga a completar el tipo con los arts. 257 y 258, a los que el presente enerva por su condición de ley especial caracterizada por el fin.

2. La tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas. Se aligeran las enumeraciones, en la acción y en el objeto, y desaparecen las perturbadoras tipologías de sospecha.

3. La mera colocación o empleo de las anteriores sustancias, medios o artificios; inciso que roza con el núm. 3.º del art. 260, según ya hemos comentado antes.

DISPOSICIONES COMUNES.—La Sección 3.ª del Capítulo XII, lleva por rúbrica «Disposiciones comunes a las dos Secciones anteriores», es decir, a los delitos de tenencia y a los de terrorismo; pero el art. 268 (apología de los delitos y de sus culpables) es común a todo el Título II, y también lo es el art. 268 bis (Capítulo XIII), llevado al Código por la Ley de 22 de marzo de 1957³⁵.

Los arts. 265, 266 y 267 se refieren, respectivamente, a las siguientes cuestiones:

a) Depósito de armas, municiones y explosivos en el domicilio de una Asociación que origina responsabilidad —salvo que se justifique— para los empleados que tengan su domicilio en el local social y para los miembros de la Junta Directiva (presunción «iuris tantum» de culpabilidad), y determina la disolución de la Asociación (problema de la punición de las personas jurídicas, con penas que, además, no figuran en el catálogo del art. 27), tanto si el depósito está dentro como fuera del local, apéndice incongruente con la declaración inicial que exige que el depósito se encuentre en el domicilio de la Asociación.

³⁵ Sobre apología. Una crítica del art. 268 bis, vide en RODRÍGUEZ DE VESA («Derecho Penal Español», II, pág. 56), quien además, distinguiendo correctamente entre el sujeto como ingrediente del tipo, y el sujeto como partícipe, entiende que dicho precepto sólo es aplicable a los delitos contra la forma de gobierno del art. 164, que exigen estructuralmente el sujeto colectivo, pues aún cuando también lo exigen los de rebelión y sedición, éstos ya tienen normas específicas (arts. 216 y 220), que, por razón de especialidad, dejan sin efecto al 268 bis.

b) Culpa «in vigilando» de los padres, tutores o guardadores de hecho de los menores de 16 años, formulada también como presunción «iuris tantum», con traslado de la carga de la prueba, lo que repugna al principio acusatorio.

c) Pena adicional de inhabilitación especial, para fabricantes o traficantes de sustancias, armas y municiones.

TERCERA PARTE

EL TERRORISMO EN EL DERECHO MILITAR

I. LA LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL.—El recurso a la Jurisdicción Militar para combatir formas endémicas de delincuencia, como el bandolerismo, por ejemplo¹, ha sido frecuente en la España de los siglos XIX y XX². Con la Ley de Seguridad del Estado, devino en constante, y, pese a la provisionalidad que parecían indicar los términos de su art. 69 (bajo la rúbrica de «Disposición Transitoria»), al decir que «mientras no se disponga lo contrario, todos los delitos comprendidos en esta Ley serán juzgados por la Jurisdicción militar, con arreglo a sus propios procedimientos», persistió durante más de treinta años, a través de las disposiciones legales que se examinarán a continuación.

¹ Vide Jaime MASAVEU, «Tono jurídico y defensa social contra el bandolerismo», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XVI, Fascículo III (Homenaje al profesor Cuello Calón), septiembre-diciembre MCMLXII, págs. 577-594.

² Respecto de robo, en cuadrilla y despoblado, recordemos el Decreto de las Cortes de 26 de abril de 1821, donde, pese a su clara finalidad protectora de la legalidad política (art. 1.º: «Son objeto de esta Ley las causas que se formen por conspiración o maquinaciones directas contra la observancia de la constitución o contra la seguridad interior o exterior del Estado, o contra la sagrada e inviolable persona del Rey constitucional»; delitos especificados en otro Decreto de las mismas Cortes y de igual fecha), el art. 8.º comprende también a «los salteadores de caminos, los ladrones en despoblado, y aún en poblado, siendo en cuadrilla de cuatro o más», quienes «serán juzgados militarmente en el consejo de guerra ordinario prescrito en la Ley 8.ª, título 17, libro 12 de la Novísima Recopilación», si la aprehensión de los mismos se hiciera por la tropa del ejército permanente o de la milicia provincial o local arts. 2.º y 8.º). Tras el trienio constitucional, la Real Orden de 13 de enero de 1824 sustituye los Consejos de Guerra Ordinarios por Comisiones Militares Ejecutivas y Permanentes, alternándose estas y

El art. 604 del Código Penal —Disposición final derogatoria— declaraba especialmente vigentes los preceptos de la Ley de Seguridad del Estado no incorporados a él, y también los de otras leyes penales especiales que no contradijeran el nuevo Texto fundamental.

La voluntad de derogar expresamente la citada Ley de 1941 («por las dificultades técnicas que suscita la interpretación del art. 604 del Código Penal», y porque «la estabilidad política permite prescindir de la Ley de Excepción, puesto que a los fines punitivos basta con las disposiciones de la legislación común y mantener preceptos de especial rigor únicamente para las más graves formas de la delincuencia terrorista y del bandolerismo», «especies delictivas —propias— de toda situación de postguerra, secuela de la relajación de vínculos morales y de la exaltación de los impulsos de crueldad y acometividad de gentes criminales e inadaptadas»)³, fue lo que determinó el Decreto-Ley de Bandidaje y Terrorismo, de 18 de abril de 1947.

1. *Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.*—Este Decreto-Ley regula el terrorismo en sus arts. 1.º y 2.º, iniciando el sistema de la doble regulación simultánea, que vacía de contenido los arts. 260 y siguientes del Código Penal⁴. Regula también los

aquellos, en los años siguientes, según los avatares políticos, en cuyo detalle no podemos entrar, y que puede consultarse en Antonio VALLECILLO, «Ordenanzas de S. M. para el Régimen, Disciplina, Subordinación y Servicio de sus Ejércitos», Tomo III, págs. 690 y sigs.; imprenta de los señores Andrés y Díaz, Madrid, 1852. La Ley de 8 de enero de 1877, llamada «Ley de Secuestros», atribuye también la competencia para conocer de estos delitos a un Consejo de Guerra permanente y provincial (art. 3.º). Como precedentes del delito de terrorismo, además de la Ley anterior —y en cuanto el secuestro lo suponga— podemos citar también dos Reales Ordenes (una de Gracia y Justicia —siendo Ministro Montero Ríos— de 17 de enero de 1873, dirigida a los Fiscales de las Audiencias, y otra de Guerra —siendo Ministro el General Fernández de Córdova— del día 20 del mismo, trasladando la anterior a las Autoridades militares), por las que se daba una amplia interpretación al delito de rebelión militar (casi sin secar aún la tinta del Decreto-Ley de 6 de diciembre de 1868, de Unificación de Fueros) para comprender en él los hechos «que hace algún tiempo vienen perturbando las provincias de Cataluña y Navarra, donde se cometen no ya tan sólo delitos meramente políticos, sino los crímenes comunes más graves, como levantamiento de rails(sic) de los caminos de hierro, descarrilamiento de los trenes de viajeros, corte de los puentes, robo de los indefensos habitantes y asesinato de las autoridades de los pueblos». En cuanto al terrorismo anarquista, ya hemos dicho que la Ley de 2 de septiembre de 1896, atribuyó competencia a la Jurisdicción Militar.

³ Preámbulo del Decreto-Ley de 18 de abril de 1947.

⁴ RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236.

delitos de robo a mano armada, secuestro, bandidaje, auxilio a bandoleros y extorsión (arts. 3.º a 7.º), establece —respecto de todos ellos o de alguno en particular— excusas absolutorias (art. 8.º), atribuye a la Jurisdicción Militar el conocimiento de los mismos (art. 9.º), y deroga la Ley de Seguridad del Estado y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en él (art. 10).

Vigente esta disposición, el Decreto de 24 de enero de 1958 creó un Juzgado Militar Especial de Actividades Extremistas, con sede en Madrid y jurisdicción en todo el territorio nacional; y otro Decreto, de 25 de abril de 1958, amplió su competencia «rationi delicti», por fuero de conexión.

2. *La Ley de Orden Público, de 30 de julio de 1959.*—Esta Ley, en su Disposición Transitoria 2.ª, autoriza al Gobierno para unificar las Leyes especiales que regulen delitos afectantes al orden público y cuyo competencia corresponda a la Jurisdicción Militar. Estas Leyes —se especifica en la Exposición de Motivos— son las de 1 de marzo de 1940⁵, 2 de marzo de 1943 y 18 de abril de 1947⁶.

3. *El Decreto de 21 de septiembre de 1960.*—La refundición se realiza por medio de este Decreto, aunque limitada (art. 1.º) a la Ley de 1943 y al Decreto-Ley de 1947; justificándose, en su Preámbulo, la exclusión de la Ley de 1940, en la existencia de un Tribunal especial, y la realizada, en la conveniencia de recoger en una sola disposición legal «aquellos preceptos de ambas (leyes) que parece aconsejable conservar, por considerar necesaria su continuidad para reprimir eficazmente actuaciones subversivas o reveladoras de peligrosidad y que produzcan o puedan producir resultados de grave trascendencia, bien por motivos político-sociales o terroristas, o simplemente por impulsos de singular criminalidad».

Este Decreto (discutidísimo Decreto, y ello no sólo en cuanto a su contenido sustantivo o procesal, sino incluso tachado de ilegalidad radical o de origen) consta de ocho artículos, en los que —además del 1.º, ya citado, y el 3.º que, por referirse al terrorismo, será objeto de examen separado posterior— se castigan:

⁵ De Masonería y Comunismo.

⁶ Decreto-Ley que se acaba de comentar.

a) Conductas asimiladas a la rebelión militar (art. 2.º). Estas —procedentes de la Ley de 2 de marzo de 1943— quedaron sometidas a sus «correspondientes ordenamientos penales, jurisdiccionales y procesales», en virtud de lo dispuesto en el art. 1.º de la Ley de 2 de diciembre de 1963 —creadora del Juzgado y Tribunal de Orden Público—, cuya Disposición Final 5.ª deroga expresamente este art. 2.º, que volvió a ser declarado en vigor por Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, hasta la reforma de 15 de noviembre de 1971.

b) El robo a mano armada (art. 4.º), procedente del art. 3.º del Decreto-Ley de 1947.

c) El secuestro (art. 5.º), procedente del art. 4.º de dicho Decreto-Ley.

d) El bandidaje⁷, refundiéndose en el art. 6.º, los delitos a que se referían los arts. 5.º, 6.º y 7.º del Decreto-Ley de 1947.

El art. 7.º reproduce —con ligera modificación que, además, no afecta al tema— las excusas absolutorias del art. 9.º anterior; y el 8.º atribuye la competencia, para conocer de los delitos del Decreto, a la Jurisdicción Militar.

II. EL TERRORISMO EN LA LEGISLACIÓN ESPECIAL.—Sobre los consignados antecedentes, trataremos de examinar, aunque sea muy brevemente, la regulación del terrorismo en las Leyes especiales posteriores al Código Penal. En ellas, se delimita por el medio capaz de estragos, pues, aún cuando determinados hechos, procedentes de grupos o de personas a quienes se debiera la calificación de terroristas pudieran incidir en otras tipologías —por ejemplo, robo con armas de fuego, secuestro— éstas, en el Texto legal, se formulan neutras de toda finalidad. Tan sólo, como modalidad del bandidaje, se sancionaba el aprovechamiento de situaciones de temor para obtener de otro, mediante amenazas anónimas, la entrega de dinero, alhajas, valores u otros bienes, o para compelerle a hacer o dejar de hacer alguna cosa⁸.

⁷ Un amplio estudio sobre este delito, en Marino BARBERO SANTOS, «El bandolerismo en la legislación vigente», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIII, Fasc. II, mayo-agosto MCMLXX, páginas 253-286. También MASAVEU, trabajo citado en nota (1).

⁸ Sobre este delito, ver BARBERO SANTOS, trabajo citado en la nota anterior, págs. 281-282, quien recuerda que fue llamado «conminación» por Rafael SALILLAS, y el auge que tuvo en las postrimerías del siglo pasado. Disentimos del profesor de Valladolid en cuanto a la apreciación de que se trata de una modalidad delictiva prácticamente desaparecida: coincidiendo, en cambio, en sus restantes conclusiones, y en especial, con el carácter anticonstitucional de una pena que, extendién-

Pero, como se ha dicho, el terrorismo venía a coincidir con el propio del medio susceptible de producir estragos. El Decreto-Ley de 1947, dejando prácticamente sin contenido los arts. 260 y sigs. del Código, dedicaba sus arts. 1.º y 2.º a la regulación de estos delitos, con redacción gramatical más perfecta que el Texto de la Ley general⁹. Ambos preceptos fueron refundidos, sin alteración alguna, en el art. 3.º del Decreto de 1960. La Ley de 2 de diciembre de 1963 dio nueva redacción a su párrafo 2.º, para añadir el depósito de armas y municiones y la tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma, de sustancias o aparatos explosivos, inflamables u otros homicidas.

La acción se formulaba como tipo alternativo, consistente en «provocar explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, interrupción de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones o voladuras». El verbo («provocar») expresaba claramente la idea de consumación; pero al sancionarse, a continuación y con las mismas penas, el hecho de «emplear cualesquiera otros medios o artificios ocasionados a grandes estragos», y, en el párrafo 2.º, «la mera colocación o empleo de sustancias, materias o artificios adecuados», se equiparaban a aquella las formas imperfectas de desarrollo. Se sancionaba también —desde la Ley de 2 de diciembre de 1963— la tenencia, fabricación, transporte o suministro de cualquier forma de las sustancias o aparatos, y el depósito de armas y municiones¹⁰.

La pena se fijaba en función de un doble resultado: La de muerte, como pena única, para los resultados de muerte; para cualquier otro resultado («en los demás casos») la de reclusión menor a muerte, pena que, por su desmesurada extensión calificativa RODRÍGUEZ DEVESA de arbitraria¹¹. Esta era también la correspondiente a los supuestos en que «no se produzca la explosión, incendio o efecto apetecido».

El tipo exigía —como elementos subjetivos del injusto—, alguno de los siguientes fines: atentar contra la seguridad pú-

dose desde seis meses y un día de prisión a muerte, resultaba prácticamente indeterminada en su formulación, y permitía, en su aplicación, un margen de arbitrio tal que atentaba gravemente al principio de seguridad jurídica.

⁹ RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», II, pág. 236, nota núm. 9.

Lo que exigía integrar el tipo con los arts. 257 y 258 del Código Penal.

¹¹ «Derecho Penal Español», II, pág. 247, nota núm. 27.

blica, atemorizar a los habitantes de una población o realizar venganzas o represalias de carácter social o político, o perturbar la tranquilidad, el orden o los servicios públicos», fines que, con diferente dicción, coincidían con los del Código, por lo que nos remitimos a lo dicho al tratar del mismo. Este requisito finalista excluía el delito culposo: las formas culposas de tenencia —junto a las amenazas del art. 263, si estas no eran condicionales— quizás fueran la única materia reservada a la Ley general.

Se establecía una excusa absolutoria para los que, hallándose comprometidos a realizar alguno de tales delitos, lo denunciaran antes de comenzar a ejecutarse y a tiempo de evitar sus consecuencias; y se atribuía la competencia para conocer de tales delitos a la Jurisdicción Militar, que debía actuar por los trámites del procedimiento sumarísimo¹², facultándola a inhibirse en favor de la Ordinaria cuando «por las especiales circunstancias de los hechos no revistieren éstos la gravedad suficiente para ser calificados como delitos de terrorismo o bandidaje y debieran serlo conforme a la legislación común»¹³.

III. LA REFORMA DE 1971.—La legalidad vigente, en la materia que estudiamos, viene determinada por las Leyes núms. 42 y 44, de 15 de noviembre de 1971¹⁴. Por la primera (vid. «supra»), se adiciona al Título IX del Tratado II del Código de Justicia Militar («Delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos»), a continuación del Capítulo I («Rebelión»), un Capítulo I bis, con la rúbrica de «Terrorismo», integrado por cinco artículos: los 294 bis a), b), c), d) y e). Por la segunda se realiza una amplia reforma del Código Penal¹⁵, uno de cuyos

¹² La Ley de 2-XII-63, introduce modalidades de naturaleza procesal.

¹³ Sobre esta cuestión se volverá al tratar de la legalidad vigente. Respecto a la ahora estudiada, ha sido censurada (vid. RODRÍGUEZ DE VESA, Parte Especial, I, pág. 342 y II, pág. 243) la solución simplista y de extraordinaria vaguedad e imprecisión dada a una cuestión, como la competencia jurisdiccional, que por ser materia de orden público, debiera haberse formulado en términos de claridad, precisión y certidumbre.

¹⁴ Publicadas ambas, en el «Boletín Oficial del Estado», núm. 274, de 16-XI-1971.

¹⁵ «Una nueva reforma parcial del texto vigente» —según la Exposición de Motivos— fundada en «la necesidad, por una parte, de acomodar nuestras leyes penales a lo establecido en otras leyes internas de reciente promulgación, o a lo convenido en Tratados internacionales suscritos por España, y en general, a la realidad social siempre en evolución, y la conveniencia, por otra, de perfeccionar, en lo posible el sistema...» «que en esta ocasión, afecta a los extremos siguientes: Protección penal de la persona y derechos del sucesor a la

objetivos lo constituye la Sección 2.^a del Capítulo XII, del Título II del Libro II. Además, la Disposición Derogatoria Dos de esta Ley núm. 44/1971, deja expresamente sin vigencia un considerable número de disposiciones legales, de las que interesa anotar aquí el Decreto de 21 de septiembre de 1960, así como las leyes que él mismo refunde, de 2 de marzo de 1943 y Decreto-Ley de 18 de abril de 1947; el Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968 y los arts. 1.^o y 2.^o de la Ley de 2 de diciembre de 1963.

Los actos de terrorismo, por lo que atañe a su represión penal, quedan escindidos, a partir de las citadas leyes, en dos grandes grupos, que son atraídos a cada uno de los Cuerpos legales citados, con la consiguiente competencia jurisdiccional, en base al siguiente criterio diferenciador: unas, son las actividades que se producen «no de modo episódico e individual, sino como acciones que provienen de grupos u organizaciones con carácter de mayor permanencia»¹⁶, otros, son «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables»¹⁷. Estos, se regulan en la ley general y fueron objeto de examen en páginas anteriores; aquellas, han sido llevadas al Código Marcial, en tres artículos «que contemplan las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar graves estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad»¹⁸; y constituirá el contenido de la parte final de este trabajo el estudio de los cinco artículos, tres de naturaleza sustantiva, dos de carácter procesal.

La Exposición de Motivos de la Ley núm. 42 declara que «el lugar en que se han situado los nuevos preceptos, dentro del Título IX del Tratado II —delitos contra la seguridad del Estado y de los Ejércitos—, y tras los correspondientes a la rebelión, resulta el más adecuado dentro de la normativa del Código de Justicia Militar». Al discutirse la Ley, en la Comisión de las Cortes¹⁹, se dijo por la Ponencia que «este tipo de

Jefatura del Estado, delito de genocidio, tráfico de estupefacientes, delitos contra la libertad religiosa, maquinaciones para alterar el precio de las cosas, protección penal del trabajador, delitos de terrorismo, emisión de cheques en descubierto y rehabilitación del penado».

¹⁶ Exposición de Motivos de la Ley Núm. 42-1-1971.

¹⁷ Exposición de Motivos de la Ley núm. 42-1971, núm. 6.

¹⁸ Exposición de Motivos de la Ley núm. 42-1971.

¹⁹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, «Suplemento...», pág. 76, nota 23. (En adelante, las citas que se hagan de este autor, salvo que otra cosa se diga expresamente, se referirán al citado suplemento.)

terrorismo... no llega a la rebelión, pero está por encima de la sedición»²⁰. GÓMEZ CALERO²¹, tras señalar la ubicación del terrorismo «después de la rebelión y antes de la sedición», estima que «decida la incorporación de estos delitos al Código Castrense... el emplazamiento elegido es el más acertado». Pero la Circular de la Fiscalía Togada de 10 de junio de 1972²² da un paso más, y afirma la total identidad esencial entre la rebelión y los actos de terrorismo a que se refieren los nuevos preceptos incorporados al Código Marcial, con párrafos que merecen ser copiados literalmente:

«... la verdadera significación de los tipos delictivos adicionados a nuestro Código castrense, está en su propia naturaleza de delito militar por esencia, pues pese a su titulación «terrorismo» —de alcance vulgarizante más que técnico, acaso inspirado en su paralelismo con la Sección II del Capítulo XII Título II Libro II del Código Penal, del que es limítrofe diferenciado—, su verdadera alcuernia jurídica está en ser una de las formas de comisión del delito de rebelión militar, razón, sin duda, determinante de su colocación en el Código, bisando a su continuación, el Capítulo dedicado a dicho delito. Pues, en efecto, los tipos que la Ley 42/1971, incorpora al ordenamiento penal castrense, no son en el fondo, sino un alzamiento colectivo (organizaciones o grupos), armado y violento (característica de los actos encuadrados) contra las instituciones fundamentales de la Nación (unidad, integridad y Orden Institucional de la Patria) exactamente coincidente con la definición que del delito de rebelión militar, contiene el art. 286 del citado Código; de cuyo delito las nuevas formas incorporadas —subversión armada y violenta—, no son más que expresiones del modo o estilo actual adoptado

²⁰ Sin duda, se refería el señor López Medel a la sedición regulada en los arts. 218 y sigs. del Código Penal, como una de las modalidades delictivas que incide, perturbadoramente, en el normal funcionamiento de las instituciones públicas y del orden público (y que es, como dijo VIADA; en frase recogida en todos los Manuales, una a modo de rebelión en pequeño), pues la sedición militar se estructura en el Código de este orden —arts. 295 y sigs.—, como delito militar propio, sin relación alguna con los supuestos entonces discutidos.

²¹ Trabajo citado, pág. 450, vid. Bibliografía «supra», (Igual que se ha dicho en la anterior nota 23, cuantas citas se hagan, en adelante, del Doctor y Comandante Auditor GÓMEZ CALERO, lo serán con referencia al mencionado trabajo).

²² En adelante, «Circular de la Fiscalía Togada», o simplemente «Circular». Las Memorias de dicha Fiscalía se designarán simplemente «Memoria», con expresión de los años del período judicial correspondiente.

por la lucha contra las Instituciones, perfectamente asimilables a los números 2.º y 3.º del precitado art. 286 ya que efectivamente las organizaciones y agrupaciones a que alude la Ley 42-971, cuentan para la realización de los actos de subversión y terrorismo contra las Instituciones, con grupos militarmente organizados y entrenados, literal y conceptualmente comprendidos en los citados preceptos del Código de Justicia Militar».

Y añade a continuación:

«Como se ve la Ley precitada no adscribe nuevos tipos penales a nuestro Código fundamental, ni, por tanto, amplía el contenido competencial de nuestra jurisdicción..., sino que lo único que hace es desarrollar en forma más casuística y atemperada a los nuevos modos, individualizándolos y dándoles trato penal específico por separado, actos punibles típicos incluidos ya tradicionalmente, como delitos militares, en el Código de Justicia Militar, perfectamente incardinables tanto en los números 2 y 3 del art. 286 del actualmente en vigor, como en iguales números del art. 237 de su predecesor de 1890.»

La argumentación es sugestiva, en cuanto capta la esencia de las modernas formas de guerra subversiva (vid., «supra», pág. 10) —una de cuyas técnicas es el terrorismo—, y señala su sustancial identidad con la propia del delito de rebelión, en orden, principalmente, a justificar su inclusión en la Ley Militar, con la consecuencia jurisdiccional. Pero la identidad absoluta que se predica no es posible aceptarla, ni desde el Derecho constituyente ni desde el constituido. De «lege ferenda», y en términos muy generales, importantes sectores doctrinales²³, pretenden reducir el delito de rebelión militar a los límites del delito profesional —la rebelión de los militares— tal como lo hacía el Código Penal del Ejército de 17 de noviembre de 1884 (arts. 106 a 111), sin perjuicio del ensanche jurisdiccional como consecuencia del estado de guerra; y autorizadas corrientes de opinión²⁴, en relación al tema que nos ocupa,

²³ Vid. Ruperto NÚÑEZ BARBERO, «Derecho Penal Militar y derecho penal común», Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Tomo XXIV, Fasc. III, septiembre-diciembre MCMLXXI, págs. 713-767, como documentado —y, sobre todo, más reciente— estudio sobre la naturaleza y caracteres del Derecho Penal y Militar. Sobre el delito de traición, véase: MONTULL LAVILLA, en Revista Española de Derecho Militar, números 25-26, año 1968, págs. 9-54.

²⁴ GÓMEZ CALERO, pág. 454 y nota núm. 38.

han manifestado su oposición a que el mismo se atribuya de forma definitiva a la jurisdicción castrense. Desde la legalidad vigente —y sin volver atrás de lo dicho en orden a la identidad esencial de ambos delitos—, no puede olvidarse la trascendencia del requisito de la tipicidad, que, en el Derecho penal cumple, entre otras funciones, la de diferenciar figuras delictivas coincidentes en la protección de un mismo bien jurídico. Por otra parte, obsérvese que, en la rebelión, el núcleo de la acción es el alzamiento (público y en abierta hostilidad en el Código Penal; en armas en el Castrense), dato formal que absorbe, o cuando menos relega al olvido, otros resultados lesivos contra personas y cosas, lógicamente derivados de la lucha armada subsiguiente (pues «los delitos particulares» de que habla el art. 227 del Código Penal, los «comunes» del art. 292 del Militar, son los innecesarios, marginales o excedentes a los fines de la rebelión), en tanto que en los de terrorismo, de la Ley núm. 42, está en los concretos actos de violencia que en la misma se describen, mientras el esencialmente rebelde, que consistirá en el nacimiento y existencia del grupo u organización, se relega al campo de la asociación ilícita, como la propia Circular reconoce. Se argumenta, pues, con un «quid pro quo» entre la propia rebelión y los actos de su desarrollo. Finalmente, desde el punto de vista de la antijuricidad material, difícil será encontrar a los actos de terrorismo, y, en especial al de estragos, la causa de justificación supralegal que, desde Santo Tomás a Pío XI —y en España no puede olvidarse los nombres de Mariana, Suárez y Domingo de Soto—, explica, en la cultura cristiana, el tiranicidio, el derecho de resistencia y la insurrección legítima²⁵.

La incorporación de dichas formas de terrorismo al Código castrense, atribuye a las mismas el carácter de delitos militares²⁶, por fuerza de lo dispuesto en el art. 181 de dicho Código,

* Para una bibliografía sobre la materia, vid. RODRÍGUEZ DEVESA, II, pág. 13, nota 25. Véase también el interesante trabajo «Aportaciones al estudio del delito de rebelión militar», de José María OLIVER NARBONA, Teniente Coronel Auditor del Cuerpo Jurídico del Aire, correspondiente al Curso de Diplomas de Derecho Penal del año 1964, convocado por la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército, y que se encuentra, mecanografiado, en la Biblioteca de la misma.

* No es, desde luego, uno de los delitos propios o típicamente militares. Sobre esta materia puede consultarse RODRÍGUEZ DEVESA, «Delito Militar», Nueva Enciclopedia Jurídica, VI, pág. 597; el mismo, de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, Valladolid, 1961, páginas 25-48; Ruperto NUÑEZ BARBERO, trabajo citado en nota 25 (Este trabajo, que corresponde a la conferencia pronunciada por su autor el

cuyas normas —art. 257, párrafo 2.º—, serán de aplicación preferente sobre las del Penal. Y tienen también el carácter de delitos políticos, revelado por la rúbrica del Título de su ubicación y el bien jurídico que esencialmente se trata de proteger —unidad de la patria, integridad de sus territorios y orden institucional²⁷—, y expreso en las primeras palabras («la defensa del Estado») del Preámbulo de la Ley núm. 42 de 1971.

Los demás caracteres de los delitos estudiados se señalarán al analizar sus formas típicas; en esta preliminar exposición interesan tan sólo los apuntados, y en especial, el de delito militar, que nos lleva a la cuestión de la competencia jurisdiccional. La ley, tras los tres preceptos de carácter penal sustantivo, contiene otros dos, relativos a materias de competencia y procedimiento: son los arts. 294 bis d) y e), a que vamos a referirnos a continuación.

Comenzando por el examen de este último —aunque se haga muy de paso, pues lo ha sido con gran detalle por GÓMEZ CALERO²⁸— debemos anotar, aparte de su colocación asistemática en la estructura del Texto legal²⁹, lo supérfluo de su contenido, salvo en cuanto se refiere a la intervención de partes letradas —Fiscal y Defensor— en las hipótesis de procesados exclusivamente militares o en las de procedimiento sumarísimo. Pero esta contingencia —que, por otra parte, no constituye novedad, pues ya se estableció por la Ley de 2 de diciembre de 1963 (art. 2.º, que reforma otros del Decreto de 21-IX-60)— pudo hacerse mediante retoques o excepciones en sus lugares propios (arts. 145, 146, 147, 154 y 927), o mediante una radical reforma del Código, que las más superficiales concepciones jurídicas demandan como perentoria. En todo lo demás, la superfluidad del precepto legal (sin el cual se llegaría a la misma solución que proclama), no es sino el latente testimonio —pese a los esfuerzos que hace por negarlo la Circular de la Fiscalía Togada— de la vinculación existente entre la regulación actual y la excepcional precedente, de la que aquella viene

día 16 de marzo de 1971, en un ciclo que tuvo lugar en la Universidad de Salamanca, ha sido editado también, aunque sin notas, por la Facultad de Derecho de dicha Universidad, en julio del año mencionado).

²⁷ «Aparte de ello, cada uno de estos preceptos sustantivos reconoce, como objeto secundario de protección, otros bienes jurídicos: paz pública, persona, propiedad» (GÓMEZ CALERO, pág. 450, nota 23).

²⁸ Págs. 492-496.

²⁹ GÓMEZ CALERO, pág. 456.

a ser continuadora, lo que no impide reconocer el radical cambio operado en su estructuración legal.

En orden a la competencia, la de la Jurisdicción Militar para conocer de los nuevos delitos incorporados a su Código privativo, resulta del art. 6.º, núm. 12, del mismo, y no del llamamiento expreso que se hacía en la legislación anterior. Pero, al igual que en ésta (art. 9.º del Decreto-Ley de 1947; art. 8.º del Decreto de 1960), se conserva (art. 294 bis d), la facultad de inhibición de aquella, en favor de la Ordinaria «cuando por razón de las circunstancias de los hechos, cualquiera que sea su entidad, decida que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores». La inhibición no está dispensada de los trámites que en el Capítulo único, Título I, Tratado III del Código de Justicia Militar se exigen para las cuestiones de competencia³⁰. Por ello, GÓMEZ CALERO³¹ distingue «dos actos perfectamente diferenciados, que no pierden su sustantividad respectiva por el hecho de que puedan formalizarse en una misma resolución: son, la «decisión» de que los hechos no reúnen las condiciones específicas para su inclusión en aquellos preceptos penales, y la «inhibición» en favor de la Jurisdicción ordinaria». Ahora bien, si la distinción conceptual es clara, no es menos evidente que el primer acto interfiere y condiciona al segundo, y hasta deroga las normas que regulan la tramitación de las cuestiones de competencia, las que deben ser, siempre y en última instancia, diferibles a un Tribunal Superior. Al comparar la redacción actual con la anterior (Decreto de 1960, art. 8.º) se observan alteraciones en la expresión gramatical: así, este último Decreto condicionaba la facultad inhibitoria a que los hechos, por sus especiales circunstancias, no revistieran la gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo al mismo y debieran serlo conforme a la legislación común; ahora, la primera impresión, de mayor certeza y seguridad jurídica, que se recibe al leer que el texto requiere el que no se den, en

³⁰ «En este sentido —único recogido en el texto positivo de la Ley— debe entenderse el párrafo segundo de su Exposición de Motivos. No en la dispensa del formalismo procesal que regula el planteamiento y sustanciación de las declinatorias o inhibitorias, como erróneamente, en algún caso, se ha entendido» (Circular de la Fiscalía Togada). En igual sentido GÓMEZ CALERO, pág. 488. El Preámbulo de la Ley, en cambio, resulta turbador al declarar que «la rapidez y ejemplaridad necesarias para la persecución y sanción de delitos de tanta importancia y trascendencia, obligan a evitar competencias que dificultarán aquellos propósitos».

³¹ Pág. 487.

los hechos, «las condiciones específicas», es decir, la realización del tipo —con el carácter de provisionalidad que, desde luego, ha de tener todo acto procesal anterior a la Sentencia—, se desvanece al observar que la facultad de decidir —y hasta sin necesidad de atender a la gravedad de los hechos, «cualquiera que sea su entidad»— se deja al exclusivo arbitrio de la Autoridad judicial militar. Y este primer acto decisorio, o esta primera parte del acuerdo competencial, no puede ser discutido por la Jurisdicción Ordinaria para rechazar la inhibición. Así opinan GÓMEZ CALERO³² y RODRÍGUEZ DEVESA³³; así se expresa en la Circular de la Fiscalía Togada³⁴; así resulta del propio texto de la Ley y de su Preámbulo³⁵, y así se pronunció la Sala de Conflictos Jurisdiccionales del Tribunal Supremo, en un buen número de Autos³⁶, que dictados para la legalidad anterior, siguen siendo válidos para la presente, sustancialmente idéntica.

RODRÍGUEZ DEVESA³⁷ advierte, censurándolo, que «en una decisión unilateral... se decide coetáneamente un problema de concurso de leyes». GÓMEZ CALERO³⁸ atribuye a esa decisión la función de «calificación negativa», pero añade³⁹, que la misma no vincula a la Jurisdicción ordinaria, pudiendo ésta —si llegare el caso, que considera difícil— «subsumir la actividad criminal enjuiciada en las propias normas sustantivas que el Código de Justicia Militar dedica al terrorismo y que la Autoridad Judicial Militar, a efecto de competencia, declaró inaplicables». Permítasenos disentir de tal conclusión, con fundamento en lo dispuesto en los arts. 1.º y 2.º del Código de Justicia Militar, a cuyo tenor, sus normas sólo son aplicables por los Tribunales y autoridades que él mismo establece; así lo tiene declarado, en repetidos Autos acordados, el Consejo Supremo de Justicia Militar (principalmente con referencia al art. 206 del C.J.M.), y así lo ha declarado la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en Sentencia de 6 de febrero de 1945⁴⁰. Aparte de que,

³² Págs. 487 y 488, quien la llama «actuación trascendente».

³³ Pág. 79, quien la califica de «decisión unilateral».

³⁴ Que la denomina «potestad decisoria».

³⁵ Vid., «supra», nota núm. 30.

³⁶ Vid., en GÓMEZ CALERO, pág. 489.

³⁷ Pág. 79.

³⁸ Pág. 488.

³⁹ Págs. 491 y 492.

⁴⁰ «Los Tribunales ordinarios no pueden juzgar infracciones de preceptos del Código de Justicia Militar ni de un Bando de las Autoridades Militares» (Sent. Sala 2.ª, de 6-2-45; citada por Medina y Marañón, «Leyes Penales», Reus, Madrid, 1947, nota 2-1 al art. 2.º C.J.M.).

un examen detenido de ambos Códigos, excluye totalmente tales hipotéticos supuestos. Puede ocurrir, ciertamente, que unos hechos tenidos «prima facie» como delito —y determinantes de actuaciones judiciales— no lo sean, lo que conducirá a la sentencia absolutoria, o al sobreseimiento libre, en una y otra jurisdicciones. Puede ocurrir también, que unos hechos que, en un principio, parezcan incardinables en el Código Marcial, resulten, a la hora de la sentencia, meramente constitutivos de delito común, lo que exigirá al Tribunal Militar, que no puede abstenerse de juzgar, aplicar el Código general. Pero lo que no es posible, en ningún caso, es que una conducta con contenido punible capaz de cumplir el tipo de una de las figuras de terrorismo del Código de Justicia Militar, no pueda también, por el principio de subsidiariedad, o por el de alternatividad, subsumirse en otras hipótesis del Penal, ya sean éstas las de terrorismo, ya las que regulan los delitos contra las personas, la honestidad, la libertad y seguridad o la propiedad. Entonces, sentada la incapacidad (no como mero exceso competencial, sino como ilegalidad insubsanable, con nulidad radical: art. 4.º, del Código civil) de la Jurisdicción Ordinaria para aplicar la Ley castrense, la decisión de la Autoridad judicial militar, la «calificación negativa» de que habla GÓMEZ CALERO, opera no sólo sobre los aspectos procesales, sino sobre la propia sustantividad punible, si, por cualquier causa, aquella no resultare ajustada a Derecho, viniendo a ser una auténtica condición objetiva de punibilidad, es decir, una causa exterior a la acción típicamente delictiva, que impide que ésta, pese a su realidad ontológica, no se condene como tal. No es ya una condición objetiva de perseguibilidad, al modo que la sentencia o el auto firme de sobreseimiento lo es para el delito de acusación o denuncia falsa (art. 325 Código Penal); no es un óbice procesal, pues la Jurisdicción ordinaria procederá por aquellos mismos hechos, y hasta sancionará, en base al Código Penal —con el efecto, desde luego, de cosa juzgada—; pero el delito de terrorismo del Código de Justicia Militar, realmente existente aunque la competencia se resigne, quedará sin punir como tal, con su específica pena, a consecuencia de la decisión inhibitoria, libremente adoptada.

Dejando para su estudio separado los tipos de delitos de terrorismo introducidos en el Código Militar por la reforma de 1971, concluiremos este apartado con unas consideraciones sobre la derogación, por efecto de la misma, de la legislación

especial anterior. La del Decreto de 21 de septiembre de 1960 —y de las leyes que el mismo refunde— se establece en la Disposición Derogatoria Dos de la Ley núm. 44. En el Proyecto de Ley núm. 42 se contenía una cláusula derogatoria del citado Decreto «que duplicaba la previsión...» «por lo que, aún aprobada en la Comisión de Defensa, fue suprimida en el dictamen de la Comisión, rectificando así lo que hubiera sido un horrible error de mera técnica legislativa»⁴¹.

La primera consecuencia de tal derogación —ello es claro— es dejar sin efecto para el futuro⁴², los preceptos de la Ley de excepción. En adelante, muchas de sus hipótesis (rebelión, robo con armas de fuego, secuestro de personas, bandidaje y figuras afines), o dejan de ser delito (por ejemplo, el auxilio al bandidaje no constitutivo de complicidad ni encubrimiento), o pasan a residenciarse en otros preceptos penales (asociación ilícita, propaganda ilegal, robo, detenciones ilegales, amenazas, asociación para cometer el delito de robo, etc.), sin perjuicio de que puedan también incardinarse en los vigentes arts. 294 bis b) y c), si se dan los requisitos exigidos por los mismos. Queda, no obstante, pendiente el problema de la ultra-actividad de la Ley derogada, para juzgar los hechos producidos durante su vigencia y mantener la eficacia de las condenas ya impuestas por aplicación de la misma; problema no nuevo, sino peculiar de toda Ley temporal, y que el Consejo Supremo de Justicia Militar⁴³ resolvió en el sentido de negar la aplicabilidad de la Ley beneficiosa posterior, por no estar ante supuestos de «simple derogación de una Ley por otra posterior más benigna, por un simple cambio de criterio del legislador», «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», sino en presencia de actividades que, en su momento, «tenían una especial significación y entidad, esencialmente condicionadas por... circunstancias de peligro» (gravedad, trascendencia, peligro, alarma social e incluso daño efectivo a las Instituciones encargadas de garantizar la seguridad de la Patria: Auto 18-I-73), que adquirirían el carácter de «elementos reales del delito», «de tal forma que, desaparecida aquella compleja situación de emer-

⁴¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 75.

⁴² Las dos Leyes, publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» del día 16, entraron en vigor, tras el plazo ordinario de «vacatio», el día 6 de diciembre de 1971.

⁴³ Sentencia de 23-V-73; Autos de 28-VII-72, 4-X-72, 9-XI-72 y 18-I-73.

gencia, conducta idénticas, aparente pero no realmente, por ausencia de aquellas relaciones fácticas, revisten formas delictivas diferentes, encajadas en la Ley común». Esta solución, dialécticamente sugestiva e ingeniosa, tropezará siempre con el art. 208 del Código de Justicia Militar, salvo que se establezca la retribución como fin esencial y único de la pena; fin que, en sus propios términos, le niega el precepto citado, inspirado, desde luego, en la razón de justicia, pero a través del cual se manifiesta, también, la voluntad pragmática del legislador de evitar toda punición que carezca de utilidad actual. No obstante —repetimos— el problema está en la contradicción interna que lleva en sí toda Ley temporal, en su propio germen caducario, puesto de manifiesto en el Auto de 18 de enero de 1973, y que constituye su más sólido argumento: «Por último, admitida constitucionalmente la posibilidad legal 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».

El mismo art. 294 bis a), cuya afinidad con el 3.º del Decreto de 1960, por razón del medio instrumental es innegable, se formula con una estructura totalmente nueva, por la exigencia del grupo u organización subversiva, y la de fines no exactamente coincidentes con los antiguos. Así, buen número de actos, sujetos al Decreto durante su vigencia, lo estarán, a partir de la reforma, a las disposiciones del Código Penal y a los Tribunales de la Jurisdicción ordinaria⁴⁴; pero otros, seguirán sometidos a la Jurisdicción Militar, ahora por aplicación de su Código privativo. Y, en este punto, surge la cuestión de si los delitos incorporados a tal Código bajo la rúbrica de «terrorismo», siguen teniendo o no el carácter de Derecho excepcional, que tenían en la legislación derogada. O, dicho con otras palabras, si la inclusión de los mismos en el Código castrense —Ley especial, no excepcional— es suficiente para conformar su naturaleza esencial.

Aceptamos, de la Circular de la Fiscalía Togada, que la nueva normativa no es, respecto a la antigua, «un residual sucedáneo». Ello lo hace evidente la diferente estructura de los tipos, como tan repetidamente se ha dicho, y no el que se incluyan o dejen de incluirse en el Código. Pero la inclusión no

⁴⁴ Juzgado y Tribunal de Orden Público: Disposición Adicional de la Ley núm. 44/1971.

produce, por sí sola, la pérdida del carácter de Derecho excepcional que puedan tener los preceptos vigentes, por su propia esencia y aunque sean distintos de los antiguos en su formulación. Una ley excepcional puede ser sustituida por otra ley excepcional, y la voluntad del legislador, al elegir uno u otro formato o esquema, no basta, por sí sola para alterar, taumáticamente, su naturaleza esencial.

La citada Circular, con el propósito de justificar la competencia jurisdiccional, niega a la nueva ordenación el carácter de Derecho excepcional, y argumenta sobre la identidad de esencia entre terrorismo y rebelión, sobre el carácter especial, no excepcional, de la Ley militar, y el de su Jurisdicción, proclamado por el art. 32 de la Ley Orgánica del Estado, sobre la misión atribuida a las Fuerzas Armadas por el art. 37 de esta misma Ley. En cuanto al delito de rebelión, como delito que no es de los típicamente militares, ya hemos tratado antes (vid. «supra», pág. 46 y notas 25 y 28); si, por reforma legal, volviera a ser la rebelión militar, como lo era en el Código de 1884, una «rebelión de militares», en nada sufriría el art. 32 de la Ley Orgánica, ni tampoco el Código, sino que, por el contrario, se perfilaría más nítidamente su carácter de Ley especial. La función que el art. 37 de la misma Ley Orgánica atribuye a las Fuerzas Armadas —de garantizar la unidad e independencia de la Patria, la integridad de sus territorios y la defensa del orden institucional— se refiere —como muy bien dice GÓMEZ CALERO⁴⁵— «a la actividad disuasoria o bélica, que es propia de aquellas, pero no a la función jurisdiccional... que —accesoria o complementaria para los Ejércitos— es específica del Poder judicial».

La tesis de la Circular encuentra ya fisuras en la paladina declaración de provisionalidad —la provisionalidad es la característica esencial del Derecho excepcional— hecha en el Preámbulo de la propia Ley núm. 42/1971 («en tanto se practica la reforma general en estudio del Código de Justicia Militar»). La facultad decisoria del artículo bisado d), y las excepciones procesales del que le sigue —excepciones de una ley especial— son también sintomáticas. La duplicidad legislativa es siempre indicio de excepcionalidad⁴⁶, y un acicate a modos de investigación intuitiva, en cuyo medio, la intuición

⁴⁵ Pág. 455.

⁴⁶ Vid. MONTULL LAVILLA, con referencia al delito de traición, en el trabajo citado en nota núm. 23. Vid. TERUAL CARRALERO, «La pluralidad legislativa, etc.», citado en Bibliografía.

jurídica nos advierte que la inclusión de la materia en una Ley de carácter estable, como lo es el Código de Justicia Militar, no basta para cambiar la naturaleza de las cosas, teniendo perennidad la sentencia de Horacio: «Naturam expellas furca, tamen usque recurrent».

Tras las anteriores consideraciones, generales de la Reforma, pasamos —y con ello ponemos punto final a este trabajo— al examen de las figuras delictivas que, bajo la rúbrica de «Terrorismo», introdujo, la Ley 42 de 1971, en el Código de Justicia Militar.

EXAMEN DE LAS FIGURAS DE TERRORISMO DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR.—Ya hemos dicho que tres, los tres primeros, de los cinco artículos incorporados al Código Castrense por la Ley núm. 42 de 1971, son de naturaleza sustantiva: en ellos —como dice el Preámbulo de la misma Ley— «se contemplan las tres manifestaciones más características del terrorismo: la alteración de la paz pública por medios capaces de provocar grandes estragos, los ataques a las personas y los ataques a la propiedad. RODRÍGUEZ DEVESA, utiliza las denominaciones de: a) Estragos terroristas; b) Atentados contra las personas con fines terroristas; y c) Atentados contra la propiedad con fines terroristas. Nosotros utilizaremos la terminología de «estragos terroristas» o simplemente «estragos», «atentados contra las personas» y «atentados contra la propiedad»; la primera por tratarse de un término ya consagrado en el vocabulario propio de la materia, y porque, como se verá, la alteración de la paz pública no es exigencia de una de las dos hipótesis contenidas en el art. 294 bis a); las otras dos, por razones simplificadoras, aparte de que, los fines consignados en el art. bis c), no son, al menos directamente, terroristas, sino sólo mediatamente, para potenciar los medios del grupo u organización.

En cada una de estas tres figuras se contienen dos tipos, que, para GÓMEZ CALERO, son siempre, un delito base y un tipo cualificado. RODRÍGUEZ DEVESA en cambio, estima diferentes las estructuras de la figura de estragos y de las otras dos, y distingue, en la primera, un tipo básico y un tipo cualificado, en tanto que en los atentados —contra las personas y contra la propiedad— establece la diferencia entre un tipo simple o básico y un tipo o delito complejo. Además, la figura de estragos, como se verá al tratar del acto, admite dos hipótesis; una de las cuales no admite formas cualificadas.

Sin más preámbulos y conforme al propósito anunciado al principio de este trabajo —vid. «supra»—, pasamos al examen de estas figuras penales.

1. *El sujeto.*—La contemplación del sujeto activo, es decir, de la persona que realiza la acción descrita en las definiciones legales, plantea las cuestiones relativas a la correcta catalogación de las figuras que se estudian dentro de las clasificaciones de delitos en comunes y especiales («delicta propria»), por una parte, y unipersonales y pluripersonales⁴⁷, por otra.

El estudio del sujeto de la acción es cuestión distinta de la de autor del delito, pues mientras éste pertenece a la teoría de la participación, aquél corresponde a la tipicidad⁴⁸, de tal forma que, aún cuando sujeto activo y autor coincidan normalmente —es el caso del art. 14-1.º del Código Penal; art. 196-1.º del de Justicia Militar— son, conceptualmente, diferenciables (supuestos de autoría mediata, inducción y auxilio necesario). Las materias de autoría y participación, por su carácter general, excederían los límites propios de estas páginas⁴⁹, en las que, las consideraciones siguientes, se referirán al sujeto de la acción. No obstante —y aunque suponga disgresión— parece este lugar el más oportuno para hacer dos advertencias relativas a la participación: 1.ª) Que, si bien las construcciones doctrinales hechas para el Código Penal pueden servir para el Castrense, con idéntica redacción los arts. 12 y 14 del primero y 195 y 196 del segundo, hay diferencias importantes en orden a la complicidad (arts. 16 y 198, respectivamente) y al encubrimiento (arts. 17 y 109)⁵⁰; 2.ª) Que el encubrimiento, en el Código Penal y en relación con los delitos de terrorismo, para castigar, respecto de ellos, el favorecimiento personal, fue objeto de la Ley núm. 44/1971, que los añadió a la circunstancia 2.ª, núm. 3.º, del art. 17; lo que fue omitido, en cambio, en la

⁴⁷ La doctrina italiana —GRISPIGNI, en especial— utiliza la terminología de delitos monosubjetivos y plurisubjetivos.

⁴⁸ Véase en J. DE ASUA, III, págs. 694, 695 y 700: referencias (del tipo) al sujeto activo, por las que los mismos «no dejan de tener naturaleza normal, de mera descripción objetiva»; elementos subjetivos que hasta pueden ser «rigurosamente necesarios en el trazado descriptivo de la figura típica». Véase también Antón ONECA, I, pág. 185.

⁴⁹ La materia se trata en todos los Manuales, Tratados y Comentarios. Un estudio extenso, profundo, y sobre todo, muy actual, en CÓRDOBA y RODRÍGUEZ MOURULLO, «Comentarios...», I, págs. 800-941.

⁵⁰ Puede consultarse Fernando DE QUEROL Y DURÁN, «Principios de Derecho Militar Español», II, Editorial Naval, Madrid, sin fecha, ¿1949?, páginas 117-121.

Ley núm. 42, para la paralela reforma del Código de Justicia Militar; indisculpable olvido, manifestación grave de incuria de la Cámara legislativa, a que hubo necesidad de proveer posteriormente por medio de la Ley de 17 de marzo de 1973 ⁵¹.

Volviendo al hilo del tema, examinaremos a continuación las cuestiones que el sujeto activo sugiere.

A) «*Delicta propria*» y grupo u organización.—Toda referencia legal al sujeto, produce, desde la tipicidad, efectos restrictivos; y, si esta referencia o añadido versa sobre cualidades o condiciones del mismo, al tiempo que delimita, estrechándola, la figura de delito, excluye de la capacidad para serlo, por consecuencia lógica, a todas aquellas personas («extranei») en quienes no se dan tales condiciones o cualidades. Realiza, entonces, el tipo una función discriminatoria en el sujeto genérico del delito, que conducirá a la clasificación de las infracciones en delitos comunes y especiales; y, como la especialidad puede derivarse también de factores distintos del sujeto —haciendo equívoca la terminología— se viene utilizando, a partir de las elaboraciones de NAGLER en Alemania y de BETIOL en Italia, la denominación de delitos propios.

No es ocasión de detenerse en el análisis detenido de esta categoría de infracciones; pero no puede menos de indicarse la trascendencia de la misma en el Derecho Penal militar, hasta el punto de que, en base a ella, puede construirse la teoría de los delitos típicamente militares: aquellos —sedición, insulto a superior, desobediencia, deserción, etc.—, a los que calificó RODRÍGUEZ DEVESA ⁵², de «columna vertebral del Código de Justicia Militar y base permanente del Derecho Penal castrense». La doctrina del delito propio venía a crear, dentro del Derecho punitivo, una parcela de derecho profesional o corporativo, con utilidad derivada de un congruente e integral desarrollo normativo para las especiales infracciones comprendidas en ella ^{52 bis}; pero, la prodigalidad con que se encuentran

⁵¹ «Boletín Oficial del Estado», núm. 69, del 21 de marzo de 1973. Durante más de un año se dio el contrasentido de inmunidad para los encubridores de las formas de terrorismo consideradas como más graves, y de enjuiciamiento y sanción para las más leves; inmunidad que, además y con flagrante desprecio de la seguridad jurídica, desaparecería en cuanto la Autoridad Judicial Militar hiciera uso de las facultades inhibitorias del art. 294 bis d).

⁵² «Delito militar», Nueva Enciclopedia Jurídica, citado nota 28.

^{52 bis} Los términos derecho profesional y corporativo adquirieron un sentido ideológico peyorativo, quizás justificado por el abuso que, en otros tiempos, se hizo del privilegio como fuente de un derecho especial, pero que no deben seguir teniéndolo, y que desde luego, no se

en la Ley las referencias al sujeto activo —parentesco, servicio, estado civil, nacionalidad, etc.—, la privan de aquella virtualidad y hasta hacen difícil una construcción unitaria⁵³.

En los delitos que estamos estudiando, la referencia al grupo u organización sugiere, en seguida, la idea de «delicta propia» que se ha expuesto. Pero ello es sólo aparente: en primer lugar, la figura de los atentados contra la propiedad (bis c), no exige ni la pertenencia a aquel ni la actuación a su servicio; en segundo lugar, respecto de las otras dos especies, cabe la posibilidad de que la actuación se limite a un servicio ocasional, y con ella la absoluta fungibilidad del sujeto, que es carácter de los delitos comunes. Sólo una concepción amplísima de los «delicta propia» permite considerar como tales los de terrorismo que se examinan. Sin embargo, forzoso es reconocer que, en los de estragos y atentados contra las personas, el tipo exige en el sujeto, por pertenencia o servicio, una relación con la organización o grupo.

El grupo u organización, como ya hemos visto, viene a ser el eje de toda la estructura legal. Presidió la elaboración legislativa, y se insertó en las formulaciones típicas con trascendencia tal que no cabe omitir su examen; examen que estimo procedente en esta ocasión, al tratar del sujeto, porque sujeto y grupo son dos elementos típicos interdependientes. Sociológica, criminológicamente, la organización o grupo adquiere relevancia sobre el sujeto, y normalmente, vendrá a ser el verdadero autor, a través de un proceso de ideación, planeamiento y encargo, del delito que el sujeto meramente ejecuta. Jurídicamente, la responsabilidad penal es individual, lo que destaca la figura del sujeto —independientemente de la que, por autoría mediata o inducción, pueda alcanzar a los miembros del grupo, no ejecutores—; pero la propia organización conserva una doble función tipológicamente trascendente: por una parte caracteriza al sujeto, miembro o servidor; por otra, colorea teleológicamente la acción del sujeto, tiñéndola de sus propias finalidades.

le da en esta ocasión; por lo que —puede ser que con exceso de suspicacia, por lo que se piden disculpas—, por medio de esta nota se sale al paso de posibles errores ideológicos —toda ideología es errónea: ya desde Rogerio BACÓN, los ídolos anulan la mente, interponiéndose entre ésta y las cosas, ciegan impidiendo ver la verdad de las mismas— o de interpretaciones tergiversadoras.

⁵³ Sobre el concepto relativo del delito propio, vid. NÚÑEZ BARBERO, *tabajo* citado, notas 104 y 106, págs. 736 y 737.

Así, el elemento finalista del grupo u organización está presente, como exigencia ineludible, en las tres figuras de terrorismo, y expreso en las fórmulas legales: atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, según la redacción del art. bis a) y las referencias al mismo de los dos siguientes. Normalmente, como es lógico, coincidirán los fines de la organización y los del sujeto; es más, el art. bis b) exige en el sujeto, aparte de los del grupo, fines coincidentes u otros específicos. Pero pueden darse también hipótesis con divorcio de motivaciones y finalidades entre la organización servida y el sujeto servidor; por ejemplo, el crimen sicario. Sobre esta materia se volverá más adelante, al tratar de la antijuridicidad —elementos subjetivos del injusto— y de la culpabilidad. Ahora interesa tan sólo dejar constancia de que el grupo u organización ha de tener una especial razón de ser finalista como requisito tipológico: fines distintos de los consignados, trasladarían el hecho terrorista a la Ley común.

Otro requisito del grupo es la permanencia. Este requisito de estabilidad venía siendo postulado tradicionalmente por la doctrina, al tratar del delito de asociación ilícita que, actualmente, regula el Código Penal, en sus arts. 172 y sigs., por lógica derivación de la propia esencia del fenómeno asociativo y de los objetivos de la asociación política, como empresa ardua y larga a la que sirven muy poco las situaciones interinas y las uniones pasajeras; y deviene una exigencia legal, a través de una interpretación lógica del art. 513, al asegurar, con norma de carácter excepcional, que no quede impune la asociación para cometer el delito de robo, aunque la misma sea pasajera o transitoria, precepto inútil si la provisionalidad bastara para toda especie asociativa. Pero, además, respecto de los grupos u organizaciones a que se refieren los delitos que estudiamos, el «carácter de mayor permanencia», se declara expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley.

Por último, no puede omitirse una referencia a la misma esencia del grupo. La afirmación de que el mismo es, por definición, plural, resulta a un tiempo supérflua por su evidencia e inútil por su ambigüedad. Porque, ¿cuál ha de ser el número mínimo de personas exigible para entender existente el grupo u organización? ¿Son suficientes dos? ¿Tres como en el art. 513? ¿Cuatro como en la cuadrilla: art. 10-13.º? ¿Diez, como en el delito de rebelión militar, cuya identidad con el terroris-

mo proclama la Circular de la Fiscalía Togada? La solución no se encuentra ni en éstos, ni en ningún otro precepto legal. El equivalente a la agravante de cuadrilla en el Código Castrense (art. 187-11.^a) se integra con sólo dos personas. El antes citado art. 513 del C.P., al barajar los datos de número y permanencia, tampoco da soluciones inequívocas. Respecto de la rebelión militar (art. 286, núm. 2.º C.J.M.), aparte de que esa equiparación absoluta no se encuentra en la expresión legal —vid. «supra», pág. 46—, y que la misma pudiera conducir a soluciones peligrosas desde el punto de vista de la defensa social, el núm. 3.º del citado artículo nos vuelve al punto de partida al permitir supuestos en que el número de agrupados sea menor de diez. En realidad, el grupo u organización, que es en sí mismo adscribible —con independencia de los actos de terrorismo que cometan sus miembros o servidores— a los tipos penales de la asociación ilícita, donde —art. 173-2.º— incluso se reproduce literalmente alguno de los fines, y, desde luego, pueden comprenderse todos, adolece del mismo defecto de incertidumbre en estos que en aquellos delitos; grave defecto en cuanto a la función de garantía de la seguridad jurídica, esencial a la tipicidad. Así, no cabe otra solución que dejar el dato numérico a la intuición judicial, al modo de esos otros elementos de necesaria valoración empírico-cultural, muchas veces presentes en los tipos penales, que suelen estudiarse junto a los elementos normativos⁵⁴; y, desde luego, aceptar la doctrina jurisprudencial que pueda elaborarse para las asociaciones ilícitas, carácter que tienen los grupos y organizaciones terroristas, con independencia de sus concretas actuaciones⁵⁵.

B) *Delito unipersonal*.—Son delitos pluripersonales aquellos que exigen, necesariamente, la condición plural del sujeto activo; de tal suerte que, si el sujeto de la acción no aparece configurado en tal forma, el delito no existe por falta de inadecuación típica. Cierto que, en la mayoría de las infracciones el sujeto puede presentarse, indistintamente, como formado por una sola persona, o por varias que en él participan —teo-

⁵⁴ Vid. J. DE ASUA, III, págs. 778-781.

⁵⁵ La Circular de la Fiscalía Togada dice: «Quedan igualmente fuera del ámbito penal militar, y por tanto, no corresponde a esta Jurisdicción su conocimiento, los delitos resultantes de la organización, afiliación, propaganda, ayuda económica, reuniones o manifestaciones públicas, sean o no pacíficas, de las agrupaciones expresadas, todos cuyos hechos tienen su sanción correspondiente en el Código Penal y su persecución incumbe a la Jurisdicción de Orden Público».

ría de la codelinuencia—; pero —como dice el profesor BARBERO SANTOS—, en la participación, la intervención de varias personas es eventual o contingente, mientras en el delito pluripersonal, la existencia de dos o más sujetos es esencial para la sustantividad de la figura típica, es elemento constitutivo de ella⁵⁶. A tal categoría —respecto de la cual hizo fortuna, en Alemania y fuera de ella, la expresión, allí acuñada, de «delitos de convergencia» (Konvergenzdelikte)⁵⁷— pertenecen los de rebelión, común y militar (arts. 214 C.P.; art. 286 C.J.M.), la sedición común (art. 218 C.P.) y la sedición militar (art. 295 C.J.M.), en cuya configuración impuso el legislador, como requisito «sine qua non», ya en forma indeterminada, ya exigiendo un número mínimo, la necesidad de actuaciones personales varias, convergentes a la realización de la conducta típica.

Pues bien, la designación del sujeto activo en forma plural («los que»), en las tres figuras de terrorismo incorporadas al Código Marcial, suscita la cuestión de si el legislador se propuso, conscientemente, su configuración como tipos plurisubjetivos, necesariamente pluripersonales. Cuestión que mantiene el Preámbulo de la Ley 42/1971 —al excluir de la competencia de la Jurisdicción Militar, y, por tanto, de su ordenamiento penal privativo, las actividades que puedan producirse «de modo episódico e individual»—; que aviva la Exposición de Motivos de la Ley núm. 44 —«comprendiendo la represión penal por parte del Código (Penal) los actos terroristas realizados individualmente...»—, y arrecia la opinión de la Ponencia —ya citada parcialmente, vid. «supra», pág. 5 y notas núm. 21 y 22—, al responder a una enmienda, en ocasión de discutirse, en la Comisión, el Proyecto de Ley núm. 42 de 1971: «Y vean ustedes la enorme diferencia entre un sujeto individual y lo que contempla este otro tipo de terrorismo»⁵⁸.

Pese a todo ello, no es posible atribuir a los delitos que se estudian el carácter de necesariamente plurisubjetivos. En primer lugar, la designación del sujeto plural («los que»), no es sino una manifestación más de la imprecisión técnica legislativa al respecto, frecuente en las leyes penales⁵⁹. Por otra

⁵⁶ Trabajo citado, pág. 258.

⁵⁷ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, «Derecho Penal Español», Parte General, pág. 670; respecto del delito de rebelión, Parte Especial, II, pág. 173.

⁵⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, pág. 76, nota 23.

⁵⁹ Marino BARBERO SANTOS, trabajo citado, pág. 256. A los ejemplos que a título ilustrativo, se mencionan allí (arts. 129, 149 y 157 del C. P.), podemos añadir, dentro del de Justicia Militar, los siguientes: «los que se resistieren a obedecer órdenes de centinela o fuerza armada» (art.

parte, el inciso «no de modo episódico e individual», en el Preámbulo de la Ley 42/1971, sólo de modo aparente desdice la afirmación hecha, reafirmandola, en cambio, si se examina detenidamente en su contexto; y ello, no sólo por su formulación copulativa —no disyuntiva—, que exige, además del acto individual, el episódico u ocasional, sino porque lo que, a su tenor, pospone la Jurisdicción Militar —y con ello, su Código especial— es que la acción «no provenga» de grupos u organizaciones de carácter permanente y finalidades legalmente señaladas, de tal forma que cuando las acciones terroristas típicas procedan de grupos u organizaciones a conocer y su ordenamiento legal el aplicable, tanto si la ejecución se llevó a cabo por varios sujetos como por uno sólo, que puede pertenecer al grupo, o meramente estar o ponerse a su servicio, con lo cual la pluralidad existirá siempre en la participación, pero no necesariamente en la acción. Los otros dos argumentos (Exposición de Motivos de la Ley 44/1971 y opinión de la Ponencia), que aparentan una mayor consistencia, se excluyen también si se piensa, no ya sólo en las imprecisiones, imprevisiones e improvisaciones⁶⁰ consecuencia del clima de premura en que se llevó a cabo la doble tarea legislativa⁶¹, sino, sobre todo, en que, ni las Exposiciones de Motivos, ni mucho menos, las particulares ideas de las Ponencias, constituyen fuentes de interpretación auténtica⁶², sino, a lo más, uno entre los varios auxilios hermenéuticos, cada vez más relegado por los moder-

310), «los que resistieren o amenazaren a las Autoridades o las desobedecieren» (art. 315 párrafo 1.º), «los que desacataren, calumniaren o injuriaren... a la Autoridad militar» (art. 315, párrafo 2.º), «los que por cualquier medio ultrajaren a la Nación, su Bandera o al Himno Nacional (art. 316); «los que de palabra... injurien u ofendan... a los Ejércitos o a Instituciones, Armas, Clases o Cuerpos determinados de los mismos» (art. 317).

⁶⁰ Manifestaciones graves de incuria legislativa o de improvisación, ya hemos citado dos: olvido de reformar el encubrimiento (vid., «supra», y doble derogación del —en los Proyectos, no en la Ley— del Decreto de 21 de septiembre de 1960 (vid. «supra». En la Exposición de Motivos de la Ley núm. 44, y en relación al propio tema que estudiamos, cuando se dice que la represión por parte del Código Penal comprende «los actos terroristas realizados individualmente o por grupos no organizados ni estables y la simple pertenencia a estos», o bien se deja impune la pertenencia a los grupos organizados y estables o no puede menos de reconocerse la inseguridad en su redacción.

⁶¹ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, Parte General, págs. 115, 116 y 118; «Suplemento...», págs. 71, 72, 74 y 75.

⁶² Vid. J. DE ASUA, II, págs. 363-367, negando tal carácter a los trabajos, discusiones parlamentarias y exposiciones de motivos.

nos criterios que asignan al intérprete la función de buscar la voluntad objetiva de la Ley, no la del legislador.

Sí, pues, una interpretación de carácter objetivo es la que ha de darnos la solución al problema, preciso será acudir a la descripción legal de las figuras punibles, a la interna estructura de los tipos, al análisis de las partes (elementos o requisitos), entre sí y con el todo, lo que sólo revelará la necesidad de la existencia del grupo, plural por definición, pero en forma alguna la esencialidad de esa pluralidad en el sujeto activo, realizador de la acción típica, por más que el legislador haya descuidado el designarle en esa forma.

Un ejemplo, como medio de interpretación lógica, reforzará la anterior opinión: En el seno de una organización o grupo que tenga la finalidad de atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional, se proyecta, discute y acuerda la ejecución de un acto terrorista; por ejemplo, volar con explosivos, en determinada fecha y población, una estatua del Jefe del Estado, porque la conjunción de fecha, localidad y símbolo, adquiere una especial significación. Pero, es el caso, que en aquella Ciudad existen dos efigies, igualmente válidas a los fines del grupo; entre cuyos miembros surge la discrepancia sobre la elección de una u otra, ya que, mientras la totalidad, menos uno de ellos, estiman debe destruirse la situada en el parque o paseo solitario, acto bastante a alterar la paz pública sin peligro para las personas —dato que incluso puede ser valorado como positivo para la organización, en la opinión pública—, el desidente sostiene la conveniencia de dinamitar la existente en la Plaza Mayor —eje de la vida local, centro mercantil y administrativo, ágora y jubileo—, porque allí el fin de alarma perseguido alcanzará su cima, y la entidad y extensión del estrago, en personas y cosas, metas superlativas de eficacia. Tras largas discusiones sin avenencia, los sostenedores de ambos proyectos, mayoritario y singular, deciden ponerlos en ejecución; y así se realiza, conjuntamente por aquellos, individualmente por el discordante. Nadie discutirá que se han cometido dos delitos diferentes, separados, ni, con el ordenamiento penal vigente en la mano, que ambos son de terrorismo, ni tampoco que el colectivo sea adscribible a una de las tipologías contenidas en el Código de Justicia Militar, en tanto que se negará tal asimilación al acto solitario, de exasperada gravedad, si se sostiene la tesis de que el art. 294 bis a) de dicho Cuerpo Legal exige un sujeto activo pluripersonal, debiendo, en tal

caso, aplicarse el art. 260 del Código Penal, de penalidad más benigna.

2. LA ACCIÓN.—En los tres artículos sustantivos se encuentran cuatro supuestos de acción, pues el artículo bis a), de estragos terroristas, contiene dos, como vamos a ver a continuación.

A) *Estragos terroristas*.—Uno de los dos supuestos del delito de estragos es el de «alterar la paz pública mediante la provocación de explosiones, incendios, naufragios, descarrilamientos, perturbación de comunicaciones, derrumbamientos, inundaciones, voladuras u otros hechos análogos». El núcleo de la acción consiste en «la alteración de la paz pública» por alguna de las modalidades de ejecución, que se enuncian en forma alternativa. El verbo «provocar» refuerza notablemente la exigencia de consumación; pero no basta sólo provocar la explosión, incendio, etc., exigiéndose, además, la alteración de la paz pública, que así opera como condición y resultado mínimo. GÓMEZ CALERO, deduce tres consecuencias: 1.º) Se trata de un delito material, porque la acción punible, tal como ha sido descrita, implica en sí misma un resultado objetivo; 2.º) Ello hace menos grave la imprecisión conceptual que representa la locución «hechos análogos», siempre desaconsejable en derecho penal; 3.º) La expresión «paz pública» no es coincidente con la de «orden público» que utiliza el art. 260 del Código Penal aunque sí (con la que emplea el art. 263 del mismo Código), y representa, con la dimensión activa, afín a las nociones de justicia y desarrollo, que modernamente se le atribuye «una especie de orden dinámico y justo»⁶³.

Sobre la primera de estas tres consecuencias se volverá enseguida. Participamos plenamente de la segunda, alabando una fórmula que, a un mismo tiempo, satisface en lo posible las exigencias de seguridad en la tipificación y las de defensa social, mediante una apelación mínima e insustituible a la analogía ante la proteica actividad terrorista. Pero no parece excesivo el «trascendente sentido» que el autor citado quiere ver en la expresión «paz pública».

La afinidad del concepto con uno de los que se expresan como fines de la organización o grupo, obligará a volver más adelante, al tratar de la antijuricidad, sobre la cuestión del orden público; ciñéndonos ahora al significado que la Ley haya querido dar al término «alteración de la paz pública». Entiendo que no puede ser otro que el de alteración del orden públi-

⁶³ GÓMEZ CALERO, págs. 459 y 460.

co, con el concepto y contenido que tiene en el art. 1.º de la vigente Ley de 30 de julio de 1959. El orden público, como realidad ontológica, es lo que puede alterar el acto de estragos —explosión, incendio, etc.—. La paz pública, en el sentido que GÓMEZ CALERO la concibe —con citas de la doctrina de la Iglesia: «un orden querido por Dios, que comporta una justicia más perfecta entre los hombres»—, representa un desideratum, pertenece al mundo de los valores, y por ello no puede nunca resultar afectada («alterada») por el acontecimiento de la realidad. Cuestión distinta —y esto es lo que se quiere entender cuando dice que «la paz pública constituye el bien secundariamente protegido...» «un bien superior al simple orden...» «que presupone el orden»—, es que el orden público no devenga un concepto formal vacío, un mero expediente para la defensa a ultranza del poder, sino que, en su realización, tienda a aquel sentido trascendente. Pero, lo que, en la fórmula legal, ha de alterar el acto terrorista, como exigencia típica, es el orden público existente, independientemente de su mayor o menor contenido ético.

Ahora bien, como ya se ha dicho, el artículo bis a) admite una segunda hipótesis: «emplear cualesquiera medios o artificios que puedan ocasionar graves estragos». Sin duda, el verbo «emplear» expresa un momento ejecutivo más avanzado que la de los «actos encaminados» del Código Penal; pero es también innegable la nueva manifestación de la impaciencia defensiva del legislador, que crea, en el precepto, una contradicción interna. «La antinomia (entre los dos supuestos) —dice acertadamente el profesor RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁴— carecería de importancia si los medios que se enumeran en el primer inciso no fueran siempre, como lo son, adecuados para causar graves estragos».

Para GÓMEZ CALERO⁶⁵, aunque «cabría hablar de un delito de peligro por supuesto de peligro concreto...» «es más exacto decir que este delito —cuya comisión entraña el peligro de que se produzca un grave estrago— es un delito de resultado por lo que respecta al empleo del medio o artificio, puesto que tal empleo por sí solo constituye una mutación físicamente trascendente del mundo exterior, y por tanto, un resultado material». Para RODRÍGUEZ DEVESA⁶⁶, es un delito de simple actividad. En todo caso ha de observarse que, en esta hipótesis,

⁶⁴ Pág. 76.

⁶⁵ Pág. 461.

⁶⁶ Pág. 77.

no se exige ni siquiera la alteración de la paz pública, como resultado mínimo. Es un delito de peligro —que, además, en la fórmula legal no se exige que sea concreto— y como tal, equipara a la consumativa, las formas imperfectas; un delito de resultado anticipado o cortado, que hace estéril el primero de los dos supuestos contenidos en el mismo artículo. Por ello, sobre el texto legal, resulta ininteligible la Circular de la Fiscalía Togada, cuando dice: «Y si bien es cierto que por razón de frustración o tentativa podría considerarse incurso la mera colocación del explosivo y demás sustancias o artificios, es lo cierto que, al hallarse especialmente penada como delito consumado en el núm. 3.º del art. 260 del Código Penal, carecen de efectividad las formas incompletas de ejecución, de acuerdo con la norma que recoge el último párrafo del art. 236 del Código de Justicia Militar y art. 55 del Código Penal, máxime cuando los 260, núm. 3.º y 264 de este último, señalan una punición superior a la que resultaría aplicable a la mera frustración, tentativa, etc., del delito previsto en el art. 294 bis a) que se comenta».

B) *Atentado contra las personas.*—RODRÍGUEZ DEVESA entiende que la expresión legal —atentar contra las personas— «ha de interpretarse en el sentido de cometer algún delito contra la vida o integridad corporal»⁶⁷; es decir, que aquí se trata de la forma consumada de un delito del Título VIII del Libro II del Código Penal. Me parece más acertada la interpretación de GÓMEZ CALERO, para quien «la palabra *atentar* ha de ser entendida tanto en el sentido usual de atacar, agredir o ejercer violencia, como en el sentido con que el Código Penal emplea los vocablos *herir*, *golpear* o *maltratar de obra*», y «nada prejuzga sobre el efecto —leve o grave— de la acción, abarcando «desde el designio de causar un simple maltrato no lesivo, hasta el de ocasionar un resultado tan grave como la muerte», sin que la palabra *persona* revista «el estricto sentido de vida e integridad corporal», sino que tiene «una significación más amplia, que contempla, además de la corporeidad física, la honestidad y la libertad como valores inherentes al ser humano» pues «el derecho penal positivo —cual anota PUIG PEÑA— conoce una triple consideración de la persona: como ente físico, como ente moral y como ente libre; y el precepto legal que comentamos protege al ser humano en esta triple dimensión»⁶⁸.

⁶⁷ Pág. 77.

⁶⁸ GÓMEZ CALERO, págs. 471 y 472.

Abundando en esta última opinión, frente a la del profesor de Madrid, debe añadirse, en primer lugar que, atentar, según el Diccionario⁶⁹, significa «emprender o ejecutar alguna cosa ilegal o ilícita» e «intentar, especialmente hablando de delito»⁷⁰. Como argumento «ad hominem», no podemos silenciar que este mismo significado reconoce a la voz «atentado» el citado profesor, en otras ocasiones: así, al tratar del atentado contra la Autoridad, que, al menos en su forma de acometimiento —dice— «no permite formas imperfectas»⁷¹, o de los atentados contra la independencia judicial, delito regulado en el art. 199 del Código Penal «con fórmula de gran vaguedad» a la que «basta con realizar actos que puedan ponerla en peligro»⁷². Por otra parte, su plausible rigor legalista de limitar la figura a los delitos contra la vida e integridad corporal de las personas, tampoco es aceptable como veremos al tratar del resultado.

C) *Atentado contra la propiedad.*—Aquí, la fórmula legal adolece de una imprecisión tal, que compromete gravemente la seguridad jurídica. En primer lugar, caben atentados a la propiedad dentro del Derecho civil. Pero, aún ciñendo la voz atentado a los actos punible, y concretándola a los delitos contenidos en el Título XIII del Libro II del Código Penal, surge, inevitable, la pregunta de si caben en el de terrorismo que estudiamos las formas no violentas, como hurtos, estafas, usura, etcétera, o la intención del legislador ha sido limitar el tipo al robo y a los daños, y, como mucho, la usurpación⁷³. Y admitido esto como más racional, la imprecisión legal es evidente.

Los dos autores que venimos citando no aluden a este problema⁷⁴. La Circular de la Fiscalía Togada propugna la solu-

⁶⁹ Diccionario de la Lengua (Real Academia Española), 16 edición, Madrid, 1939.

⁷⁰ Pero no cabe confundir atentado con tentativa. Vid. GÓMEZ CALERO, pág. 471, nota 80 y las citas hechas en ella.

⁷¹ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 199.

⁷² *Ibid.*, pág. 90.

⁷³ Por razón de especialidad, quedan excluidos de este tipo los incendios y otros estragos (Capítulo VIII del Título XIII), que lo serán del formulado en el articulado bis a). No obstante, se incluirán en el bis c), los que puedan cometer personas que no pertenezcan al grupo u organización, ni actúen a su servicio.

⁷⁴ Dice GÓMEZ CALERO —pág. 480—: «Hay que conferir al verbo «atentar» una significación extensa, comprensiva de acciones tales como «apoderarse», «tomar», «sustraer», «ocupar», «dañar», etc.»; y más adelante: «...la locución «atentado contra la propiedad», tiene en esta norma, a mi modo de ver, una significación descriptiva, y debe ser puesta en relación con los resultados materiales que forman parte integrante

ción restrictiva: «Pocos problemas (?) pueden plantear, en cuanto a su elemento objetivo, los tipos comprendidos en los arts. 294 bis b) y 294 bis c), referidos a atentados, y por ende, actos violentos contra las personas y la propiedad. Es preciso, pues, que exista en todos los casos acometimiento o empleo de fuerza contra las personas o las cosas...».

3. EL RESULTADO.—En las tres figuras delictivas se prevé una doble, alternativa, hipótesis de resultado; en función de la cual se establece la penalidad. Sobre esa doble hipótesis se establece la distinción, ya aludida —vid. «supra», pág. 55— entre tipos básicos y cualificados, delito simple y delito complejo. Cada una de esas dos hipótesis admite, a su vez, variedad de supuestos.

Los dos tipos simples o delitos base son residuales; por método de exclusión de las hipótesis calificadas. En el delito de estragos, como se ha dicho, se exige, en principio, un resultado mínimo de alteración de la paz pública; pero el inciso final del artículo deja sin virtualidad dicha exigencia. Además, lógicamente, la hipótesis de este inciso no admite las formas calificadas (salvo que se interprete absorbiendo y anulando totalmente al inciso anterior, posible dentro del significado amplísimo del verbo «emplear»), pues los resultados lesivos sólo pueden ser objeto del estrago producido («provocado»), según el supuesto inicial del precepto. En los estragos, el delito se consuma por el simple empleo: delito de peligro que, en contra de otras opiniones⁷⁵, estimo que, en la fórmula legal, no se configura necesariamente como delito de peligro concreto, pues la capacidad para ocasionar graves estragos se señala en los medios o artificios y no en las circunstancias de su utilización.

Los resultados que generan tipos cualificados son:

A) La muerte, mutilación (arts. 418 y 419 del Código Penal, pues la castración es una mutilación), o lesiones graves (art. 420), en el delito de estragos. Para GÓMEZ CALERO —que hace un profundo y extenso estudio sobre ello⁷⁶— no cabe duda de que se trata de delitos cualificados por el resultado. Ello plantea el problema de la preterintencionalidad, y de la res-

de los tipos que, como delitos o faltas contra la propiedad, relaciona el Código Penal». Según el mismo, caben en el delito, incluso los daños propios (arts. 555, 556 y 562).

⁷⁵ No sólo las referentes al tema concreto que se estudia, sino las que, en términos absolutos, niegan la posibilidad de los llamados delitos de peligro abstracto; vid. J. DE ASUA, págs. 391 y sigs.; RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 237.

⁷⁶ Págs. 461 a 468.

ponsabilidad objetiva en cuanto al excedente no comprendido en el dolo; materia propia de la culpabilidad, pero también de la relación causal, por lo que no resulta inoportuno este momento para hacer una referencia a la misma. Como dice GÓMEZ CALERO, «la norma legal no exige expresamente la adecuación del proceso causal; pero es lo cierto que las acciones terroristas que en ella se describen, son por lo intrínsecamente peligrosas, plenamente idóneas para causar los resultados calificantes. De donde, la relación causal... se ofrece así como adecuada...». Pero, para RODRÍGUEZ DEVESA⁷⁷, «el resultado ha de ser querido intencionalmente por el sujeto. No hay ninguna razón para construir una responsabilidad objetiva. Si, habiendo tomado el sujeto todas las precauciones humanamente posibles para evitar desgracias personales, se produjera alguno de los resultados mencionados, habrá que calificar el hecho por el núm. 2.º del art. 294 bis a), en concurso, en su caso, con homicidio o lesiones por imprudencia».

Con todo respeto, estima que si se adoptan «todas las precauciones humanamente posibles», no hay imprudencia; y excluido también el dolo para el resultado no querido, este resultado que la ley configura como cualificante perdería todo significado: tendría el mismo trato la explosión productora de alarma o daños materiales que la que ocasionara muerte. Pero la figura de estragos entraña necesariamente el dolo de peligro, capaz de ser captado por el agente en toda su extensión; y en él se fundamenta la voluntad legislativa de sancionar gravemente los resultados de muerte, mutilación y lesiones, que —como anota GÓMEZ CALERO— se emplean como «elementos descriptivos y no valorativos del tipo», opinión que refuerza el verbo activo «resultar». De aquí que el resultado lesivo producido en la persona del autor o autores del delito, deba ser también comprendido en la hipótesis cualificada.

B) La muerte, violación o secuestro, en el atentado contra las personas. Califica este tipo el profesor RODRÍGUEZ DEVESA⁷⁸ como delito complejo. Puede darse el delito complejo, como pueden darse supuestos de calificación por el resultado, y, desde luego, la forma simple. Así, el resultado de muerte, con dolo de homicidio, representará una forma simple, pues no precisa nada más que ser la consecuencia directa del atentado. Pero, tampoco los otros resultados generan siempre la

⁷⁷ Pág. 77.

⁷⁸ Pág. 77.

figura compleja. La solución está en aceptar o no que el atentado contra las personas se limite a los delitos contra la vida y la integridad corporal (Capítulo VIII), o tenga un contenido más amplio, para proteger otros valores humanos (de la persona), como la libertad en general, y en especial la libertad de disposición sexual, atacada por la violación. El delito complejo exige un único acto del que derivan dos o más resultados punibles. Pero, en la figura que comentamos, el acto inicial, básico, el núcleo de la acción, ha de ser el atentado, por definición legal; y de este atentado, si se ciñe a los supuestos del capítulo VIII, difícilmente se derivarán los resultados de violación o secuestro en unidad de acto, sino como añadidos posteriores (concurso). ¿Cómo imaginar que la acción tendente a matar o causar lesiones puede producir, por sí sola, un resultado de violación? ¿Cómo puede resultar, de aquel solo acto, la detención de una persona? Lo contrario, si es posible: que de la violación o el secuestro resulte la lesión corporal, incluso en supuestos o formas complejas. Pero, entonces, la acción consiste precisamente en la violación o el secuestro, y éstos actos son, por tanto, los constitutivos del atentado.

La cualificación de secuestro sugiere multitud de cuestiones. En primer lugar, la que provoca su repetición en el artículo bis c), dedicado a los atentados contra la propiedad. Después, en correlación con esta duplicidad, la existente en el Código Penal entre los arts. 481, núm. 4.º y 501, núm. 2.º. Finalmente, dentro de este último artículo, los turbadores términos de su formulación alternativa «cuando... el robado fuere detenido bajo rescate o cuando se intentare el secuestro de alguna persona». No es este el lugar de tratar una cuestión ya estudiada, exhaustivamente, en Tratados y Comentarios⁷⁹. Aquí debe anotarse tan sólo, en base a la doctrina prevalente, que el secuestro del artículo bis b) equivale a la detención ilegal, sin que sea preciso se exija rescate para la libertad. No obstante, esta solución, a la que conduce el análisis de los preceptos del Código Penal antes citados, no concuerda con el significado de la palabra «secuestro», tanto en el lenguaje vulgar como en el Diccionario de la Academia. Estimo que la forma privilegiada a que se refiere el art. 480, párrafo 3.º, es indiferente al delito de terrorismo; pero también que no basta el impedimento mo-

⁷⁹ Vid RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, I, 243 y 340; Antón ONECA, II, págs. 310 y 369 a 371 (JASO ROLDÁN y RODRÍGUEZ DEVESA, respectivamente); CUELLO, II, págs. 676 y 793-794, etc.

mentáneo de la total libertad, cuestión que, si cuando la detención se realiza por encierro, es clara, ya no es tan clara en múltiples formas de amenaza.

C) La muerte, mutilación, secuestro o lesiones graves, en los atentados contra la propiedad. Anotaremos tan sólo que todas estas cualificaciones, en el artículo bis c), a diferencia de lo dicho en el apartado anterior, generan siempre formas de delito complejo. Valga lo dicho en los dos apartados anteriores para la castración como mutilación y para el secuestro.

4. LA ANTIJURICIDAD⁸⁰.—Al tratar de grupo u organización (vid. «supra», pág. 57), señalamos como los fines expresos en las fórmulas legales caracterizan a aquel, de tal modo que sólo las acciones que provengan de los grupos u organizaciones que persigan dichas finalidades, si cumplen las demás exigencias de los mismos, pueden ser adscritas a los tipos terroristas del Código de Justicia Militar. El dato finalista, no referido a la acción, sino al grupo, pertenece a la descripción típica objetiva y desempeña tan sólo la función individualizadora de la infracción, con la trascendental consecuencia de determinar el derecho aplicable y la Jurisdicción competente. Pero —también se anunció en aquel momento— alguna de las figuras de terrorismo que venimos estudiando, señalan, además, fines en el sujeto de la acción: así, los artículos bis b) y bis c).

Normalmente, los fines del sujeto coincidirán con los del grupo u organización a la que pertenece o sirve. Pero ello, en el delito de estragos terroristas, no es exigencia legal, y cabe en el precepto el crimen del sicario. Ahora bien, en los delitos de atentados, contra las personas y la propiedad, el legislador señaló fines específicos a la acción, que funcionan, en la tipicidad, como elementos subjetivos del injusto. Estos fines, que se señalan alternativa, no cumulativamente, son:

A) En el atentado contra las personas: a) Los mismos del grupo u organización; es decir, atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios o el orden institucional; b) Fines de intimidación («propósitos intimidatorios»); c) Fines de represalia.

B) En el atentado contra la propiedad: a) La finalidad de allegar fondos a las organizaciones o grupos; b) La finalidad («propósito») de favorecer los fines del grupo u organización.

En este entramado de fines —que GÓMEZ CALERO, con refe-

⁸⁰ ¿Antijuricidad o antijuridicidad?, Vid. J. DE ASUA, III, páginas 829-831.

rencia al artículo bis b), calificó de «abigarrada expresión legal»⁸¹—, cabe anotar, muy de paso, que: 1) Los propósitos intimidativos y los de represalia, en el atentado contra las personas, señalan una vez más el parentesco entre la legislación vigente y la anterior derogada: Decreto de 1960, que tomó del Decreto-Ley de 1947, las expresiones «atemorizar a los habitantes de una población» y «realizar represalias de carácter social o político», como indica GÓMEZ CALERO⁸², quien además, estima que el propósito intimidativo puede referirse tanto a la persona que es objeto del atentado como a la sociedad en general, y que la represalia abarca ahora también la personal, junto a las de carácter social y político; 2) La finalidad de favorecimiento —económico o de otra forma— en los atentados contra la propiedad, desplaza —observación hecha por el mismo autor⁸³—, en el grupo de delitos que han dado en llamarse «de enriquecimiento», el ánimo de lucro por otro dolo también específico, y en los de daños (daños, incendios, estragos), representa la previsoría medida de someter a la regulación del terrorismo hipótesis que, por inadecuación típica subjetiva, escaparían al artículo bis a)⁸⁴; 3) En el atentado contra las personas se señala otro grupo de fines, que han de darse en el sujeto y en la organización, y son correlativos —como opuestos delictivos—, al bien jurídico que los preceptos contenidos en la Ley núm. 42/1971 tratan de proteger, según designio expreso en su Exposición de Motivos: «La Defensa del Estado, en su unidad, integridad territorial, orden institucional y seguridad.»

La integridad territorial es un concepto claro y comprende el separatismo. La unidad de la Patria, como finalidad diferenciada de la anterior, no admite otra interpretación que la referida a actividades terroristas con fines autonomistas o federativos⁸⁵. En cuanto al orden institucional, no es otro que el orden público. La Circular de la Fiscalía Togada niega la equiparación: «El orden público no figura entre los tres bienes

⁸¹ Pág. 469.

⁸² Pág. 470.

⁸³ Pág. 479.

⁸⁴ Vid. nota núm. 76.

⁸⁵ RODRÍGUEZ DEVESA, Parte Especial, II, pág. 178, con referencia al delito de rebelión impropia, del art. 217, núm. 3.º, del Código Penal, estima que ni la autonomía ni el federalismo rompen con la unidad de representación de la Nación; pero no puede dejar de observarse que este precepto tiene una estructura diferente, pues, como el mismo autor declara «la expresión gramatical del objeto de ataque está dislocada y apenas es inteligible por causa del último inciso» (sc reficere al art. 217-3.º del C.P.).

jurídicamente protegidos por los tres artículos de alcance penal del referido Capítulo I bis, expresamente relacionados en el art. 294 bis a) —«Unidad de la Patria, integridad de sus territorios y orden institucional— a diferencia de su correlativo art. 260 del Código Penal, cuyo párrafo 1.º señala además de los tres acabados de citar, el «orden público». Pero, entonces, ¿qué es el orden institucional? Porque la Circular niega la equiparación, pero no señala la diferencia. El ordenamiento jurídico vigente ofrece la solución en la propia Ley de Orden Público de 30 de julio de 1969, cuyo art. 1.º —en casi literal exactitud con su Preámbulo— expresa que «el normal funcionamiento de las Instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, reconocidos en las leyes, constituyen el fundamento del orden público»: orden público y orden institucional o normal funcionamiento («desenvolvimiento» dice el Preámbulo) de las Instituciones, vienen pues a confundirse o cuando menos, ser éste un aspecto de aquél. El que el art. 260 del Código Penal, en su redacción última, parezca distinguirlos no es sino una manifestación más de la defectuosa técnica legislativa. Como dice RODRÍGUEZ DEVESEA⁸⁶, con referencia al art. 260 del Código Penal, «antes la ley mencionaba sólo la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado o la de alterar el orden público. La reforma no viene a añadir más que especificaciones de la seguridad del Estado, que habrán de tomarse, si es que no se piensa que carecen de sentido, a título de ejemplos, pues el concepto de seguridad del Estado en la técnica legal comprende todos los delitos de los títulos I y II del libro II, y, por lo tanto, la tutela de la integridad del territorio, del orden institucional y del orden público». No cabe olvidar tampoco —y usamos argumentos de la propia Circular— que el terrorismo, como método de guerra subversiva —que aquella equipara con la rebelión—, se materializa en una sistemática, reiterada, serie de actos dirigidos a alterar la paz, la tranquilidad, los servicios públicos, en definitiva, el orden público, en que descansa la vida cotidiana de la comunidad política, que se va resintiendo, desgastando paulatinamente; y no, salvo ocasionalmente en forma de atentado, en ataques frontales a las supremas instancias del poder (vid. «supra», Parte Primera). Por otra parte, «la defensa del Estado... en su seguridad», fin enunciado en el Preámbulo de la Ley núm.

* Pág. 72, nota 13.

42, comprende actualmente (Título II, Libro II del Código Penal vigente, *Delitos contra la seguridad interior del Estado*), los que tradicionalmente se llamaron delitos contra el orden público, con Título y rúbrica separada en las codificaciones anteriores. Todo ello no supone —gran preocupación de la Circular— que la Jurisdicción Militar tenga a su cargo la función represiva total de los actos punibles contrarios al orden público —pues, precisamente, existe un Tribunal especial, dentro de la Jurisdicción Ordinaria—, pero sí que caen dentro de su competencia los terroristas que puedan afectarlo, según encargo expreso del legislador.

5. LA CULPABILIDAD.—La exigencia de elementos finalistas en las dos figuras de atentado, la de que el sujeto pertenezca o sirva al grupo u organización en el atentado contra las personas y en el de estragos, la estructura de los tipos y el significado de los verbos —provocar, emplear, atentar— que definen la acción, impiden, en estos delitos, las formas culposas.

Como delitos militares, por su incorporación al Código Castrense (art. 181 del mismo), surge, en cuanto a ellos, la vieja cuestión de la voluntariedad, que GÓMEZ CALERO trata por extenso⁸⁷, y aquí se omite, aceptando, dogmáticamente, las conclusiones —hoy unánimes— que postulan su exigencia.

6. LA PUNIBILIDAD.—Para las tres figuras de terrorismo establece la Ley una doble penalidad: a) Los supuestos de resultado cualificado se castigan con la pena de treinta años de reclusión a muerte; debiendo anotarse, respecto a la misma, que, a diferencia de la legislación especial anterior, la reforma de 1971 no aceptó la de muerte como pena única; b) Las hipótesis no cualificadas («en los demás casos») se castigan con la pena de reclusión, pena común (art. 209 C.J.M.), que tiene una extensión de doce años y un día a treinta años (art. 212 del mismo). Observa RODRÍGUEZ DEVESA⁸⁸, respecto del delito de estragos, cómo en el supuesto de lesiones menos graves, es más severo el Código Penal. La Circular de la Fiscalía Togada (vid. «supra»), señala también las formas imperfectas de desarrollo —frustración, tentativa— en el delito de estragos; pero ya hemos dicho que la segunda de las modalidades de acción contenidas en el artículo bis a), permite eludir la cuestión, sin acudir a la solución que dicha Circular propone.

⁸⁷ Págs. 451 y 452.

⁸⁸ Pág. 76, nota 24.

Notas

CONSIDERACIONES SOBRE LA ULTIMA REFORMA DEL CODIGO PENAL

José María RODRIGUEZ DEVESA

Catedrático de Derecho Penal

La Ley 39/1974, de 28 de noviembre, publicada en el «B. O. del E.» del 30 del mismo mes, ha introducido varias modificaciones en el Código penal. Contiene cuatro artículos. Eleva el límite mínimo de la multa como pena grave a 10.000 pesetas, y la cuantía de todas las penas de multa, así como las cifras consignadas como valor, cuantía o cantidad objeto del hecho punible (art. 1.º); introduce el concepto de «doble reincidencia» alterando en consonancia la regla 6.ª del art. 61 (art. 2.º); añade un art. 164 bis c) para prevenir la imposición de la inhabilitación especial a quienes cometan alguno de los delitos señalados en los dos artículos precedentes «habiendo prestado el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones» (art. 3.º); finalmente, sustituye la rúbrica del cap. II bis, tit. XIII, lib. II («Del robo y hurto de uso de vehículos de motor») por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos», tratando de endurecer la represión de los delitos previstos en el art. 516 bis. Una disposición transitoria alude a los problemas de ámbito temporal para los procedimientos en curso, sin permitir rectificaciones, en las sentencias ya ejecutadas, en orden a los antecedentes penales. La reforma afecta a 221 artículos de los 604 de que consta el Código penal, pero es a todas luces modesta.

I

Se ofrece en primer lugar un reparo sobresaliente. La reforma no ha prestado atención alguna a las sanciones pecuniarias establecidas en la *legislación penal especial*. La Ley de 26 de julio de 1873 sobre ejercicios peligrosos de menores mantiene multas de 1.000 a 5.000 pesetas (art. 1.º) que en su tiempo fueron penas graves; la de 18 de septiembre de 1896 relativa a la protección de pájaros insectívoros —extrañamente excluida de los actuales repertorios administrativos y penales pese a estar en vigor— mantiene multas de 20 a 200 pesetas; la de

NOTAS

23 de julio de 1903 sobre mendicidad de menores, las conserva de 125 a 1.250 pesetas (art. 3.º); la Ley electoral de 8 de agosto de 1907 establece multas que en su tiempo fueron penas graves por superar las 125 pesetas, límite fijado en el Código de 1870, y hoy no rebasan en ningún caso las 5.000 pesetas (arts. 65, 67, 71, 73). Y viniendo a tiempos más recientes, tenemos la Ley de pesca fluvial de 20 de febrero de 1942, modificada por la de 4 de mayo de 1948, que coloca el límite de la pena entre los delitos y las faltas en 2.500 pesetas; la Ley penal y procesal de la navegación aérea de 24 de diciembre de 1964 en 5.000 pesetas; la Ley de caza de 4 de abril de 1970 estima pena grave la multa de 5.000 a 50.000 pesetas (art. 42) y lo mismo hace la Ley de emigración de 16 de mayo de 1971 (art. 54), concordante con el Código penal antes de la Ley de 1974. Con esto llega el lamentable olvido de la legislación penal especial a términos intolerables. Tras la Ley 39/1974 hace presencia, de un lado, la degradación de hechos delictivos a la categoría de faltas, vistos con la óptica del derecho penal común con la que siempre se han contemplado. Y de otro un espectacular endurecimiento, que contrasta con esa descuidada y negligente benignidad, en el Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945, como resulta, por ejemplo, del art. 439, 3.ª donde se castiga con arresto militar de dos meses y un día a seis meses el enajenar prendas de equipo por valor de 25 a 50 pesetas, por no hablar del olvido en que se encuentran las sucesivas variaciones de frontera entre el hurto delito y la falta de hurto que se mantiene en las 250 pesetas en el art. 443, a pesar de que el Código penal la sitúa hoy en las 5.000 pesetas. La concordancia de la legislación penal especial con el derecho común en cuanto a módulos económicos es una exigencia técnica imperiosa, y además, de insoslayable justicia.

II

La introducción de la «doble reincidencia» con la correlativa modificación de la regla 6.ª del art. 61 ha sido el fruto de una mala inteligencia de la Fiscalía del Tribunal Supremo frente a una nueva jurisprudencia que rectificaba una doctrina casi centenaria, pero errónea y en contra del reo, en cuanto a la apreciación de la segunda reincidencia. Pues no puede haber segunda reincidencia sin una primera reincidencia, y como el concepto de reincidencia exige que el culpable haya sido condenado antes de delinquir por otro delito comprendido en el mismo título del Código, eran y siguen siendo precisas para estimar una primera reincidencia dos sentencias, y para la segunda tres, siendo la tercera aquella en que la segunda reincidencia se aprecia. La cuestión no era ni es baladí. A partir de la segunda reincidencia era preceptiva la imposición de la pena superior en uno o dos grados, es decir, una pena de seis meses y un día a seis años, puede transformarse subiendo dos grados en otra de doce años y un día a veinte años. Aparte de este efecto general, la segunda reincidencia tenía y tiene efectos específicos en determinados delitos en los que obliga a imponer la pena

superior en un grado, a saber, en los delitos de hurto (art. 516, 3.º), estafa (art. 530) y apropiación indebida (art. 535).

Haciéndose eco de las repetidas y fundadas críticas contra la vieja doctrina jurisprudencial, a partir de la sentencia de 25 de enero de 1972, reconoció el Tribunal Supremo que la reincidencia precisa «como esencial la referencia temporal de la condena anterior al momento de delinquir el culpable, por lo que si esta exigencia es válida para considerar la primera reincidencia debe serlo igualmente para estimar la segunda y sucesivas, con la importante consecuencia de ser necesario que conste de algún modo dicha primera reincidencia en orden a establecer las siguientes recidivas, cosa que ya *a priori* debe descartarse cuando las anteriores condenas se han fulminado en una sola sentencia o cuando tales condenas previas se den con tal proximidad cronológica que sólo por una presunción contra el reo pueda admitirse que el mismo fue delinquirando cuando ya habían sido pronunciados los fallos precedentes en orden a engendrar la serie de agravantes simples tenidas en cuenta por la Ley para estimar la agravante compleja» (sentencia de 26 de septiembre de 1974, Ponente Excmo. Sr. D. Fernando DÍAZ PALOS).

La tesis de la Fiscalía del Tribunal Supremo que, sin duda, ha llevado a esta alteración, se contiene en la *Memoria elevada al Gobierno Nacional en la solemne apertura de los Tribunales el día 15 de septiembre de 1973* (Madrid, Reus, 1973) por el Fiscal del T. S. Una equivocada opinión criminológica está en el origen del giro que se ha dado a la segunda reincidencia transformándola en «doble reincidencia». En la *Memoria* citada, pág. 229 se declara que «la defensa de la Sociedad contra los delincuentes habituales o profesionales, ha de ser más estricta y su sanción mayor y más grave que la de los delincuentes ocasionales, que sólo una vez han infringido la Ley contraviniendo las normas del ordenamiento jurídico punitivo». El criterio diferencial: delincuente ocasional una condena, delincuente habitual o profesional varias condenas, es falso. Un profesional del delito puede no ser aprehendido y convicto hasta haber cometido un gran número de delitos: el ser delincuente primario a los ojos de la Ley no obsta para que haya de ser clasificado entre los profesionales del delito desde un punto de vista criminológico. Por otra parte, el discutible tipo de «delincuente ocasional» puede acumular varias condenas, sea porque se repiten las crisis o se encuentra ante una crisis prolongada durante algún tiempo, sea porque la tentación que provocan las «ocasiones» se reproduce varias veces. Además, el único estudio serio y reciente de importancia de que disponemos, la tesis doctoral inédita de LANDÍN CARRASCO, leída el 27 de junio de 1974, llega a la conclusión de que «la multirreincidencia no debe actuar como modalidad agravante» (*Revista de la Universidad Complutense*, núm. 94-II, vol. XXIII, noviembre-diciembre, 1974, página 244), corroborando así algo obvio desde el punto de vista dogmático, pues hay delitos de estructura semejante que están en distintos títulos, como v. gr., la malversación y la apropiación indebida, y deli-

NOTAS

tos muy desiguales que reúnen bajo un común denominador, como la profanación de cadáveres, el conducir sin permiso y el tráfico de drogas, fundamentando sin base alguna real una «reincidencia» que se niega entre los primeros.

Aún ha de agregarse algo más a este propósito. La reforma muestra en este punto idéntica ligereza a la que traduce en general la ley a que estoy aludiendo. Ha constistido en añadir a la circunstancia decimoquinta del art. 10 un segundo párrafo que reza así: «Existe *doble reincidencia* cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado, en *una* o varias sentencias, por dos o más delitos de los comprendidos en el mismo Título de este Código», modificando correlativamente la regla sexta del art. 61 para sustituir la «segunda reincidencia» con la que operaba por la «doble reincidencia» que se inventa. Pero ha olvidado por completo los demás pasajes del Código en que se toma en consideración la segunda reincidencia para cualificar los delitos de hurto, estafa y apropiación indebida. De esta inconsciente manera se ha acentuado uno de los más notorios defectos de la ley a partir de la reforma de 1944, a saber, que allí donde tradicionalmente se pensaba que la segunda reincidencia requería un trato más severo es objeto de una mayor benevolencia, ya que no se puede aumentar la pena uno o dos grados como sucede para los restantes delitos por aplicación de la regla sexta, sino solamente un grado, porque los razonamientos aducidos en la sentencia 26 de septiembre de 1974, continúan conservando su validez para el hurto, la estafa y la apropiación indebida donde se habla de que el sujeto «fuere dos veces reincidente» (lo que requiere al menos un tercera sentencia como antes quedó dicho) y no de «doble reincidencia».

La Fiscalía del Tribunal Supremo se percató de tal descuido y en una Circular de 27 de diciembre de 1974, a «fin de evitar un criterio interpretativo múltiple que estaría en desacuerdo con el principio de unidad que caracteriza las actuaciones del Ministerio Fiscal» manifiesta que «aún cuando en su literalidad la ley no menciona otros supuestos de multirreincidencia específica (arts. 516, 3.º y 530), deben resultar aplicables, en lo que proceda, las declaraciones generales de los artículos 10 (15) y 61 (6.º)». Lamento no poder compartir el criterio de la Circular. En ella hay un expreso reconocimiento de que la «literalidad» de la ley se opone a la interpretación que propugna, auténticamente analógica. Frente a una letra inequívoca, contradice las reglas más elementales de hermenéutica una interpretación que lleva a resultados en contra del reo.

III

El *art. 164 bis c)*, de nuevo cuño, tiene antecedentes complicados. El Proyecto de 6 de junio de 1974 pretendía introducir un artículo con el núm. 324 bis dentro del título de las falsedades, que habría de radicarse en un capítulo VIII bajo la rúbrica: «Del quebrantamiento del

NOTAS

juramento.» La redacción inicial estaba concebida en estos términos: «Los que por actos u omisiones quebrantaren el juramento exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones, como asimismo el que haya de producir efecto ante Autoridades de cualquier orden o jurisdicción, a través de documentos de carácter administrativo, fiscal o de otra clase, incurrirán en las penas de inhabilitación especial y multa en cuantía de 10.000 a 250.000 pesetas». La fundamentación se limitaba, sin ulteriores razonamientos, a dar por sentado que había que prestar protección penal al juramento en estos casos.

Fue el tema más debatido en las Cortes. Se presentaron ocho enmiendas. La más radical, del Sr. LACLETA PABLO (enmienda 19), pidió la erradicación del artículo por opuesto al principio de legalidad al carecer de «las indispensables puntualizaciones» para que se pudiera afirmar «que, propiamente, se ofrece un tipo de delito». El Sr. HENRIQUEZ HERNÁNDEZ (enmienda 22) reforzó el argumento añadiendo que incluso era imposible la tipificación y que el perjurio no debe acarrear sanciones jurídicas, sino morales. También se pronunciaron en contra los señores GARCÍA CARRERO (enmienda 1) y ESPERABE DE ARTEAGA (enmienda 10). Otras enmiendas notaban la heterogeneidad de las conductas asimiladas en el art. 324 bis del Proyecto solicitando su desglose, sea para llevar a las falsedades documentales las declaraciones juradas falsas (enmienda 13, del señor SANCHE ROF), sea para reducir el precepto a un quebrantamiento de la «ética profesional» (enmienda 14 del señor ZARAGOZA CORTÉS), interesar que se separaran netamente los dos puntos sobre los que versaba el Proyecto (enmienda 15 del señor MAZÓN VERDEJO) o que se redujese la inhabilitación especial a los casos en que la multa fuera superior a 50.000 pesetas (enmienda 7 del señor YAGUA YUS). Al fin se admitió la idea del señor SANCHE ROF de crear un art. 164 bis c) —el enmendante proponía que llevase el número 164 tris (*sic*)— referido a los delitos comprendidos en la misma sección (no a todos los delitos previstos en las secciones anteriores como en la enmienda núm. 13) y consignando sólo la pena adicional de inhabilitación para quienes siendo culpables de los delitos sancionados en los arts. 164 bis a) y 164 bis b) hayan prestado «el juramento preceptivamente exigido como requisito previo para el desempeño de cargos o funciones». Es notable que en el debate ante la Comisión de Justicia nadie defendió el Proyecto tal y como estaba concebido, ni siquiera la Ponencia (*Diario de Sesiones de las Comisiones, X Legislatura*, núm. 367, páginas 22 y siguientes).

IV

Respecto al uso indebido de vehículos de motor, el propósito del Proyecto, era cambiar la rúbrica del capítulo II bis del tit. XIII, lib. II, que rezaba: «Del robo y hurto de uso de vehículos de motor», por la de «utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos» y añadir un último párrafo imponiendo, en todo caso la pena de privación del per-

miso de conducir por tiempo de tres meses y un día a cinco años. La tensión emocional que provocan esta clase de hechos dio una extraordinaria animación al debate cuya tónica fue la severidad. Nada menos que once enmendantes atacaron al art. 516 bis con el afán de mejorarlo. La cifra negra en estos delitos es sumamente elevada: alrededor del 90 por 100. La mayoría de los vehículos sustraídos son recuperados a los pocos días, como resulta de las investigaciones practicadas por SERRANO GÓMEZ. Los esfuerzos reformistas se han desplegado en cuatro direcciones.

a) Modificación del párrafo primero del art. 516 bis para especificar que es indiferente la «clase, potencia o cilindrada» del vehículo de motor ajeno indebidamente utilizado. La adición proviene de la enmienda del señor DE OÑA IRIBARNE (enmienda 4), quien la fundamentó en la necesidad de poner fin a las dudas que ocasiona la cuestión controvertida de si los ciclomotores han de considerarse o no vehículos de motor. Sucede, sin embargo, que una cosa es la *mens legislatoris* y otra la *mens legis*. Cualesquiera que sean las especificaciones siguen estando referidas a los vehículos de motor. Y, por consiguiente, el problema continua exactamente como antes y consiste en determinar si los ciclomotores son vehículos de motor. La Circular núm. 6 de 27 de diciembre de 1974 antes citada, entiende con razón, que la situación sigue siendo idéntica a la anterior a la reforma y recomienda atenerse a la Circular 2 de febrero de 1973 y sentencias de 9 y 15 de marzo y 21 de mayo de 1973 del Tribunal Supremo donde se abordó esta dificultad interpretativa.

La Circular 2/1973 de la Fiscalía del Tribunal Supremo (*Memoria de 1974*, págs. 242 y siguientes) analiza exhaustiva y documentadamente la naturaleza jurídica de los ciclomotores, expresión «desconocida en nuestro ordenamiento penal y administrativo antes del Decreto de 27 de enero de 1956», designado hoy «un vehículo intermedio (*tertium genus*) entre el motociclo y el velocípedo, respondiendo su estructura a la de una bicicleta con pedales practicables en todo momento, pero dotada de un motor auxiliar de potencia determinada» (*Memoria de 1974*, pág. 246). La Circular llega a la conclusión de que «en la definición legal de ciclomotor lo que prima, en definitiva, es su condición de ciclo o bicicleta, si conserva todas las características recogidas en la ley referentes a potencia del motor auxiliar, límite de velocidad a desarrollar, pedales practicables, peso y disponibilidad de la transmisión del esfuerzo humano a través de los pedales con independencia del motor» (*Memoria citada*, pág. 255).

b) Sustitución de la alternativa «restituir o abandonar dentro de las veinticuatro horas» por la exigencia de que el vehículo indebidamente utilizado se restituya «directa o indirectamente» en el mismo plazo. La novedad se produjo en el seno de la Comisión de Justicia (*Diario de Sesiones*, págs. 33 a 36). Tomó la iniciativa el señor DE OÑA IRIBARNE: «Pediría a la Ponencia —dijo— sustituir la palabra «abandonar» por la de «restituir» o «reintegrar» directa o indirectamente,

ya que el abandono es una palabra antigua, y a veces tal abandono se hace forzosamente, porque se han quedado sin gasolina. De lo que se trata es de que si se deja transcurrir este plazo se considera que la intención no es de uso, sino de apropiación del vehículo, y lo que se produce es un hurto o robo, según las circunstancias que hayan concurrido.» Tras vacilaciones de la Ponencia y algunas digresiones sobre la conveniencia o no de elevar el plazo de veinticuatro horas provocadas por una intervención del señor RIVAS GUADILLA, la Ponencia cedió ante las palabras del señor UTRERA: «Tal vez —opinó— lo que aquí sea perturbador es la palabra «abandonar» que es la que crea un problema probatorio, un problema de presunciones; realmente va a crear dificultad en las pruebas para saber si se abandonó y cuándo se abandonó.» La Ponencia, que tuvo un momento de clarividencia «Complicaríamos el asunto, creo yo —dijo el señor PÉREZ-SERRABONA— variando el texto tradicional que tenemos»), sucumbió al climax y aceptó la petición del señor DE OÑA IRIBARNE, que se aprobó por unanimidad.

La Circular 6/1974 de la Fiscalía del T. S. antes mencionada, advierte las dudas que suscita la nueva redacción. Ciertamente es que la ley ofrece antes dificultades para concretar el «abandono», y que «con la expresión 'restitución indirecta' se ha buscado una mayor certeza; pero no parece todavía suficientemente clara hasta el punto de que no vayan a plantearse dificultades interpretativas. En general por «restitución indirecta» deben entenderse todos los supuestos en que el vehículo se ponga a disposición de su dueño sin que sea material y directamente entregado; en particular, puede entenderse por restitución indirecta la información al propietario, a la autoridad o a sus agentes, por cualquier medio, del lugar en que se halla el vehículo; o bien el empleo de otros medios que permitan la recuperación del vehículo dentro del plazo que señala la ley.» La *ratio legis* es, según la Circular, «favorecer la recuperación del vehículo dentro de las veinticuatro horas desde que el dueño fue desposeído del mismo». Se trata, empleando la terminología de la Circular, de una «atenuación de la pena» y para que se produzca «es preciso la restitución directa o que el culpable emplee los medios necesarios para la recuperación en el referido plazo» guardando semejanza con el sistema seguido para «el peculado de uso del art. 396 párrafo 2.º».

Por consiguiente, se ha perdido de vista la diversa estructura del tipo en el hurto de uso y el hurto propiamente dicho. La nota característica del hurto de uso es la falta de intención de apropiarse la cosa, y así se subraya en el párrafo 1.º del art. 516 bis: «sin ánimo de haberlo como propio». La restitución (o abandono, como antes se decía) no afecta a esta nota esencial del uso indebido. La no restitución, en realidad, es una cualificación (una «agravante» con la terminología de la Circular) no una causa de atenuación. Cualificación porque determina un trato más severo de un hecho que sigue siendo conceptualmente un hurto de uso o uso indebido de un vehículo de motor. En realidad sigue latente la vieja y desprestigiada doctrina que identificaba el ánimo de lucro con

el ánimo de apropiarse de la cosa, desconociendo que no puede hablarse de ánimo de apropiarse «transitoriamente» porque sería una *contraditio in terminis*, ya que apropiarse es subrogarse en el lugar del propietario y no sólo en el *ius utendi* que es una de las facultades, entre otras muchas, que comporta el derecho de propiedad. La restitución directa o indirecta dentro de las veinticuatro horas, bajo la amenaza de un trato más riguroso, es en definitiva una manifestación del arrepentimiento espontáneo, una contribución a reparar el mal causado por el delito, sin variar la naturaleza de éste. La reforma ha desconocido, al acentuar tan considerablemente la exigencia de un comportamiento activo por parte del autor del delito, la verdadera índole de las figuras previstas en el art. 516 bis, hasta el punto de darles un tratamiento más severo que a genuinos delitos de robo o de hurto del vehículo como se verá a continuación.

c) La reforma afecta también a la pena que señala la ley para el caso de que no se restituya directa o indirectamente el vehículo en el término de veinticuatro horas. Ahora será la de arresto mayor y multa de 10.000 a 100.000 pesetas a no ser que resulte de mayor gravedad la que procedería imponer aplicando los arts. 505 ó 515, en cuyo caso se acude a la señalada para el hurto o el robo genuinos. Antes había que imponer, si no se restituía o abandonaba el vehículo, la pena señalada para el hurto o el robo ordinario, y si por la cuantía el hecho hubiera constituido falta y no estaba por ello comprendido en la referencia expresa que se hacía a los arts. 505 y 515, imponer la pena prevista en el párrafo primero para el tipo básico.

La modificación proviene de la enmienda núm. 1 de don Melitino GARCÍA CARRERO que la Ponencia hizo suya y no fue objeto de discusión, sin duda porque nadie se percató de su alcance, es decir, de que se castigaba más severamente el tomar el vehículo sin ánimo de haberlo como propio que si hubiera mediado una intención de hacer suyo el vehículo en cuestión. Sin advertir tampoco que esta injusta regulación, injusta porque trata más severamente hechos de menor gravedad, queda reservada exclusivamente a los torpes o ingenuos, pues basta con declarar que tenían intención de haber el vehículo como propio para que el art. 516 bis quede fuera de juego.

d) Finalmente, el párrafo último del art. 516 bis, ha quedado redactado así: «En todos los casos comprendidos en este artículo se impondrá, además, la pena de privación del permiso de conducción por tiempo de tres meses y un día a cinco años o la de obtenerlo en el mismo plazo.» Sustancialmente recoge las enmiendas de los señores MAZÓN VERDEJO (enmienda 6) y DE LLERA LÓPEZ (enmienda 8) que pensaron que era oportuno recoger de modo expreso el supuesto en que el sujeto que utilizó indebidamente el vehículo carecía de permiso de conducción. Se aprobó sin discutir, salvo un tímido conato del señor LADERA VIVAS para que se elevara el mínimo de la privación del permiso, que no tuvo aceptación.

La declaración me parece peligrosa porque pudiera dar lugar a pen-

NOTAS

sar que cuando no se declara expresamente la privación del permiso de conducción como pena no afecta nada más que a aquellos que se hallan en posesión del permiso, no a los que carecen de él. Es una cuestión que revierte sobre el alcance del párrafo último del art. 42 donde se especifican los efectos de la pena de privación del permiso de conducir diciendo que «inhabilitará al penado para el ejercicio de este derecho durante el tiempo fijado en la sentencia». El derecho aludido no es el derecho a obtener un permiso, sino el derecho a conducir vehículos de motor. Gramaticalmente no hay duda alguna. La aclaración era innecesaria. Y es conveniente retrotraerse a los antecedentes históricos de ella, a los motivos que llevaron a consignar el supuesto de carencia de permiso para no dejar lugar a una interpretación contraria, para no inferir la errónea consecuencia de que cuando no se consigna —cosa que sucede en todos los demás casos en que se impone esta pena— no abarca a quienes no tienen permiso de conducción. Hubiera sido preferible que se hubiera mantenido la redacción inicial del Proyecto.

V

La estrechez de miras de la Ley de 28 de noviembre de 1974, es un distintivo común a las catorce reformas del texto refundido de 1944 que la han precedido. El Código de 1944 sigue siendo el antecedente siempre presente en el Código actual que es el de 1963 con las modificaciones de 1971 y 1974. Basta referir la fecha de su aprobación por el Decreto de 23 de diciembre de 1944 para marcarlo como un Código de posguerra, elaborado bajo el signo de concepciones sumamente duras, sobre un sistema de organización política que no se había concluido de perfilar, pendiente una guerra mundial en la que mantuvimos la neutralidad sin ocultar la simpatía por las potencias del Eje, prolongadas las tensiones de la guerra civil con la carga emocional de un futuro que a muchos parecía incierto, despobladas las cátedras de figuras que se consideraban eminentes sin que los profesores que quedaban y los que habían cubierto las vacantes hubieran tomado conciencia de los términos en que quedaba planteado el problema penal ni les fuera accesible por no disponer de los datos necesarios a causa de estar sustraídos muchos hechos a la jurisdicción ordinaria. El Código de 1944, que no aspiró a ser otra cosa que una refundición de un copioso número de leyes especiales que vagaban dispersas en el «Nuevo Estado», fue redactado con apresuramiento, método que parece consuetudinario entre nosotros. Ninguna de las numerosas leyes que han modificado el Código de 1944 ha abordado viejos problemas, que continúan abiertos, ni tampoco los que la reforma de 1944 planteó. No solamente no se ha hecho una revisión a fondo, sino que se han multiplicado las relaciones de alternatividad, es decir, las repeticiones totales o parciales de preceptos ya existentes. Sin tener tampoco en cuenta que hay zonas necesitadas de una reconsideración global. Algunos ejemplos tomados

de la llamada Parte Especial corroborarán lo que acabo de decir. Tampoco se ha osado tocar las bases de la determinación de las penas, cada vez más dislocadas en su nomenclatura y efectiva ejecución por una normativa de tipo administrativo que tiende a dinamitar el arcaísmo imperante en el Código.

Entre los viejos problemas que perduran me limitaré a mencionar dos. La violación de sepulturas y profanación de cadáveres se halla colocada en el título V del libro II, al lado de los delitos contra la seguridad del tráfico, v. gr., conducir sin permiso por una vía pública, y de los delitos contra la salud pública, como el tráfico de drogas. El defecto sistemático proviene de la reforma de 1870 y fue acusado inmediatamente por los comentaristas y la doctrina. El lugar que les corresponde es el de los delitos contra la religión o, mejor, el de un título de delitos contra los sentimientos religiosos. Otro caso: las lesiones menos graves inferidas a maestros (art. 423) se castigan con la pena de prisión menor, mientras que las lesiones graves a las mismas personas si no hubieran producido otro resultado que enfermedad o incapacidad para el trabajo por más de treinta días se sancionan con arresto mayor y multa de 10.000 a 50.000 pesetas. Dicho con otras palabras: si se hiere a un maestro causándole lesiones que le produzcan incapacidad para el trabajo por más de quince días y menos de treinta, la pena puede llegar, a seis años de privación de libertad, pero si las lesiones van de treinta a noventa días no puede exceder de seis meses (y multa). El defecto proviene nada menos que del Código de 1848, atravesando, sin ser advertido, todas las reformas ocurridas desde entonces.

El Texto refundido de 1944 provocó una serie de desarreglos valorativos al seguir como norma el criterio de imponer penas de la escala general en toda su extensión a cada delito. Prescindiendo ahora de que técnicamente no se consiguió este propósito para todas las figuras de delito, las consecuencias han sido, en algunos supuestos, extravagantes por no calificarlas de otra manera. El caso más notable, por su frecuencia en la práctica, es la inversión de las relaciones valorativas entre el hurto y el robo. Un delito de robo, cualquiera que sea la cuantía de lo robado, si media violencia o intimidación en las personas, se castiga —salvo que concurra alguna cualificación de las previstas en el art. 501— con la pena de presidio menor; si se comete un hurto por cuantía superior a 200.000 pesetas, la pena es presidio mayor. Es decir, si el ladrón tiene la «precaución» de administrar algún golpe a su víctima la pena no puede exceder de seis años, si no lo hace y se vale simplemente de la astucia, la pena puede llegar a doce años de privación de libertad. Aquí el reparo ha sido repetidas veces señalado, sin que el legislador haya prestado nunca atención alguna a su remedio.

Las repeticiones entre el Código y la legislación penal especial han sido siempre relativamente frecuentes. Mencionaré la traición, muchas de cuyas figuras se hallan duplicadas en el Código de Justicia militar; y la piratería que está prevista en el Código penal común, arts. 138 y

139, pero que nunca ha encontrado aplicación por ser preferente la Ley penal y disciplinaria de la marina mercante de 1955 en estos hechos de los que conoce la jurisdicción militar con completa exclusión de la ley común. Pero no acostumbran a darse dentro del Código en los términos en que se vienen produciendo desde 1944. Así, los delitos de estragos han perdido completamente su razón de ser con la incorporación al Código de los delitos de terrorismo, que además, se duplican a partir de la Ley de 15 de noviembre de 1971 en el Código de Justicia Militar. Ciertamente que, a primera vista, podrían marcarse diferencias: los estragos no perseguirían fines contrarios a la seguridad interior, al terrorismo organizado quedaría reservado a la justicia militar, en el terrorismo de derecho común habría de insertarse siempre un elemento subjetivo del injusto: la finalidad de atentar contra la seguridad del Estado, la integridad de sus territorios, la unidad nacional, el orden público. Mas la amplitud con la que se conciben la seguridad del Estado o el orden público excluye o hace prácticamente imposible unos estragos que no constituyan el delito de terrorismo castigado generalmente con penas más graves. En cualquier caso se impone una delimitación más precisa que la actual.

Hay también zonas necesitadas de una reconsideración global. Por ejemplo, la relativa a la política criminal seguida con los anticonceptivos o procedimientos para «evitar la procreación» (art. 416), hoy absolutamente obsoleta. También la política seguida en los delitos de estupro. La edad de veintitrés años que se toma como frontera en la tutela de la mujer frente al engaño sexual, es por completo irrazonable. Claro está que una reforma penal debería ir acompañada de una atenuación de las reglas para la investigación de la paternidad, pues es notablemente injusto que sea la mujer la única que soporte el peso de la concepción fuera de legítimo matrimonio y luego no pueda reclamar asistencia para ella y el hijo habido de quien lo engendró. En los delitos relativos a la prostitución es asombroso que sean más graves las penas en el caso de que las víctimas sean mayores de veintitrés años que si son menores. Y entre los delitos contra la propiedad habría que atender a una doble dirección, de un lado reducir drásticamente la magnitud de muchas penas que son enteramente desproporcionadas a la gravedad que hoy tienen estos delitos, y de otro atender a un remodelado de los que BINDING llamó «delitos de explotación» sobre los que gravitan las condiciones económicas en que se desenvuelve el mundo moderno haciendo posibles fabulosas depredaciones. *Et sic de coetera.*

Es notable que mientras el Código sigue aferrado a una vieja dosimetría penal, formalista, mecanicista, con reformas epidérmicas que no encuentran la vía adecuada para hallar una efectiva resonancia práctica, como la obligación de tomar en cuenta la personalidad del delincuente que perceptúa la regla 4.ª del artículo 61, la Administración penitenciaria está llena de inquietudes y animada de un espíritu progresivo que ha conducido incluso a que desaparezca la palabra «prisión» de la nomenclatura penitenciaria. La primera de las cuatro es-

calas graduales en que se agrupan las penas ha perdido por ello su sentido, pues lo único en que se diferencia de la segunda es en que contiene las penas de presidio, desaparecidas las cadenas que hasta 1932 figuraban también en la primera escala. Es obvio que las escalas deberían ser reducidas a tres. Y la misma evidencia tiene el que la variopinta terminología de las reclusiones y prisiones no responde a diferencias de contenido, pues lo que decide el establecimiento en que ha de cumplirse la pena no es la índole de ésta, sino la del delincuente previo un período de observación y clasificación. Igualmente parece que debería retornarse a la clasificación tripartita en delitos graves, menos graves y faltas, abandonando la bipartita que se instauró en 1932 por razones puramente teóricas, porque la división de los delitos en función de la gravedad de las penas está al servicio de la índole del procedimiento que ha de seguirse para su comprobación y castigo; la Ley de Enjuiciamiento criminal ha venido a restablecer ya la tripartición sin correlato en el derecho sustantivo por ahora. No quiero dejar de aludir en este somero recuento de algunos problemas que esperan normas más adecuadas, al tema de la inflación penal: las penas hoy tienen una duración real que no corresponde con su valor social. La consecuencia es que los tribunales no saben exactamente qué pena imponen, sustraída como está su ejecución a cualquier influencia por su parte. Tampoco debe omitirse una referencia a la cuestión del perdón judicial: la lentitud en la tramitación de los indultos hace que sean inoperantes cuando las penas son de muy corta duración, con lo que las infracciones de menor gravedad son tratadas, desde este punto de vista, más duramente.

VI

Paréceme que hay que dedicar algunas líneas en particular a la más importante de nuestras leyes penales especiales: al Código de Justicia Militar de 17 de julio de 1945. Tampoco ha quedado inmune a las injurias del tiempo. En su momento fue una obra considerable, cuyo mérito principal, la unificación de las leyes penales por las que han de regirse las Fuerzas Armadas, debe ser reconocido. Pero la fecha de su aparición denota que ha envejecido. La disciplina es y seguirá siendo un interés jurídico digno de la mayor atención por parte del Estado. Más los medios punitivos para mantenerla han sido profundamente innovados después de la segunda guerra mundial. Las penas y correctivos de nuestra ley penal militar no están ya en línea con las concepciones actuales, ni con la experiencia aportada por las contiendas bélicas en los últimos decenios. Algunas instituciones, como la remisión condicional de la pena deberían hallar cabida en los delitos militares. El régimen de las prisiones militares debería modernizarse. Habría que pensar en una reducción grande de los delitos castigados con la pena de muerte como única pena, e incluso en su supresión o considerable reducción para hechos cometidos en tiempo de paz. Y reconsiderar,

NOTAS

como ya antes quedó apuntado, las relaciones de alternatividad con el derecho común, así como las cuantías, hoy completamente desfasadas, en infracciones contra la propiedad.

La idea de una reforma de la legislación penal y procesal militar está viva y ha plasmado en proyectos no publicados. Ha de coordinarse con la necesaria reforma de la legislación común para evitar que se reproduzcan las discordancias que surgieron entre el Texto refundido de 1944 y el Código de Justicia Militar de 1945, parte de las cuales subsisten. Y para poner fin de una vez al retardo con el que las leyes penales militares siguen, aunque con constancia, las innovaciones de la legislación ordinaria.

Recensiones y

Noticias de Libros

Recueils de la Societé Internationale de Droit penal militaire et de Droit de la Guerre. (6.º Congreso Internacional de La Haya). LE CESSEZ-LE-FEU.

Este primer volumen contiene el informe general sobre el «Cese el fuego» tema de palpitante actualidad, seguido con indudable interés por los congresistas que tuvieron ocasión de escuchar la brillante exposición que hizo del mismo Madame Bastid, eminente profesora de la Universidad de París y Miembro de la Academia de Ciencias Morales y Políticas. El volumen contiene las intervenciones de los diversos delegados nacionales en respuesta a los cuestionarios que les fueron sometidos sobre el tema propuesto, que tenían por objeto precisar el término «cese el fuego» recién introducido en la práctica internacional a partir de la segunda guerra mundial y de uso general en recientes conflictos internacionales. Debemos consignar el merítísimo análisis semántico del término «cese el fuego» efectuado con verdadera precisión jurídica por el general italiano P. Verri, así como los informes de los delegados de la República Federal de Alemania, Bothe y Fleck; de Bélgica, Andries; de Francia, Paucot y Leaute; de Estados Unidos, Green; y de Inglaterra, Hughes-Morgan.

Mdme. Bastid desarrolló el tema propuesto examinando la doble naturaleza del «cese el fuego» para entrar después en el análisis del contenido y finalmente las implicaciones políticas que de él derivan.

Era ante todo conveniente delimitar su concepto aislándolo de otros que ofrecen caracteres semejantes, como son los de armisticio, suspensión de las hostilidades, tregua, o en general con cualquier medio que implique un cese temporal o permanente de las hostilidades y entre éstas últimas, la capitulación y la rendición. Era también necesario definir su aspecto jurídico y los efectos consiguientes tanto para los beligerantes como para los miembros de la Comunidad Internacional. El término «cese el fuego» (que entre nosotros ha recibido con más propiedad el nombre de «alto el fuego», puesto que el primero sólo se empleaba en un sentido más restringido en los manuales de instrucción en campaña), es como señala Mdme. Bastid una suspensión de las hostilidades debida a la intervención de un tercero ajeno al conflicto armado, aunque puede tener lugar por mutuo acuerdo. Este tercero puede serlo cualquier nación o puede serlo la organización internacional que

puede actuar por propia decisión a través del Consejo de Seguridad de la ONU, recomendando a las partes un cese de las hostilidades y en ambos casos sin prejuzgar «en nada los derechos o pretensiones de los interesados», las que mediante ulteriores discusiones deben llegar a un arreglo pacífico que impida la reanudación de las hostilidades. Precisa por tanto, fijar el momento cronológico de la entrada en vigor del «cese el fuego» y cuando tiene lugar por decisión del organismo internacional, fijando el plazo a partir de cuya expiración debe aquél entrar en vigor. El «estado de guerra», era un concepto subordinado al cumplimiento de ciertas condiciones formales muy precisas, que determinaban tanto el comienzo como el fin de las hostilidades, pero la evolución de los conflictos bélicos ha hecho mucho más impreciso modernamente aquel «estado de guerra» y el «cese el fuego» aparece como prueba de aquella profunda mutación. Tradicionalmente existía pues un «estado de guerra» opuesto a un «estado de paz»: Hoy los límites antes bien definidos han desaparecido y la organización internacional asume un papel decisivo en la suspensión de las hostilidades que sólo en ciertas épocas históricas asumió el Papado en nombre de la Cristiandad (basta pensar en las treguas acordadas por lo general con carácter temporal por motivos religiosos o simplemente humanitarios). En tiempos posteriores surge el «armisticio» como medio de suspensión o cese de las hostilidades mutuamente acordado por un corto espacio de tiempo que ha sido paulatinamente con el tiempo presentando el carácter de etapa previa a la firma de los tratados de paz, pero que deja subsistente el estado de guerra y sus implicaciones jurídicas hasta la firma de la paz. A principios de siglo, el armisticio comporta más la idea de una capitulación, en la que el vencedor impone las condiciones de paz al vencido. Pero lo que distingue el «cese el fuego» es la suspensión de hostilidades antes de decidirse la suerte de las armas cuando el resultado de la confrontación es aún incierto y sobre todo, se distingue por la presencia directa o indirecta de la organización internacional, que señala no sólo el momento de la entrada en vigor del «cese el fuego», sino que al propio tiempo fija la línea de demarcación, fijando las distancias a que deben replegarse los contendientes o los puntos en que deben concentrarse con vistas a impedir cualquier reanudación, prohibiendo cualquier movimiento de fuerzas, del que pudiera sacar partido alguno de los beligerantes, prohibiendo igualmente el envío de refuerzos, el sobrevuelo de aviones sobre la línea demarcada, etc.

Tiene pues el «cese el fuego» un carácter negativo, impedir la reanudación de las hostilidades, hacer imposible la continuidad del conflicto armado y ello supone naturalmente la existencia de un organismo de control encargado de vigilar la aplicación del acuerdo, siendo el organismo internacional a quien corresponde designarlo, fijando sus atribuciones, señalando los puestos de observación desde los que se pueda vigilar su aplicación y manteniendo el «statu quo» en que se encontraban al tiempo de establecerse el «cese el fuego»; como asimismo,

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

investigar sobre cualquier posible violación de la que deba informar seguidamente el órgano de control al Consejo de Seguridad.

No se piense, sin embargo, que el «cese el fuego», tiene un carácter exclusivamente militar cuya finalidad única sea la suspensión de las hostilidades, sino que su finalidad última es el restablecimiento de la paz y por tanto, persigue una finalidad política, mediante la invitación a las partes a que estas resuelvan sus diferencias por vías pacíficas. Es en todo caso, como indica Mdme. Bastid una medida de urgencia, preliminar a todo acuerdo de paz, que obliga a los contendientes a deponer las armas y negociar sus diferencias, pero siendo un acuerdo militar tiene un alcance al propio tiempo político, tanto si es de origen convencional entre las partes que lo suscriben, como si se basa en una decisión o recomendación de la Organización internacional, pero en todo caso la efectividad del mismo, sólo surge a partir del momento de su aceptación expresa, en virtud del principio de soberanía de cada Estado. Cabe añadir que además de las características apuntadas hay que señalar un elemento decisivo, la presión internacional, ésta actúa particularmente en favor del «cese el fuego» y responde a una nueva valoración de las relaciones internacionales donde se afirma con creciente vigor la prohibición de recurrir a la fuerza como medio de solución de los conflictos internacionales.

(Insertamos a continuación un cuadro sinóptico que figura en el informe presentado por la delegación francesa, que consideramos de interés) (F.M.S.).

	ORIGEN	EFFECTOS	FINALIDAD	EXTENSION
Cese el fuego	Arbitraje u órgano internacional (Trilateral)	Suspensión hostilidades. Mantenimiento «Statu Quo»	Política	Provisional
Suspensión de armas	Militar (Bilateral)	Suspensión operaciones militares	No política	Provisional
Tregua	Militar (Bilateral)	Suspensión de hostilidades	Religiosa o humanitaria	Provisional
Armisticio	Estatal (Bilateral)	Suspensión de hostilidades	Política. Preludio al tratado de paz	Provisional o definitivo
Capitulación	Militar (Bilateral)	Fin de las operaciones militares	Política. Fin de la guerra	Definitivo
Rendición	Militar (Unilateral)	Fin de las operaciones militares	Política. Fin de la guerra	Definitivo

Revue de Droit penal militaire et de Droit de la Guerre, 1974
(número 1).

Contiene entre otros un trabajo interesante de R. C. Bruning, sobre el Comité del Estado Mayor Militar de las Naciones Unidas y las vicisitudes por las que tal organismo viene pasando desde su creación. La reorganización de este Comité bajo la dirección de la Asamblea General o el Secretario General ha sido enjuiciada críticamente por aquellos que piensan que tal organismo debe continuar siendo dependiente del Consejo de Seguridad y actuar bajo su control como verdadero Estado Mayor de las fuerzas armadas de diversas naciones, distintas de aquellas pertenecientes a países representados en el propio Comité.

Tras diversas consideraciones el autor llega a la conclusión que es preferible este sistema ya previsto en la Carta, que la reorganización del Comité bajo la dirección de la Asamblea o Secretario General, reteniendo el Consejo de Seguridad la facultad de definir aquellas situaciones graves susceptibles de amenazar la paz internacional y en consecuencia ordenar el envío de fuerzas armadas, misión que incumba al Comité de Estado Mayor Militar, en cumplimiento de tal acuerdo y dentro de los límites atribuidos al mismo (F.M.S.).

1974 (núm. 2).

Contiene este número dedicado principalmente al tema de los derechos humanos, entre otros estudios, el de P. Verri sobre los militares y los derechos humanos. El reconocimiento general de estos derechos proclamados en recientes Convenciones (Roma, 1950), tiene las naturales restricciones cuando se trata de miembros de la comunidad militar, restricciones que derivan de la peculiar organización de las fuerzas armadas y en consideraciones de «disciplina militar». La aceptación de esta última por los militares implica por consiguiente la renuncia total o parcial de ciertos derechos y libertades reconocidos con carácter general a los nacionales. Esto no supone en modo alguno que esté privado de los derechos individuales reconocidos por la ley a los demás ciudadanos. Las limitaciones que puedan afectarles deben tener sus fundamentos en necesidades perentorias de orden militar y en todo caso deben estar reguladas de una manera precisa en leyes y reglamentos que establezcan los derechos y deberes de los militares en cuanto tales.

Como se comprende fácilmente el problema más delicado surge en la aplicación del sistema de sanciones disciplinarias, no así en cuanto a las estrictamente penales, minuciosamente reguladas en las leyes penales.

En el dominio de la acción disciplinaria, cuando se trata de violaciones que afectan sólo al orden interno de la organización militar o a las relaciones de superior e inferior, el problema ofrece ciertas dificul-

tades que en la práctica quedan resueltas mediante diversas medidas como son la previa definición legal de tales faltas en los códigos castrenses, la fijación y extensión de los correctivos, la limitación de las facultades discrecionales del superior, la regulación de un sistema de recursos contra posibles decisiones arbitrarias que faculta al inferior a recurrir ante los máximos escalones jerárquicos, la prohibición de imponer castigos que ofendan la dignidad humana, etc.

Desde un ángulo distinto se ocupa en este mismo número F. Prztacnik, de la protección de los derechos humanos tanto de los civiles como de los militares en tiempo de guerra, cuando se hace más precaria la efectividad de los derechos aludidos proclamados por las Convenciones de Ginebra y Declaración universal de los derechos del hombre. Las Naciones Unidas han reiterado la vigencia de tales derechos tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra, cualquiera que sea el género de conflictos armados y la variedad de los mismos. Según los principios de derecho internacional, es necesario hacer una distinción entre las personas encuadradas militarmente y la población civil, que ni directa ni indirectamente toma parte en las hostilidades y que evidentemente debe quedar al margen de toda agresión o ataque; como tampoco deben ser utilizadas como objeto de represalia, colectiva o individualmente, ni con propósito militar alguno. La protección debe ser más vigorosa aún cuando se trata de personas más necesitadas de ella, como es el caso de personas civiles heridas o enfermas, ancianos, mujeres, niños, etc., creando zonas de refugio o seguridad para las mismas, señaladas con signos distintivos fácilmente reconocibles y amparadas por organismos de control administrativo bajo los auspicios del apropiado organismo internacional.

En lo que concierne a los combatientes hechos prisioneros de guerra, deben quedar bajo custodia y los encargados de la misma son responsables del trato que se les dispense; sólo quedan obligados a facilitar su nombre, grado y fecha de nacimiento; no pueden ser empleados en trabajos inapropiados; los campos de internamiento deben estar señalados convenientemente y disponer de refugios antiaéreos para su defensa; ser alimentados debidamente y vivir en condiciones higiénicas y sanitarias aceptables, etc., asimismo, no pueden ser empleados en servicios militares contra los intereses de su propio país de origen, ni ser forzados a facilitar información alguna de carácter militar; el estado de cautividad debe cesar tan pronto como cesen las hostilidades, por tanto, es contrario a derecho retener prisioneros hasta la conclusión de un tratado de paz o retrasar la repatriación por cualquier motivo, como también ejercer propaganda sobre ellos para inducirles a rehusar la repatriación o imponerles cualquier otra condición. Para la vigilancia de estos derechos reconocidos internacionalmente, precisa que las potencias protectoras visiten periódicamente los campos de internamiento, ejerzan un efectivo control e informen del cumplimiento de las normas establecidas al C. I. C. R. o a los organismos internacionales de la O. N. U.

En relación con el tema conviene recordar la resolución adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 3.319 de 18 de diciembre de 1974, sobre los derechos del hombre en tiempo de conflicto armado, por la que se acuerda inscribir en el orden del día de la sesión trentésima, la cuestión mencionada. (Ver *Revue internationale de la Croix Rouge*, enero, 1975) (F. M. S.).

Rassegna dell'arma dei Carabinieri núm. 6 noviembre-diciembre, 1974.

El número indicado contiene un interesante estudio de A. Antuofermo, sobre las nuevas normas jurídicas contra la criminalidad en Italia, tanto en el aspecto sustantivo como en el procesal. Tales normas se contienen en la Ley de 14 de octubre de 1974 (núm. 497) y tienen por finalidad combatir la creciente criminalidad que se ha puesto de manifiesto en estos últimos tiempos particularmente en los delitos de robo, extorsión, secuestro de personas con fines de robo o extorsión, así como para los delitos relativos a la tenencia y uso de armas y explosivos y en general para todos los delitos concurrentes con los ya indicados.

En el aspecto sustantivo se produce una agravación de las penas.

Para el robo y extorsión agravadas las penas pueden llegar a los 20 años de reclusión y la multa a 1.500.000 liras y el delito de secuestro de personas con fines de robo o de extorsión, las penas señaladas son de 10 a 20 años y multa no inferior a 400.000 liras y con la reclusión de 12 a 25 años y multa no inferior a 1.000.000 de liras, si el culpable consigue su propósito. Se establece una atenuante cuando el propio culpable libera a su víctima sin daño alguno, sin que esta decisión obedezca a la entrega del precio exigido por el rescate.

Asimismo, el legislador consciente de la importancia que para tales delitos representa el empleo de armas y explosivos, ha establecido nuevas penas aumentando las previstas en la Ley especial del 2 de octubre de 1967.

No ha sido aprobada en la ley, la propuesta que prohibía la difusión de noticias o imágenes relativas a dichos delitos, por medio de la prensa o algún otro medio de difusión a fin de no comprometer el secreto de la investigación judicial, por entender que tal prohibición era contraria al derecho de expresión y a la libertad de prensa, pero habría que oponer que en aquellos países en que tal libertad está plenamente reconocida (Inglaterra, Francia), no obstante, tal reconocimiento, hay límites que impone el interés superior de la justicia.

En el aspecto procesal se han establecido modificaciones en dos aspectos: en el relativo al procedimiento «direttissimo» y con relación al interrogatorio del inculpado o detenido. El procedimiento «direttissimo» establecido por la Ley del 2 de octubre de 1967 (núm. 895), para los delitos allí previstos; robo y extorsión agravadas, secuestro de personas con fines de robo o extorsión, así como los concernientes a armas y explosivos, ha sido ampliado a todos los delitos que eventualmente con-

curran con aquellos (asociación para delinquir, hurto, receptación), etc.

Se amplían las facultades de los Oficiales de la policía judicial en orden a los interrogatorios, cuando así lo exija la rapidez de la investigación, la necesidad de asegurar las pruebas o conservar las huellas, necesidad y urgencia justificadas en la imposibilidad de esperar se efectúe el interrogatorio por parte del Magistrado, que, sin embargo, debe ser advertido de esta circunstancia por el medio más rápido posible, pero sin que ello demore la diligencia ni suponga la necesidad de una autorización previa del Magistrado. Se establece finalmente como condición necesaria la presencia del defensor en el interrogatorio, presencia obligada bajo pena de nulidad. Se recogen finalmente una serie de medidas de prevención y entre otras se autoriza el arresto de las personas sometidas a medidas de vigilancia especial que violen las obligaciones impuestas por esa vigilancia como igualmente para aquellos que aparezcan sospechosos de pertenecer a asociaciones «mafiosas», o en general a asociaciones para delinquir que hubiesen realizado actos preparatorios, no punibles, encaminados a la comisión de los delitos definidos en esta ley.

En la sección «Documentos» del mismo número de la *Rassegna* se insertan las disposiciones legales comentadas (F. M. S.).

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

Número 60, primavera, 1973; III + 127 págs.

Francis A. Gilligan: *Probable Cause and the Informer* (El requisito de «probable justificación» y el informador), págs. 1-23. Se examina la tan discutida protección que ofrece la IV Enmienda constitucional frente a los registros y aprehensiones injustificadas, con especial hincapié en la faceta de las posibles responsabilidades en que puede incurrir el «informador» (la persona que ha presenciado la actividad criminal o que pretende tener pruebas de la comisión del delito; en la esfera civil, por lo general, el funcionario de la policía; en la militar, un agente del CID o cualquier otro miembro de la unidad), al dar lugar a que se dicte un mandamiento de entrada y registro en lugar cerrado. Se consideran muy especialmente los fallos más recientes del Tribunal Supremo y del Tribunal de Apelaciones Militares.

John Rintamaki: *Plain View Searching* (El hallazgo incidental de pruebas de una actividad delictiva), págs. 25-51. En la misma línea del anterior artículo, en este se considera el caso particular de la aparición de pruebas de una actividad delictiva, como base suficiente para acordar un mandamiento de entrada y registro en lugar cerrado, o registro de personas. Se hace un detenido análisis de la casuística procesal que puede plantearse en este terreno, con referencia a la jurisprudencia más reciente.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Fred K. Morrison: *Absolute Liability under the Federal Tort Claims Act* (La responsabilidad pecuniaria del Estado federal, conforme a la Ley de reclamaciones e indemnizaciones derivadas de «torts»), páginas 53-74.

Robert E. Coyle: *Surveillance from the Seas* (Vigilancia desde los mares), págs. 75-97. Estudio de los casos recientes acaecidos con los llamados «buques-espía», unidades navales en misión de información.

R. R. Baxter: *The Evolving Laws of Armed Conflicts* (La evolución del Derecho humanitario bélico), págs. 99-111.

Delmar Karlen: *Civilianization of Military Justice: Good or Bad* (¿Es procedente o improcedente la «paisanización» de la Justicia Militar?), págs. 113-122.

Número 61, verano, 1973; III + 188 págs.

Howard C. Eggers: *The Specificity Required in Military Search Warrants* (La especialidad que se requiere en los mandamientos de registro dictados en la jurisdicción militar), págs. 140. Trabajo en el que se identifican, analizan y definen las condiciones específicas a que deben ceñirse los mandamientos judiciales de entrada y registro en lugar cerrado o registros personales, en el ámbito de la jurisdicción castrense.

Sheikh Mohammad Anwar: *The Administration of Justice in the Pakistan Air Force* (La Administración de Justicia en las Fuerzas Aéreas del Pakistán), págs. 41-88.

Francis A. Gilligan: *Search of Premises, Vehicles, and the Individual Incident to Apprehension* (El registro de alojamientos y vehículos, y de la persona del inculpado, al procederse a su detención), págs. 89-144.

Edward J. Imwinkelried: *The Identification of Original, Real Evidence* (La identificación de la prueba verdaderamente original), págs. 145-181.

Número 62, otoño, 1973; III + 272 págs.

William H. Parks: *Command responsibility for War Crimes* (La responsabilidad del mando por crímenes de guerra), págs. 1-104. Análisis histórico y comparado de los procesos por crímenes de guerra en que se implicó la cuestión de responsabilidad del mando militar, con vistas a determinar las pautas de conducta a que debe atenerse el mando en campaña, con respecto a la prevención, investigación, informe y persecución de este tipo de infracciones penales. El autor examina con carácter general el problema de las posibles responsabilidades en que pueden incurrir los mandos en combate, desde el punto de vista tanto de la ley interna como internacional.

Thomas A. Knapp: *Problems of Consent in Medical Treatment* (Los problemas del consentimiento del paciente en el tratamiento médico), págs. 105-163. Estudio detenido, con exposición de los pertinentes ante-

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

cedentes históricos y jurisprudenciales, de toda la problemática jurídico-penal del consentimiento del paciente con respecto al tratamiento médico-quirúrgico de que ha de ser objeto, sus diversas formas, efectos, consecuencias, etc., con especial referencia a la órbita castrense.

Robert M. Frazee: *Flag Desecration, Symbolic Speech and the Military* (La profanación de la bandera, el lenguaje simbólico y lo militar), páginas 165-213.

Joseph W. Bishop, Jr.: *Perspective: The Case for Military Justice* (Un alegato en favor de la Justicia Militar), págs. 215-224.

En este número se incluyen los índices alfabéticos por autores y materias correspondientes a los volúmenes 59 a 62.

Número 63, invierno, 1974; III + 181 págs.

Arthur Haessig: *The Soldier's Right to Administrative Due Process: The Right to Be Heard* (La garantía procedimental del soldado en los expedientes administrativos: el derecho a ser oído), págs. 1-44. La Constitución norteamericana (Enmiendas V y XIV), establece una garantía sumaria de respeto a la inmunidad personal, traducida en aquellos derechos fundamentales que aparecen enraizados en las tradiciones y en la conciencia del pueblo, al sentar que «nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad, si no es a través del oportuno proceso legal (*due process of law*)». La tesis de este artículo viene a ser la de que el soldado (el militar), con arreglo a esa garantía constitucional básica, tiene derecho a ser oído en cualquier tipo de procedimiento o expediente administrativo que se inicie por el mando y cuyos resultados o consecuencias puedan afectar desfavorablemente a sus intereses personales.

Dewey G. Gilley, Jr.: *Using Counsel to Make Pretrial Procedure More Effective* (La utilización de la defensa del acusado para hacer más eficaz la fase procesal previa a la vista), págs. 45-113. Este estudio considera la necesidad que existe de poner de acuerdo el procedimiento penal militar con el procedimiento criminal federal, que en los últimos años ha experimentado cambios significativos que no se han visto reflejados inmediatamente en aquél; y concretamente, por lo que se refiere a la defensa del acusado, propugna que se haga un mayor uso de la representación letrada desde las fases iniciales del procedimiento, para hacer que la justicia militar se ponga más en línea con la efectividad del derecho a la defensa, que viene garantizado constitucionalmente.

Edward J. Imwinkelried y Miles J. Mullin: *The Court of Military Appeals: A Survey of Recent Decisions*, págs. 115-180, análisis de la jurisprudencia reciente emanada del Tribunal de Apelaciones Militares, correspondiente al período que va desde el 1 de septiembre de 1972 al 31 de agosto de 1973.

Número 64, primavera, 1974; III + 159 págs.

Jordan J. Paust: *Terrorism and the International Law of War* (Terrorismo y Derecho internacional de guerra), págs. 1-36. Interesante estudio sobre la escalada del terrorismo internacional y los esfuerzos que la comunidad de las naciones está llevando a cabo para proteger a la humanidad de tamaño azote.

Richard R. Boller: *Proof of the Defendant's Character* (La prueba del «carácter» del acusado), págs. 37-78. Exposición, desde el punto de vista del proceso penal militar, de la teoría de la prueba referida al «carácter» del inculgado, su naturaleza esencialmente circunstancial e indiciaria, su utilidad, su relevancia, su admisibilidad; el momento procesal en que puede alegarse; los métodos probatorios (hechos anteriores: antecedentes personales; la opinión de las personas que conocen al acusado; su reputación en la comunidad en que vive); los medios de prueba (testifical, documental); medios de refutación de las pruebas alegadas por la defensa, etc.

William H. Erickson: *The History of the Tripod of Justice* (La historia del «trípode» de la Justicia), págs. 79-100. Análisis —partiendo de la famosa metáfora del Chief Justice Burger—, del sistema acusatorio puro, cuyos tres puntos de apoyo están en el juez, el fiscal y el defensor, en la idea de que si cualquiera de esos tres elementos es débil o no cumple adecuadamente su estricta misión, todo el sistema se viene abajo, el «trípode» se derrumba sin remedio.

Charles W. Trainor: *The Buy American Act: Examination, Analysis and Comparison* (Examen, análisis y estudio comparativo de la Ley de Compras de 1933, que otorga preferencias en favor de los productores nacionales, en la contratación administrativa), págs. 101-150.

Teniente General Sming Tailangka: *The Military Judicial System of Thailand* (El sistema judicial militar de Tailandia), págs. 151-158.

Número 65, verano, 1974; III + 161 págs.

Rufus C. Young, Jr.: *Due Process in Military Probation Revocation: Has Morrissey Joined the Service?* (Las garantías constitucionales de tramitación del «procedimiento legal y justo» en la revocación de la libertad condicional en la Jurisdicción militar: el caso *Morrissey versus Brewer*), págs. 1-56.

Edmund H. Schwenk: *Liability of the Stationing Forces for «Scope Claims» and «Ex Gratia Claims» in the Federal Republic of Germany* (La responsabilidad pecuniaria de las Fuerzas estacionadas en la República Federal de Alemania, por reclamaciones por daños causados al margen de maniobras o requisiciones, o por vía graciable), págs. 57-84.

Wayne E. Alley: *Determinants of Military Judicial Decisions* (Las determinantes de las decisiones judiciales militares), págs. 85-114.

Francis A. Gilligan: *Attacking the Probable Cause Equation* (Una

impugnación de la «ecuación» de la *justificación probable* en el registro personal y de lugar cerrado), págs. 115-131.

Mack Borgen: *The Determination of Domicile* (La determinación del domicilio), págs. 133-149. (Joaquín Hernández Orozco)

Neue Zeitschrift für Wehrrecht, Berlín.

Cuaderno 5 de 1974

Fritz-Rudolf Schultz: *Disziplin und militärische Ordnung* (Disciplina y ordenamiento militar).

El trabajo que comentamos es un resumen de la conferencia dada por el autor —comisionado militar en el *Bundestag*— en Trier el 24 de abril de 1974, en la que abordó el análisis de la disciplina en las Fuerzas Armadas de la Alemania Federal, como «uno de los elementos constitutivos del Ordenamiento militar».

Tars unas palabras sobre el concepto de disciplina que define como «el esmerado cumplimiento de todos los deberes y de las exigencias que presenta en cada caso el cometido militar», Schultz hace algunas consideraciones respecto a las faltas o infracciones contra esta institución, así como sus orígenes o causas y los medios para contrarrestarlas; y partiendo del hecho de que ya se ha superado la figura del superior que todo lo dominaba, ratifica las sugerencias por él formuladas en su informe anual, sobre la conveniencia de hacer participar a los subordinados en la preparación de las decisiones del Mundo, como medio de superar el desinterés en el servicio de los jóvenes llamados al servicio militar obligatorio, cooperación que cada día se hace más aconsejable, habida cuenta de la progresiva tecnificación de las Fuerzas Armadas.

Cuaderno 6 de 1974

Dr. Erich Kussbach: *Die Bedeutung der Neutralität «ad Hoc» bei der Neubestätigung und Weiterentwicklung des Humanitären Völkerrechts* (El significado de la neutralidad «ad Hoc» ante la reafirmación y desarrollo del Derecho Internacional Humanitario).

Parte este estudio de los trabajos elaborados por el Comité de la Cruz Roja Internacional, los cuales han sido tenidos en cuenta desde 1971 por expertos gubernamentales, especialmente en la Conferencia Diplomática de Ginebra (20 de febrero a 29 de marzo de 1974, primera sesión) de Derecho Internacional Humanitario, conferencia que tuvo por objeto completar y establecer algunas precisiones a los Acuerdos de 1949, mediante 2 Protocolos adicionales. En concreto el Dr. Kussbach, centra su atención en el primero de dichos Protocolos, ya que este se refiere a los conflictos armados internacionales, en los que la institución de la neutralidad produce todos sus efectos, haciendo determinadas con-

sideraciones respecto a la nueva terminología empleada («Estados que no son partes en el conflicto» en lugar de la tradicional «Estados o Potencias neutrales»).

En resumen, el autor tras un examen de los antecedentes históricos (entre los que destaca la declaración de «no beligerancia» del Gobierno italiano de 1 de septiembre de 1939, recogida también en el Decreto del Gobierno español de 12 de junio de 1940), termina por afirmar que la nueva expresión por su vaguedad e imprecisión induce a confusión y provoca dificultades, sin que sea tampoco aconsejable adoptarla con objeto de incluir el supuesto de «neutralidad diferenciada» ya que este caso se encuentra también regulado en el derecho de neutralidad, por lo que en consecuencia se pronuncia por mantener la expresión tradicional de «Estados o potencias neutrales».

Cuaderno 1 de 1975

Dr. Günther Moritz: *Zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über den Wehrbeauftragten des Bundestages* (Consideraciones respecto a la modificación y complemento de la Ley sobre el comisionado militar en el Bundestag).

De entre las disposiciones que acompañaron en los años 50, a la implantación de las Fuerzas Armadas en la República Federal Alemana, han sido pocas, las que desde entonces han permanecido invariables; una de estas es la «Ley de 26 de junio de 1957 sobre el comisionado militar en el Bundestag».

El autor, tras indicar los pasos que desde 1971 se vienen dando para actualizar dicha ley, hasta desembocar en el proyecto actual de reforma que ha merecido un juicio favorable del Comité de Defensa en la sesión de 9 de octubre de 1974, pasa a estudiar algunas de las cuestiones que esta institución tan peculiar del derecho alemán presenta, y la necesidad de terminar con las lagunas legislativas que en el ejercicio del cargo se vienen observando. A tal fin, analiza sus funciones y condición parlamentaria, su doble cometido como órgano de ayuda para el ejercicio del control parlamentario y defensa de los derechos fundamentales de los militares, límites de su competencia, duración (5 años) y sustitución del cargo, después de cuyo examen el autor termina concluyendo, que la ley actual está anticuada, y que esta petrificación debe ser considerada como una reliquia de los comienzos de la «Bundeswehr», superados por su actual desarrollo.

(Martín Bravo Navarro)

Legislación y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

A) JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

12. **Imprudencia temeraria (originaria de muerte y daños): Falta de precaución, prudencia o pericia.—Error en la apreciación de la prueba documental: documento auténtico.—Descripción de los hechos en la sentencia.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 565, 1.º en relación con 407 y 563; LECrim. 849, 1.º y 2.º, 851, 1.º; D. 17 diciembre 1964: 26.

Sent. 23 junio 1973 (V Región Militar). El día 25-7-70, el inculpado soldado J.V.P. conducía por la carretera de Gallur a Francia por Sangüesa un coche Renault, debidamente autorizado por la propietaria del mismo, llevando como acompañante a la Sta. M.-T.G.S. En determinado punto, invadió el arcén derecho de la calzada en el sentido de su marcha, efectuó una frenada y dio un giro del volante a la izquierda, que fue causa de que el vehículo atravesara en diagonal la calzada y saliera por el lado opuesto de la misma, volcando a continuación. La Sta. M.-T., salió despedida y resultó muerta. El coche sufrió desperfectos, cuya indemnización fue renunciada. La fallecida tenía a su cargo a su madre, contando como medio de subsistencia con un trabajo de telefonista. *G. G. Ordinario:* condenó por delito de Imprudencia Temeraria causando homicidio y daños, a 6 meses y 1 día de prisión menor y privación por un año del permiso de conducir. *Autoridad Judicial:* aprobó. *Defensor:* apeló con arreglo al art. 26 del Decreto de 17-12-74. *Fiscal Togado:* Confirmación. *CSJM:* Desestima el recurso y confirma la sentencia teniendo en cuenta *que el primero de los motivos del recurso, por infracción de Ley, al amparo del art. 849-1.º LECrim., por indebida aplicación del art. 565-1.º CP, se fundamenta esencialmente, en estimar que, dada la escueta redacción de los hechos probados al hacer mención de las maniobras efectuadas por su patrocinado al ocurrir el accidente, y sin relatar otras circunstancias concurrentes que de algún modo ayudaran a configurar la supuesta figura delictiva, no es posible encajar*

dichos hechos en la imprudencia temeraria que requiere como nota fundamental la falta en el agente de la previsión y racional cautela que debe acompañar a todos los actos de los que pueda derivarse un mal, mientras que de dichos hechos probados no resulta ni la más leve falta de previsión en el hacer de su defendido y por tanto no pudo haber imprudencia punible. Versa pues, el recurso en este primer punto sobre la posibilidad de encuadrar el hecho en la imprudencia temeraria, tal como hace el Tribunal a quo, por entender el recurrente que de los hechos probados no se deduce, a su juicio, ni la más leve falta de previsión, y si bien el Código penal no determina de una manera clara y precisa en qué consiste la imprudencia temeraria, la Jurisprudencia tiene reiteradamente establecida como nota común a todas las imprudencias la falta de previsión, prudencia o pericia, que en la temeraria es indisculpable, pues supone en el agente el dejar de adoptar los cuidados o medidas de precaución más elementales para evitar que sus actos u omisiones causen daños a las personas o las cosas, y ciertamente que en este caso la propia descripción, siquiera somera, de los hechos, configura el tipo delictivo, pues precisamente al no existir otras circunstancias concurrentes que determinen una justificación de los hechos es evidente que el invadir el arcén derecho en el sentido de su marcha, frenar estando en el mismo y girar bruscamente a la izquierda, atravesando la calzada en diagonal, saliéndose de la misma por el lado izquierdo y volcando posteriormente, constituye en sí una tan desafortunada maniobra que implica la falta de la más elemental pericia en la conducción y dominio de un vehículo de motor, por lo que evidentemente, la aplicación por el Consejo de Guerra del párrafo primero del art. 565 del CP, al hecho cometido fue plenamente correcta (CONSIDERANDO 1).—El segundo de los motivos del recurso, por infracción de Ley, al amparo del núm. 2.º del art. 849 LECrim., se basa en un supuesto error de hecho en la apreciación de las pruebas que resulta de documento auténtico no desvirtuado por otras pruebas; señala el recurrente como tal documento auténtico el que llama «acta de inspección ocular» obrante a los folios veinte y veintiuno de las actuaciones, que no es otro que el informe técnico de la Agrupación de Tráfico de la Guardia Civil emitido como consecuencia del accidente. Alega el recurrente que dicha inspección ocular señala que en el momento del accidente reinaba un fuerte viento que pudo determinar el desplazamiento del vehículo, y que también recoge la observación de que la frenada, seguida de derrape, se inició a un metro de la alcantarilla, es decir, dentro del firme de la calzada, puesto que el arcén tiene una anchura de sesenta centímetros; por ello —continúa el recurso—, es inexacta la afirmación del Resultando de hechos probados de que el vehículo invadió el arcén. Al examinar este motivo ha de determinarse previamente el carácter de documento auténtico que el recurrente pretende conceder al informe técnico de la Guardia Civil, y a tal respecto ha de señalarse que es constante la Jurisprudencia del Tribunal Supremo —contenida entre otras muchas, en las Sentencias de 3 de diciembre

de 1965, 3 de junio de 1966 y 20 de mayo de 1967— en el sentido de que tales informes no revisten la calidad de documentos auténticos a los fines de la casación, por lo que evidentemente ya por tal razón decaería el motivo del recurso; pero es que, además, parte de dos supuestos erróneos en cuanto a las indicaciones del Informe de la Guardia Civil, pues de una parte quiere atribuir al viento que reinaba el posible desplazamiento del vehículo, siendo así que el mismo informe técnico indica como causa principal del accidente la distracción del conductor, y el mismo inculpado trata de achacar a un supuesto perro que se le cruzó, el accidente, no aludiendo al viento en sus declaraciones (folios doce y cuarenta y seis) e incluso afirma que él no notó en la conducción ni le molestaba para ella la influencia del viento. El segundo error de que parte el recurrente es el estimar que la distancia de un metro a la alcantarilla que el informe técnico señala es lateral, cuando se ve claramente que era distancia lineal dentro del arcén por el que circulaba el inculpado después a lo largo de catorce metros con setenta centímetros, y así resulta del propio informe técnico invocado y croquis adjunto (folios, veinte, veintiuno y veinticuatro), tanto en la parte que se refiere a «huellas e indicios», como al hablar de la forma probable de ocurrir el hecho. En el croquis se aprecia claramente que a un metro de iniciación de la alcantarilla entra en el arcén terrizo con huellas de derrapes en dicho arcén durante catorce metros setenta centímetros y después huellas de frenada en arco hacia la izquierda (CONSIDERANDO II).—El tercero de los motivos del recurso, por quebrantamiento de forma al amparo del núm. 1.º del art. 851 LECrim., se fundamenta alegando que en la Sentencia condenatoria no se expresan clara y terminantemente cuales son los hechos que se consideran probados, pero ciertamente como ya se ha dicho al tratar del primer motivo del recurso, la descripción de los hechos, aunque la haga escuetamente la Sentencia, configura la infracción suficientemente y no adolece de la falta de claridad que el recurrente denuncia, por cuanto si se hubiera de atribuir el accidente a causas ajenas a la propia conducción, los hechos probados hubieran determinado tales causas, lo que no es preciso cuando la única intervención es atribuible al conductor del vehículo, al que exclusivamente son imputables las desafortunadas maniobras que recoge la resultancia fáctica y que implican la falta de la más elemental pericia en dicha conducción y del necesario dominio del vehículo, que configuran la imprudencia temeraria por la que se condena al inculpado, pretendiendo el recurrente únicamente, aunque no lo indique en forma expresa, que se agreguen a los hechos probados aquellas circunstancias que a su personal juicio concurrieron y que conducirían a exonerar de culpa a su patrocinado, interpretación puramente subjetiva del recurrente en desacuerdo con la realidad fáctica y con las facultades que en orden a la valoración de la prueba corresponden al Consejo de Guerra, aparte de que tal efecto sólo podría lograrse por el recurso de infracción de Ley del núm. 2.º del art. 849, ya aducido anteriormente por el recurrente, sin que en los repetidos hechos probados

existan oscuridades, inconexiones, dudas irresolubles ni ambigüedades insalvables, que como tiene declarada la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, de existir darían lugar a apreciar la infracción denunciada, por lo que igualmente ha de decaer el motivo alegado en tercer lugar (CONSIDERANDO III).—Desestimados todos y cada uno de los motivos del recurso, la Sala entiende que los hechos declarados probados son constitutivos, efectivamente, de un delito consumado de imprudencia punible, en grado de temeridad, previsto y penado en el art. 565-1.º CP que, de mediar malicia, hubieran constituido un delito de homicidio y otro de daños de los arts. 407 y 563 CP, respectivamente (CONSIDERANDO IV).—Y condena a las mismas penas que las impuestas por el C. de G.

13. Imprudencia (causando lesión) simple con infracción de Reglamento: diferencia con la temeraria y con la falta de simple imprudencia.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 565-1.º, 2.º, 4.º en rel. con 420-3.º y 586-3.º, 597; CJM 795.

Sent. 4 julio 1973 (II Región Militar). El día 26-10-71, el procesado, guardia civil R.C.R. se encontraba en el dormitorio de solteros de su acuartelamiento, tras haber pasado revista de armas, manipulando con la metralleta con el objeto de guardarla, a la cual, estando montada, había colocado el cargador, y se disponía a desmontarla, apretando el gatillo y sujetando el cerrojo con la mano para ponerlo en situación de reposo. Observando que en la ventana del dormitorio, sito en un piso bajo, había unos niños, les ordenó que se apartaran, desmontando acto seguido el arma, pero al apretar el gatillo se le escurrió el cerrojo, produciendo un disparo, que alcanzó al niño de 11 años S.C.C., causándole lesiones de las que curó el 12-4-72, quedándole como secuela cicatrices en cara y nuca y otras deformidades. Produjo gastos de curación, traslado y otros por valor de 88.328 pts. C. G. Ordinario: condenó a 2 meses de arresto mayor por delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos. Voto particular del Vocal Ponente: imprudencia temeraria causando lesiones, por cuanto «el procesado, tras haber colocado indebidamente el cargador a la metralleta, se puso a manipular con ella en un local donde había otras personas..., y continuó su peligrosa manipulación, haciéndolo de forma tan descuidada, que el arma se disparó... por lo que esta grave falta de la más elemental y racional cautela que debe acompañar al manejo de un arma de fuego, merece la calificación de temeraria» y propuso la pena de 4 meses de arresto mayor. Autoridad Judicial: de acuerdo con el voto particular recogiendo sus razones «a las que habría que añadir la excelente formación técnica característica del Cuerpo a que pertenece el procesado»: disenso. Fiscal Togado: Revocación, de acuerdo con el disenti-

miento. *Defensor*: falta del art. 586-3.º CP.—*CSJM*: tras estimar que los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito de imprudencia temeraria del párrafo 1.º del art. 565 que de haber mediado malicia hubiera constituido uno de lesiones del art. 420, núm. 3.º y la falta de daños del art. 597, todos ellos del CP. Y no es posible la consideración de los hechos como un acaecer fortuito ni adjetivar la imprudencia como simple, ya que el procesado en su actuación, no sólo no tomó las más elementales precauciones para evitar un peligro en relación con la vida e integridad de las personas, sino que tras colocar indebidamente el cargador en la metralleta, manipuló peligrosamente con ella en una habitación con personas, colocando el arma en posición horizontal, postura en sí extremadamente peligrosa, con independencia de que se hubieran asomado a la ventana unos niños, para cualquier persona aún carente de práctica en el manejo de armas. Y aún después de percatarse de la presencia de los niños continuó la manipulación con el arma apuntando hacia la ventana, lo que implica la ausencia de la más racional cautela ante el grave peligro que implicaba la presencia de los niños delante del arma, por lo que concurren todos los elementos característicos para considerar como temeraria la imprudencia del procesado (CONSIDERANDO I).—Revoca la sentencia dictada y condena a la pena de 4 meses de arresto mayor, declarando la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército por haber ocurrido el hecho en acto de servicio.

14. Abusos deshonestos: Su diferencia con el delito contra el Honor militar de «realizar actos deshonestos con individuos del mismo sexo».—Concurso de leyes.—Agravante de desprecio de edad.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 429-3.º, 430; CJM: 187 núm. 14, 352 y 799.

Sent. 4 julio 1973 (VI Región Militar). El día 23-9-71, el procesado F.J.B.S., se acercó en Burgos, a los niños L. y J. de 6 y 10 años, a los que con pretextos llevó hasta las proximidades del río Arlanzón, y sacando su miembro viril, les hizo tocarlo al tiempo que los tocaba en sus partes genitales, y les dijo que volvieran al día siguiente llevándoles una niña. Enterados los padres, decidieron detener al procesado y comparcieron al día siguiente con una hermana gemela de J., y se abalanzaron sobre él, conduciéndole a la Comisaría, sin que conste que en ese día practicara el procesado maniobras de carácter libidinoso, alegando el mismo que se sentía arrepentido de lo hecho el día anterior. Reconocido por Peritos Psiquiatras, no se aprecia trastorno mental. *C. G. Ordinario*: ocho meses de prisión por delito de abusos deshonestos. *Autoridad Judicial*: disintió por entender que los hechos integran un delito contra el Honor militar, proponiendo la pena de 6 meses y 1 día

de prisión militar. *Fiscal Togado*: estima que «existe un conflicto de leyes que debe ser resuelto en favor de la ley especial, que en este caso es la castrense, y que, aunque sanciona el delito con pena privativa de libertad de igual duración que la común, contiene caracteres específicos, especialmente en lo que se refiere al sujeto activo que ha de ser militar y al bien jurídico lesionado como es el honor castrense» y se muestra de acuerdo con el disentimiento. *CSJM*: revoca, de acuerdo con el disentimiento, ya que si bien los supuestos fácticos del delito, consistentes en el hecho de abusar deshonestamente de otra persona, se hallan comprendidos tanto en el art. 430 CP, como en el 352 CJM, no puede estimarse que exista un concurso de leyes, concebido éste como la susceptibilidad de calificación de los mismos hechos con arreglo a dos preceptos. En efecto, la cualidad militar del sujeto activo constituye un elemento real del delito que implica una tipificación distinta de una misma conducta material por el hecho de su existencia, ya que la misma determina la aparición de un bien jurídico lesionado principalmente —el honor militar— lesión que no hubiera existido sin dicha cualidad militar. Es, por tanto, la ley castrense la única que comprende todos los elementos del delito y la única que defiende el bien jurídico principalmente lesionado. Por todo ello, los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito contra el honor militar previsto y penado en el art. 352 CJM (CONSIDERANDO 1).—Que, si bien la lesión principal que tipifica el delito es la producida al honor militar, son de apreciar las graves lesiones morales que pudo producir en los ofendidos —de seis y diez años, respectivamente— la conducta delictiva, por lo que concurre la circunstancia agravante núm. 14 del art. 187 CJM, al ejecutar los hechos con ofensa y desprecio del respeto que por su edad merecían los ofendidos.

Y condena a 8 meses de prisión militar por delito del art. 352 CJM.

15. Abuso de autoridad: delito, y no falta grave.—Lesiones, subsumidas en aquél.—Preterintencionalidad en el C.J.M.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 94.º, 420-4.º; CJM: 186-9.º, 194, 334, 434.

Sent. 3 octubre 1973 (Capitanía General de Canarias). El día 20-4-72, con ocasión de encontrarse el legionario G. en la Barbería de su Unidad, entró en ella el procesado, Cabo L.R.C. que ordenó a aquel reiteradamente que recogiera el pelo que había en el suelo, y como G. no le obedeciera, le dio un golpe en la cara con la mano abierta, y sin demasiada fuerza, al objeto de restablecer inmediatamente la disciplina, estando aquel con la boca entreabierta, lo que hizo que se le desplazara la mandíbula, con fractura del ángulo mandibular izquierdo, de la que tardó en curar cincuenta y dos días quedando útil y apto. C. G. *Ordinario*: apreció un delito de lesiones con la atenuante, muy calificada de preterintencionalidad y condenó a L.R.C. a 25.000 pts. de multa, sin

apreciar la existencia de delito de abuso de autoridad. *Autoridad Judicial*: disintió por entender que, aceptado el relato de hechos de la sentencia, aquellos ocurrieron en Cuartel, y concurre, por tanto, la agravante específica militar del art. 194-1.º CJM, proponiendo la pena de 37.500 pts. de multa. *Fiscal Togado*: delito de abuso de autoridad pues resalta el carácter militar del hecho, no sólo por razón del lugar en que se cometió, sino por las relaciones de disciplina de Soldado a Cabo, en cuanto al cumplimiento de una orden, lo que induce a enjuiciarlas dentro del Código de Justicia Militar, siguiendo el principio de especialidad en cuanto al precepto penal dentro del cual debería de tipificarse. El problema principal es determinar si el Cabo L.R.C., se extralimitó en el ejercicio de sus funciones y si abusó de su autoridad, causando un perjuicio grave al legionario A.G.D. Es de tener en cuenta que el Cabo procesado no se encontraba ejerciendo las funciones de Cabo de Cuartel, según él mismo declara al folio nueve y, por tanto, no desempeñaba funciones de Policía. Es cierto que el artículo Sexto de la Ordenanza del Soldado, le obliga a obedecer y respetar «a los Cabos de su Regimiento y a cualquier otro que le estuviera mandando, sea Guardia, destacamento u otra función de servicio», pero es de tener en cuenta que al ser requerido por el Cabo para que recogiera el pelo, le manifestó que le había ordenado el Sargento de Semana que limpiase la barbería para la revista del día siguiente, continuando limpiando el espejo, por lo que no puede considerarse como desobediencia esta observación dada al Cabo, ya que lo que hacía era seguir el orden que se ha llevado siempre en la limpieza. El art. 5.º de la Ordenanza del Cabo establece que «como jefe más inmediato del Soldado, se hará querer y respetar por él; no disimulará jamás las faltas de subordinación, infundirá en los de su Escuadra amor al oficio y mucha exactitud en el desempeño de sus obligaciones; será firme en el mando, graciable en lo que pueda, castigará sin cólera y será comedido en sus palabras, aún cuando reprenda» y el art. 16 dispone que «el Cabo tendrá autoridad para arresar en la Compañía a cualquier soldado de su Escuadra, y dará parte al Sargento, para que por conducto de éste, llegue la falta y el castigo a noticia de los Oficiales de la Compañía». Tal obligación se refiere al Cabo en relación con los soldados de su escuadra y, aún en el caso de que hubiera estado de Cuartel y se hubiera cometido esta desobediencia, es de resaltar el hecho de que no dio parte al Sargento de semana, puesto que los hechos ocurrieron el día 20 de abril, el soldado declaró en principio que se había caído de la cama y el Cabo no declaró la verdad de los mismos hasta el día 19 de junio, no dando parte al Sargento, y sin duda, se vio obligado a prestar esta declaración al producirse una fractura de maxilar inferior, que debemos calificar de grave, al tardar en curar sesenta y dos días. Entiende que los hechos se encuentran tipificados dentro del art. 334, al extralimitarse el Cabo L.R.C. en el ejercicio de sus funciones y causarle un perjuicio grave, sin que pueda considerarse que la supuesta desobediencia ocurrió en acto de servicio ni se justifique el empleo del maltrato al inferior ni el empleo de un

medio racionalmente necesario para corregir al legionario. Siguiendo el principio de especialidad, las lesiones producidas se encuentran comprendidas dentro del perjuicio grave causado al legionario y constituyen parte integrante del delito definido en el art. 334, pues, de no existir esta gravedad en las lesiones, el hecho debiera de tipificarse dentro de la falta grave del art. 434 de maltrato de obra a un inferior. La penalidad señalada al delito es muy superior a la señalada a las lesiones del art. 420-4.º, castigado con arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pts. (y no sólo a la pena de multa que, tanto el Consejo como la Autoridad Judicial proponen) y aún en el caso de que se aplicara el art. 194, las penas posibles son muy inferiores a las que establece el Código de Justicia Militar, para corregir el abuso de autoridad y el uso indebido de atribuciones. Concorre en los hechos la circunstancia atenuante que puede comprenderse en el núm. 9.º del art. 186 CJM, al no haber tenido intención el culpable de causar un mal de tanta gravedad como el que produjo, y propuso la pena de 6 meses y 1 día de prisión militar. *Defensor*: absolución, o alternativamente 1.000 pts. de multa por delito de lesiones. *CSJM*: Revoca, estimando que *centrado el disenso en la discrepancia entre el Auditor y la Autoridad Judicial, por una parte, y el fallo del Consejo de Guerra por otra, en cuanto que este último no hizo aplicación del art. 194 CJM al calificar los hechos como delito común de lesiones previsto y penado en el art. 420-4.º CP, entiende esta Sala que ambos dispares criterios parten de una base errónea al calificar de tal forma el hecho cometido, puesto que en el mismo resalta su carácter específicamente militar, no ya sólo por razón del lugar, sino por la relación jerárquica y de disciplina de soldado a Cabo, en cuya ocasión se perpetró el maltrato por parte del procesado, el cual se extralimitó en el ejercicio de sus funciones, abusando de su autoridad y causando un perjuicio grave al inferior, lo que obliga a enjuiciar el hecho dentro del CJM, conforme al principio de especialidad en cuanto al precepto penal dentro del cual debe tipificarse (CONSIDERANDO I).*—*Que el delito de abuso de autoridad que prevé el art. 334 CJM se castiga haciendo aplicación del párrafo 1.º del citado art. con la pena de prisión militar hasta seis años, debiendo valorarse el tiempo de la sanción según la gravedad del perjuicio sufrido, la que se apreciará según las consecuencias que ocasione, como define el párrafo 2.º del citado art. y no en razón de las circunstancias atenuantes que concurren, por lo que la pena a imponer será la mínima de la prisión militar, o sea, seis meses y un día ya que es evidente que el procesado no tenía intención de causar un mal de tanta gravedad como el producido, pero esta atenuante no está regulada de manera específica en CJM, sino que por extensión se basa en el apartado 9.º del art. 186 CJM (CONSIDERANDO II).*—*Que, a tenor de lo expuesto, los hechos que se declaran probados son constitutivos de un delito consumado de abuso de autoridad, previsto y penado en el art. 334 CJM (CONSIDERANDO III).*—Y condena a la pena de 6 meses y 1 día de prisión militar.

16. Robo de uso de vehículo de motor: diferencia del hurto de uso (fuerza en las cosas).—Conducción ilegal.—Reincidencia: carácter y consecuencias de la segunda.—Reiteración.—Disentimiento.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 10-14.ª y 15.ª, 61-6.ª, 76, 340 bis c), 516 bis, 1.ª y 2.ª; CJM: 229, 798.

Sent. 3 octubre 1973 (II Región Militar) El día 13-11-71, el soldado A.R.B. que carecía de permiso de conducir, sustrajo sin ánimo de hacerlo propio, un turismo Seat 850 (que su propietario L.M. tenía aparcado en la calle A. de Sevilla) forzando la cerradura de la puerta y de la guantera del vehículo, y ocasionó desperfectos en el mismo por calentamiento del motor, por valor de 1.576 pts. El coche fue recuperado dentro de las veinticuatro horas. El procesado A.R.B. había sido con anterioridad ejecutoriamente condenado por delito de los arts. 6 y 10 de la ley de 24-12-72, dos de hurto de uso de vehículo de motor y dos de conducción ilegal. *C. G. Ordinario:* calificó los hechos como constitutivos de un delito de hurto de uso de vehículo de motor y otro de conducción ilegal, ambos con las agravantes de reiteración y reincidencia, ésta con el carácter de doble, y condenó al procesado a 18 meses de prisión menor por el hurto de uso y a 3 meses de arresto mayor por la conducción ilegal. *Autoridad Judicial:* disintió por entender que la pena a aplicar al delito de conducción ilegal, con arreglo al art. 61, regla 6.ª y art. 76 CP, es la de multa de 20.000 a 30.000 pts., y proponiendo que se mantengan los demás pronunciamientos del fallo, excepto la citada pena que debe ser de multa de 25.000 pts. y se adicione el fallo con el efecto de pérdida de tiempo y antigüedad en el servicio, con arreglo al art. 229 CJM. *Fiscal Togado:* conforme en todo con el disenso. *Defensor:* 6 meses y 1 día por el delito de hurto de uso y 20.000 pts. de multa por el de conducción ilegal, aceptando en cuanto a este las tesis del disentimiento y respetando en cuanto a aquel la sentencia. *CSJM:* revoca, sin aceptar totalmente las propuestas del disentimiento y del Fiscal Togado, y establece: *que elevada la Causa a este Consejo Supremo de Justicia Militar, por disentimiento de la Autoridad Judicial de la Segunda Región Militar, según se dice en los Resultandos quinto y sexto de esta Sentencia, basado en un notorio error de Derecho al determinar la pena a imponer en el delito de conducción ilegal del art. 340 bis c) CP, ya que al condenar al encartado como autor de un delito de conducción ilegal del artículo señalado, la pena a imponer —apreciada la doble reincidencia— no sería la de tres meses de arresto mayor, como lo ha hecho el Consejo de Guerra, pues siendo la pena tipo de esta infracción la de multa en cuantía de cinco mil a veinte mil pesetas, la pena superior en grado, que es preceptivo imponer por imperativo de lo dispuesto en la regla 6.ª del art. 61 CP, es la de multa en cuantía de veinte mil una a treinta mil pesetas, la Sala ha de resolver sobre el referido extremo objeto del disentimiento, y ésta se halla de acuerdo*

en un todo con el criterio mantenido por el Auditor de Guerra de la repetida Región Militar, pues evidentemente, si el delito de conducción ilegal del art. 340 bis c) CP, se pena con multa de cinco a veinte mil pesetas, la superior en grado que corresponde imponer por imperativo del núm. 6.º del citado art. 61 de dicho Código no debe ser la inmediata superior en la escala gradual de penas especificada en el art. 73 del propio Código —como efectuó el Consejo de Guerra—, precepto éste inaplicable al caso al ceder por el más especial y concreto del art. 76, señalándose al efecto, como se ha admitido en numerosa jurisprudencia que, «para degradar o aumentar en grado la pena de multa no se acudiría a ninguna escala, sino que, como determina el art. 76 CP, los grados superior e inferior de la pena de multa, sea de cuantía fija o proporcional, se formarán respectivamente aumentando la mitad de su cifra máxima a la cantidad total señalada por la Ley, o reduciendo de su cifra mínima la mitad de esta última», por lo que resulta acertado el criterio mantenido por el disentimiento, que coincide igualmente con la Fiscalía Togada, al entender que la pena superior en grado a la fijada al delito de conducción ilegal previsto y penado en el repetido art. 340 bis c) del CPC, no es la de arresto mayor, sino la de multa en cuantía de veinte mil una a treinta mil pesetas (CONSIDERANDO I).—Que los hechos relatados en el Primer Resultado de la presente Sentencia son legalmente constitutivos de dos delitos, uno de uso indebido de vehículo de motor ajeno, empleando fuerza en las cosas, definido y penado en el art. 516 bis, párrafo 2.º CP, ya que se dan las circunstancias típicas de tal delito, como son la ausencia de intención de apropiarse del vehículo como propio, y únicamente usar del mismo, consintiendo el dolo requerido solamente en el conocimiento de que se usa el vehículo sin existir ninguna causa de justificación que autorice para ello al sujeto, pero implicando, claro está, el «animus utendi», el ánimo de obtener un provecho, constituyendo los mencionados hechos el tipo cualificado de haber empleado fuerza en las cosas; igualmente los aludidos hechos son constitutivos de otro delito de conducción de vehículo de motor careciendo del permiso reglamentario, previsto y penado en el art. 340 bis c) del referido Código, delito puro de omisión del deber de obtener el permiso de clase correspondiente, que se regula por el Código de la Circulación, publicado por Decreto de 25 de septiembre de 1934, y disposiciones que lo modifiquen o complementen (CONSIDERANDO II).—Que concurren y son de apreciar en el procesado las circunstancias agravantes de su responsabilidad criminal de ser reiterante y también reincidente, previstas en los núms. 14 y 15 respectivamente, del art. 10 CP, por lo que se refiere a los delitos de uso indebido de vehículo de motor y de conducción ilegal, siendo obligado observar en cuanto a los dos mencionados delitos la norma señalada como 6.º en el art. 61 CP, la que dispone que cuando concorra la agravante 15.º del art. 10, se aplicará la pena superior en uno o dos grados, a partir de la segunda reincidencia, en la extensión que el Tribunal estime conveniente (CONSIDERANDO IV).—Y condena a A.R.B., como autor de un delito consumado de uso de

vehículo de motor ajeno, empleando fuerza en las cosas, a la pena de 1 año y 6 meses de presidio menor; y como autor de un delito de conducción ilegal, a la pena de multa de 25.000 pts. sustituible en caso de impago por dos meses de arresto.

- 17. Robo y no fraude: Concurso de leyes.—Fuerza en las cosas, no recogida en el art. 403.—Hurto.—Coautoría: exigencia de previo concierto de voluntades.—Nocturnidad.—Multirreincidencia.—Arrepentimiento espontáneo.—Circunstancia 2.º del art. 194, C.J.M.**

PRECEPTOS CITADOS: CP: 10-13.º, 14.º y 15.º, 500, 504-2.º y 3.º, 505-1.º, 514-1.º, 515-4.º; CJM: 186, 187-11.º y 12.º, 194-2.º, 403-5.º.

Sent. 10 octubre 1973 (III Región Militar). Los procesados R.R.H. (corregido con cinco arrestos por faltas leves militares y condenado por seis delitos de robo consumado, cinco de robo frustrado y uno de hurto) y V.S.G. (sancionado con tres correctivos militares y condenado anteriormente por 4 delitos de hurto de uso de vehículo de motor y otro de hurto), el día 1-3-1972 de mútuo acuerdo se dirigieron al Almacén de Vestuario de su Unidad y mientras R. vigilaba para advertir la presencia de alguna persona. S. quitó un cáncamo de los que sujetaban el candado que cerraba la puerta de acceso, empleando para ello un destornillador, y franqueada la entrada, penetraron ambos en el Almacén, tomando el primero dos toallas (para completar las que le faltaban de su equipo militar, que había de devolver en la fecha próxima de su licenciamiento) valoradas en 32,34 pts. cada una, y pertenecientes a otros dos soldados; y el segundo, sin conocimiento del otro, tomó de una cartera, que estaba en una taquilla abierta, 700 pts. propiedad de otro soldado. El procesado R., el día 5-3-72, se apoderó de una bolsa de costado valorado en 68,99 pts. de la taquilla de otro compañero que estaba abierta. Los efectos y cantidades citados fueron recuperados y devueltos a sus propietarios. *C. G. Ordinario*: Condenó a R.R. a sendas penas de 6 meses y 1 día de prisión menor, como autor de un delito continuado de robo y otro de hurto, ambos con las agravantes de multireincidencia, nocturnidad y la específica del art. 194 CJM; y a V.S., a la pena de un año de prisión menor por delito de robo, con iguales circunstancias. *Autoridad Judicial*: Disintió por entender que, «si bien la sustracción de las 700 pts. constituye, dadas las circunstancias, delito de robo, el apoderamiento de las toallas y de la bolsa de costado integra sendos delitos de fraude, ya que prevalece sobre cualquier otra consideración el sentido esencialmente utilitario y defensivo de la Hacienda y material del Ejército» y «que resulta improcedente excluir a V.S. de toda participación en el delito de sustracción de las toallas, puesto que con igual intención principal y relevante fue llevada a cabo la apro-

piación por ambos procesados» y propuso condenar a R.R. como autor de sendos delitos de fraude, a las penas de 6 meses y 1 día de prisión, y a V.S. a la de 1 año de prisión menor, como autor de un delito de robo. *Fiscal Togado*: Estimó que los hechos probados, en los que no cabe negar una acción unitaria, realizada por concurso de delincuentes, previamente concertados y con intenciones simultáneas, son constitutivos de un delito de robo con la agravante específica del art. 194 CJM, y las causas de multireincidencia y nocturnidad, de las que son autores responsables R.R. y V.S. y de un delito de hurto del que es autor R.R. y solicitó se impusiera a cada uno, por el primer delito, la pena de 2 años de presidio menor, y a R., además, la de 1 año de igual clase por el segundo. *Defensor*: que teniendo en cuenta la escasa cuantía de lo sustraído, y la concurrencia de la atenuante de arrepentimiento espontáneo, se condenase a cada uno a 6 meses y 1 día de presidio menor, o alternativamente la absolución. *CSJM*: revoca y establece *que el motivo que determinó el disentimiento, se basa en la distinta calificación jurídica que de los hechos declarados en la sentencia —que no se impugnan— han efectuado dichas Autoridades, al considerar como delito de fraude y no de robo la sustracción de las toallas efectuadas por los soldados procesados, y asimismo estimar delito de fraude en vez de hurto la apropiación de la bolsa de costado efectuada por el procesado R., por lo que determinar cuales sean las acertadas de tales calificaciones jurídicas es el extremo principal sobre el que esta Sala ha de pronunciarse y sin que ello sea obstáculo para que se adicione, como se hace en el primer Resultando de la presente sentencia, la declaración de hechos probados recogidos en la del Consejo de Guerra que vio y falló la Causa, pues tales adiciones referidas a los antecedentes penales de los procesados son ineludibles, por la claridad con que en el proceso constan sin contradicción alguna las fechas de las sentencias que condenaron con anterioridad a cada uno de los procesados y los delitos que en ellas se apreciaron (CONSIDERANDO 1).*—Que de los hechos expuestos en el primer Resultando declarados comprobados por el Consejo de Guerra, la Autoridad Judicial con su Auditor y esta Sala de Justicia, se desprende que ambos soldados procesados R. y S., para llevar a cabo el apoderamiento de las dos toallas tuvieron que violentar la entrada del almacén de vestuario, utilizando para ello un instrumento que hizo oficio de ganzúa, hechos estos que por su materia delictiva como es la apropiación de lo ajeno, perteneciente en este caso al Ejército —pues los soldados F. y O., sólo tenían destinadas las toallas para su uso, formando parte tales efectos del inventario de la Unidad como patrimonio de ésta—, pudieran dar origen a una colisión de normas penales, al encontrarse prevista la sustracción cometida en los Códigos Penal y de Justicia Militar, pues el último párrafo del art. 403 de este último Cuerpo legal considera delito de fraude la sustracción de prendas y efectos de equipo por afectar a los intereses del Ejército, si bien al no recogerse dentro de las normas que tipifican al mismo el empleo de fuerza o violencia que constituye un criterio de especialidad dentro de

los delitos contra la propiedad hay que atender primordialmente a tal circunstancia siempre que concurra, en cuanto encierra un peculiar factor distintivo que afecta a todos los diversos elementos integrantes del delito, por lo que procede con tal criterio diferenciador, calificar la sustracción de las referidas toallas —al igual que se ha efectuado en la sentencia disentida y mantiene el Fiscal Togado de este Consejo Supremo— como constitutiva de un delito de robo con fuerza en las cosas previsto en el art. 500 en relación con el 504 CP, y penado en el 505 núm. 1.º del mismo Cuerpo legal, siguiendo para ello asimismo el anterior criterio de la Sala expuesto en 17 de febrero de 1956, 4 de julio de 1958 y 28 de marzo de 1962, entre otras varias, en cuyo delito concurre y es de apreciar el caso de especial agravación en delitos comunes comprendido en el núm. 2.º del art. 194 CJM, pues los hechos que lo constituyen fueron realizados por dos militares en su cuartel, lo que obliga a la apreciación ineludible de dicho caso especial de agravación del propio delito y no de la responsabilidad en el mismo de quienes lo cometieron (CONSIDERANDO II).—Que de lo expuesto en el primer Resultando se desprende también que la sustracción por el soldado S. en andólgas circunstancias de las setecientas pesetas pertenecientes al soldado F. —sin concierto, conocimiento ni intervención del otro procesado— constituyen de igual forma un delito de robo del art. 500 en relación con el 504 núm. 4.º y 505 núm. 1.º CP, en el que concurre y es de apreciación asimismo el caso de especial agravación en delitos comunes que determina también el núm. 2.º del art. 194 CJM, por iguales circunstancias de hecho y motivos que los expresados en el anterior Considerando (CONSIDERANDO III).—Que la apropiación efectuada por el soldado R.R. de una bolsa de costado en la forma que se expone al final del primer Resultando de esta sentencia, en la que no se hizo uso de la violencia ni fuerza alguna, constituye un delito de fraude del art. 403 núm. 5.º CJM, y sin que quepa admitir la calificación que para estos hechos propugnan el Consejo de Guerra y el Fiscal Togado, no sólo por no haberse empleado fuerza en las cosas para el apoderamiento de las que constituirían el objeto del delito, sino principalmente porque el ánimo de lucro es compatible con el delito de fraude y sobre todo porque, como antes se ha dicho, la bolsa de costado había sido asignada para su uso en el servicio a un soldado y que la pertenencia de la bolsa correspondía a la Hacienda Militar y no al soldado a cuyo uso estaba asignada, pues de tal asignación no puede derivarse el que el citado efecto o prenda de vestuario dejase de pertenecer a su legítimo dueño, el Cuerpo, fuera cual fuese la responsabilidad frente al mismo del usuario que no era otra, en términos civiles, que la de responder de su valor dinerario ante la propia Unidad (CONSIDERANDO IV).—Que el delito de robo recogido en el segundo Considerando aparecen como responsables, en concepto de autores, por su participación directa, personal y voluntaria en la comisión de los hechos citados, los procesados R.R.H. y V.S.G., conforme a lo dispuesto en el art. 14-1.º CP, puesto que ambos procesados tomaron parte directa en la ejecución del hecho previo

acuerdo expreso o concierto previo de lo que habían de llevar a cabo, lo que constituye a ambos en autores del delito conforme a reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, según resulta, entre otras, de sentencias de trece de abril de mil novecientos treinta y cuatro, ocho de octubre de mil novecientos cincuenta y dos, veintitrés de junio de mil novecientos cincuenta y seis, diecinueve de enero de mil novecientos sesenta y siete, veintidós y veintiocho de octubre de mil novecientos cincuenta y nueve, cualquiera que haya sido la participación que accidentalmente tuviera cada uno de ellos en el hecho (CONSIDERANDO V).—Que del delito de robo calificado en el tercer Considerando es responsable por su participación, directa, material y voluntaria en los hechos que lo constituyen, el procesado V.S., también conforme al art. 14-1.º CP, y sin que en el mismo corresponda responsabilidad criminal alguna al soldado R.R.H., toda vez que aparece claramente que ambos procesados se pusieron de acuerdo para penetrar en el almacén de su Unidad con el fin de sustraer dos toallas y también que durante el tiempo en que estos hechos se desarrollaban el soldado S. tomó con la intención de obtener beneficio económico, de una cartera que estaba en una de las taquillas abiertas, sin conocimiento ni intervención del repetido R., la cantidad de setecientas pesetas, por lo que al señalarse tan claramente en los hechos probados el acuerdo entre ambos procesados para el apoderamiento de las dos toallas y la falta no sólo de acuerdo, sino de conocimiento e intervención por parte de R., hacen que a la luz de la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia, contenida entre otras sentencias en las de veintiséis de abril de mil novecientos cuatro, doce de marzo de mil novecientos treinta y cinco y veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, no puede estimarse como autoría la mera presencia de R. en el almacén mientras S. se apoderaba de las setecientas pesetas, pues la simultaneidad en la acción no constituye por sí sola y sin otro elemento de juicio la unidad de culpabilidad y, consiguientemente, de responsabilidad entre los partícipes, a no ser que exista unidad de propósito, haya o no acuerdo previo o surja expresa o tácitamente en el momento del delito; y si no existe unidad de propósito ni de acción y sí una completa independencia e individualización, no puede establecerse la responsabilidad de coautor, pues el mero concurso de personas en el hecho no hace responsables a todas del delito cometido por una de ellas, salvo que precediera previo concierto de voluntades o que deliberadamente auxiliasen al daño más grave (CONSIDERANDO VI).—Que del delito de fraude consignado en el cuarto considerando aparece, a su vez, como responsable en concepto de autor el procesado R. R., conforme a lo dispuesto en el art. 196-1.º CJM (CONSIDERANDO VII).—Que en el delito de robo calificado en el segundo Considerando concurre, respecto a cada uno de los soldados R.R.H. y V.S.G., como circunstancias agravantes de su responsabilidad criminal la de nocturnidad comprendida en el núm. 13 del art. 10 y, también, la de reincidencia, consignada en el núm. 15 del CP y que esta última agrava la responsabilidad de ambos en la medida que señala

el núm. 6.º del art. 61 CP, que se aplicará a partir de la pena correspondiente conforme a la penalidad especial que determina el núm. 2.º del art. 194 CJM (CONSIDERANDO VIII).—Que en el delito de robo calificado en el tercer Considerando del que es autor el soldado V.S.G., concurren asimismo, y con los efectos que se dicen en el octavo Considerando, las circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal del citado S. de nocturnidad y reincidencia comprendidas, respectivamente, en los núms. 10 y 15 del art. 10 CP (CONSIDERANDO IX).—Que en los hechos calificados como delito de fraude en el cuarto Considerando de esta sentencia concurren y son de apreciar las circunstancias agravantes de nocturnidad y reiteración del soldado R.R.H., previstas, respectivamente, en los núms. 11 y 12 del art. 187 CJM (CONSIDERANDO X).—Y condena a los dos procesados, como autores de un delito de robo, a sendas penas de 1 año de presidio menor, a R., como autor de un delito de fraude, a la pena de 1 año de prisión; y a S., como autor de otro delito de robo, a otra pena de 1 año de presidio menor.

18. Imprudencia temeraria (causando lesiones): Pena inferior a la de prisión menor y multa.—Reincidencia: apreciación en los delitos culposos.—Responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército; alcance de la reparación del daño.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 10-15º, 19, 61, 101, 104, 105, 420-2.º, 565-1.º y 3.º; CJM: 206 Ley de Régimen Jurídico de la Administración: 40.

Sent. 17 octubre 1973 (IX Región Militar). El día 3-12-1970 el soldado J.A.F., se encontraba en el puesto de M..., de custodia de una partida de carros de combate pendientes de embarque, cuando se le acercaron unos muchachos interesándose por el manejo del subfusil Star-Z de 9 mm. que aquel portaba. El procesado quitó el cargador, que no tenía municiones de acuerdo con órdenes recibidas, y colocó otro con cartuchos tirando del cerrojo para atrás, aunque sin encajarlo en su sitio, por lo que al volver a su posición, arrastró una bala y la introdujo en la recámara, de forma que al sustituir el cargador nuevamente por el vacío, no se apercibió de que había dejado un cartucho en la recámara, y al volver a hacer la operación a requerimiento de otras personas allí congregadas, se produjo un disparo que alcanzó a uno de los muchachos citados ocasionándole lesiones de las que le quedó una paraplejía irreversible con parálisis completa en ambas piernas, con incapacidad permanente sin previsión de curación. El procesado había sido ejecutoriamente condenado por delito de imprudencia temeraria en accidente de tráfico. *C. G. Ordinario:* Condenó a 1 año de prisión menor por delito de imprudencia temeraria causando lesiones. *Autoridad Judicial:* Disintió por entender que, calificados los hechos dentro del art. 565-1.º CP, en

relación con el 420-2.º CP, al condenar a 1 año de prisión se contravino el párrafo 3.º del art. 565; debió apreciarse la agravante de reincidencia; y que no procedía la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército, al haber actuado el procesado por su propia iniciativa. Y propuso se impusiera la pena de 6 meses de arresto mayor, con responsabilidad civil, y caso de insolvencia, reserva de acciones a la víctima con arreglo al art. 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración.

Fiscal Togado: Se mostró en parte conforme con la sentencia, pidiendo su revocación parcial, y entendiendo que la pena aplicable es la de prisión menor, en la extensión que el Tribunal estime justa (art. 565-3.º CP), aún concurriendo la agravante de reincidencia; y habiendo ocurrido los hechos con ocasión de servicio solicitó se impusiera al procesado la pena de 1 año de prisión menor, con responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército. *Defensa:* 4 meses de arresto mayor. *CSJM:* Revoca parcialmente, y establece que si bien existe jurisprudencia en el sentido de que cuando al ser condenado el inculcado por un delito de imprudencia temeraria del que resultaron lesiones comprendidas en el núm. 2.º del art. 420 CP, a la pena de prisión menor, de acuerdo con las normas del art. 565 de dicho Código, debe degradarse la pena a la de arresto mayor por no tomar en cuenta que el repetido art. 420 en el supuesto de su punto 2.º, señala conjuntamente con la citada pena de prisión menor la multa de 5.000 a 50.000 pesetas, señalada al delito doloso de lesiones graves del núm. 2.º del art. 420 del repetido Código, debiendo de tenerse muy en cuenta que esta última jurisprudencia es la que repetidamente, como señala la Fiscalía Togada, ha venido recogiendo esta Sala de Justicia al consignar en sentencia en que se planteó esta cuestión, de diecisiete de diciembre de mil novecientos setenta, que la suma es mayor que uno de los sumandos, y así, consecuente con este criterio, ha de declararse que le Consejo de Guerra actuó correctamente al imponer en su fallo al procesado J.A.F. la pena de un año de prisión menor y no la de seis meses de arresto mayor, que propugna el Auditor en su disentimiento, fundado, sin duda, en la doctrina legal expuesta primeramente en este Considerando (CONSIDERANDO II).—Que en cuanto a la apreciación o no de la agravante de reincidencia en los delitos culposos, ha sido y sigue siendo cuestión igualmente debatida y objeto de pronunciamientos contradictorios en la jurisprudencia, pues existen sentencias que observando igual criterio que el mantenido en la sentencia impugnada, entienden que no debe ser tomada tal agravante en consideración, al no tratarse de delitos cometidos por dolo o intencionalidad directa; no obstante, en sentencia del TS de veintiuno de enero de mil novecientos cincuenta y dos se sostiene el criterio de que procede declarar la concurrencia de la agravante de reincidencia cuando resulte acreditada en los autos, siendo de observar que su eficacia agravatoria radica en la peligrosa inclinación que manifiesta el reo a la recalcada en el delito, pudiendo ser apreciada en los culposos en virtud de las disposiciones del derecho positivo vigente, sin que deba rechazarse en estos mismos delitos culposos por razones doctrinales o de

principio, por cuanto, si es verdad que en estos delitos no se manifiesta la responsabilidad criminal del reo, por la voluntad directa o específica de delinquir, como sucede en los delitos dolosos, si se ofrece, y bien claramente por cierto, en multitud de casos, por la voluntad de infringir aquellas normas, reglas o preceptos, cuyo respeto y observancia son garantía del derecho ajeno, y que una vez quebrantados, pueden producir y producen con abundante frecuencia, graves quebrantos en el patrimonio y la integridad corporal de las personas, afectando a estas en multitud de ocasiones, como en la de autos. Sin perjuicio de que, como la propia Sala de Justicia ha consignado en reciente jurisprudencia, el apreciar dicha concurrencia no implica, ni mucho menos, que lleve consigo en los delitos de imprudencia, el tener que observar las normas establecidas en el art. 61 CP, puesto que el párrafo 3º del art. 565 establece que los Tribunales procederán según su prudente arbitrio, en la aplicación de la pena correspondiente a los reos de tales delitos, sin sujetarse a las reglas prescritas en el indicado art. 61, siendo evidente que los Consejos de Guerra o Tribunal de que se trate, pueden y deben hacer uso del mencionado arbitrio, al efecto de sancionar las conductas que hayan producido daños calificados como de imprudencia temeraria o con infracción de Reglamentos (CONSIDERANDO III).—Que es procedente la declaración de la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército, efectuada por la sentencia, a tenor de lo dispuesto en el art. 206 CJM, pues el culpable realizó el hecho con ocasión de un acto de servicio reglamentariamente ordenado, circunstancia que no excluye la oficiosidad del soldado, que, por su propia cuenta, maneja indebidamente las armas, ante unos muchachos, porque el concepto de «ocasión de acto de servicio» se refiere a todo el contexto de circunstancias en que se desarrolla la actuación culpable, toda vez que el elemento riesgo existe desde que se pone en funcionamiento un servicio público, y el propio Auditor que discrepa admite la posibilidad de que se ejercitara contra la Administración la acción de resarcimiento de la Ley de Régimen Jurídico, que como acertadamente señala el Fiscal Togado, contempla un supuesto de responsabilidad administrativa, no civil, derivada de un delito (CONSIDERANDO IV).—Que los hechos relatados, son legalmente constitutivos de un delito de Imprudencia temeraria con resultado de lesiones previsto y penado en el art. 565-1.º en relación con el 420-2.º CP, por cuanto el procesado actuó a lo largo del «iter criminis» con una falta evidente de previsión, con lo que situó a las personas que se encontraban cerca de él, en una clara y directa situación de peligro, como afirma con acierto la sentencia del CG, máxime cuando al sustituir el cargador vacío por el que contenía los proyectiles, procedía en contra de las órdenes recibidas, conducía notoriamente imprudente, configurando la misma de modo preciso la aludida figura o tipificación de un delito de Imprudencia temeraria al producirse con el más absoluto olvido de las más elementales normas de cautela y precaución que son exigidas a todo hombre medianamente diligente para que su conducta no resulte dañosa a los demás, siendo reiteradísimas las declaraciones

de la Sala de Justicia en este sentido, y así puede citarse entre otras la sentencia de dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta —antes aludida—, dándose además la condición relativa a la relación de causalidad establecida como indispensable en sentencia del TS de quince de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco (CONSIDERANDO V).—Que concurre la circunstancia agravante de reincidencia especificada en el art. 10-15.º CP, ya que anteriormente, fue condenado por un delito comprendido en el mismo artículo del CP, si bien para determinar la pena habrá que estar, como anteriormente se dijo, a lo que dispone el párrafo 3.º del art. 565, sin sujetarse, por tanto, a la regla del art. 61 (CONSIDERANDO VI).—Que la responsabilidad criminal lleva consigo la civil, y que en esta se incluyen la reparación del daño y la indemnización de perjuicios, regulados por el Tribunal, pues así lo disponen los arts. 19, 101, 104 y 105 CP (CONSIDERANDO VII).—Y condena a J.A.F., como autor del delito calificado a la pena de 1 año de prisión menor con accesorias y responsabilidad civil por los gastos de curación, más una indemnización de 500.000 pts., declarando la subsidiaria del Ministerio del Ejercicio para caso de insolvencia.

19. Deserción calificada: no puede considerarse como falta grave.—En el territorio nacional y no al extranjero, aún con breve estancia en éste.

PRECEPTOS CITADOS: CJM: 370-1.º, 371-4.º, 373 y 431.

Sent. 24 octubre 1973 (IX Región Militar). El día 26-1-1973, sobre las 12,20 horas, el legionario J.S.V. cumplía arresto de dos meses en la Sección de Trabajos de su Unidad en Melilla por falta leve de «réplicas desatentas a Superior», debidamente vigilado; y súbitamente emprendió la fuga, perseguido por un vigilante que hizo varios disparos al aire, traspasó las alambradas del acuartelamiento y se internó en territorio de Marruecos, donde permaneció varias horas, las suficientes para eludir la persecución, al cabo de las cuales regresó a Melilla donde se ocultó. Sobre las 15 horas del siguiente día 29 de enero hizo voluntaria presentación ante el Oficial de Guardia de su Tercio, ingresando en la Sección de Trabajos para continuar cumpliendo el correctivo impuesto. Ha sido corregido con posterioridad, por falta grave de deserción y con 5 arrestos por faltas leves; y en 1971 se le instruyó expediente judicial por falta grave de deserción, terminado sin declaración de responsabilidad por aplicación del Decreto de Indulto de 23-9-1971. C.G. Ordinario: condenó a la pena de 2 años de prisión militar por delito de deserción en territorio nacional con la circunstación calificada de quebrantamiento de arresto. Autoridad Judicial: no apreció delito de deserción, sino falta grave, y propuso la absolución del procesado y la corrección del mismo con 6 meses de arresto militar. Fiscal Militar: de acuerdo con el disentimiento. Defensor: conforme con la calificación fiscal, so-

licitó el correctivo de 2 meses y 1 día de arresto militar. *CSJM*: Confirma estimando, que de lo expuesto en el primer Resultando se desprende que el Caballero Legionario procesado J.S.V., aún cuando abandonó su Unidad en las condiciones y por el tiempo que se requiere para consumar la deserción, efectuó su presentación voluntaria dentro de los quince días siguientes a la consumación de la misma, pero a su vez, había abandonado el Cuartel en un momento en que se hallaba cumpliendo arresto a resultas del correctivo que le había sido impuesto por falta leve de réplicas desatentas a superior, resultando circunstancial e irrelevante —como no buscada de propósito— su brevísima presencia en territorio marroquí (CONSIDERANDO I).—Que el art. 371 *CJM*, prevé determinadas modalidades en la forma de efectuar la deserción que tipifican a ésta, de tal manera que su concurrencia la convierte en deserción calificada, impidiendo la transformación de la deserción-delito en deserción-falta mediante hechos posteriores a su comisión, como es la presentación voluntaria dentro de un determinado plazo, de tal manera, que los hechos como el que se enjuicia en que concurre alguna de las circunstancias calificativas de dicho art. 371, dejan de integrar el delito de deserción simple del art. 370 del citado Código castrense para pasar a constituir un delito de deserción calificada, no susceptible de convertirse en ningún caso en la falta grave del art. 431 del mencionado Cuerpo legal, precepto este último de carácter excepcional y que, en consecuencia, no puede interpretarse en sentido ampliatorio, sino restrictivo, como acredita la jurisprudencia de esta Sala en sentencias de diez de octubre de mil novecientos sesenta y dos y veintidós de enero de mil novecientos sesenta y nueve, por lo que en consecuencia, es tan sólo aplicable a aquellos casos de deserción encuadrados únicamente en el citado art. 370 y cuyos autores hagan su presentación voluntaria dentro de los quince días siguientes a la consumación del hecho (CONSIDERANDO II).—Que el quebrantamiento de arresto constituye una de las circunstancias calificativas de la deserción, capaces de tipificar el delito según la forma expuesta en el anterior Considerando por lo que, en consecuencia, los hechos relatados en el primer Resultando aparecen como constitutivos de un delito consumado de deserción calificada, previsto en el art. 371 núm. 4.º y penado en art. 373, *CJM* (CONSIDERANDO III).

20. Atentado a agente de la autoridad: carácter de tal de un Policía Municipal en el ejercicio de sus funciones.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 231-2.º, 236-1.º; *CJM*: 443.

Sent. 30 octubre 1973 (IX Región Militar). El día 29-2-1972, el policía municipal D. prestaba servicio de dirección de tráfico en el cruce de las calles A. y M. de Melilla, y por haberse producido un embotellamiento a causa de torrencial lluvia y la acción de un coche parado, los

conductores de los demás dieron en accionar insistentemente los aparatos acústicos. El citado policía municipal se acercó al coche pilotado por el guardia civil J.M.P.U., que iba vestido de uniforme, el cual no consta que hubiese tocado el claxon, pero creyéndolo así el agente, le llamó la atención en tono de abusiva confianza y sorna, diciendo «no toques más el pito, guardia civil, no toques más el pito», discutiendo ambos y alejándose sin más el procesado en su automóvil, de cuya matrícula tomó nota el municipal. Una hora después el procesado, tras dejar a su familia (que antes le acompañaba), regresó al lugar de los hechos acompañado de un sargento de caballería, amigo suyo, se acercó al agente de tráfico, y tras requerirle, se metieron ambos en un portal, donde el procesado exigió al otro, la documentación «por estar mareado», replicando éste que aquel le diera antes la suya, lo que así hizo el guardia civil mientras decía «¿Usted quién es para pedirme la documentación? ¡Yo soy un guardia civil!», al tiempo que propinaba al policía municipal varias bofetadas, que le produjeron la caída del casco de uniforme. Ya fuera del portal, sin réplica del ofendido y en presencia de público con visible excitación repetía «¡Está borracho! ¡Que yo no soy nadie!», haciendo ademán de llevarse la mano a la funda de la pistola, siendo sujetado del brazo por un testigo. *C. G. Ordinario*: absolvió al procesado por no estimar los hechos constitutivos de delito de Atentado a agente de la autoridad, al faltar el dolo específico, de menosprecio del principio de autoridad, y llamando la atención sobre posible corrección de una falta leve de «reyertas con paisanos». *Autoridad Judicial*: Disintió, y teniendo los hechos por constitutivos de un delito de atentado, propuso que se impusiera al procesado la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor. *Fiscal Togado*: de acuerdo en todo con el disentimiento. *Defensor*: confirmación de la sentencia. *CSJM*: Revoca la sentencia, acogiendo en sus propios términos el disenso, razonando que *admitida inicialmente la generalidad con que la doctrina y la jurisprudencia vienen exigiendo la necesidad de que concurra, para la configuración de este delito de atentado, el requisito de que el sujeto agente obre con el dolo especial de ofender al principio de autoridad, la Sala entiende que en el caso presente concurrió —y así se desprende directamente del relato de hechos que se declaran probados— tal elemento subjetivo en el proceder del procesado; en efecto, éste, por su propia condición de Guardia Civil y la específica formación profesional que ello comporta, no ignoraba ni podía desconocer la condición de Agente de la Autoridad que ostentaba el Guardia Municipal —que vestía el uniforme reglamentario—, ni que el mismo se encontraba desempeñando las funciones propias de su cargo, por lo que al acometerle —dándole varias bofetadas que determinaron la caída del casco que llevaba puesto la víctima y luego haciendo ademán de llevarse la mano a la pistola, en lugar público y a presencia de testigos—, manifiesta sin lugar a dudas un menosprecio no sólo a la persona misma del Guardia Municipal agredido, sino directa y principalmente al principio de autoridad que como agente de la misma encarna en esos momentos, y ello de*

modo objetivo y sin perjuicio de que, juntamente con dicho ánimo específico, concurriesen o no en el procesado otros móviles como los de vindicación más o menos equivocada y abusiva por el trato recibido en la primera parte del incidente, que bien pudo en su momento reprimir o reprimir haciendo uso de los medios legales a su alcance, que por su condición de fuerza armada y agente de la autoridad tenía obligación de conocer y ejercitar, si lo que pretendía era exclusivamente la reparación de lo que estimaba podía ser una ofensa; del modo en que los hechos ocurrieron, hallándose el Policía Municipal en el ejercicio de sus funciones y vistiendo de uniforme, se menosprecia el principio de autoridad y se produce el atentado al tener lugar el acometimiento, aunque la causa originaria del mismo pueda ser inicialmente una cuestión personal, pues a pesar de ello, con su comportamiento, el agresor despreció en público en toda su significación el tan repetido principio de autoridad que la víctima encarnaba en aquel momento (CONSIDERANDO I).—Que puesto que, como se afirma, se dan en el caso de autos todos los elementos integrantes de la debatida figura delictiva (es decir, acto de acometimiento, dirigido contra agente de la Autoridad que ostenta el uniforme propio de su cargo y se encuentra en el ejercicio de sus funciones, condición perfectamente conocida por el agresor, que conoce también la significación antijurídica de su acción y que obra con dolo especial de menospreciar el principio de autoridad que la víctima representa), se ha de concluir que los hechos declarados probados son constitutivos de un delito consumado de atentado a agente de la Autoridad, previsto en el art. 236 en relación con el núm. 2.º del 231 y penado en el primero de dichos preceptos, todos ellos del CP (CONSIDERANDO II).

21. Imprudencia simple con infracción de reglamentos.—Pena inferior en grado a la de arresto mayor y multa.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 10-15.º, 74, 420-4.º, 422, 565-2.º, 3.º y 4.º.

Sent. 21 noviembre 1973 (IX Región Militar). El día 10-9-72, el soldado J.-L.A.M., en acto ajeno al servicio militar, conducía el automóvil de su propiedad por la urbanización «A» de Almería, y al llegar al final del paseo por el que transitaba y desembocar en una confluencia de varias calles, no comprobó si por su derecha, según su sentido de marcha, se acercaba algún vehículo con el que podría coincidir, sino que siguió su marcha sin aminorarla, y ello dio lugar a que el automóvil alcanzara involuntariamente, derribándolo al suelo, a F.L., que pilotando un ciclomotor desembocó en la misma confluencia de calzadas procedente de la situada a la derecha de aquella por la que circulaba el inculpado. F.L., resultó con lesiones, para cuya curación necesitó 17 días de asistencia y estuvo incapacitado para el trabajo por 60 días, y el ciclomotor con desperfectos valorados en 785 pts. *Juez Togado:* Impruden-

cia simple con infracción de reglamentos, art. 565-2.º CP, en relación con el art. 420-4.º CP y con el art. 25 d) C. Circ., con la agravante de reincidencia (art. 10-15.º CP), y condenó a la pena de 1 mes y 10 días de arresto mayor, y a la privación de permiso de conducir por tres años, teniendo en cuenta que la pena señalada en el art. 565-2.º CP (arresto mayor) no es igual o mayor que la establecida para el delito doloso de lesiones del art. 420-4.º CP (arresto mayor y multa). *Autoridad Judicial:* Disintió por estimar que la pena impuesta para el delito calificado es la de multa de 5.000 a 50.000 pts., según art. 74 CP. *Fiscal Togado:* De acuerdo con la sentencia disentida. *Defensor:* Absolución, por concurrir la eximente de caso fortuito. *CSJM:* Desestima el disentimiento, y confirma en todo la sentencia del Juez Togado, por ser ajustada a la Ley, en base de *que centrándose el disenso fundamentalmente en la penalidad imponible, y en algunas consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos declarados probados en la Sentencia, la Sala estima que previamente a resolver sobre el objeto del disenso debe pronunciarse sobre tal declaración de hechos probados, respecto a cuyo extremo es visible que el Juez Togado en su Sentencia no ha incurrido en error notorio, pues corresponden a una adecuada valoración de los elementos probatorios contenidos en el procedimiento, compartida por el Auditor, el Capitán General y Fiscal Togado, que no fue objeto de recurso ni de alegaciones en el momento procesal oportuno por parte del inculpado ni de su Defensor, siendo de tener en cuenta que los que éste estimaba en su escrito de conclusiones no se apoyan en elementos de prueba suficientes para desvirtuar los declarados como ciertos en la sentencia del Juez Togado y que esta Sala los estima asimismo probados, según se expresa en el primer Resultando de la presente sentencia (CONSIDERANDO 1).—Que los citados hechos probados son legalmente constitutivos del delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos definido y penado en el párrafo 2.º del art. 565 CP, en relación con el apartado d) del art. 25 C. Circ., que de haber mediado malicia constituiría el de lesiones graves definido y penado en el núm. 4.º del art. 420 CP, sin que sea preciso para la calificación del delito de imprudencia tener en cuenta los hechos que en caso de haberse cometido maliciosamente, constituirían también una falta de daños, como se propugna en el disentimiento, y que tampoco debe estimarse infringido por el inculpado el art. 17 C. Circ., por ser éste de carácter genérico, ya que el precepto particular que especialmente infringió fue el de carácter específico que acertadamente se señala en la Sentencia del Juez Togado que es el apartado d) del art. 25 C. Circ., y que de dicho delito es responsable en concepto de autor por su participación material y directa, conforme al art. 14-1.º CP, el inculpado Soldado J.-L.A.M., concurriendo en el mismo como única circunstancia modificativa de su responsabilidad criminal la agravante de ser reincidente, comprendida en el núm. 15 del art. 10 del mismo Código, pues con anterioridad a los hechos que ahora se enjuician había sido condenado ejecutoriamente con fecha tres de julio de mil novecientos setenta y dos, por un delito de*

imprudencia simple con infracción de reglamentos del art. 565 CP, según se dice en los anteriores Resultandos, si bien para aplicación de la pena deberá imponerse por los Tribunales a su prudente arbitrio la señalada en el art. 565 CP, por así disponerlo en su párrafo 3.º (CONSIDERANDO II).— Que para determinar si ha obrado con arreglo a la Ley el Juez Togado al imponer en su Sentencia la pena de arresto mayor, en la extensión de un mes y diez días más la de privación del permiso de conducir vehículos de motor por tiempo de tres años o debió degradar aquélla pena imponiendo, en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 4.º del repetido art. 565 la inmediata inferior, que sería la de 5.000 a 50.000 pesetas de multa, en vez de la de arresto mayor, como se sustenta en el disentimiento, es de tener en cuenta, que al ser contradictoria la Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia (pues si en varias de sus sentencias ha expuesto la doctrina de que arresto mayor y multa o prisión menor y multa no es pena superior a la de arresto mayor, o prisión menor respectivamente y en otras muchas de las que luego examinaremos varias, sigue el criterio contrario que es el aplicado por el Juez Togado y sostenido por el Fiscal Togado en el acto de la vista ante esta Sala), deberá examinarse la mayor o menor consistencia de los fundamentos de unas y otras sentencias, entre sí contradictorias, sin olvidar el criterio que ha venido aplicando constantemente esta Sala de Justicia (CONSIDERANDO III).—Que si bien el TS en varias de sus Sentencias, entre otras, las de dos y veintidós de febrero y dieciséis de octubre de mil novecientos sesenta y siete; siete de octubre de mil novecientos setenta y veinte de enero de mil novecientos setenta y dos se ha pronunciado por estimar que para comparar si son iguales o mayores unas penas compuestas por una privativa de libertad y otra pecuniaria u otras de prisión menor o arresto señaladas al delito de imprudencia, ha declarado que debe prescindirse de las multas que no entran en la punición de las imprudencias del art. 565 —a no ser que se llegase a ellas por degradación de la que debería imponerse— por no estimar procedente el llegar a una comparación entre penas de distinta naturaleza; no es menos cierto que en otras, de entre las que cabe citar las de veintiuno de marzo y treinta y uno de octubre de mil novecientos cincuenta y seis; la de tres de octubre de mil novecientos sesenta y dos, las de ocho de abril y siete de octubre de mil novecientos sesenta y nueve y la de quince de abril de mil novecientos setenta y dos, se ha pronunciado estimando que una pena privativa de libertad y multa es siempre superior a la privativa de libertad de igual naturaleza y extensión sin ir acompañada de la multa, lo que se razona con insuperable acierto, tanto en la Sentencia últimamente citada como en la de ocho de abril de mil novecientos sesenta y nueve, cuando dice que es así, tras otros razonamientos, «sobre todo porque tal equiparación de estas penas (la multa y la privación del permiso de conducir), llevaría a la conclusión de que las imprudencias cometidas con vehículos de motor se castigarían más benévolamente que las otras al no llevar éstas aparejadas esa pena de privación del permiso de conducir y no poder por

tanto, entrar en juego para los efectos comparativos que pretende el recurrente, obteniéndose así dos clases de imprudencia temeraria y con penalidades distintas por el sólo hecho de que una se haya producido por medio de vehículo y las otras no, ya que las primeras sólo se podrían castigar con arresto mayor, que no puede exceder de seis meses, y las otras con prisión menor, que puede llegar a seis años; conclusión que no puede aceptarse en buenos términos jurídicos»; por lo que esta Sala de Justicia entiende que son más acertados los razonamientos en que se fundan las Sentencias del Tribunal Supremo recogidas en último lugar que las contradictorias del mismo Tribunal citadas anteriormente, por lo que no puede decirse que ha vulnerado la Ley la Sentencia disidentida (CONSIDERANDO IV).—Que a igual conclusión se llega si se examinan los arts. 420 y 422 del CP, que definen y penan respectivamente los delitos de lesiones graves y lesiones menos graves, pues el primero de ellos consta de cuatro apartados en los que se comprenden lesiones de mayor a menor gravedad, castigadas respectivamente con la pena de prisión mayor, con la de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, con la de prisión menor y con la de arresto mayor y multa de 5.000 a 25.000 pesetas, lo que claramente hace ver que la pena de prisión menor y multa de 5.000 a 50.000 pesetas, es mayor que la de prisión menor sin multa; y que el art. 422 castiga con la pena de arresto mayor o con la de destierro y, conjunta con esta última, la de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, en su párrafo primero y que en el segundo castiga idénticas lesiones cuando se causaren con intención manifiesta de injuria, o con circunstancias ignominiosas, con la misma pena de arresto mayor y además la de multa de 5.000 a 25.000 pesetas, con lo que también aclara que esta pena conjunta de arresto mayor y multa es mayor que la de arresto mayor solamente; y, por último, que esta interpretación es la que constantemente ha dado al problema que se estudia esta Sala de Justicia, cuantas veces ha tenido que resolver sobre el mismo problema, según resulta, entre otras Sentencias de las de diez de octubre de mil novecientos sesenta y nueve y diecisiete de junio y de dieciséis de diciembre de mil novecientos setenta, con las que es acorde el fallo del Juez Togado (CONSIDERANDO V).

22. Bandidaje (y no robo con intimidación en las personas).—Vigencia de la ley temporal.—Valor probatorio del atestado policial.

PRECEPTOS CITADOS: CP: 500, 501-5.º, 502; CJM: 294 bis a), 294 bis b), 187-11, 192; L.E.Crim., 297; D. 21-9-60: 4.º núm. 2.º apartado a) y b), 6.º; D.L.: 16-8-68.

Sent. 28 noviembre 1973 (VI Región Militar). El paisano S.A.B. «liberado» de la organización vasco-separatista-marxista-terrorista E.T.A., formando grupo con otros, y provistos de dos metralletas, una pistola

y otros elementos de acción, después de una concienzuda preparación, el día 1 de enero de 1968 llegaron en tres coches a la localidad de A. (Guipúzcoa). Mientras miembros del grupo realizaban acciones de vigilancia y aseguramiento de la fuga, S.A.B., con otro activista, penetraron en las oficinas del Banco «G», empuñando sendas armas de fuego con las que conminaron a los empleados allí presentes a que les entregaran el dinero que había en el establecimiento, el cual fue metido en una bolsa que portaba el procesado en cantidad de 740.000 pts., y no ha sido recuperada. Después los asaltantes cortaron los hilos del teléfono para impedir cualquier petición de ayuda. Uno de los activistas hizo varios disparos cuando un vecino dio gritos pidiendo ayuda. S.A.B., entregó el dinero obtenido a dos activistas calificados de ETA en Bilbao, en el domicilio de un matrimonio formado por B. y L. (que no se encontraban presentes) en el que residía por gestión de la también procesada J., ninguno de los cuales tuvo conocimiento de la realización de los hechos. Tampoco se ha probado que S.A.B. se dedicase en la clandestinidad o forma oculta, formando grupo con otros elementos armados, a cambiar el orden social establecido. C.G. *Ordinario*: condenó a S.A.B. como autor de un delito de robo con violencia o intimidación en las personas del CP (como ley más favorable) y de otro de tenencia ilícita de armas (concurriendo en este la excepción de cosa juzgada), a la pena de 6 años de presidio menor, y absolvió a los otros procesados. *Autoridad Judicial*: disintió por entender que los hechos son constitutivos de delito de robo con armas del art. 4.º del D. de 21-9-60, y propuso se impusiera al procesado la pena de 23 años, 4 meses y 1 día de reclusión mayor. *Fiscal Togado*: de acuerdo con el disentimiento, aunque apreciando que concurre la agravante del art. 187-11 CJM. *Defensores*: absolución CSJM: Revoca y establece: *que el motivo que determinó el disentimiento que de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra formularon el Auditor y Capitán General de la Sexta Región Militar, se basa en la distinta calificación jurídica, que de los hechos declarados probados en la sentencia atribuidos a S.A.B., y que como tales aceptan dichas Autoridades, han efectuado las mismas, al considerar aquellos como constitutivos de un delito de robo con intimidación en las personas en las circunstancias que previene el art. 4.º, núm. 2.º, apartados a) y b) del D. de 21 septiembre 1960 sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo y no de un delito de robo comprendido en el art. 500 en relación con el 501 núm. 5 del CP, por lo que determinar cuál sea la acertada de tales calificaciones jurídicas constituye el extremo principal sobre el que esta Sala ha de pronunciarse aún cuando no por ello deje de atender a su vez, lo concerniente al racional criterio que es necesario mostrar en todo caso ante la apreciación de la prueba sobre la que se hace cualquier condena (CONSIDERANDO 1).—Que la argumentación de la defensa del procesado S.A.B., está basada única y exclusivamente en la falta de prueba judicial ya que las declaraciones de dicho procesado, en las que explica claramente su intervención en los hechos, según la defensa fueron obtenidas con empleo de medios de tortura; y que*

asimismo, el voto particular de la sentencia del Consejo de Guerra se fundamenta, dentro del laconismo del citado voto, en la supuesta falta de prueba (CONSIDERANDO II).—Que por el contrario, la declaración de S.A.B. ante la Comisaría de Policía de Vitoria, efectuada con fecha 9 de marzo de 1968 y que consta a los folios 30 al 33, fue una declaración clara, detallada y total, prestada sin presión alguna, sin empleo de medios violentos de ningún orden, en unidad de acto y en la que el encartado explicó minuciosamente su actuación, tan minuciosamente que de varios de los aspectos de lo expuesto se comprobó su certeza posteriormente, pero hasta el momento eran incluso desconocidos para la policía; que esta declaración fue ratificada judicialmente a los folios 33 vuelto y 34, si bien sólo en parte ya que sistemáticamente negaba su intervención en el robo a mano armada, pero admitió ratificándose la forma de vestir usada para ese acto, el cambio sucesivo de vehículo empleado para el asalto al Banco «G» y su uso por el encartado, el alojamiento durante varios días en casa de los B., a fin de ocultarse de sus perseguidores, el uso de nombres de guerra —Germán y Jaime— para sus actividades subversivas, su pertenencia como liberado al grupo militar de ETA; no pudiendo aceptarse que de la declaración policial prestada en unidad de acto se acepte todo lo que conduce al hecho y se niegue sin razón justificativa alguna, el hecho en sí (CONSIDERANDO III).—Que la Defensa de S.A. alega que al ser la única prueba obrante en el sumario capaz de inculpar a su patrocinado —y en que basó su sentencia el CG, la declaración de dicho procesado contenida en el atestado policial, no la admite como tal elemento probatorio, amparándose en el art. 297 LECrim., supletoria del CJM, que nada dice al respecto, por lo que no existen a su juicio pruebas válidas en Derecho de que el mencionado S.A. fuese autor del hecho por el que se le acusa, es decir, que dicha declaración en el atestado no tiene suficiente valor probatorio, pero es lo cierto que la jurisprudencia del TS si bien niega el valor de documentos auténticos a efectos de casación, a dichos atestados, sus sentencias de catorce de abril de mil novecientos cuarenta y siete, diecisiete de abril del mismo año y ocho de octubre de mil novecientos sesenta y nueve, estudian los documentos que pueden reputarse como auténticos y la últimamente citada, dice que los atestados son valiosos elementos probatorios, así como la de catorce de abril de mil novecientos cuarenta y siete afirma que es doctrina reiterada del TS, que los atestados —con todos los demás documentos recopilados— quedan a la apreciación del juzgador en el ejercicio de la amplia y soberana potestad que le está conferida, por lo que sin tener la consideración de documentos auténticos para efectos de casación, ha de estimarse que son elementos de pruebas importantes y a conjugar con los demás que existan en el sumario (CONSIDERANDO IV).—Que no existe en todo el procedimiento la más leve sospecha de haber empleado medios de tortura, pues la alegación es sólo expuesta por S.A.B. en sus declaraciones judiciales sin presentar prueba alguna de que se haya empleado presión por parte de la policía, ya que en el reconocimiento

médico que se le hizo (folio 73 vuelto), quedó suficientemente acreditado no tener ninguna lesión que posea su probable origen en las supuestas torturas; siendo por el contrario usual por parte de los procesados mantener la postura de ser víctima de torturas policiales que no pueden probarse (CONSIDERANDO V).—Que independientemente de las alegaciones expuestas, es oportuno recoger las declaraciones de E.U.R. y F.J.L.M. (folio 398), en las que manifiestan que uno de los autores del atraco fue S. A.B., claramente y sin lugar a dudas (CONSIDERANDO VI).—Que no puede aceptarse la calificación del C. de G. al tipificar los hechos atribuibles a S.A. como un delito de robo previsto en el art. 500 en relación con el 501 núm. 5 CP, y penado en el 502 del mismo Cuerpo legal, por estimar que dichos preceptos constituyen ley más favorable que la establecida en el D. de 21 de septiembre de 1960 —en cuyo art. 4.º, núm. 2.º apartados a) y b), también se encuadran— derogado por Ley 44/71 de 15 de noviembre, pero vigente en la época de comisión de los hechos y que en calidad de más beneficiosa debe aplicarse aquella del Código ordinario en virtud del principio de retroactividad a favor del reo, pero tal principio no puede admitirse en los supuestos recogidos por leyes de excepción, en cuanto se despojaría a éstas de su pretendida eficacia y se confiaría al tiempo la total o parcial impunidad de los delitos penados en ella, siendo así que el citado Decreto de 1960, cuya vigencia rehabilitó el Decreto-Ley de 16 de agosto de 1968, ha venido constituyendo en la esencia una legislación especial de ámbito temporal, creada para una vigencia limitada en virtud de necesidades transitorias de defensa social —según se expresa en resolución de esta Sala de Justicia de 28 de julio de 1972— y en previsión de actuaciones y relaciones de hecho especialísimas, cuya gravedad, trascendencia, peligro, alarma social e incluso daño efectivo a las Instituciones encargadas de garantizar la seguridad de la Patria, determinaban la necesidad de evaluarlas en el momento en que se producían, pero de un modo definitivo para no privarlas de auténtica efectividad, no hallándonos por tanto ante una situación de simple derogación de una Ley por otra posterior más benigna en razón a una evolución de los criterios que informan el proceso legislativo normal —que es lo determinante del principio de retroactividad de la Ley más favorable—, sino que los tipos penales que se pretenden aplicar no han sido establecidos con posterioridad, pues ya lo estaban en el CP, vigente durante la Ley especial temporal y eran las circunstancias peculiares de peligrosidad objetiva contenidas en esta última lo que determinaba su aplicación al concurrir dichas circunstancias, con preferencia al Código ordinario (CONSIDERANDO VII).—Que, por otra parte, el hecho delictivo que se sanciona en el presente caso no ha sufrido modificación en su tipificación penal, pues aún cuando haya sido derogado el D. de 21 de septiembre de 1960 por la Ley de 15 de noviembre de 1971 ya expresada, ha sido a su vez convenientemente recogido por Ley 44 de la misma fecha en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar el cual establece en sus apartados a) y b) la pena de reclusión para actos de esta naturaleza y si bien dicho artículo

no puede ser de aplicación para los hechos que se persiguen por no haberse promulgado aún la Ley correspondiente que lo contiene, ha venido a impedir cualquier vacío legal en orden a la sanción de tales actos estableciendo la pena de reclusión para los mismos. (CONSIDERANDO VIII).—Que en virtud de lo anteriormente expuesto, los hechos recogidos en el primer Resultando de esta sentencia y que se han declarado probados por el Consejo de Guerra, la Autoridad Judicial con su Auditor y esta Sala de Justicia, constituyen un delito de robo con intimidación a las personas con arma de fuego previsto en el art. 4.º del D. de 21 de septiembre de 1960 sobre rebelión militar, bandidaje y terrorismo y penado en el núm. 2.º del mismo art., conforme a sus apartados a) y b), de cuyo delito aparece como responsable en concepto de autor por su participación directa, personal y voluntaria en la comisión de los hechos el procesado S.A.B., a tenor de lo dispuesto en el art. 14 núm. 1.º CP y en el art. 196 núm. 1.º CJM (CONSIDERANDO IX).—Que concurre en el hecho la circunstancia agravante del art. 187-11 CJM por haberse cometido por dos o más personas, lo que debe tenerse en cuenta a efectos de penalidad del delito en la medida que los Tribunales Militares pueden atender a la concurrencia de dichas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal conforme a las facultades que les confiere el art. 192 del C. castrense (CONSIDERANDO X).—Que respecto a los hechos recogidos en el Resultando segundo de esta sentencia, la falta de demostración de los actos que en el mismo se enumeran y cuya insuficiencia se expone explícitamente en dicho Resultando y dado que el Consejo de Guerra estimó en su día y ahora lo hace esta Sala de Justicia que los procesados B. J. y L., desconocían la participación de S.A., en el atraco —origen de estos autos— y no guardaron a sabiendas efectos e instrumentos provenientes del delito, no procede calificar la conducta de los mismos como de encubridores del delito calificado en el Considerando anterior, y asimismo tampoco procede estimar a S.A., como autor de un delito de bandidaje con fines de subversión social del art. 6 del D. de 21 de septiembre de 1960 por inexistencia en su conducta de los requisitos exigidos por el mismo (CONSIDERANDO XI).—Que en lo que respecta al delito de tenencia ilícita de armas por el que también fue procesado S.A.B., concurre en el mismo por este hecho la excepción de cosa juzgada al haber sido objeto de sanción por el Tribunal de Orden Público, por lo que no corresponde sea ahora objeto de sanción (CONSIDERANDO XII).—Y condena a S.A.B., a la pena de veintitrés años, cuatro meses y un día de reclusión mayor como autor de un delito de robo con armas del art. 4.º del D. 21-9-60, y le absuelve, con los demás procesados, del resto de la acusación.

AUTO DE 28 JULIO 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO (Art. 206 CJM)

Por el Ministerio del Ejército se eleva al CSJM, pieza separada de responsabilidad civil subsidiaria, dimanante de las diligencias preparatorias núm. 93/72 de la Capitanía General de Canarias, procedimiento en el que se declaró la responsabilidad civil del Soldado G.G.R., respecto de la cantidad de nueve mil quinientas cincuenta pesetas a abonar a don P.Q.D., señalándose para caso de insolvencia del principal responsable, la responsabilidad subsidiaria del Ejército de Tierra por dicha cantidad. La Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército, ha informado en el sentido de estimar pertinente la declaración 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 del 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 ocurrió en acto de servicio reglamentariamente ordenado y que se 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 Sociedad de Seguros M.T., no cubría los «daños propios», se está en el caso, conforme a lo prevenido en el art. 206 del Código de Justicia Militar, de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército.

AUTO DE 28 JULIO 1973. SUSPENSION DE CONDENA (Art. 92, 93 y 97 CP; 245, 912, 913 y 914 CJM)

En virtud de sentencia de la Sala de Justicia, se condenó al Guardia Civil de 2.º R.C.R., como autor responsable de un delito de imprudencia temeraria originaria de lesiones y daños, del párrafo 1.º del art. 565 en relación con el 420 núm. 3.º y 597, todos ellos del CP, a la pena de cuatro meses de arresto mayor. La Sala acordó en la misma sentencia y a tenor de lo dispuesto en el art. 912 del Código de Justicia Militar, pasasen los autos al Excmo. Sr. Fiscal Togado, para su preceptivo informe sobre posible concesión al condenado de los beneficios de suspensión de condena respecto de la pena privativa de libertad que le fue impuesta. El Sr. Fiscal Togado ha emitido dictamen favorable al otorgamiento de los indicados beneficios de remisión condicional al condenado por un plazo de dos años, en lo que respecta a la pena privativa de libertad y sin que se extiendan a las accesorias ni al pago de la res-

ponsabilidad civil procedente, habida cuenta de que el reo es delincuente primario, no ha sido declarado en rebeldía y la pena expresada es inferior a un año y le ha sido impuesta como principal del delito, atendiendo para todo ello a lo dispuesto en los arts. 92, 93 y 97 CP y 245 CJM.

CONSIDERANDO: Que, al concurrir en el condenado cuantos requisitos exige el art. 93 CP, y atendidas las circunstancias favorables del sentenciado, se está en el caso de otorgar a éste los beneficios de suspensión de condena por tiempo de dos años en lo que respecta a la pena privativa de libertad impuesta por el mismo, de acuerdo con las facultades conferidas por el art. 245 CJM y en los términos y condiciones que previenen los arts. 92 y 97 CP, y con las obligaciones que establecen los arts. 913 y 914 del C. castrense.

Se concede a R.C.R., la remisión condicional de la condena por el tiempo de dos años, sin que dichos beneficios se entiendan a las accesorias impuestas ni a la responsabilidad civil declarada.

AUTO DE 19 SEPTIEMBRE 1973. NULIDAD DE ACTUACIONES. HECHOS NO INVESTIGADOS OBJETO DE FALLO. UNICIDAD DE PROCEDIMIENTO (Arts. 246-1.º CP; 310, 312, 522, 523-1.º, 529, 791, 830, 831, 832 CJM)

Dictadas cinco sentencias por sendos Consejos de Guerra ordinarios en Causas núms. 92/71, 93/71, 94/71, 95/71 y 96/71, de la VI Región Militar seguidas por presuntos delitos de Injurias a las Autoridades Militares, contra B.Z.R.; I.A.E.; J.I.O.; L.S.U. y J.-M.Z.O., respectivamente, fueron elevadas las actuaciones al CSJM, por la Autoridad Judicial de la Región citada, a efectos de resolución del disenso planteado, al no prestar Auditor y Capitán General su conformidad a las sentencias dictadas. Se dio traslado de los autos al Sr. Fiscal Togado del Alto Tribunal a los efectos del art. 830 CJM, quien al emitir su correspondiente informe, ha hecho constar su criterio de que del Acta del Consejo de Guerra celebrado en B. el 31-7-1971, y que encabeza los cinco procedimientos ahora examinados, se deduce la posible comisión no ya del delito apreciado de Injurias a Autoridades Militares, sino además de un delito de resistencia a obedecer órdenes de Fuerza Armada del art. 310 en relación con el 312 CJM, y un posible delito de Desórdenes públicos del art. 246 párrafo 1.º CP, subsumido en aquellos, por lo que estima el Sr. Fiscal Togado que lo procedente, conforme a lo prevenido en los arts. 831 y 832 CJM, es anular las cinco sentencias recaídas en los cinco procedimientos, al haberse infringido por los respectivos Consejos de Guerra el art. 791 del referido Código, reponiendo los autos al período de sumario y acordándose la acumulación de las cinco causas en un sólo procedimiento.

CONSIDERANDO: Que, al condenar los Consejos de Guerra sobre hechos que no fueron objeto de investigación en las causas, vulneraron el art. 791 CJM, pues, como tiene declarado esta Sala, en Sesión del día

doce de marzo de mil novecientos cincuenta y cuatro, «es improcedente condenar por un delito que no se investigó suficientemente, ni dio lugar a procesamiento ni acusación».

CONSIDERANDO: Que, pudiendo perseguir un mismo fin y existiendo concierto previo o simultáneo de los procesados en las cinco causas, con simultaneidad en el tiempo, debía haber dado lugar a unidad de proceso por aplicación de lo dispuesto en el art. 529, en relación con el 523-1.º todos ellos del CJM, ya que el principio de unidad de procedimiento y continencia de la Causa no debe romperse, sino en los casos taxativamente señalados.

Se acuerda anular la elevación a Plenario y diligencias posteriores de las cinco causas y reponerlas a período de Sumario, acumulándolas en una sóla, a fin de que se investiguen los hechos que aparecen en principio constitutivos de delitos de residencia a obedecer órdenes de Fuerza Armada y desórdenes públicos.

AUTO DE 19 SEPTIEMBRE 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO (Y NO DE GOBERNACION, TRATANDOSE DE UN GUARDIA CIVIL) RESARCIMIENTO (Arts. 586-3.º CP; 206 y 1.062 CJM; D.D. 23-7-71 y 13-10-72)

Por el Ministerio del Ejército y a los efectos prevenidos en el art. 1.062 CJM, se remite al Consejo Supremo la pieza separada de responsabilidad civil subsidiaria dimanante de la Causa especial núm. 211-VM-70 de la II Región Militar seguida contra el Guardia Civil de 2.º J.M.L., en la que fue condenado por decreto de la Autoridad Judicial dictado de conformidad con su simple imprudencia, sin infracción de Reglamentos del núm. 3.º del art. 586 CP, a las penas de dos mil pesetas de multa, reprensión privada y privación del permiso de conducir por tiempo de dos meses, y al abono, en concepto de responsabilidad civil, la suma de 550.000 pesetas a los derecho-habientes de don V.S.F., así como 42.000 pesetas importe del vehículo dañado y 57.419,25 pts., que importaron los gastos de sepelio; a abonar igualmente a los herederos de don F.O.C., la cantidad de 300.000 pts., al Hospital Provincial de Valencia, 19.220 pts., y al Parque de la Guardia Civil la suma de 15.697 pesetas, declarándose la responsabilidad subsidiaria del Estado (Ramo de Guerra) para el caso de insolvencia del condenado, respecto al cual se aprobó la declaración de insolvencia. Elevadas las actuaciones al Ministerio del Ejército, el General Subsecretario del Departamento, de conformidad con el dictamen del Asesor del mismo, informó en el sentido de estimar procedente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ramo de Guerra en la cuantía de 249.419,25 pts., y en iguales términos se pronuncia el Fiscal Togado del Consejo Supremo en su preceptivo informe, precisando que abonadas las indemnizaciones correspondientes, por el Fondo Nacional de Garantía y Entidad aseguradora, tan sólo quedan pendientes 150.000 pts. por el fallecimiento del

señor S., 57.419,25 pts., por el sepelio, y 42.000 pts., por el vehículo siniestrado, cantidades todas ellas a abonar a los herederos del Sr. S.

CONSIDERANDO: Que, al constar acreditado que el Guardia Civil condenado al realizar el hecho calificado como falta del núm. 3.º del art. 586 del Código Penal, obraba en acto de servicio reglamentariamente ordenado, así como su insolvencia, se ha de concluir que concurren en el caso planteado los requisitos básicos exigidos en el art. 206 del CJM para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado en la cuantía, por el concepto y a favor de las personas indicadas, responsabilidad que ha de recaer en el Ministerio del Ejército, sin perjuicio de que éste, si así lo estima, y de conformidad con lo dispuesto en las órdenes de la Presidencia del Gobierno de 23 de julio de 1971 y 13 de octubre de 1972, solicite su resarcimiento al Ministerio de la Gobernación; puesto que, aunque el Instituto de la Guardia Civil al que pertenece el condenado, depende económicamente y en la prestación de servicios del Ministerio de la Gobernación, es lo cierto que los individuos pertenecientes al indicado Instituto, están sometidos a la Jurisdicción Militar y, por otra parte, en los preceptos legales invocados, sólo se prevé la responsabilidad subsidiaria de los Ejércitos respectivos sin que, por tanto, quepa extender ésta a cualquier otro departamento ministerial.

La Sala acuerda declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército, en la cuantía no cubierta por el Fondo Nacional de Garantía.

AUTO DE 17 OCTUBRE 1973. RECURSO DE APELACION. PLAZO PARA SU PRESENTACION. DESESTIMACION (Arts. 26 y 27 del D. 4.101/64 de 17 de diciembre)

En sentencia dictada el 3-III-1973 por un Consejo de Guerra ordinario, fue condenado el soldado del Ejército del Aire, P.-E.M.G., como autor responsable de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos que de haber mediado malicia hubiera constituido homicidio, del art. 565 párrafo 2.º del CP, a la pena de dos meses y un día de arresto mayor y a la de privación del permiso de conducir por tiempo de cinco años, debiendo abonar en concepto de responsabilidad civil las cantidades de 600.000 pts. a los herederos de las víctimas, 40.622,65 pts. a la Residencia Sanitaria «V. de A.» del INP, 4.749,12 pts. al Estado por mediación del Ejército del Aire y 1.960 pts. a don M.S.V. por daños causados a la motocicleta de su propiedad. Notificada la sentencia a las partes, interpusieron al amparo del art. 797 CJM, recursos frente a la misma y ante la Autoridad Judicial el Defensor del inculpado, así como el Abogado del Estado en representación del Fondo Nacional de Garantía de los riesgos de la circulación, siendo desestimados ambos recursos y aprobada la sentencia impugnada, mediante decreto auditado. La sentencia fue notificada a las partes y concretamente al De-

fensor del condenado y a éste mismo el 30 de mayo de 1973, instruyéndoles de los derechos que les confieren los arts. 26 y 27 del Decreto número 4.101/64 de 17 de diciembre. El condenado P.-E.M.G., asistido de su Defensor, presenta el día 12 de junio de 1973 en el Juzgado, recurso contra el decreto auditado confirmatorio de la sentencia dictada por el Consejo de Guerra, fechado en Valencia y dirigido al Consejo Supremo de Justicia Militar, habiendo tenido entrada en el mismo el día 4 de julio de 1973. Interesadas las Diligencias reparatorias de la Autoridad Judicial, se pasaron, en unión del escrito de recurso mencionado, a informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo, quien lo emite en el sentido de no ser procedente la admisión del citado recurso en base a que en la interposición del mismo no se han cumplido los requisitos que exige el art. 27 del ya citado Decreto núm. 4.101/64 de 17 de diciembre, en cuanto a que no fue interpuesto ante la Sala de Justicia de este Consejo Supremo, sino ante un Juzgado Permanente que ni siquiera estaba vinculado a la Autoridad Judicial competente para la aprobación de la sentencia, y en cuanto al plazo para interposición del mismo había transcurrido en exceso al recibirse dicho recurso en este Alto Tribunal, supuestos cualquiera de ellos que por sí e independientemente implican necesariamente la inadmisibilidad del recurso interpuesto.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo expuesto en su informe por el Sr. Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, no procede la admisión del recurso formulado por el procesado M.G., con asistencia de su defensor, al no haber sido interpuesto en lugar, tiempo y forma legales por lo que —sin entrar en consideraciones de otra índole— debe entenderse consentida la sentencia por las partes, conforme lo que previene el párrafo 3.º del mencionado art. 27 del Decreto de 17 de diciembre de 1964.

Se acuerda la no admisión del mismo.

AUTO DE 12 NOVIEMBRE 1973. AUTO DE ARCHIVO EN DILIGENCIAS PREPARATORIAS DE QUE CONOCE EN UNICA INSTANCIA EL CSJM (Arts. 10 y 12 del D. 4.101/64 de 17 de diciembre)

El día 12 de marzo de 1973, con luz diurna y sobre las 19,10 horas el Excmo. Sr. don G.R.G., conducía estando plenamente habilitado para ello, el vehículo de su propiedad marca Simca, acompañándole como único ocupante su esposa doña M.-L.T.M., circulando por la carretera RN-VI Madrid-La Coruña, en dirección a esta última población y al llegar a la altura del km. 498,400, término municipal de Corgo (Lugo) en tramo recto, de buena visibilidad y deslizante, sin señalar, estando la calzada mojada con existencia de barrillo, marchando a velocidad moderada no superior a 60 km./hora sufrió un deslizamiento que le obligó a salirse de la calzada por su margen derecha en el sentido que circulaba, precipitándose a una finca de labrantío y dando dos vueltas

de campana. Como consecuencia del accidente el conductor y su esposa resultaron con lesiones de pronóstico grave, consistentes, en cuanto al primero, en fracturas de vértebra y costillas, fuerte contusión craneal y contusiones diversas, y su esposa con fractura de esternón y varias contusiones, de las que han sido dados de alta por curación el día 26 de septiembre pasado, considerándose útil para el servicio el Excmo. Sr. General y aptos para el trabajo en general a ambos. El vehículo resultó con desperfectos que se reseñan en la diligencia de inspección ocular, pero que no aparecen tasados pericialmente si bien se acredita que el mismo estaba asegurado a todo riesgo en la M.M.A. A la esposa del Excmo. Sr. General le ha sido hecho el preceptivo ofrecimiento de acciones del art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, manifestando no deseaba mostrarse parte y renunciando a las acciones e indemnizaciones que pudieran derivarse a su favor. En su momento también se hizo dicho ofrecimiento al referido General que quedó enterado de sus derechos. El Exsmo. Sr. Fiscal Togado, al que se ha dado vista de estos autos, conforme a lo establecido en el art. 10 del Decreto núm. 4.101/1964, de 17 de diciembre, ha formulado su escrito, unido al folio sesenta y seis, solicitando el archivo de las actuaciones, por entender que los hechos, que se estiman producidos en la forma en que han quedado relatados, no son constitutivos de delito ni falta.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con el precedente informe del Excmo. Sr. Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, por cuanto de lo actuado no aparece que el resultado lesivo sobreviniera como consecuencia de una poca diligencia en la conducción por parte del Excmo. Sr. General don G.R.C., ni que el mismo omitiera el cumplimiento de las normas del Código de Circulación que le son exigibles, debiéndose llegar a la conclusión de que el accidente sobrevino de modo fortuito, sin que los hechos investigados en el procedimiento sean constitutivos de delito ni falta, se está en el caso de acordar el archivo de las presentes Diligencias Preparatorias sin declaración de responsabilidad, de acuerdo con cuanto previene el art. 12 del citado Decreto 4.101/1964, de 17 de diciembre.

Se acuerda el archivo de las actuaciones.

AUTO DE 14 NOVIEMBRE 1973. INDULTO PARTICULAR.

F.-J.D.F., condenado en Causas 34/64 y 84/64 de la IV Región Militar 166/66 y 113/72 de la Capitanía General de Canarias como autor de otros tantos delitos de desobediencia del art. 328, párrafo 2.º del CJM, consecuencia de su objeción de conciencia derivada de su pertenencia a los Testigos de Jehová, y cumpliendo la condena impuesta en la Causa últimamente citada, eleva instancia al Excmo. Sr. Capitán General de Canarias en solicitud del indulto de la parte de pena que le resta por cumplir, basando su solicitud en su afirmación de estar exento de

volver al Ejército al término de su actual condena por motivos de insuficiencia física. Instruido el oportuno expediente de indulto particular consta en el mismo que el solicitante viene observando muy buena conducta en prisión, y que con fecha de 6 de noviembre de 1972, fue declarado «útil para servicios auxiliares» por el Tribunal Médico Militar de Las Palmas, como comprendido en el «Grupo III, Letra G, núm. 27», del vigente cuadro de inutilidades, así como los informes favorables del Fiscal Jurídico Militar, Auditor y Autoridad Judicial de la Capitanía General de Canarias, razonándose la procedencia del indulto particular en la intachable conducta del penado, tanto en su vida privada como durante el cumplimiento de la condena, en el hecho de no existir persona ofendida ni perjudicar su concesión el derecho de terceros, en la ausencia de posible peligrosidad y tendencia criminal en su vida de libertad, y muy especialmente por entender que la propia solicitud del indulto es manifestación de arrepentimiento por el condenado. Emitieron informes los Srs. Fiscal Militar y Togado del CSJM, quienes, atendiendo a que el condenado conforme a las normas que rigen su reemplazo deberá efectuar su servicio militar como útil para servicios auxiliares, lo hacen en sentido desfavorable, basándose asimismo en la condición de multirreincidente del condenado y solicitante y en la presunta comisión por este, de un nuevo delito de desobediencia, si fuera llamado a filas, lo que entienden corresponde en el presente caso.

CONSIDERANDO: Que, sin perjuicio de que el condenado una vez en libertad deba o no incorporarse nuevamente a filas para cumplir el servicio militar como «útil para servicios auxiliares», la propia solicitud de indulto, como acertadamente entiende el Auditor de Guerra de Canarias, es manifestación de arrepentimiento hecha por el condenado, toda vez que la persistencia en su conducta le llevaría a incurrir posiblemente en un nuevo delito y consiguiente condena de mayor gravedad que la que cumple, y debiendo entenderse sincero tal arrepentimiento, unido todo ello a los favorables informes penitenciarios y los del Fiscal, Auditor y Autoridad Judicial, llevan a la conclusión de considerar procedente el informar favorablemente a la propuesta de indulto particular del resto de pena que le queda por cumplir a F.-J.D.F., aún en condición de multirreincidente en el mismo delito de desobediencia, en atención a que a consecuencia de dichos delitos ha sido privado de libertad durante más de nueve años.

La Sala acuerda informar favorablemente la concesión de indulto particular a F.-J.D.F. en la extensión de la pena que le resta por cumplir.

AUTO DE 14 NOVIEMBRE 1973. NULIDAD DE ACTUACIONES. OMISSION DE ABSOLUCION POR UN DELITO NO APRECIADO. DEFECTOS DE FORMA. EFICACIA DEL PERDON DE LA OFENDIDA (Arts. 52, 787, 790, 791, 799, 801, 831 y 832 C.J.M.).

Por sentencia dictada por Consejo de Guerra Ordinario celebrado en Sevilla el día 31 de mayo de 1973, el Guardia Civil M.G.H., fue condenado

como autor de un delito consumado de Abuso de Autoridad a la pena de 6 meses y 1 día de prisión militar, con el efecto de pérdida de igual tiempo y antigüedad para el servicio y abono del tiempo de privación de libertad que hubiere sufrido. El Consejo de Guerra en «*otrosí*», dice que apareciendo no ser ciertas las imputaciones contenidas en la denuncia formulada por V.M.R. de que el procesado haya abusado deshonestamente de ella llama respetuosamente la atención de la Autoridad Judicial a los efectos oportunos. Por el vocal Ponente del Consejo de Guerra se formuló Voto particular, por estimar que existen en la Causa pruebas suficientes para acreditar que la actuación del procesado fue constitutiva del delito previsto y penado en el art. 429 CP, sin que obste para ello el que la ofendida pretendiera retirar su denuncia y perdonar al procesado puesto que la acción penal subsiste al no haber sido aprobado el perdón por la Autoridad Judicial, al tratarse de menor de edad y no surtir eficacia alguna la manifestación de la voluntad de retirar una denuncia por no haber trámite procesal posible para ello, aparte del perdón. El Auditor y Capitán General de la Segunda Región Militar disintieron la Sentencia dictada por el Consejo de Guerra por estimar que no ha sido acertada y congruente la valoración de la prueba por el Consejo. Se evidencia que el Tribunal ha incurrido en insubsanable error legal y por preceptiva de los arts. 787 y 799 CJM, la fundamentación de disconformidades por apreciaciones fácticas es materia que sólo con extremada prudencia y muy restrictivamente debe afrontarse, el disenso se contrae al motivo del quebrantamiento de la norma contenida en el art. 790-5.º del Texto invocado, imperativo de que el fallo contendrá la condena o absolución respecto del delito principal, lo que se ha incumplido; a mayor abundamiento, el delito que el Consejo ha sancionado no ha sido investigado en el sumario, ni el encartado fue por tal infracción procesado ni, consecuentemente ha sido objeto de acusación ni, en congruencia, de ella pudo ser defendido sin que aquel delito, por otra parte, fuera de la misma naturaleza y menor gravedad que el imputado. El Excmo. Sr. Fiscal Togado, estimó que es evidente que en la relación de la sentencia se contienen graves defectos de forma, pues habiéndose tramitado la causa con el fin de determinar si el procesado había abusado deshonestamente de la joven V.M.R., es evidente que, siguiendo el criterio del Consejo, en los Resultados se debió hacer constar que tales abusos no se habían perpetrado, y en el Considerando respectivo que como consecuencia de ello los hechos no integraban el delito que define y sanciona el art. 430 CP, y en el fallo la absolución por tal delito; de todo lo cual se infiere que el Consejo infringió el art. 791 CJM, la regla 2.ª del 790 y la regla 4.ª del mismo. En cuanto al disentimiento, incurre en el grave defecto de que sus autores no señalan, razonadamente, el fallo que a su juicio debiera dictarse, con infracción manifiesta de lo dispuesto por el núm. 11 del art. 52 CJM. Por otra parte, la mera inobservancia de la regla 5.ª del art. 790 no es materia de disentimiento, por tratarse de un defecto sub-

sanable en trámite de aprobación de sentencia, con arreglo al párrafo 3.º del art. 801 del C. castrense. La circunstancia de que el Consejo haya condenado por distinto delito, no constituye infracción de carácter formal, pues los hechos declarados probados habían sido objeto de investigación y los Consejos de Guerra tienen facultades para calificar los hechos en forma distinta a como lo fueron en el auto de procesamiento o en las conclusiones de las partes, e incluso para condenar en aquellos casos en que el Fiscal retira su acusación. Problema distinto es el de si la calificación se ajusta o no a derecho, lo cual sí podría haber dado lugar a un disentimiento. En definitiva, los meros defectos de forma no deben dar lugar a un disentimiento, pues las Autoridades Judiciales, pueden incluso, anular las sentencias, cuando existen estos vicios, con arreglo al art. 801, sin perjuicio de la facultades que corresponden al Consejo Supremo con arreglo al art. 832. Se advierte además, que se han omitido diligencias de prueba indispensables como lo son la declaración de F.P.T., que presencié parte de los hechos y que pudiera aclarar las razones por las cuales su novia se retractó de sus acusaciones; y la madre de aquella, A.R.R., que podría también deponer sobre estos últimos extremos. En este sentido, se precisa una investigación exhaustiva a fin de determinar si la menor fue inducida por alguien a retractarse de su denuncia, y si los hechos denunciados ocurrieron realmente. Por otra parte, como ya se ha apuntado, el Capitán General no se pronunció en su día sobre la eficacia del perdón otorgado, lo que de por sí constituye un vicio capaz de producir la nulidad de las diligencias posteriores. Por todo lo expuesto, habiéndose vulnerado normas procesales de carácter esencial y omitido diligencias indispensables para formar prueba, procede, de acuerdo con lo establecido por el núm. 2.º del art. 832 CJM, declarar la nulidad de lo actuado a partir del folio cuarenta y cinco, con excepción del *otrosí* que aparece en el cuarenta y cinco vuelto y de las diligencias de prueba obrantes a los folios sesenta y dos, sesenta y tres, sesenta y cuatro, ochenta y ochenta y uno (acta notarial y ratificación de la misma), y reponer las actuaciones a período de sumario, a fin de que se complete el mismo en la forma que se indica y, como trámite previo, se resuelva sobre la eficacia del perdón otorgado.

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el criterio mantenido por el Excmo. Sr. Fiscal Togado, que la Sala hace suyo, se aprecia en la sentencia dictada en la causa por el Consejo de Guerra el grave defecto formal de no contener en el Fallo la expresa absolución del delito de abusos deshonestos que se imputaba al procesado, una vez que el propio Consejo estimó que dicho delito no se había perpetrado, lo cual constituye una manifiesta infracción de la regla 5.ª del art. 790 CJM, que implica causa de nulidad.

CONSIDERANDO: Que, con independencia de ello, los arts. 831 y 832 CJM, confieren a este Consejo Supremo la facultad de declarar la nulidad de todo o parte de lo actuado cuando se haya omitido alguna diligencia sustancial para formar prueba, como es la declaración de

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

F.P.T., que se considera indispensable porque presenció parte de los hechos y pudiera aclarar las razones por las cuales su novia se retractó de las acusaciones; así como la de la madre de la misma, A.R.R., que podría también deponer sobre estos últimos extremos; por lo que procede la nulidad de las actuaciones y su reposición al período de sumario.

CONSIDERANDO: Que, la Autoridad Judicial no se pronunció en su día sobre la eficacia del perdón otorgado, lo que de por sí constituye un vicio constitutivo de nulidad de las diligencias posteriores.

Se decreta la nulidad de las actuaciones practicadas a partir del primer vicio de forma, y se repone a sumario para que se complete y, como trámite previo, se resuelva sobre la eficacia del perdón otorgado.

AUTO DE 14 NOVIEMBRE 1973. SUSPENSIÓN DE CONDENA (Arts. 92, 93 y 97 CP; 245, 912, 913, 914, 915 y 916 CJM).

Por la Sala de Justicia del Consejo Supremo de Justicia Militar se dictó sentencia con fecha 30 de octubre de 1973, recaída en Causa núm. 187/72 de la IX Región Militar, elevada en su día al Alto Tribunal por disenso, condenando al Guardia Civil J.M.P.U., como autor de un delito consumado de atentado a agente de la Autoridad, previsto en el art. 236 en relación con el núm. 2.º del 231 y penado en el primero de dichos preceptos, todos ellos del CP, a la pena de 6 meses y 1 día de prisión menor. Pasadas las actuaciones al Sr. Fiscal Togado, ha emitido informe favorable al otorgamiento al condenado de los beneficios de suspensión de condena, por plazo de dos años, en lo que respecta a la pena privativa de libertad impuesta y sin que se extiendan a las accesorias, habida cuenta de que el reo es delincuente primario y de buenos antecedentes y atendidas las circunstancias de hecho, conforme a lo dispuesto en los arts. 245 y 912 al 917 del CJM, en relación con los arts. 92, 93 y 97 CP.

CONSIDERANDO: Que, al concurrir en el penado cuantos requisitos se exigen en el art. 93 CP, atendida la índole del delito apreciado, la impuesta y los buenos antecedentes del sentenciado, se está en el caso de otorgar a éste los beneficios de condena condicional por tiempo de dos años, en lo que respecta a la pena privativa de libertad impuesta, de acuerdo con las facultades conferidas en los arts. 245 y 912 CJM y las condiciones que previenen los arts. 92 y 97 CP, así como las obligaciones que establecen los arts. 913 y 914 CJM.

Se otorga a J.M.P.U., la remisión condicional de la condena impuesta por tiempo de dos años.

AUTO DE 21 DE NOVIEMBRE 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO. NECESIDAD DE DECLARACION PREVIA DE LA AUTORIDAD JUDICIAL O TRIBUNAL (Arts. 206 y 1.062 CJM).

Por el Ministerio del Ejército se eleva al Consejo Supremo de Justicia Militar pieza separada de responsabilidad civil dimanante de las diligencias previas núm. 945/72, de la Primera Región Militar. Dicho procedimiento Previo, instruido en averiguación de las causas que motivaron la colisión entre el vehículo ET-47730, conducido por el soldado F.G.G., y el vehículo de E.M.T. de Madrid M-465627, fue terminado por decreto Auditoriado de la Autoridad Judicial de la I Región Militar, de fecha 8 de enero de 1973, apreciándose la comisión por dicho soldado de una falta de imprudencia o negligencia simple sin infracción de Reglamentos, causando daños, prevista y sancionada en el art. 585-3.º CP, imponiéndose al inculpado la pena de 2.000 pesetas de multa, sustituible en el caso de impago por ocho días de arresto, «declarando a su cargo el importe de los daños causados», que ascendían a 46.500 pesetas, importe de los producidos en ambos vehículos colisionados. Por decreto Auditoriado de la Autoridad Judicial de fecha 20 de julio siguiente, se aprobó la declaración de insolvencia del soldado mencionado. La Autoridad Judicial acordó elevar dicha pieza separada al Ministerio del Ejército, «a los efectos prevenidos en el art. 1.062 del CJM. La Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército, en informe que ha hecho suyo el Excmo. Sr. General Subsecretario de dicho departamento entiende que no se han observado los requisitos y trámites previstos en el citado art. 1.062 del C. castrense y en el 206 del propio C. legal, ya que en la resolución que puso fin al procedimiento previo no se estableció ni se declaró la existencia de responsabilidad civil subsidiaria del Ejército respectivo, por lo que no ha lugar a declarar la misma ahora. El Sr. Fiscal Togado del Consejo Supremo, al que se pasaron las actuaciones para informe, lo emite en el concordante sentido de entender que en el caso planteado no existe el presupuesto necesario para determinar que el Ministerio del Ejército debe soportar las consecuencias dañosas del siniestro acaecido, porque ni el Auditor en su dictamen ni el Capitán General en su decreto al poner fin a las diligencias previas, declararon responsabilidad subsidiaria alguna, como exigiría en todo caso con carácter imperativo el art. 206 del C. castrense.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con lo informado por el Sr. Fiscal Togado y por sus propios fundamentos, habida cuenta de que en el caso presente no concurre el primero de los requisitos exigidos preceptivamente en el citado art. 206 CJM —cual es el de la previa declaración o acuerdo de la Autoridad Judicial o Tribunal que conozca del procedimiento que se exija la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo—, puesto que dicho acuerdo no se adoptó en su día, ni tampoco a la hora de elevar la Pieza separada, defecto no subsanable

en el actual trámite, no cabe ahora hacer declaración alguna de responsabilidad subsidiaria con base en el invocado precepto.

Se declara la irresponsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército.

AUTO DE 12 DICIEMBRE 1973. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL MINISTERIO DEL EJERCITO (Y NO DE GOBERNACION) POR DELITO COMETIDO POR UN GUARDIA CIVIL (Arts. 206 y 1.062 CJM).

Por sentencia dictada por el Juez Togado el día 14 de noviembre de 1969, aprobada por decreto auditoriado de la Autoridad Judicial de fecha 16 de diciembre de 1969, al Guardia Civil Segundo J.M.G., fue condenado como autor responsable de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos, previsto y penado en el párrafo 2.º del art. 565 CP, en relación con los núms. 3.º y 4.º del art. 420 del propio Cuervo legal y con el apartado a) del art. 30 del C. Cir., sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de 1 mes y 1 día de arresto mayor, declarándosele civilmente responsable por el importe de los daños personales y materiales derivados del hecho en cuantía total que ascendía a 346.013,60 pts., por los perjuicios personales de las víctimas, de las que quedaban a cargo del Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación de los gastos médicos, farmacéuticos y de hospitalización, traslados e indemnizaciones por importe de 266.026,10 pts.; ascendiendo los gastos materiales a un total de 191.435 pts., distribuidas de la siguiente forma: a) 110.000 pts., por los daños sufridos por el Seat 1500, propiedad de don P.G.C.; b) 49.853 pts., por los desperfectos del Renault 4-L, propiedad 110.000 pts., por los daños sufridos por el Seat 1500, propiedad de F.M.P. y d) 10.000 pts., por los daños sufridos por el coche celular. Declarándose la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, Ramo de Guerra, por dichas cantidades, a excepción de la suma a que ascienden los desperfectos del vehículo oficial de la Guardia Civil. Los daños sufridos por el vehículo civil, propiedad del expresado señor don J.D.B., han sido abonados por la Compañía Aseguradora del mismo, e igualmente, por lo que afecta al vehículo civil, propiedad de don F.M.P., su Compañía Aseguradora abonó 17.482 pts., quedando respecto del mismo, como riesgo no cubierto por esa Entidad, la suma de 4.100 pts. La Asesoría Jurídica del Ministerio del Ejército, en informe hecho suyo por el General Subsecretario del Referido Departamento Ministerial, estima que resulta pertinente la declaración de responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra por el total de los daños sufridos por el vehículo Seat 1500, ya que su titular no ha recibido cantidad alguna de la Compañía Aseguradora; señalando que el propietario del otro ha sido indemnizado por su respectiva Aseguradora por el total de los daños sufridos por el mismo. El Sr. Fiscal Togado de este Consejo

Supremo propone en su informe que la Sala acuerde declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército por las siguientes cuantías: 110.000 pts., a favor de don P.C.; 4.100 pts., a favor de don F.M.P. (ya que el resto, hasta el importe de los daños causados a su vehículo, ha sido abonado por la Aseguradora); y 79.987,50 pts., a favor de don P.G.C., resto de los daños personales sufridos por él y sus familiares y que no fueron imputados al Fondo Nacional de Garantía. No procediendo dicha declaración con respecto al vehículo propiedad de don J.D.B., ya indemnizado por la Compañía de Seguros.

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con el Sr. Fiscal Togado, comprobándose que el hecho determinante de la responsabilidad civil subsidiaria ocurrió en acto de servicio reglamentariamente ordenado y que se ha aprobado en debida forma la declaración de insolvencia del condenado, principal responsable civil se está en el caso, conforme a lo prevenido en el art. 206 del CJM, de declarar la responsabilidad civil subsidiaria en la cuantía y condiciones que se expresan a continuación.

CONSIDERANDO: Que, excluidos naturalmente, los gastos imputados al Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación y el importe de los daños sufridos por el vehículo oficial PGC (ya que en otro caso ello equivaldría a que el Estado se indemnizara a sí mismo), como asimismo excluidas las cantidades abonadas a sus respectivos asegurados por las Entidades Aseguradoras (porque ello supondría resarcir a las mismas, siendo así que el abono por su parte deriva del oportuno contrato mercantil y no directamente de la infracción Penal sancionada, sino en contrapartida de las primas percibidas del asegurado), las sumas a abonar y respecto de las que procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ramo de Guerra no son otras que las específicamente señaladas en el informe del Sr. Fiscal Togado y que han quedado especificadas en el último de los Resultandos precedentes.

CONSIDERANDO: Que, procede declarar dicha responsabilidad subsidiaria del Ejército de Tierra, pues, aunque pudiera suscitarse la duda de si es este Ministerio o el de Gobernación el llamado a responder, dada la dependencia que de este último tiene la Guardia Civil en el orden económico, es lo cierto que este Instituto depende, como su propia Dirección General, orgánicamente del Ministerio del Ejército, y el Código castrense, además, tanto en la Exposición de motivos como en los arts. 206 y 1.062, regula la responsabilidad subsidiaria del Ejército respectivo, que no puede extenderse a cualquier otro Departamento ministerial, sino concretamente a aquellos que específicamente determina en los artículos referidos. De otra parte, al no declararse la responsabilidad subsidiaria del Estado a través del Ministerio del Ejército se impediría a las víctimas y beneficiarios de la indemnización la reclamación del de Gobernación, que ni siquiera ha sido oído en el Expediente, con el consiguiente perjuicio para dichas personas, por lo que perteneciendo el condenado y principal responsable al Ejército de

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Tierra a efectos militares, debe ser este último el que responda subsidiariamente, sin perjuicio de que pueda interesar del Ministerio de la Gobernación, del que a efectos de servicio y económicos depende el condenado, el oportuno resarcimiento de la cantidad total que deba abonarse.

Se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, a través del Ministerio del Ejército, por las sumas indicadas.

(Jesús Valenciano Almoyna)

B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL DE COMPETENCIAS

SENTENCIA DE 23 DE ENERO DE 1973

Nos parece oportuno, como en otras ocasiones, insertar aquí, por la doctrina que establece en materia competencial, esta Sentencia de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, desestimatoria del recurso de casación por infracción de ley interpuesto contra auto pronunciado por el Tribunal de Orden Público acordando la inhibición a favor de la Jurisdicción militar de causa seguida por terrorismo y otros delitos:

«Que el único motivo de casación del presente recurso, amparado en el núm. 1.º del art. 849 de la LECrim., acusando infracción de Ley, por interpretación errónea del art. 14 de dicha Ley en lo referente a la determinación de la competencia, no puede ser acogido, al no haberse infringido disposición procesal alguna, pues si bien es cierto que el párrafo 4.º de dicho artículo establece el principio de la competencia para conocer de las causas a la Audiencia Provincial de la circunscripción donde el delito se haya cometido, en este caso el Tribunal de Orden Público, no es menos cierto que, tratándose de delito cuya conexidad resulta indiscutible de acuerdo con lo establecido en el art. 17 de la referida Ley y en el art. 23 del Código de Justicia Militar, como resulta por su forma de ejecución de los supuestos delitos atribuidos al procesado como son «ofensa de obra a Fuerza Armada», art. 309 del CJM, «atentado a Agente de la Autoridad» art. 236 del CP, «conducción temeraria», art. 340 bis, a), del CP y una falta de lesiones del art. 582 del mismo CP, es preciso acudir para determinar la competencia a las excepciones previstas en el párrafo 2.º del art. 16 de la repetida Ley Procesal, siendo por tanto de aplicación lo prevenido en el art. 22 del CJM, disponiendo que para conocer de delitos conexos lo efectuará la jurisdicción que le corresponda hacerlo del delito principal, la que será también competente para conocer de los demás, entendiéndose por

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

principal delito aquel que tenga señalada pena más grave, en el presente supuesto, sin prejuzgar la resolución que en su día se dicte, lo es sin duda alguna, el de 'ofensa de obra a Fuerza Armada' previsto y sancionado en el art. 309 del CJM, atrayendo por consiguiente dicha jurisdicción la competencia para conocer de todos los delitos de que ha sido acusado el procesado.»

AUTO DE 6 DE FEBRERO DE 1973

Cuestión de competencia positiva suscitada entre el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Murcia y la Autoridad Judicial de la 3.ª Región Militar, sobre conocimiento de Causa seguida por supuesto delito de deserción cometido por un soldado paracaidista, que la Sala resuelve en favor de la Jurisdicción militar, conforme a los siguientes fundamentos:

«Que las actuaciones remitidas a esta Sala para resolver la cuestión de competencia surgida entre la Autoridad Judicial Militar de la III Región Militar y el Magistrado Juez núm. 1 de los de Murcia, dan noticia de haberse evadido de la Prisión Provincial de dicha ciudad un soldado paracaidista que allí se hallaba preso además de por el delito de 'deserción' en Causa núm. 22-V-67 de la Jurisdicción Militar, por expediente del Juzgado Especial de Peligrosidad y Rehabilitación Social y por numerosas causas y diligencias por delito de robo y hurto instruidas por diversos Juzgados de la Jurisdicción Ordinaria; y si bien el hecho —abstracción hecha de la condición de la persona evadida— puede ser constitutivo del delito que define y sanciona el art. 334 del Código Penal común; asimismo, es verdad a la vista de los arts. 370, 1.º y 374 4.º del Código Castrense, que puede integrar el delito de deserción que estos preceptos tipifican por ser el ejecutor militar en servicio activo; por lo que ante esta condición, sin causa de desafuero y ser el delito típicamente militar, habida cuenta lo dispuesto en el art. 6.º núm. 12 de este Ordenamiento en relación con los dos últimos preceptos citados, inconcuso es que se ha de atribuir a la Jurisdicción especial el conocimiento del caso, sin que obste lo prescrito en el art. 16, apartado 9.º de tan repetido Código, citado por el Magistrado-Juez contendiente, toda vez que no se contempla un delito común que fuera cometido durante la deserción, ya que ésta había cesado con la prisión quebrantada luego, sino de una nueva deserción que escapa a la competencia de la Jurisdicción Ordinaria, visto además, el art. 10 de la L. E. Criminal.»

AUTO DE 6 DE MARZO DE 1973

Cuestión de competencia planteada entre la Autoridad Judicial de la Zona Marítima del Estrecho y el Juzgado de Ins-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

trucción del Puerto de Santa María, sobre conocimiento de actuaciones seguidas por supuesto delito de lesiones por imprudencia, que la Sala resuelve en favor de la Jurisdicción Militar, con arreglo a las siguientes consideraciones:

«Que si bien corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción 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 Código de Justicia Militar cuyo art. 5.º, fija la competencia castrense a virtud de tres criterios básicos: por razón del delito, del lugar y de la persona responsable, siendo éste último el aplicable en la cuestión planteada al posible delito de lesiones, por imprudencia punible, únicamente atribuible, en principio, al Capitán Médico de Marina don A.C.R., según lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 13 del Código castrense no siendo, por otra parte, dicho delito culposo de los que enumera el art. 16 del mismo Código, que aún siendo cometidos por militares, son sometidos al conocimiento de los Tribunales de la jurisdicción ordinaria; todo ello sin perjuicio de que si en el curso del procedimiento seguido por la Autoridad Militar se llega a concretar la responsabilidad de persona no aforada o de personas sometidas a distinto fuero, sea la jurisdicción ordinaria la que conozca de la causa, con remisión a la misma de lo actuado, a tenor de lo dispuesto en el art. 19-2.º del mismo Código de Justicia Militar.»

AUTO DE 7 DE ABRIL DE 1973

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la III Región Aérea y el Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Valencia, sobre conocimiento de los hechos presuntamente delictivos que se recogen en el Considerando que a continuación se transcribe, declarándose la competencia de la Jurisdicción militar por los motivos siguientes:

«Que, cometidos los cuestionados hechos, punibles en principio, consistentes en ultrajes y aparente conato de agresión, por parte de súbdita extranjera en estado de embriaguez, contra un Inspector del Cuerpo General de Policía, y denuestos verbales contra un número de la Policía Armada, a más de desperfectos a una puerta, en recinto inequívocamente militar, cual es la Oficina de Policía de un aeropuerto —dotada de la calidad jurídica de «aeródromo» conforme al art. 1.º de la Ley de 30 de marzo 1971, que incluye dichas dependencias, en unión de otras que también menciona, entre aquellos locales y espacios que por su esencialidad o primordial interés para el servicio y seguridad de las comunicaciones aéreas, aparecen revestidos, a los pertinentes efectos legales, de tal carácter militar—, es patente la privativa competen-

cia de la jurisdicción castrense para conocer de lo actuado con el men-
tado motivo, y ello por la decisiva y suficiente razón del lugar de per-
petración de la acción delictiva, uno de los tres criterios que, junta-
mente con el de la índole del delito y con el de la persona responsable,
para el supuesto de ser esta aforada (arts. 5, 9 y concordantes del Có-
digo de Justicia Militar), vienen a determinar, cada uno de por sí, la
atribución del caso a la Jurisdicción de Guerra, en la rama que corres-
ponda, salvo, por lo que afecta al criterio personal, que el delito común
a cargo del sujeto aforado, sean de aquellos que causan desafuero y
deba, en consecuencia, ceder en favor de la jurisdicción ordinaria a
cuya normal órbita resultaría atraído, lo que no ocurre aquí donde,
por otra parte, si bien los hechos punibles imputados son de naturaleza
común —incluso los improprios al Policía Armado que, a tenor de lo
dispuesto en el art. 18 de la Ley Orgánica de la Policía Gubernativa, de
8 de marzo 1941, sólo resulta especialmente protegido por la Ley Mi-
litar frente a los insultos de obra, más no frente a los de palabra, que
tan sólo constituirán el delito de desacato impropio, del art. 245 del
CP ordinario—, no es menos cierto que la comisión de estas infrac-
ciones en zona militar acarrea la competencia de este orden juris-
diccional, abstracción hecha en el caso que nos ocupa, de la clase de
delito (arts. 5 y 9 del Código), según viene estimando el Juez
de Instrucción implicado en la actual competencia negativa, dirimible
en favor de la Jurisdicción Militar aérea, preferente, por razón del lu-
gar, para abarcar el conocimiento de la suma de infracciones contem-
plada, desde el doble desacato del art. 245 del CP, eventualmente apre-
ciable, no sin manifiesta benevolencia por lo que hace relación a la
actitud desplegada por la protagonista frente al Inspector, a quien al
parecer trató de agredir, hasta la falta incidental de daños, recayente
sobre la puerta de la dependencia policial precitada; sin que sea del
caso pronunciarse, además, en la presente ocasión —por ser ello ajeno
a lo aquí controvertido— acerca de si el criterio localista habrá de
ser siempre prevalente, sin restricción ni distingo alguno, sobre cual-
quiera otro de los dos restantes criterios, caso de pugna con los mis-
mos, como tampoco en cuanto a si, ulteriormente y por lo que, en
concreto, atañe a las ofensas contra el Policía Armado, habría de ser
competente, en definitiva, una u otra rama de la jurisdicción militar,
bien fuera la Aérea o la de Tierra, ya que, aparte de no incumbir
esta decisión, de régimen interno, a esta Sala de conflictos jurisdiccio-
nales, no podría dejar de ser tomado en cuenta, conforme a lo anterior-
mente razonado, que las ofensas verbales a miembros de la Policía
Armada, al no ser delitos militares, sino comunes, quedan en términos
generales, por su propia materia, fuera del ámbito de la jurisdicción
castrense, en cualquiera de sus modalidades.»

AUTO DE 2 DE MAYO DE 1973

Cuestión de competencia suscitada entre la Autoridad Judicial de la Zona Marítima del Cantábrico y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo, sobre conocimiento de procedimiento seguido por colisión de vehículos de motor, que la Sala Especial resuelve en favor de la Jurisdicción ordinaria, aduciendo los siguientes fundamentos:

«Que corresponde a la Jurisdicción ordinaria el conocimiento de las causas y juicios criminales con excepción —lo que confirma que aquel 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., complementado por el art. 5.º del Código de Justicia Militar que fija la competencia de la segunda a virtud de tres criterios básicos: por razón del delito, del lugar y de la persona, criterio éste último explicado por el art. 13 del Código castrense y que, a su vez, admite dos excepciones: la de los delitos exceptuados —por el art. 16 del mismo Código— de la competencia de la jurisdicción militar, no obstante haber sido perpetrados por militares y la de los delitos cometidos por personas sometidas a distinto fuero, en cuyo caso y no estando el territorio en que tuvieron lugar en estado de guerra, conocerá de la causa la jurisdicción ordinaria, excepción esta última declarada de consuno por el art. 11 de la L. E. Crim., y por la regla 2.ª del art. 19 del Código de Justicia Militar y confirmada por numerosas resoluciones dictadas por esta Sala especial de conflictos —Autos 16 diciembre 1952, 22 junio 1965, 23 mayo 1969, 16 noviembre 1964, 16 enero 1965, 8 noviembre 1966, 23 octubre 1967, 29 mayo 1970, entre los recientes y referidos todos ellos al delito de imprudencia punible relacionada con la circulación en que intervinieron paisanos y aforados—; criterio confirmado por la declaración, basada en las mismas premisas legales citadas, de la vis atractiva de la jurisdicción ordinaria en los casos dudosos de atribución a uno u otro fuero —Autos 17 abril 1945, 23 febrero 1961, 18 enero 1964, entre otros—; y siendo, finalmente, de advertir, que tanto el art. 11 de la Ley procesal penal, como el 19 del Código castrense hablan de culpables y no simplemente de causantes, lo que explica que esta Sala haya declarado también que no puede atenderse exclusivamente al criterio objetivo del resultado, en contra del criterio subjetivo o de atribución personal de la responsabilidad para resolver el conflicto jurisdiccional, de modo que no vale alegar que no hubo lesiones para el conductor aforado ni daños para el vehículo por él conducido y sí que los hubo en el otro conductor o vehículo implicados en el accidente para decidir que el primero es el culpable en orden a la competencia —Auto 10 noviembre 1965.»

«Que aplicada la anterior doctrina interpretativa de esta Sala especial al caso que ahora se le somete, resulta de lo hasta aquí actuado por cada uno de los órganos mantenedores de la competencia negativa

que no ha podido ser fijada la culpabilidad exclusiva de ninguno de los dos conductores —militar y paisano— implicados en la colisión de sus respectivos vehículos, ni siquiera a título presuntivo o indiciario, como tampoco si ambos concurren con conducta culpable a producir el delito de daños por imprudencia punible que se persigue en las diligencias incoadas, pues mientras uno sostiene que verificó el giro a la izquierda correctamente y que fue el otro quien trató de adelantarse en momento ya extemporáneo (con infracción, por tanto, para este último, de lo dispuesto en el art. 30 del C. Circ.), el segundo afirma que fue el primero quien le cerró el paso por su desvío, provocando así la colisión (con infracción por tanto, del art. 25 del mismo Código viario) de la que resultaron daños únicamente para el automóvil conducido por el no aforado, circunstancia esta última que, por lo ya dicho en doctrina, no puede servir por sí sola para decidir la competencia en favor de la jurisdicción militar puesto que el conductor aforado además, de causa debe ser culpable exclusivo de la colisión para poder entender aplicable el art. 13 del Código de Justicia Militar que, sólo por razón de la persona, atribuye la competencia a la jurisdicción militar; de modo que habiendo de entender, en defecto de otras pruebas, que los dos intervinientes en el hecho son, en principio, igualmente responsables o, al menos que la culpabilidad de uno y otro se presenta dubitativa, se está en el caso de aplicar lo dispuesto en el art. 11 de la L. E. Crim., y 19 regla 2.ª del Código de Justicia Militar y atribuir por ahora, al Juzgado de Instrucción núm. 1 de Vigo el conocimiento de las diligencias tramitadas.»

AUTO DE 8 DE MAYO DE 1973

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la II Región Militar y el Juzgado de Instrucción de La Palma del Condado (Huelva), sobre conocimiento de diligencias seguidas con motivo de la colisión habida entre vehículos de motor, que la Sala Especial decide en favor de la Jurisdicción ordinaria, conforme a los siguientes razonamientos:

«Que la presente cuestión de competencia suscitada entre el Juzgado de Instrucción de La Palma del Condado y la Capitanía General de la II Región Militar trae su origen en la colisión de vehículos acaecida el día 20 octubre 1972 en Villalba del Alcor (Huelva) entre el turismo, conducido por el Brigada, S.F.B. y el camión tractor, pilotado por el paisano F.P.R., de cuyo hecho tan sólo se derivaron daños en aquel turismo, tasados en 6.357 pesetas, iniciando el Juzgado diligencias previas de las que se inhibió por Auto de 5 de diciembre de 1972 en favor de la Autoridad Judicial Militar de la II Región Militar, la que rechazó su conocimiento por decreto de 27 del mismo mes, planteándose la

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

cuestión de competencia negativa en la que ha informado el Ministerio Fiscal estimando que por ahora procede resolver la misma en favor de la jurisdicción ordinaria.»

«Que si bien los delitos de imprudencia como el del caso enjuiciado, no producen desafuero en los militares, toda vez que el art. 16 en relación con el 13 del Código de Justicia Militar, se ha de interpretar restrictivamente, tal criterio es aplicable en los casos en que la responsabilidad del aforado es indubitada y exclusiva, lo que en el supuesto presente no se ha constatado por ahora, ya que en las diligencias practicadas no ha sido oído el conductor del camión y tan sólo se desprenden indicios racionales sobre posibles responsabilidades del conductor del turismo del informe facilitado por la Guardia Civil de Tráfico, por lo que, en el estado actual de las actuaciones, cobra su imperio como norma preferente la regla general del art. 11 en relación con el 16 de la L. E. Crim., al no deducirse que el supuesto planteado sea de los exceptuados por razón de la índole del delito, del lugar o de la persona, por lo que de momento y sin perjuicio de lo que resulte al concretarse los hechos perseguidos con los suficientes elementos de juicio que todavía no aparecen debidamente acreditados, hay que acudir al criterio que de principio decide la cuestión negativa del conocimiento a favor de la jurisdicción que con carácter general y preceptivamente tiene naturaleza atractiva, o sea, la jurisdicción ordinaria.»

AUTO DE 22 DE MAYO DE 1973

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la II Región Militar y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Córdoba, sobre diligencias seguidas con motivo de accidente de circulación con resultado de daños, que la Sala Especial resuelve a favor de la Jurisdicción militar, conforme al siguiente razonamiento:

«Que sin perjuicio de lo que arroje la ulterior investigación sumarial, en el estado que mantienen las actuaciones resulta de manera indiscutible y admitida, por las autoridades entre quienes esta contienda se ha suscitado, que el Subteniente Practicante perteneciente al Cuerpo de Sanidad conduciendo su automóvil no respetó el *Stop* que al cruzar la carretera general Madrid-Cádiz le obligaba a una doble prevención, la primera la detención del vehículo que conducía, extremo éste acreditado, y la segunda, según el C. Cir., arts. 170-1, 22 y 171-11-A-16, no reanudar la marcha hasta cerciorarse que podía salir a la carretera sin peligro para los demás usuarios de las vías, extremo incumplido, puesto que pese a que vio venir el vehículo con el que colisionó, creía que le daba tiempo a pasar y esta apreciación errónea fue la única causa del accidente, atribuible por ahora sólo al aforado sin que tales apreciaciones tengan otro valor que a los efectos que se pronuncian,

esto es, las de la competencia y viniendo determinada la de la militar por razón de la persona, en el art. 13 del Código de Justicia Militar y siendo militar el conductor don R.M.R., debe declararse la competencia en favor de la II Región Militar.»

AUTO DE 25 DE JUNIO DE 1973

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la IX Región Militar y el Juzgado de Instrucción de Linares, sobre conocimiento de actuaciones seguidas por agresión de obra a un Policía Armado, cuestión que se resuelve atribuyendo el conocimiento de los hechos a la Jurisdicción militar, conforme a los siguientes fundamentos:

«Que según la Ley de 8 de marzo 1941, art. 18, la Policía Armada tiene calidad militar; y si en la ocasión de autos el Policía en cuestión vestía el uniforme reglamentario, estaba de servicio propio de su Instituto y con motivo de prestarlo fue golpeado por el paisano A.C.M., aunque sólo le causara lesiones leves que no necesitaron asistencia médica ni le imposibilitaron para continuar prestando su servicio profesional de guardador del orden público, no pudiendo el agresor dudar de la calidad y condición del agredido al golpearle, es indudable, que el acto cometido, ofensa de obra y no meramente verbal, se encuentra en la tipicidad delictual militar prevista y penada en el art. 308 núm. 3.º en relación con los 5.º y 6.º, núms. 12-13-1.º, todos del Código de Justicia Militar, pues el delito en principio imputable —sin que ello prejuzgue la definitiva calificación y a los solos efectos de resolver este conflicto jurisdiccional— tiene carácter militar por tener esta calidad, en cuanto miembro de fuerza armada, con trascendencia para la legal subsunción de la conducta, la persona ofendida de obra, lo que supone que debe atribuirse el conocimiento de la presente causa a la Jurisdicción Castrense dada la clase de delito —típicamente militar— y contemplado en el art. 18, habiendo actuado el encartado contra fuerza armada en acto de servicio.»

«Que no obsta a esta atribución competencial el estado de excitación y acaloramiento y la falta de intencionalidad de agresión a fuerza armada a que se alude en algunos de los dictámenes emitidos, pues aparte de que tanto en el CP ordinario, como en el de Jurisdicción Militar las acciones u omisiones se reputan en principio voluntarias y maliciosas, no cabe dudar que quien golpea a un Agente de la Policía Armada por muy excitado o acalorado que se encuentre, no le es dable dudar, por lo ostensible de su calidad, que se trata de un Agente Militar guardador del orden, y si bien la excitación y el acaloramiento podrían en su día repercutir atenuando la punición, ello no trasciende en la facultad de

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

conocer que como dicho queda, está expresamente atribuida a la Jurisdicción Militar. Por todo lo razonado debe resolverse la presente cuestión en favor de dicha Jurisdicción remitiéndole la causa y haciéndolo saber al Juzgado de Linares lo resuelto con envío de testimonio de la presente resolución.»

(Joaquín Hernández Orozco)

C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

S. 7 mayo 1974.—Asociación ilícita.—Arts. 172 núm. 3.º, 173, núm. 3.º y 174, núm. 1.

Que el CP, a través de varios de sus preceptos, en materia de Asociaciones ilícitas a los efectos penales, va fijando su posición estableciendo —a los efectos que interesan en el presente recurso—: 1.º Que son asociaciones ilícitas y por tanto, no sólo contra el derecho de libre asociación proclamado por el art. 16 del Fuero de los Españoles, sino integrantes de figura delictiva, las prohibidas por la Autoridad competente (art. 172-3.º). 2.º Están prohibidas por la Autoridad competente, entre otras, las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley 3.º. También cualesquiera otras de tendencia análogas, aun cuando su reconstitución tuviese lugar bajo forma y nombre diverso (art. 173-2.º). 4.º Si la asociación tuviere por objeto la subversión violenta, la destrucción de la organización política, social, económica o jurídica del Estado, el ataque a la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional distinguiendo el Código a estos fines que los hechos tengan gravedad o no la tengan y que la asociación hubiera llegado o no a constituirse a los efectos de fijar, con amplia discrecionalidad para el Tribunal la pena, dentro del tipo que señala (art. 174-3.º y 4.º). 5.º Que el Partido Comunista está expresamente declarado fuera de la Ley en reiteradas constantes y graduales disposiciones, representadas por el D. de 13 de septiembre 1936, Leyes de 9 febrero 1939 y 1 de marzo 1940; Ley de Principios fundamentales del Movimiento de 17 mayo 1958, ratificado por D. de 20 abril 1967, y así lo ha proclamado este Tribunal en reiteradas sentencias (9 noviembre 1950, 20 mayo, 23 y 24 abril 1970, 27 marzo, 28 abril y 3 de mayo de 1972, entre otras). 6.º Que en tal figura delictiva, asociación ilícita por prohibición de Autoridad competente y disposiciones legales citadas y comprendidas en el art. 174, núm. 3.º se ha incardinado, jurisprudencialmente la línea trostkista del marxismo, entre otras en S. de 14 de marzo 1973 (R. 1303).

S. 8 mayo 1974.—Imprudencia simple por infracción de reglamentos C.P.—Art. 565 párrafo 2.º.

Que el delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos ocupa el lugar intermedio de la escala culposa, equidistante de la imprudencia temeraria y de la imprudencia simple sin infracción de Reglamentos, y hallándose incardinado o descrito en el párr. 2.º del art. 565 del CP, se integra o compone de los siguientes elementos o requisitos: a) acción voluntaria aunque no maliciosa; b) conducta negligente o descuidada u omisión de precauciones en que no hubiera incurrido un hombre medianamente precavido, cauto y previsor; c) que las precauciones omitidas se hallen prescritas en disposiciones de índole reglamentaria, que de este modo, quedan conculcadas, desconocidas o infringidas; d) un resultado dañoso; y e) relación de causalidad entre la omisión de precauciones, la conducta medianamente negligente y la infracción de Reglamentos, y el resultado, de tal modo que éste sea consecuencia directa e inmediata de aquellos.

S. 13 mayo 1974.—Lesiones.—C.P., art. 420 núm. 3.º.

Que de acuerdo con el Diccionario «deforme» es lo desproporcionado o irregular en la forma o aquello que ha perdido su forma ordinaria, y «deformidad» es calidad de deforme; y realmente estos conceptos no distan demasiado de la significación que la doctrina y la jurisprudencia atribuyen a la deformidad que si bien los médico-legistas se apartan un tanto de esta hermenéutica y en algunas legislaciones extranjeras se circunscribe a irregularidades o fealdades faciales o en el rostro, los juristas e intérpretes españoles a partir de la sentencia del TS de 11 diciembre 1885, definen la deformidad como fealdad visible y permanente; pudiéndose agregar que se trata de un residuo o secuela de anterior lesión que le afea por alterar su morfología, su aspecto exterior, su conformación periférica, introduciendo en ella imperfecciones, variaciones peyorativas o anormalidades, asimetrías e inarmonías que, unas veces afectan a la faz, a la fisonomía o al rostro y otras a distintas partes del cuerpo, de la cabeza o de las extremidades, pudiendo consistir en cicatrices, costurones, pérdidas parciales de sustancia, de nariz, de pabellón auditivo, de cuero cabelludo o de incisivos o caninos, o en manchas persistentes o variaciones de pigmentación, y hasta en anquilosis o anormalidades funcionales o eurítmicas de los miembros, como lo demuestran las sentencias del TS de 10 mayo y 30 junio 1875, 2 junio 1884, 17 septiembre 1889, 28 octubre 1887, 11 noviembre 1891, 10 noviembre 1917, 24 noviembre 1922, 6 julio 1949, 22 diciembre 1969, 9 y 26 marzo 1970 y 15 abril del mismo año, debiéndose también añadir: 1.º) Que sin tratar de convertir a los Tribunales en jurados de belleza, éstos, con apreciación estética, durante las sesiones del juicio oral han de

apreciar de «visu» si la lesión ha producido o no alteración notable en el aspecto de la persona, y así el TS, en sentencia de 21 abril 1966 declaró que la deformidad es un hecho visible de la libre apreciación del Tribunal de instancia, generalmente durante apreciación personal en el acto del juicio oral, y sólo sería revisable en casación cuando hubiere incongruencia entre su reflejo en la relación fáctica y la trascendencia o intrascendencia que luego se le atribuye; 2.º) Que el tópico o lugar común, mejor diríase, sofisma de que es un concepto subjetivo y variable y que hay que tener en cuenta, para su acertada estimación, las circunstancias de edad, sexo y profesión, fue recogido en las sentencias del TS de 12 enero 1892, en la de 6 de julio de 1944, que exige que la víctima sea una mujer y en la de 15 febrero 1956, la que llega a afirmar que en el hombre no tiene importancia una cicatriz, pero la mayoría de los fallos de este Alto Tribunal, de los que es paradigma la sentencia de 26 junio 1969, sostienen la improcedencia de todo trato discriminatorio y desigual, añadiendo que la solución acertada es la que se rige por criterios objetivos, restándole importancia a los detalles subjetivos y terminando con la afirmación de que cualquiera que sea la edad, sexo o profesión del ofendido ciertas huellas residuales de las lesiones constituyen siempre deformidad; y 3.º) Que esto no obstante, los matices subjetivos del caso podrán tener relevancia a la hora de determinar o graduar el «quantum» de la indemnización puesto que, es preciso reconocerlo, no causa el mismo perjuicio v.g. una cicatriz visible en la cara de una joven actriz que en la de un anciano retraído; y también podrán operar en los casos dudosos, en los que una tenue y poco visible huella residual puede ser calificada, acertadamente, de un modo u otro, según las circunstancias del lesionado, especialmente edad, sexo y profesión.

Quen en el caso presente, el Tribunal de instancia no inserta en la narración histórica de la sentencia impugnada la edad y profesión del ofendido, aunque sí su sexo, pero a la luz de los principios antes enunciados, no eran en absoluto precisos o indispensables tales datos pues una cicatriz, visible y permanente en región preauricular y mandíbula inferior, de doce centímetros de longitud, que, por retracción de los tejidos, afea el rostro y además, para colmo, disminuye en un 20 por 100 la movilidad mandibular, no precisa matizaciones subjetivas de ninguna especie para su adecuada calificación, y constituye siempre, sean cuales sean las circunstancias del sujeto pasivo, deformidad incardinable en el núm. 3.º del art. 420 del CP.

S. 16 mayo 1974.—Lesiones: preterintencionalidad.—C.P., art. 9 (circ. 4.º) y 420 núm. 3.º.

Que debiéndose destacar ante todo que la preterintencionalidad que en otras legislaciones integra una tercera forma de culpabilidad al lado del dolo y de la culpa, en la española es tratada en el párr. 3.º del art. 1, en el art. 50 y en el núm. 4.º del art. 9 del CP, discutiéndose vivamente

en la doctrina y en la jurisprudencia cual de dichos preceptos es el aplicable según los casos, pero en el presente sólo interesa en su calidad de circunstancia atenuante, caracterizada por el «ultra propositum» o «plus in effectu», de tal modo, que como declaró este Tribunal en sentencias, entre otras de 2 marzo 1934, 12 abril 1947, 24 marzo 1970 y 4 abril 1974, haya habido una desproporción entre la actuación criminal del agente, valorada por los medios empleados, forma de ejecución, ocasión y cuantos particulares concurren, y su resultado, de tal suerte que en circunstancias normales las consecuencias hubieran tenido menor gravedad y hallarían una mayor adecuación a los propósitos revelados por el infractor; añadiéndose que para la estimación de dicha atenuante es preciso: 1.º) un dolo inicial, es decir, intención, deseo o propósito de realizar una conducta contraria a derecho; 2.º) que sobrevenga un daño material; 3.º) que el daño, resultado o mutación en el mundo exterior sea más grave que el que se quiso realmente producir, esto es, que se haya llegado en el resultado más allá de lo concedido, querido y estimado; y 4.º) relación de causalidad entre la conducta inicial dolosa y el resultado preterintencional.

Que amplios sectores doctrinales y el mismo TS, consideran poco apto al delito de lesiones, comprendido en los arts. 420 y 422 del CP, para la concurrencia de la atenuante de preterintencionalidad, pues exigiéndose por el legislador el dolo general de lesionar, e imponiéndose la pena con arreglo al resultado, es claro que el agente podrá tener la intención de herir, golpear o maltratar, pero no es necesario que su dolo abarque o llegue al resultado concreto obtenido que, de ordinario, no depende de su voluntad, agregándose que en realidad el legislador sanciona unas vías de hecho dolosas cualificadas por el resultado, e incompatibles, como todos los delitos de esa índole, con la atenuante debatida. Sin embargo, aún con las reservas y restricciones inspiradas en el criterio anterior, otros sectores doctrinales, comparando el art. 420 con la forma de sancionar establecida v.g. en los arts. 505 o 515 del CP, y la posibilidad de aplicación de la preterintencionalidad a las lesiones, e incluso, como las sentencias del TS de 25 de abril y 29 mayo 1959, 6 diciembre 1956, 23 enero 1960 y 15 marzo 1963, aplica la atenuante al estimar que puede haber preterintencionalidad cuando los medios de ejecución empleados, el arma e instrumentos escogidos, la región corporal atacada, la reiteración de los golpes, el vigor o saña con que éstos son asestados, las palabras proferidas, las circunstancias anteriores coetáneas o posteriores al hecho y cualquier otro dato o elemento de juicio, permitan llegar a la conclusión de que el agente tuvo el propósito o intención de causar lesiones de inferior gravedad a las realmente producidas.

S. 1 junio 1974.—Imprudencia temeraria.—C.P., art. 565 párrafo 1.º.

Que viene sosteniendo con manifiesta reiteración la doctrina de esta Sala sobre la imprudencia temeraria del art. 565-1.º del CP, que son elementos esenciales de la misma; acción u omisión voluntaria, no maliciosa, mal efectivo y concreto que de no estar ausente la malicia constituiría delito y relación de causalidad, directa, inmediata y eficaz entre la acción y el resultado, sin interferencia de ningún elemento extraño preponderante en la relación causal; falta de la previsión más ordinaria y ausencia de medidas las más elementales para evitar males no sólo previsibles, sino evitables mediante el empleo de diligencia vulgar; desatención vulgar y grosera en la salvaguarda del derecho ajeno. Sobre todas estas construcciones esencialmente idénticas y otras más que la doctrina va expresando para rellenar el vacío o inexpressión que el art. 565-1.º del Código, supone con su fórmula amplia, cuando se concretan casos como el contemplado de atropello de peatones cruzando calles, en pasos de cebra, suben de punto en unanimidad cuando se invaden arceles transitando varios peatones o se invaden aceras destinadas exclusivamente al tránsito de las personas con la seguridad que les da el caminar por zonas dedicadas exclusivamente a peatones, donde la imprudencia, con la relatividad propia de cada caso se califica de temeraria (Sentencias de 12 y 17 de mayo, como más recientes).

S. 3 octubre 1974.—Apropiación indebida.—C.P., art. 535.

Que a pesar de que el art. 535 del CP, al tipificar el delito de apropiación indebida, no exija expresamente, el factor ideal o elemento subjetivo del injusto, que es dolo o ánimo de lucro, es indudable que ha de entenderse que tal requisito, por su misma naturaleza se halla implícito en la infracción criminal, por tratarse de una figura de apoderamiento y defraudación, que requiere el enriquecimiento injusto del poseedor legítimo, apropiándose o distraendo la cosa ajena, y haciéndola propia por acto de autoridad, que necesita para originarse de este elemento importantísimo de la culpabilidad, generado por el quebrantamiento económico perjudicial producido al sujeto pasivo, que finalísticamente requiere tal norma, con el «animus rem sibi habendi» del agente, que determina la antijuricidad de condición psicológica; caracterización de la culpabilidad por el ánimo de lucro, que esta Sala exige constantemente, en dicho delito, en sus resoluciones, de las que son últimos exponentes las de 9 de enero 1956, 12 febrero y 26 mayo 1962, 24 febrero 1968, 2 octubre 1969, 20 enero 1970 y 25 febrero y 14 mayo 1974.

Que este ánimo de lucro, que supone una forma especial de la culpabilidad, ha de existir como fin de la acción, aunque no se consiga incluso alcanzar la esperanza económica perseguida por el culpable y

tiene que consistir, en cualquier ventaja, goce o provecho, que favorezca, o pueda favorecer, al culpable o a tercera persona, debiendo este dolo de lucro presumirse, por el hecho mismo del apoderamiento o distracción de la cosa bienes o dinero ajeno, y de su naturaleza jurídica tracción de la cosa ajena en el delito de apropiación indebida, a no constatar otros móviles en contrario, que inequívocamente lo desvirtúen y lo hagan desaparecer, y por tanto, con presunción «iuris tantum», que elimine los riesgos del «dolus in re ipsa», y que ceda ante deseos distintos a los lucrativos; presunción la indicada, que ha de soportarse, en el acto mismo constituyente del apoderamiento o distracción, de la cosa, bienes o dinero ajeno, y de su naturaleza jurídica y económica, pues ha de determinar por su eficacia, el acto dispositivo de conversión de la posesión legítima u otorgada, en propiedad ilegítima prohibida e ilícita, como sucederá con el pago efectuado, con dinero entregado, con destino impuesto, y para otra finalidad, de deudas del poseedor, ya que tal actividad desleal, produce perjuicio al dueño del dinero y enriquecimiento al pagador.

Que aunque la doctrina de esta Sala, admita excepcionalmente las apropiaciones de mero uso atípicas, por simple utilización ilícita, no dominical, de los objetos confiados, cuando el poseedor los utiliza transitoriamente para sí, sin deseo de retención definitiva, al margen de las facultades y obligaciones pactadas, con el desco de restitución tardía, pero sin acto de apoderamiento o distracción, que de vida a los nucleares verbos típicos del art. 535 del CP, es lo cierto, que lo ha hecho, como consta claramente en sus Sentencias de 13 noviembre 1970, 31 mayo 1972 y 14 febrero 1974, de manera muy restrictiva y limitada, si al apoderamiento o distracción de las cosas ajenas se deriva de la actuación del culpable, exigiendo rigurosamente la demostración del ánimo de mero uso que elimine el presumible lucro, lo que deberá contenerse a medio de expresa declaración o de datos que en «facta concludentia» la determinen, pues son situaciones muy difíciles de concebir en la realidad práctica tales supuestos que siempre exigen además, la consecución del reintegro del objeto.

Que el título fiduciario de comisión, citado expresamente en el art. 535 del CP, por su gran laxitud y sentido vulgar comprende la comisión mercantil, el mandato civil, la amplia representación de cualquier condición, e incluso el mero encargo de destino impuesto o determinado, para dirigir la transferencia posesoria de las cosas o valores a realizar el agente una concreta finalidad especificada, sin admitir otra disyuntiva que su cumplimiento o incumplimiento, y sin opciones para distintos destinos, como sucede con las comisiones de compra, específicamente precisadas, de cosa cierta y concreta que deben cumplirse indeclinablemente, de acuerdo a la voluntad unitaria del dueño de la «res comendata», sin exralimitaciones de ninguna clase, ni aplicación del dinero como precio recibido, a saldar deudas del agente poseedor, por suponer una clara desvirtuación de la comisión, un adueñamiento de tal dinero, y un enriquecimiento lucrativo indudable, y por lo tanto,

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

el realizar el delito de apropiación indebida, a pesar de que se prometa la devolución, y se reconozca el quebranto causado, pues la infracción se consuma con el apoderamiento lucrativo, y tales protestas de una conducta reparadora posterior, no tienen efectividad, ni para desvirtuar el delito, ni otro alcance, de producirse, que actuar en la responsabilidad civil delictual eliminándola o rebajándola.

(Ignacio Díaz de Aguilar y Elizaga)

D) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA GENERAL

SUMARIO: I. *Actos Administrativos:* A) Actos administrativos declarativos de derechos. Revisión de oficio y falta de notificación. B) Plazo para recurrir.—II. *Procedimiento administrativo:* Silencio negativo, desviación de poder.—III. *Contratación administrativa militar:* Devolución de fianzas.—IV. *Hospitales Militares, indivisibilidad de una estancia:* Valor del precedente.—V. *Patronato de casas militares:* Personalidad jurídica y representación en juicio. Recurso de lesividad.—VI. *Personal laboral de los establecimientos militares:* Régimen jurisdiccional especial. Exclusión de la vía contenciosa y laboral.

I. ACTOS ADMINISTRATIVOS

- A) ACTOS ADMINISTRATIVOS DECLARATIVOS DE DERECHO. IMPOSIBILIDAD DE SER REVISADOS DE OFICIO. DIFERENCIA ENTRE EL EFECTO CONSTITUTIVO DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y LAS CONSECUENCIAS POR SIMPLE FALTA DE NOTIFICACIÓN. INDEMNIZACIÓN POR PRIVACIÓN DE VIVIENDA MILITAR SEGÚN O. C. DE 1 DE MARZO DE 1968.

Sentencia de 23 de abril de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que reconocido como le fue al señor P. y P. la indemnización por pérdida de vivienda y existiendo por lo tanto, un acto expreso y declarativo de un derecho a favor del mismo la Administración no podía revisar de oficio tal reconocimiento, aun en el caso de no ser procedente el percibo del aludido emolumento, pues a ello se opone terminantemente lo dispuesto en el Capítulo I del Título V de la Ley de Procedimiento Administrativo, adaptada a los Ministerios Militares por el D. de 2 junio 1966, a menos que cumpliera los requisitos previstos al respecto, ninguno de los cuales consta que se hayan llenado; criterio éste que ha sido mantenido por la Sala en casos análogos a los cuales se refieren las sentencias aludidas en los vistos.

Que no es óbice para cuanto queda expuesto la circunstancia de que el acto declarativo del derecho a percibir la indemnización cuestionada no fuese notificado al interesado, pues como puso de relieve la Jurisprudencia —entre otras en las sentencias de 25 abril 1961, 13 marzo

1967, 23 mayo 1970 y 13 mayo 1972— la notificación no forma parte del acto, sino que le debe seguir y, por ello, aquel tiene vida jurídica independiente pudiendo afectar tal acto de comunicación únicamente al plazo para recurrir; más la falta de la notificación en modo alguno es lícito —visto que la anomalía se debe a la Administración— que perjudique al administrado; debiendo, por el contrario, beneficiarse el mismo de la manifestación de voluntad que el acto conlleva.

B) ACTOS ADMINISTRATIVOS. FECHA INICIAL DEL PLAZO PARA RECURRIR FALTANDO NOTIFICACIÓN PERSONAL. LOS DEFECTOS PROCEDIMENTALES DE TRASCENDENCIA EN LA SITUACIÓN DE UN FUNCIONARIO (SERVICIOS ESPECIALES-SUPERNUMERARIO) NO PUEDEN CONSIDERARSE ERRORES MATERIALES QUE SE PUEDAN RECTIFICAR DE OFICIO.

Sentencia de 24 de octubre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que en su contestación a la demanda el Abogado del Estado alega el motivo de inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo previsto en los arts. 40-a) y 82-e) de la Ley Jurisdiccional de 27 diciembre 1956, fundándose en que el previo de reposición contra la Orden del Ministro del Ejército de 10 febrero 1970 —que dejó sin efecto la anterior de 28 agosto 1969 y es tema sustantivo del litigio—, fue interpuesto fuera del plazo de un mes exigido en el art. 52 de la misma Ley, ya que publicada la Orden en el Diario Oficial del Ejército de 13 febrero 1970 presentó el escrito de reposición el día 14 de marzo siguiente un día después según cómputo de fecha a fecha. Pero tal motivo no puede prosperar porque: 1.º al no haber sido notificada la Orden personalmente al interesado, el plazo impugnativo comienza a contarse desde que se diera por enterado, arts. 79-1 y 3 de la L. Pro. Adm. y 59-2 de la Jurisdiccional, y ello fue el 17 febrero 1970 fecha de carta dirigida por el actor al Ministro del Ejército, sin que en consecuencia el dicho 14 de marzo hubiese transcurrido el mes para recurrir; y 2.º porque el debatido plazo de un mes ha de contarse con arreglo al art. 7.º del C. Civ., a razón de 30 días naturales desde el siguiente de la notificación o publicación, según tiene reiteradamente declarado este TS, en sentencias, entre otras, de 10 octubre 1964, 24 diciembre 1968, 27 diciembre 1970 y 5 noviembre 1972, de donde, teniendo 28 días del mes de febrero 1970, el plazo del recurso de reposición, concluía el 15 de marzo siguiente, un día después del que se interpuso. Entonces al rechazarse el motivo aducido por el Abogado del Estado se evidencia que la también impugnada Orden de 22 mayo 1970, declarando inadmisibile el recurso de reposición contra la de 10 febrero 1970 como interpuesto fuera de plazo, es contraria a Derecho y, por lo tanto, se impone declarar su nulidad, como así suplica la demanda.

Que la Orden del Ministro del Ejército fecha 10 febrero 1970 —obje-

to principal del recurso— se funda en el art. 111 del Decreto de Procedimiento Administrativo en los Departamentos Militares de 2 junio 1966, para declarar sin efecto la anterior Orden Ministerial de 28 agosto 1969, por la cual habría pasado el recurrente don C.M.L.B., Capitán de Artillería (E. A.) Grupo de Mando de Armas, de la situación de supernumerario a la de «En Servicios Especiales. Grupo de Destinos de Interés Militar», en aplicación del D. de 20 septiembre 1965 y Orden de 11 marzo 1967, por prestar servicios de ingeniero industrial en la Junta de Energía Nuclear, quedando de nuevo a virtud de la resolución impugnada, en la situación de supernumerario. Consiste, pues, el tema propio del recurso en decidir si la Orden de 28 agosto 1969 incurrió en el error material o de hecho, cuya rectificación puede realizar la Administración en cualquier momento, conforme le permite el dicho art. 111. Al contestar la demanda, el Abogado del Estado concreta aludido error, ateniéndose a los antecedentes del expediente, en haberse pronunciado la Orden de 1969, sin antes informar el Alto Estado Mayor del Ejército, cuyo trámite preceptúa la Orden de 11 marzo 1967 (Diario Oficial del Ejército, día 31). Más independientemente de que fuese o no exigible el informe, pues estaba clasificada la Junta de Energía Nuclear como de interés militar, lo que se evidencia en el recurso es la imposibilidad de calificar la omisión de este trámite dentro del carácter de error material o de hecho; porque el tal yerro, previsto por la Ley supone una equivocación en nombres, fechas, operaciones aritméticas, transcripciones de documentos y análogas, pero no equivocación de defectos procedimentales con trascendencia en cambio de situación administrativa de funcionario, como es el caso del presente litigio, cuestión pues de Derecho y no de hecho; y sobre todo que al tratarse de anulación de acto declarativo de derecho, es asunto depurable por los cauces del art. 110 de aquel Decreto y de la Ley General de Procedimiento, no por la vía seguida del 111; según así también entendió el Consejo de Estado en su dictamen de fecha 11 febrero 1971, emitido a instancias del Ministro del Ejército. De estos razonamientos se deduce, con claridad, la disconformidad en Derecho de la Orden de 10 febrero 1970, imponiéndose, como igualmente respecto de la de 22 mayo del mismo año, antes examinada, la estimación del recurso y la anulación de ambas resoluciones, con la consecuencia de mantenerse en toda su eficacia la Orden de 28 agosto 1969. Y sin que, de otra parte, sea necesario, además, acudir a apreciar infracción por causa de desviación de poder, pues no resulta acreditada circunstancia alguna evidenciadora de que fuesen dictadas para impedir el ascenso del recurrente al empleo superior de su carrera militar, lo que podría haber sido el fin distinto del fijado por el ordenamiento jurídico según palabras del art. 83-3 de la Ley Jurisdiccional.

II. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

SILENCIO NEGATIVO POR APLICACIÓN DE LA NORMATIVA GENERAL EN EL CASO DE FALTA DE RESOLUCIÓN DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA ARMADA. DOCTRINA DE LA DESVIACIÓN DE PODER COMO VICIO DE NULIDAD DEL ACTO ADMINISTRATIVO. ASCENSOS EN LA ARMADA.

Sentencia de 30 de octubre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que en primer término se aduce por el actor que el art. 46 del Reglamento del Consejo Superior de la Armada y de sus Organos de Trabajo (Anexo de la Orden ministerial 1557/69), establece que el recurso de revisión había de resolverse en un plazo de tres meses contado desde la fecha de la clasificación, y que tal precepto se ha infringido al haber tenido lugar la clasificación en los días 20 y 21 de mayo de 1970 y la desestimación de la revisión el día 28 septiembre 1970, pero aun prescindiendo de que el art. 46 citado no establece en forma imperativa ese plazo de tres meses para resolver, carece de fundamento la alegación del actor, de que su recurso de revisión había de considerarse estimado a virtud de la doctrina del silencio administrativo positivo, transcurridos tres meses desde la clasificación, y que la resolución denegatoria posterior de 28 septiembre 1970 era nula, ya que no podía modificar una situación jurídica creada automáticamente por la demora en resolver, pues el silencio positivo sólo procede —art. 95 de la Ley de Procedimiento y del Decreto de 2 de junio de 1966—, cuando así se establezca por disposición expresa o cuando se trate de aprobaciones o autorizaciones que deban acordarse en el ejercicio de funciones fiscalizadoras y tutela de los Organos superiores sobre los inferiores, y en el caso actual, ni se está en presencia de un supuesto en el que una disposición establezca el silencio positivo por el transcurso de los tres meses desde la clasificación, ni la resolución del recurso de revisión por el mismo órgano que dictó el primitivo acuerdo, implica el ejercicio de una función fiscalizadora o de tutela, siendo aplicable el art. 49 de las mencionadas disposiciones, según el cual las actuaciones administrativas realizadas fuera del plazo establecido, sólo implicarán la anulación del acto si así lo impusiera la naturaleza del término o plazo y la responsabilidad del funcionario causante de la demora, si a ello hubiere lugar.

Que se alega por último en la demanda como causa de nulidad de las resoluciones recurridas, la desviación de poder definida en el art. 83.3) de la Ley de la Jurisdicción, como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados en el Ordenamiento Jurídico, más la apreciación de si existe o no tal infracción, implica como tiene declarado esta Sala, entre otras en su sentencia de 28 octubre 1969, un juicio comparativo entre el fin específico siempre en interés público, a que va encaminado el precepto concreto del Ordenamiento

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

Jurídico que mediante el acto administrativo, se aplica y el fin que persigue el órgano administrativo, al ejercer la potestad que le está conferida también para satisfacción del interés general, y tal como se alega en la demanda este vicio de nulidad, no es posible siquiera establecer ese juicio comparativo para analizar si concurre o no la desviación de poder que meramente se enuncia, pues si bien el «fin de la Ley» 78/68 está claramente expresado en su Exposición de Motivos: «conseguir el máximo nivel en el cumplimiento de las misiones de la Armada, mediante el control de la eficacia del personal que la sirve», en la demanda no se señala siquiera y menos aún se cumple la obligación de probar, cuál es el fin distinto del de la Ley perseguido por el Consejo Superior de la Armada al clasificar al recurrente como no elegible para el ascenso, sin que pueda suplirse esa falta de especificar cuál es el fin contrario a Derecho que se imputa al Consejo, destacando la capacidad y brillante historia militar del recurrente, pues aún reconociéndoselas, la Sala no puede entrar como reiteradamente quedó expresado, en el juicio valorativo tenido en cuenta por el Consejo Superior de la Armada, ya que además en orden a la desviación de poder, no es el resultado bueno o malo del acto administrativo, sino el «móvil» lo que revela la ilegalidad.

III. CONTRATACION ADMINISTRATIVA MILITAR

CADUCIDAD Y EXTINCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR LA DEVOLUCIÓN DE FIANZAS. IRRENUNCIABILIDAD DE LOS DERECHOS CONSOLIDADOS EN FAVOR DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. RETENCIÓN DE FIANZA POR RESPONSABILIDAD E INCUMPLIMIENTO DE LAS CONDICIONES DE LA CONTRATACIÓN. CONSTRUCCIÓN DEL PARQUE Y TALLERES DE AUTOMÓVILES DE PONTEVEDRA.

Sentencia de 27 de junio de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que además y procediendo al examen de la también petición de la demanda, de que se le devuelva al recurrente la fianza constituida para la ejecución de la mencionada obra, por no estar afecta a responsabilidad alguna, es preciso tener en cuenta, que después del tiempo transcurrido sin que el contratista reclamase su devolución —toda vez que lo único que figura en las actuaciones realizó para conseguirlo, resulta que después de serle denegado no entabló ningún recurso ni ejerció acción alguna en tal sentido—, hasta que el 7 de octubre 1964 y reiterado el 25 de enero de 1965 pide la notificación de las Ordenes de 13 de febrero 1945 y 28 junio 1946 en las que se acuerda la retención de la misma, por lo cual esa falta de reclamación frente a una situación jurídica no desconocida y a un acto administrativo consentido impide todo derecho para exigir después de transcurrido tan largo lapso de tiempo la devolución de la fianza y cuando también, si ésta ha garanti-

zado la realización de la obra que se declaró mal ejecutada estando presente el propio contratista, en su interés estaba impugnar tal declaración y justificar era incierta la misma y en último caso, provocar un acuerdo de finalización sin responsabilidad de la citada relación contractual por la correcta ejecución de la obra contratada, y como nada de todo esto se hizo por aquel en debida forma y tiempo oportuno, tal actitud pasiva suya ha originado la imposibilidad de obtener ahora la devolución de la referida fianza según pretende en este recurso jurisdiccional, pues desde la falta de actividad del contratista a partir de la fecha en que se imputa tal responsabilidad —el Acta de recepción definitiva de 7 julio 1944— y hasta el ejercicio de esta reclamación, ha transcurrido un período de tiempo durante el cual el derecho a reclamarlo se ha extinguido o finalizado, incluso contra el propio Estado; y sin que obste a la indicada conclusión las circunstancias que se alegan por el recurrente, de que no tuvo conocimiento de las aludidas resoluciones administrativas sobre incautación de la fianza, hasta que a través del Banco P. de Pontevedra el 24 septiembre 1964 llegó a su noticia que se había dictado por la Dir. Gral. de la Junta General de Acuartelamiento una resolución encaminada a liquidar los resguardos de los depósitos de la fianza constituidos en aquella Entidad Bancaria, puesto que ello denota que el contratista que recurre conoció y consintió anteriormente la retención de esa fianza, no sólo porque los valores que el mismo había depositado en el Ayuntamiento de Pontevedra fueron entregados y enajenados por la Autoridad Militar correspondiente sin protesta ni reclamación suya, ya que atendido el carácter unitario de la fianza, aunque su prestación se dividiese en valores depositados en sitios distintos su actitud inactiva en este aspecto afectaba por igual y en los mismos términos a la totalidad de los constituidos en garantía de ella, sino porque además, resulta de lo actuado administrativamente, que el contratista después de haberse dictado las Ordenes de su incautación, acude mediante dos escritos en solicitud de que quedara sin efecto la misma, lo que sin embargo, no consiguió por habersele denegado y sin que tampoco entonces entablase recurso alguno ni formulase protesta o reclamación de ninguna clase con respecto a tal pretensión.

Que el tema relativo a la prescripción que se alega por ambas partes que litigan cada una bajo su distinto punto de vista, el contratista en el de haber prescrito el derecho a exigirle la retención de la fianza y la Administración en que para el contratista había prescrito o caducado el derecho a reclamar su devolución, aunque después de cuanto queda expuesto es una cuestión que carece de verdadero interés y trascendencia para la solución del presente asunto, ello no obstante, por estar planteada en autos es conveniente ocuparse de la misma y ante todo si bien impide aplicar a la Administración la prescripción en este caso, en cambio no permite que pueda el contratista oponerse ya a la incautación acordada de su fianza, al dejar transcurrir sin hacerlo tan largo lapso de tiempo, y eliminada de este modo la prescripción de la acción

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

que formula el recurrente por tratarse de un acto de la Administración, el planteamiento del problema en su esfera estatal invierte los términos haciendo que precisamente la falta de reclamación del particular frente a una situación jurídica conocida y un acto administrativo consentido da origen a la extinción o caducidad de su derecho y acción para poder exigir después de transcurrido tal período de tiempo la devolución de la fianza, pues al no haberse efectuado así se mantienen vivos los efectos de la con tal finalidad constituida, ni poder aplicar a la misma en contra de la Administración una prescripción que no puede admitirse, y de todo ello se deduce como lógica consecuencia, que al haber el contratista empezado a hacer dejación de sus derechos por no haber reclamado en el momento oportuno la devolución de la fianza que le fue retenida por la Administración, perdió todo derecho o acción para con posterioridad formular esa reclamación en la forma con que ahora lo hace, porque en la captación del referido sentido, se ha de partir del hecho de que en nuestro ordenamiento jurídico la pasividad de las partes implicadas en la relación jurídica a que pertenezca el derecho en cuestión, permite presumir una voluntad de abandono o sin presumir esta actitud subjetiva al menos constatar situaciones objetivas de inercia total, todo ello producido por la no reclamación del afectado o interesado —aquí el contratista— que conduce al indicado resultado de su extinción y caducidad; y en cuanto a la prescripción en contra de la Administración, no existe con respecto al derecho del Estado para hacerla efectiva con cargo a la fianza depositada por el contratista en cuanto al importe a que se contrae la responsabilidad de éste por la parte de obra mal ejecutada, puesto que la Administración puede proceder a su retención para hacerse pago de la obligación incumplida, sin que para ello tuviera que acudir a ninguna otra actuación legitimadora, toda vez se mantenían vivos los efectos de la fianza constituida al no reclamarse su devolución ni acordarse la misma, porque la no renunciabilidad a los derechos consolidados en favor de la Administración Pública, admite perfectamente una confrontación dirigida a conclusiones del todo viables y ajustadas a Derecho, en cuanto como aquí sucede por virtud de ello la retención de la fianza permanente viva y operante y ha de entenderse por tanto, que no se trata de un derecho que está concebido con ilimitada duración, sino que lo es a modo de decadencia del mismo por virtud de su no ejercicio en el tiempo a tal efecto establecido y dado que su extinción o caducidad se produce «*ipso-iure*» y actúa consecuentemente «*ope legis*».

IV. HOSPITALES MILITARES

CARÁCTER INDIVISIBLE DE UNA ESTANCIA. INEFICACIA DEL PRECEDENTE EN EL CASO DE DESACIERTO EN EL EJERCICIO DE POTESTADES ADMINISTRATIVAS. PRECEDENTE, AGRAVIO COMPARATIVO Y PRINCIPIO DE IGUALDAD ANTE LA LEY.

Sentencia de 16 de noviembre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que reconocido por el recurrente, el hecho de haber disfrutado de la cena que le fue servida el día de su ingreso, carece de justificación la pretensión de que se le devuelva la cantidad liquidada en concepto de estancia a su cargo, correspondiente a ese día, dado el carácter indivisible del derecho de que se trata, y que constituye, la contraprestación de los servicios prestados en el establecimiento, como hecho básico, que, si bien no debe ampliarse, para comprender en la estancia, los días durante los que no se prestó servicio alguno al interesado —sustituido en el que, según se razona por el Director General de Servicios, en su informe de 2 diciembre 1969, no sería motivo de cargo el día de ingreso, si solamente se hubiese pernoctado—, tampoco es dable extender más allá de su estricto sentido, la pretendida, exención o bonificación, hasta el extremo de estimar que la referida segunda comida, no se encuentra sujeta a tributación, máxime teniendo en cuenta que, la Orden de 20 mayo 1951, reproduce en el ap. c) del art. 3.º, lo preceptuado en el 75 del Reglamento Provisional de 2 octubre 1935, acerca del régimen a seguir en las salidas, a efectuar después de la comida de la tarde, salvo que deban hacerse en horas determinadas, en cuyo caso, deberá entregarse a los dados de alta, la ración que se prescribe, lo que prueba la falta de razón del argumento relativo a la compensación de la comida del día de entrada, con las no servidas el día de salida, puesto que, en todo caso, cabe exigir la entrega de las raciones correspondientes, y, por otra parte, el art. 9.º, ap. c) de la propia Orden de 20 mayo 1951, establece la obligatoriedad de consignar en los libros de estancias, los días precisos de entrada y salida, admitiendo la posibilidad de que, «alguno de ellos fuera sin cargo» y exigiendo en tal caso, «que al lado del número del día, se estampen las letras S. C.», lo que evidencia la regla general contraria y por consiguiente, la necesidad de reintegrar los servicios prestados el día de entrada, abonándolos con arreglo a la escala gradual fijada en el art. 7.º, en proporción al sueldo del beneficiario, y no, al coste de los mismos, que, en cualquier caso, importaría cantidad superior a la reclamada, según resalta el Abogado del Estado al decir que la contraprestación por estos servicios, más los baños medicinales, asciende a 21 pesetas.

Que, el precedente aducido por el Capitán de oficinas Militares accionante, con referencia a la práctica seguida en el Hospital Militar de Melilla, en el que asegura haber estado destinado, carece de eficacia para la resolución de la actual controversia, toda vez que, conforme a la doctrina expuesta en las sentencias de 15 octubre 1965, 28 mayo 1966, 5 enero y 26 junio 1967 (R. 3903), 20 marzo y 3 junio 1968 y 20 marzo 1969, la conformidad o disconformidad de los actos impugnados, hay que referirla al Ordenamiento Jurídico, y, no al proceder observado por la Administración en otros casos, porque el posible desacierto en

el ejercicio de potestades administrativas no sometidas a revisión jurisdiccional, no puede justificar la posterior anulación de los actos correctos de la Administración, a pretexto de agravios comparativos, que si bien obligan cuando sean conocidos, a la motivación formal exigida por el art. 43 de la L. Pro. Adm., para «los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes», no vinculan a seguir el mismo criterio, sin que ello signifique autorizar la arbitrariedad discriminatoria, contraria al principio de igualdad ante la Ley, sino consagrar la supremacía de ésta, en la actuación administrativa sometida a las normas de carácter general que ni pueden vulnerar los preceptos de otras de grado superior, conforme al art. 23 de la Ley de Régimen Jurídico, ni ser vulneradas por resoluciones administrativas de carácter particular, a tenor de lo establecido en el art. 30 del propio Texto, y en el 19 de la Ley General Tributaria, «aunque aquéllas emanen de órganos de igual o superior jerarquía».

V. PATRONATO DE CASAS MILITARES

PERSONALIDAD JURÍDICA Y REPRESENTACIÓN EN JUICIO. TEORÍA DEL RECURSO DE LESIVIDAD Y LÍMITES DE TUTELA ADMINISTRATIVA. LA AUTORÍA DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y EL INTERÉS EN SU ANULACIÓN SON INDISOCIABLES EN LA VÍA DE LA LESIVIDAD.

Sentencia de 12 de diciembre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que el recurso de lesividad, como proceso especial es el medio de que dispone la Administración autora de un acto declarativo de derechos, para obtener su anulación, en provecho propio, frente a la persona a favor de la cual los derechos fueron reconocidos, a cuyo fin, la Administración misma que dictó el acto, sea la Estatal, la Local o la institucional, asume ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo correspondiente, la posición procesal de demandante, y coloca con ello en la de demandado, al favorecido por el acto administrativo, que es, por tanto, el interesado en su mantenimiento; y así como no cabe que la Administración del Estado declare lesivos los actos de una Entidad Local o Institucional, y demande en proceso contencioso-administrativo la nulidad de los mismos, pues bien explícito resulta al efecto el art. 56 de la Ley de esta Jurisdicción, en sus tres apartados, tampoco puede admitirse que aquella Administración, abra el cauce especial de la lesividad, en interés de una Entidad Local o Institucional, aunque el acto emane de un Órgano de la propia Administración Estatal, porque si los requisitos de la autoría del acto y del interés en su anulación, están disociados, atribuyéndose cada uno de ellos a un sujeto público distinto, entonces la vía de la lesividad atentaría, de modo peligroso, al principio de seguridad jurídica, convirtiéndose en un medio de rehabi-

litación de plazos fenecidos, a la vez que de marginar las normas relativas a la legitimación y a la representación procesal.

Que el criterio que se deja expuesto, viene apoyado por abundantes declaraciones jurisprudenciales, que han estimado improcedente la vía de la lesividad, y la consiguiente impugnación por la Administración del Estado, de aquellos actos administrativos para combatir los cuales, está facultada una Entidad Estatal Autónoma, como sucedía en los casos resueltos por las sentencias de 17 junio 1964, 14 marzo 1966, 10 noviembre 1967, 31 enero 1968, 20 abril 1970 y 15 mayo y 3 junio 1971; por lo que, de modo semejante, habrá que calificar ahora de improcedente, el recurso especial de lesividad promovido por el Abogado del Estado, en interés del Patronato de Casas Militares, que es un Organismo dependiente del Ministerio del Ejército, pero investido de personalidad jurídica y autonomía administrativa, conforme a la Ley de 8 julio 1963; por cuanto que el citado Patronato pudo combatir, en recurso contencioso-administrativo ordinario, por medio de Abogado y Procurador de su libre designación frente a la Administración General, representada por el Abogado del Estado, y, en su caso, frente al Ayuntamiento de Córdoba, el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo de aquella Provincia de 28 octubre 1970; sin que el hecho de no haberse aducido en la contestación a la demanda, por la representación municipal, causa alguna determinante de la inadmisión del recurso, prive el Ayuntamiento demandado, ahora apelante, de la posibilidad de pedir y obtener la desestimación de la pretensión actora, por una razón primaria, cual es la improcedencia del recurso especial de lesividad, en relación con el cual, se aduce en la contestación a la demanda y en las alegaciones ante esta Sala, que decaído el Patronato en su derecho, por su propia omisión, al instar más tarde la declaración de lesividad, se ha seguido un camino en cierto modo irregular, que podría recordar la figura del fraude de la Ley, porque igual que no se concibe un orden jurídico sin respeto a las situaciones de derecho creadas al amparo de la Ley, tampoco puede la Administración desconocer estas situaciones cuando se produzcan por actos emanados de ella; y si ésta es, en síntesis, la argumentación del Ayuntamiento, el acogerla sustancialmente, no es más que prestar observancia al principio de congruencia.

VI. PERSONAL LABORAL DE LOS ESTABLECIMIENTOS MILITARES

RÉGIMEN JURISDICCIONAL ESPECIAL. INADMISIBILIDAD DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO O LABORAL. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA SE EXTIENDE, EN MATERIAS DE PERSONAL, SOLAMENTE A LAS CUESTIONES LITIGIOSAS RELATIVAS A LOS FUNCIONARIOS O A QUIENES MANTIENE CON LA ADMINISTRACIÓN UNA RELACIÓN PÚBLICA O POR VIRTUD DE UN TÍTULO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

Sentencia de 3 de octubre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que el Reglamento de 20 octubre 1967, regula, como se establece en su art. 1.º, las relaciones laborales entre el personal civil no funcionario al servicio de la Administración Militar y los Establecimientos Públicos de los Ejércitos, donde aquél realice sus tareas, excluyendo en su art. 3.º de estas normas, a quienes trabajen en los establecimientos, como consecuencia de su condición de funcionarios públicos, sean civiles o militares, por lo que es claro que no existe un vínculo de Derecho Administrativo, que ligue a los servidores de la Administración sujetos al Reglamento precitado, con los Establecimientos militares de los que dependen, sino que por el contrario se hallan sometidos a la Legislación Laboral, como se reconoce en el preámbulo del Decreto de 20 octubre 1967, al expresar que se ha dictado para recoger los principios y modificaciones de la Legislación del Trabajo, especialmente en la implantación del sistema de convenios colectivos y de los Principios de la Seguridad Social, y como por cuestiones de personal hay que entender, y ha declarado reiteradamente la jurisprudencia (Sentencias de 20 abril 1959, 18 octubre 1961, etc.), las que se refieren a las suscitadas entre la Administración y quienes mantienen con ella una relación pública, bien como funcionarios o por virtud de otro título de Derecho Administrativo, quedan excluidas las relativas a los derechos laborales de los individuos sometidos a una relación de esta clase con organismos y entidades de la Administración.

Que la lógica consecuencia de la incompetencia de esta Jurisdicción, sería que el asunto, de conformidad con lo dispuesto en el art. 5 de la Ley de 27 diciembre 1956, fuese deferido a la concreta Jurisdicción que se estimara competente, pero tal conclusión es improcedente según el art. 75 del Reglamento de 20 octubre 1967, que al regular la Jurisdicción y el procedimiento de las reclamaciones del personal civil no funcionario de la Administración Militar, dispone que éstas se interpondrán ante la Dirección General de la que depende el Establecimiento donde trabajen los interesados, de cuya resolución podrán alzarse en el plazo de 15 días, ante el Ministerio del que dependa la Dirección General, y que contra la resolución del Ministro, no procederá reclamación alguna ante la Jurisdicción Laboral, y puesto que tal advertencia se le hizo recurrente, expresamente al notificarle el acto impugnado, éste quedó firme y definitivo al no ser susceptible de impugnación jurisdiccional, sin que sea pertinente hacer en este caso la declaración a que se contrae el art. 5 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Que esta solución ha sido ya adoptada, por anteriores sentencias de la Sala (v.g. en las de 15 marzo y 6 octubre 1967, que citan otras de igual doctrina), durante la vigencia del antiguo Reglamento de Personal civil no funcionario de la Administración Militar de 20 febrero 1958, que ha

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

sido derogado y sustituido por el de 20 octubre 1967, pues en la legislación anterior, el art. 90, contenía un precepto igual al del 75 del actual Reglamento y planteado el mismo supuesto de hecho que ahora se enjuicia, cuestiones sobre los derechos laborales de dicho personal, la Sala declaró, que las relaciones entre la Administración Militar y el personal no funcionario a su servicio, no son administrativas y que sus reclamaciones estaban sometidas a un régimen especial, porque el art. 146 de la Ley Pro. Adm., remitía para regularlas a sus disposiciones específicas, que eran además del Reglamento de 20 febrero 1958, el Texto Refundido de Pro. Lab. de 21 abril 1966, que desarrolla la Ley de 28 diciembre 1963, cuyo art. 49, al regular la vía gubernativa ante el Estado, establece que las reclamaciones de quienes presten sus servicios en los establecimientos militares, quedan sometidos a la Jurisdicción de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, por lo que el Reglamento de este tipo de Personal, ha de interpretarse en el sentido de que en las materias laborales, las cuestiones litigiosas se atribuyen exclusivamente al conocimiento de la Administración Militar, sin que contra sus resoluciones exista posibilidad legal de reclamar posteriormente ante la Jurisdicción del Trabajo, dados los términos literales del art. 49 y el concepto de declaración de derechos controvertidos en que consiste la Jurisdicción.

(Vicente López Henares)

E) JURISPRUDENCIA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE PERSONAL

SUMARIO: I. *Ascensos:* A) Ascenso a General. B) Ascensos en la Armada.—II. *Situaciones Militares:* A) Cambio de escala. Pase de Capitán de Fragata a Escala de Tierra. B) Retiro. Militar retirado que sigue prestando servicio activo. C) Antigüedad y efectividad en el empleo: diferencias.—III. *Retribuciones:* Trienios.—IV. *Pensiones:* A) Separado de servicio por expediente gubernativo. B) Compatibilidad de la pensión civil y militar a percibir simultáneamente. V. *Escalas de complemento:* Discrecionalidad de prorrogar el servicio activo.

I. ASCENSOS

A) ASCENSO A GENERAL. ALCANCE DE LA PREFERENCIA QUE SE CONCEDE A LOS CABALLEROS LAUREADOS EN LA LEY DE RECOMPENSAS (ART. 6). SIGNIFICADO DE LAS CLASIFICACIONES Y CUADROS DE ELECCIÓN EFECTUADAS POR EL CONSEJO SUPERIOR DEL EJÉRCITO.

Sentencia de 31 de octubre de 1971.

La Doctrina se contiene en el siguiente Considerando:

Que únicamente podría eludirse la declaración de inadmisibilidad que antecede, si los actos consentidos estuviesen incurso en alguna causa de nulidad de pleno derecho, de los previstos en el art. 47 de la Ley Pro. Adm. y del Decreto 1403/66, que la adapta a los Departamentos Militares, pues en tal supuesto, al carecer de existencia jurídica, tales actos, no podrían ser susceptibles de reproducción o confirmación, más el resultado de la diligencia para mejor proveer acordada, evidencia que no se ha infringido prescindiendo total y absolutamente del procedimiento establecido —como en el fondo se aducía en la demanda— el derecho preferente al ascenso que a los caballeros Laureados confiere el art. 6.º de la Ley de recompensas 15/70, ni en el Decreto de 17 septiembre 1971 que ascendió al actor, ni en el Decreto que promovió a General a otro Coronel en la vacante producida el día 6 agosto 1970, pues en esta fecha según comunicación del Ministro del Ejército de 11 julio 1973 transmitiendo informe del Consejo Superior del Ejército, «el Excmo. Sr. D. Juan José O. M. no estaba incluido por dicho Consejo

en los cuadros de elección para su ascenso a General» pues «su clasificación se hizo en sesión celebrada por el repetido Consejo en fecha 13 mayo 1971», y si bien el núm. 3 del art. 6 de la Ley de recompensas citada, considera mérito preferente para el ascenso la posesión de la Cruz Laureada de San Fernando que ostenta el actor, ello es «siempre que se reúnan las condiciones exigidas a los no Laureados» y el art. 13 de la Ley de 19 abril 1961, preceptúa que «el ascenso a la categoría de General se otorgará por Decreto entre los Coroneles que hayan sido incluidos en los cuadros de elección por el Consejo Superior del Ejército», es decir, que aún cuando el actor reuniese —lo que no se discute— las condiciones para ser incluido en los Cuadros de elección —situación en la primera mitad de la Escala de Coroneles, aptitud y efectividad—, mientras el Consejo, en el ejercicio de facultades discrecionales excluidas de la vía contencioso-administrativa por el art. 17 de la Ley citada, no le incluyera en los cuadros de elección, no podía ser ascendido a General, y es que sólo a partir del cumplimiento de este requisito de la inclusión en los cuadros o sea en el presente caso, desde 13 mayo 1971, es cuando tiene efectividad el derecho preferente al ascenso.

B) ASCENSOS EN LA ARMADA. IMPUGNACIÓN DE LOS ACUERDOS DE LA JUNTA DE CLASIFICACIÓN DE LOS CUERPOS DE OFICIALES DE LA ARMADA Y DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA ARMADA. FALTA DE LEGITIMACIÓN EN EL CASO DE HABER SIDO DECLARADO «ELEGIBLE». NATURALEZA INIMPUGNABLE DE LOS «INFORMES». PRUEBA DE LA ENEMISTAD COMO CAUSA DE INCOMPATIBILIDAD Y ABUSO DE DERECHO POR DESVIACIÓN DE PODER. NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO POR FALTAR LAS CALIFICACIONES DEL CURSO DE MANDO SUPERIOR.

Sentencia de 21 de febrero de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Es recurso deducido por don M. S. A., Capitán de Navío, contra resolución del Consejo Superior de la Armada de 28 septiembre de 1971 que resolvió el recurso especial de revisión en relación con la clasificación para el almirantazgo que establece la Ley 78-68 de 5 de diciembre que regula las escalas y ascensos de los Cuerpos de Oficiales de la Armada.

El TS lo estima en parte, declarando la nulidad de expediente de clasificación para el ascenso para que reclamando las calificaciones escolares del curso de Mando Superior realizado por el actor o en su defecto informe del Centro de Enseñanza, se proceda por el Consejo Superior de la Armada a calificar nuevamente para el ascenso al citado señor S.A.

Que es suficiente tener en cuenta que el presente recurso jurisdiccional se interpuso contra el acuerdo del Consejo Superior de la Armada de 23 septiembre 1971, desestimatorio del recurso especial de revisión formulado contra el del propio Consejo de 25 de mayo anterior, que en

las clasificaciones para el ascenso de los Capitanes de Navío declaró «No elegible», a don M.S.A., para que se configure claramente la primera causa de inadmisibilidad propuesta por el defensor de la Administración, ya que concretado, en dichos términos el ámbito del recurso, se evidencia que no puede extenderse a las calificaciones para el ascenso que se hicieron por el Consejo Superior de la Armada en los años 1969 y 1970, por doble razón de que quedaron firmes y consentidas por lo que a don M.S.A. se refieren, y porque habiendo sido declarado «Elegible», la pretensión de su anulación, carece del interés de obtener un beneficio material o jurídico, legitimador de la acción contencioso-administrativa, conforme al art. 28 párrafo a) de la Ley rectora de la Jurisdicción.

Que análogo pronunciamiento estimatorio ha de merecer la pretensión de inadmisibilidad del recurso que el defensor de la Administración refiere a los arts. 4, 5 y 6 de la súplica de la demanda, pues se refieren, los dos primeros a informes y el último a determinadas prevenciones a la Administración, para el futuro, que quedan fuera del control jurisdiccional, ya que los informes no son actos administrativos impugnables, y porque la función atribuida a los Tribunales de la Jurisdicción es meramente revisora de los actos de la Administración, para resolver sobre su conformidad el Ordenamiento jurídico, sin posibilidad, por tanto, de imponer a aquélla normas en su futura actuación.

Que en cuanto a los apartados 8.º y 9.º de la demanda que se refieren a la enemistad hacia el recurrente de los Almirantes don G.P.D.V. y don E.B.D., incurriendo éste en desviación de poder al enjuiciar los informes del primero, obvias razones impiden acoger estas alegaciones impugnatorias: porque en el supuesto, que no ha quedado suficientemente probado en autos, de que concurriera la enemistad manifiesta, con dichos miembros del Consejo Superior de la Armada, al atribuir el art. 9.º de la Ley 78 de 1968 la apreciación de dicha causa de incompatibilidad al Presidente del Consejo, debió ser alegada por el recurrente en vía administrativa, puesto que conocía su composición, y al no hacerlo su alegación en este recurso es tan extemporánea como inoperante, pues dada la función meramente revisora de los actos de la Administración que, como antes se ha destacado, corresponde a los Tribunales de lo Contencioso Administrativo, no es posible pronunciarse sobre una supuesta causa de recusación que no se alegó en vía administrativa y que corresponde resolver al Presidente del Consejo Superior de la Armada, y menos aún en un proceso de la naturaleza del presente limitado a los vicios de procedimiento, razón que impide también entrar en el examen de la desviación de poder, pues esta manifestación de abuso de Derecho, que con aquella denominación se recoge en la Ley Jurisdiccional, y que en su art. 83 refiere al supuesto de que la Administración ejercite sus potestades con fines distintos a los fijados por el Ordenamiento Jurídico, requiere conforme a la doctrina reiterada de este TS —sentencias de 18 marzo 1961, 31 enero y 15 octubre 1966 y 8 octubre 1970 entre otras—, que por la parte que alegue la desviación

de poder se pruebe cumplidamente el designio contrario al interés general que debe inspirar la actuación de la Administración, nada de lo cual se ha acreditado en el presente caso, y porque además la desviación de poder afecta al fondo y no al aspecto formal, que es el único a que este recurso puede referirse.

Que pasando al examen, conjunto de los apartados 2, 5, 6 y 7 de la demanda por referirse todos a informes, para resolver sobre ellos, es preciso establecer como premisas básicas previas las siguientes: a) Que en esta materia de clasificación para el ascenso de los Oficiales de la Armada y declaración de «Elegibles», o «No elegibles» para su promoción a Oficiales Generales por el Consejo Superior de la Armada, la normativa reguladora atribuye especial relevancia a los informes, como lo patentiza tanto el art. 8.º de la Ley de 5 diciembre 1968 que dispone que: «Toda clasificación estará basada en el análisis más minucioso y fidedigno posible de las circunstancias de los interesados en todos los aspectos de su personalidad, competencia y actuación profesional, especialmente en ocasión de guerra o grave responsabilidad, así como en destinos de embarco, mando o dirección, enjuiciándolos en función de las misiones de su Cuerpo, Escala o Grupo», como el Decreto de 16 enero 1969, que en su art. 22 reproduce casi textualmente el precepto legal y enumera las fuentes informativas, clasificándolas en preceptivas y potestativas; y b) Que, en consecuencia, al atribuirse a los informes el rango de elemento básico de las clasificaciones, es manifiesto que la omisión de aquéllos, singularmente de los preceptivos, pueden producir indefensión en los clasificados al sustraerse elementos de juicio al Consejo Superior de la Armada, para realizar, con su superior criterio, ese análisis minucioso y fidedigno que el Ordenamiento jurídico le impone en materia tan trascendental para los Oficiales de la Armada, como sin duda alguna lo es, su promoción a los empleos superiores.

Que respecto a los informes personales del Contralmirante don J. de C. H., el examen de los antecedentes aportados por el accionante con la demanda formalizadora de este recurso jurisdiccional pone de manifiesto que por dicho Oficial General, Jefe inmediato del recurrente se emitió el correspondiente informe en diciembre de 1970, en sentido negativo por la circunstancia de que el Capitán de Navío don M.S.A., sólo llevaba en aquella fecha un mes a sus órdenes, porque ha de estimarse cumplido este trámite de informe, ya que la falta de tiempo suficiente para la observación justifica que se emitiera en dicha forma, y por tanto no significa infracción de procedimiento, la que tampoco se configura respecto a la omisión de las calificaciones escolares del curso de Estado Mayor, dada su inexistencia puesto que en el oficio, fecha 1 julio 1971 del Almirante Jefe del Departamento de Personal del Ministerio de Marina, aportado por el accionante con la demanda, se hace constar que las calificaciones no empezaron a hacerse hasta el año 1966, es decir, con posterioridad al curso que efectuó don M.S.A.

Que respecto a las calificaciones del curso de Mando Superior, la

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

manifestación que en el propio escrito del Almirante Jefe de la Sección se hace con relación a aquéllas patentiza que no figuraban en el correspondiente expediente al hacerse por el Consejo Superior de la Armada, el 25 mayo 1971, la calificación de don M.S.A., y esa omisión en curso de tanta importancia, como lo es el de Mando Superior cuando se trata de resolver sobre la elegibilidad a Oficial General, adquiere singular relevancia en orden a las garantías procedimentales, puesto que significando infracción del apartado c) del art. 22 del Decreto 49 de 1969, produce indefensión, dada la especial importancia, destacada en el décimo considerando, que a los informes confiere la normativa aplicable, por lo cual, y de conformidad con la doctrina mantenida por la Sala en la sentencia de 2 diciembre 1971, pronunciada en recurso en que se tomó en consideración, como determinante de nulidad, la omisión del informe de la Escuela de Aplicación del Cuerpo de Infantería de Marina, es procedente la estimación del recurso contencioso administrativo, declarando la nulidad del expediente de clasificación del recurrente, por infracción del art. 22 del Decreto, núm. 1.º, apartado c) del Decreto de 16 enero 1969, para que se proceda por el Consejo Superior de la Armada a nueva clasificación de don M.S.A., previa aportación de las calificaciones o, en su defecto, informe del curso de Mando Superior realizado por el recurrente.

II. SITUACIONES MILITARES

- A) CAMBIO DE ESCALA. PASE DE CAPITÁN DE FRAGATA A ESCALA DE TIERRA. RESOLUCIONES DEL CONSEJO SUPERIOR DE LA ARMADA, IMPUGNABLES POR DEFECTO DE PROCEDIMIENTO Y VALOR RELATIVO DEL ARTÍCULO 40, F), DE LA LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA. MOTIVACIÓN DEL ERROR DE HECHO Y ALCANCE DEL RECURSO DE REVISIÓN ANTE EL CONSEJO SUPERIOR DE LA ARMADA.

Sentencia de 26 de junio de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que no procede acoger la alegación de inadmisibilidad del recurso que ha formulado el Abogado del Estado, con invocación y cita de lo establecido en el art. 82, apartado c), en relación con el art. 40, apartado f), de la Ley jurisdiccional, por entender que, en definitiva, y aún cuando parezca se aducen en aquél defectos de procedimiento, no es así, pues se plantean cuestiones de fondo que no pueden ser objeto de examen y pronunciamiento, por impedirlo lo preceptuado en la disposición adicional 3.ª de la Ley 78/1968, de 5 de diciembre, sobre Escalas y Ascensos en los Cuerpos de Oficiales de la Armada, según la cual, contra los actos y resoluciones que se adopten por aplicación de la misma, en lo que se refiere a clasificación y sus consecuencias, se dará recurso de revisión ante el Consejo Superior de la Armada fundado en

error de hecho, y contra una u otra resolución «no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento», porque, como reconoce el propio representante de la Administración, es una realidad que en el recurso entablado, se denuncia la existencia de defectos formales en los actos impugnados y, siendo así, resulta inaceptable que se halla comprendido en la excepción que establece la indicada disposición adicional 3.ª, con la consecuencia de no afectarle el motivo de inadmisión enunciado, toda vez que, en cuanto concierne a ese extremo, y con independencia de la apreciación que sobre aquellos derechos pudiera ser procedente, lo que constituye la materia propia del recurso, falta la base necesaria para la exclusión legal prevenida en el apartado f) del art. 40 y, por tanto, para el encuadramiento del recurso en la causa de inadmisibilidad del apartado c) del art. 82, ambos de la Ley reguladora de la Jurisdicción.

Que el recurrente estima que la mencionada resolución del Consejo Superior de la Armada, de fecha 7 octubre 1971, se limita a negar la existencia del error de hecho, sin contener motivación alguna sobre todos los hechos y razones expuestas en el recurso «y sin decidir en absoluto sobre las cuestiones planteadas en la demanda», prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para la resolución de recursos, con infracción de lo establecido en los arts. 43 y 93 de la Ley Pro. Adm., y de los de iguales números del Decreto 1408/1966, de 2 de junio, sobre adaptación de la misma a los Departamentos Militares, y que daría lugar a la nulidad del pleno derecho del art. 47 de la citada Ley, pero esta argumentación carece de la consistencia pretendida, porque en primer lugar, desconoce la naturaleza especial del recurso de que se trata, fundado pura y simplemente en la alegación de existir en la resolución clasificatoria, error de hecho con las características enunciadas en el párrafo que antecede y, por tanto, al no haberse acreditado por el actor su concurrencia, es evidente que no requiere otra motivación que la empleada en la resolución por la que es confirmada la recurrida y queda firme y definitiva «por no existir el error de hecho a que se refiere el art. 35 del Decreto 49/69, de 16 de enero», ya que una motivación en que se analizasen minuciosamente las razones aducidas por el recurrente, conduciría, no al mero examen del procedimiento seguido y sus posibles defectos formales, sino al del problema de fondo referente a la clasificación, respecto al cual establece la Ley 78/68, que se podía interponer recurso especial de revisión, fundado en error de hecho, y que contra la decisión sobre él acordada, «no se dará recurso alguno, incluso el contencioso-administrativo, con la única excepción de que se aleguen defectos de procedimiento», porque además, dada la índole de tal recurso especial de revisión y su ámbito, no es predicable respecto de la resolución del mismo, afirmar, como se hace, que ésta se dicta «sin decidir sobre las cuestiones planteadas en la demanda», que indudablemente no existe ni cabe asimilar a ella, un escrito en que se formula aquel recurso administrativo es-

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

pecial de revisión, y porque no existe, tampoco, base para sostener, según indica el recurrente, que con el supuesto vicio denunciado, se prescinde total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido, ya que aunque se admitiese la existencia de aquel vicio, a efectos polémicos, no cabría afirmar que la infracción afectaría, con esas dos características de total y absoluta, al procedimiento legalmente establecido, incurriendo, por ello, en nulidad de pleno derecho, habiéndose adoptado la decisión en congruencia evidente con lo alegado, en relación con lo cual, ha de tenerse en cuenta, que en los arts. 22 y sigs. del Decreto 49/69, de 16 de enero, al darse normas para el procedimiento a seguir en la clasificación, se distingue entre las fuentes informativas a considerar, unas de índole preceptiva y otras de carácter potestativo, sin que resulte haberse incurrido en infracción del mencionado artículo y del procedimiento clasificatorio, no en lo que atañe al fondo del problema de clasificación, que no puede ser materia del recurso.

B) RETIRO. MILITAR RETIRADO QUE SIGUE PRESTANDO SERVICIO ACTIVO. CONCEPTO RETRIBUTIVO. SITUACIÓN DEFINITIVA DEL RETIRO SÓLO MODIFICABLE POR SERVICIOS PRESTADOS EN EL CASO DE MOVILIZACIÓN DECRETADA POR EL GOBIERNO. INALTERABILIDAD DE LA PENSIÓN CONSOLIDADA.

Sentencia de 29 de diciembre de 1973

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que a tenor de lo preceptuado en el art. 12 del Decreto de 12 marzo 1954, los retirados que presten servicio activo, percibirán la diferencia de sueldo, incrementado en las asignaciones inherentes al cargo y el perfeccionamiento de trienios, sin que, como se razona en el informe de la Intervención General del Ministerio del Ejército de 2 noviembre 1971, tengan derecho a diferencias por emolumentos independizados, sino a la diferencia existente a su favor, entre su haber pasivo y las retribuciones básicas que les corresponderían si hubieran continuado en activo; debiendo estimarse ajustada a Derecho, la liquidación impugnada de la que resulta una diferencia de sueldo y trienios, de retirado a colocado, ascendente a 4.751 pts., incluso superior en una peseta a la existente entre la cantidad de 31.000 pts., que corresponde en activo, a un Coronel con 16 trienios, y, la percibida como retirado por el demandante, según acredita la certificación aportada por el mismo, justificativo de que devenga 26.250 pts., (27.916-1966) en lugar de las 26.249 tenidas en cuenta en el informe de la Ordenación General de Pagos del citado Ministerio, de 22 octubre 1971, obrante asimismo en el expediente, y cuya lectura, debió desvanecer la duda surgida al recurrente, acerca de los conceptos retributivos de que se trata, impugnados en vía administrativa, por estimar arbitrario e improcedente el descuento que suponía efectuado en la cantidad liquidada en concepto de trienios por reputarla «inferior en un 20 por 100 al íntegro de 6.000 ptas. que le

corresponden», lo que reitera en la demanda pero sin combatir los cálculos efectuados para la determinación de la diferencia de «sueldo y trienios».

Que la prohibición establecida al final del precepto discutido —art. 12 del Decreto de 12 marzo 1964— de tener en cuenta a efectos de derechos pasivos, los trienios perfeccionados después de retirado, subsiste en el art. 23 del Texto refundido de 13 abril 1972, sobre Régimen de Derechos Pasivos de las Fuerzas Armadas, al disponer en su párrafo 5.º que «el retiro a efectos pasivos, constituye una situación definitiva, por lo que no podrán tenerse en cuenta, a los efectos de esta Ley, los servicios prestados o cantidades devengadas por el personal retirado, a excepción del caso de movilización decretada por el Gobierno y que así lo disponga», precepto análogo al de los arts. 27 y 28 del Texto Refundido de 21 abril 1966 —recordados en la sentencia de 1 julio 1971—, estableciendo que, la jubilación por edad, habrá de decretarse, automáticamente, al alcanzar el funcionario la que, para cada caso, esté legalmente establecida, y que, si el jubilado volviese al servicio activo, no adquirirá derecho alguno a mejorar su anterior clasificación, por razón de los nuevos servicios prestados o haberes percibidos, de manera que, conforme a lo informado, en 24 noviembre 1971 por la Asesoría Jurídica del Ministerio, la situación de retirado es definitiva y en ella no se perfeccionan trienios, ni se altera la base reguladora, mientras que la de retirado en servicio activo, es transitoria, permaneciendo inalterables los derechos pasivos, y percibiéndose además, durante el destino la diferencia de sueldo entre activo y retirado, las asignaciones inherentes al cargo, y, los trienios que se vayan produciendo en tanto que lo desempeñe.

C) ANTIGÜEDAD Y EFECTIVIDAD EN EL EMPLEO. DIFERENCIAS DE SU SIGNIFICADO A EFECTOS DE TRIENIOS.

Sentencia del 17 de enero de 1973.

La Doctrina se contiene en el siguiente Considerando:

Que si se enfoca el recurso desde otra perspectiva, tampoco puede mantenerse que el Consejo Supremo de Justicia Militar, haya computado erróneamente los trienios del actor, ya que su pretensión de que se estimen como trienios de Oficial, los correspondientes a los años en que permaneció en zona no liberada, por haberle sido aplicado el Decreto 18 agosto 1936, no distingue, como debe hacerse en los empleos militares, entre antigüedad y efectividad, puesto que así como ésta se refiere al número de años de servicios prestados día a día, que es el que determina, según la Ley de 28 diciembre 1966, núm. 112, el cómputo de tiempo de trienios abonables a efectos pasivos, la antigüedad, entendida como momento de ingreso en el Cuerpo y sistema de promoción de ascensos en los sucesivos empleos de la carrera, tiene efectos para otros

LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA

aspectos, como el sueldo de cada uno en activo y la obtención de vacantes, pero no para el cómputo de años de servicios y, aunque el Decreto de 18 agosto 1936, y como consecuencia de las circunstancias expresadas en él, promoviese al interesado al empleo de Alférez, con antigüedad desde esa misma fecha, la efectividad de sus servicios como Oficial, comenzó el día 20 mayo 1941, que es la de la Orden publicada en el Diario Oficial, a partir de la cual, empezó el demandante a prestarlos como tal, a efectos de trienios, y, el cálculo de la base del haber pasivo al mismo correspondiente, se ha efectuado correctamente, ajustándose a los servicios del causante, que constan en su expediente y hoja de servicios.

III. RETRIBUCIONES. TRIENIOS

FARMACÉUTICO DE COMPLEMENTO. SERVICIOS PRESTADOS EN CAMPAÑA NO COMPUTABLES PARA LA REMUNERACIÓN DE CARÁCTER CIVIL.

Sentencia de 25 de junio de 1973.

La doctrina se halla contenida en el siguiente considerando:

Que en lo concerniente al cómputo de los servicios de carácter militar desempeñados por el actor como Farmacéutico de complemento durante la guerra de Liberación, que le ha sido denegado por las resoluciones recurridas, del Ministerio de Educación y Ciencia no se aduce fundamento alguno, ni invoca precepto legal, que establezca dicho cómputo como precedente y dada la naturaleza militar de esos servicios, así como la condición especial con que fueron prestados, es obvio que la declaración que en Derecho pudiera corresponder acerca de los mismos no es de la competencia del expresado Ministerio Civil, sino del del Ejército bajo cuya dependencia se prestaron y al cual se halla atribuida aquélla como tiene declarado con reiteración esta Sala en numerosas sentencias, entre otras las de 4 octubre 1969 y 20 y 28 marzo 1972 y se desprende claramente de lo dispuesto en Ordenes de la Presidencia del Gobierno de 23 diciembre 1970 y del Ministerio del Ejército de 1 febrero 1971, dada en ejecución y desarrollo de la anterior, con su exigencia de certificación del Jefe de personal de que se trate en que se haga constar que el tiempo cuyo reconocimiento se pide es computable para trienios por reunir los requisitos exigidos conforme a la legislación reguladora de las retribuciones del personal militar de las Fuerzas Armadas y no haber sido tenido en cuenta anteriormente en cuanto al solicitante, sin que, además, y como se postula sean computables por el doble de su duración real, al invocar ese abono por haber sido desempeñado en campaña ya que el art. 5.º, 1) de la mencionada Ley, que es la 113/1966, de 28 de diciembre, previene que sólo pueden ser computados, a efectos de trienios militares, los servicios efectivos.

IV. PENSIONES

- A) SEPARADO DEL SERVICIO POR EXPEDIENTE GUBERNATIVO. DECLARACIÓN DE RETIRO Y SU ALCANCE A EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DE CONCESIÓN DE PENSIÓN. SIGNIFICADO DEL ARTÍCULO 1.021 DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR. PRESUPUESTOS DETERMINANTES DE LA PENSIÓN PASIVA.

Sentencia de 31 de enero de 1973.

La doctrina se halla contenida en los siguientes considerandos:

Que el recurrente, por Orden de 17 abril 1969, a consecuencia de expediente gubernativo, por acumulación de faltas y en aplicación del art. 1.011 del Código de Justicia, quedó separado del servicio activo y en situación de retirado, tramitándose expediente de señalamiento de derechos pasivos correspondientes al empleo de Teniente de Caballería que ostentaba, en el cual, los acuerdos del Consejo Supremo de Justicia Militar impugnados en autos, le denegaron el derecho al haber pasivo y por consiguiente al solicitar el actor en el presente recurso, que se le sea reconocido su derecho a la concesión de pensión pasiva y que se le señale en la cuantía que expresa en su demanda, no puede acogerse la causa de inadmisibilidad alegada en la contestación a la demanda, pues, aunque el carácter revisor de esta jurisdicción, existe como requisito previo para acudir a ella, la existencia de un acto administrativo, que posteriormente haya de ser enjuiciado en vía judicial, en este caso ha sido cumplido, porque cuando una cuestión planteada en el expediente administrativo, no ha sido resuelta por la Administración, por ir ligada de tal forma a otra fundamental y antecedente que ha sido desestimada por aquella, al combatir el interesado este pronunciamiento en vía contencioso-administrativa, adecúa su pretensión procesal a las peticiones que anteriormente había formulado en vía administrativa, que es el sentido en que se debe entender la Jurisdicción Revisora, como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia —sentencias de 10 octubre 1965, 11 febrero 1971, etc.—, lo que ocurre con la cuantía de una pensión pasiva, que presupone, que la Administración declara y reconoce el previo derecho a la concesión de la misma, ya que si llegare a prosperar el recurso contencioso-administrativo, habría de ordenarse a la Administración competente, que verificase el señalamiento de la pensión, como derivación necesaria de la estimación de la pretensión del demandante.

Que teniendo en cuenta la fecha, en que se produjo la separación del servicio del recurrente, la legislación aplicable, que es la Ley de 28 diciembre 1966, núm. 112, que regula los derechos pasivos del personal militar, exige para causar pensión ordinaria por retiro forzoso, que los funcionarios incluidos en la Ley, hayan completado tres trienios al pasar, por cualquier cauce a la situación de retirado, por lo que son dos los presupuestos determinantes del derecho a pensión pasiva: haber

completado tres trienios y que además el interesado se halle en situación que permita la percepción de la pensión.

Que el segundo aspecto, no está contemplado en la citada Ley de 28 diciembre 1966, núm. 112, que no concreta las causas determinantes del derecho a pensión pasiva, ya que no especifica cuáles sean las que a efectos pasivos producen la situación de retirado y ante esta laguna legal, hay que acudir, como se establece en la disposición final segunda de la Ley de 28 diciembre 1966, a la legislación anterior, constituida por el Estatuto de Clases Pasivas de 22 octubre 1926, Reglamento de 21 noviembre 1927 y demás preceptos complementarios, que se hallan vigentes, hasta que en su día se publique el Texto Refundido de Derechos Pasivos Militares, y en ellas, el art. 94 del Estatuto, dispone, que la separación del servicio o cesantía, sea cualquiera la causa, no priva al funcionario de los derechos pasivos, excepto los casos, en que hubiera sido impuesta al pensionista la pena de inhabilitación absoluta, perpetua o temporal, completada por la Orden de 25 julio 1935, que establece, que para los funcionarios civiles y militares, a quienes se imponga la pena de separación del servicio, tengan derecho, a que se reconozca su haber pasivo, es necesario que el Ministerio del que dependan, declare que se hallan en situación de jubilados o retirados, normas que no deben entenderse, como que solamente cuando el funcionario se encuentre comprendido en una de las causas del art. 6 del Estatuto de Clases Pasivas, en relación con el art. 55 del mismo texto legal, puede obtener la declaración ministerial de retiro, sino que, cualquiera que sea la causa legal de separación del servicio, incluso cuando se produzca por expediente gubernativo, se tiene ese derecho, pues el art. 1.021 del Código de Justicia Militar, al regular los expedientes de esta clase, en virtud de los cuales pueden ser separados del servicio, los Oficiales y Suboficiales sometidos a los mismos, claramente previene, que la orden ministerial, que ponga fin al expediente que finalice con la separación gubernativa, supone que el Militar queda fuera de los Ejércitos, sin poder volver a ellos, pero, se le expedirá el retiro o licencia absoluta, según les corresponda por sus años de servicio, lo que indica, que si bien, pierden como dice el citado artículo el derecho al uso de uniforme, fuero y demás prerrogativas inherentes a su condición de militar, por el contrario se respetan sus derechos pasivos y la separación del servicio, supone el pase a la situación de retirado forzoso, conservando los que como tales hubiese adquirido con anterioridad al ceses en el servicio.

B) COMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN CIVIL Y MILITAR A PERCIBIR SIMULTÁNEAMENTE. EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO DE INCOMPATIBILIDAD DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN (VETERINARIO TITULAR) Y DE RETIRO (CAPITÁN DEL EJÉRCITO EN RETIRO FORZOSO).

Sentencia de 2 de noviembre de 1973.

La doctrina se halla contenida en el siguiente considerando:

Que si es principio reconocido en la legislación sobre la materia la incompatibilidad entre pensiones de jubilación y de retiro, tal principio no es tan absoluto que no reconozca excepción alguna, y que el hoy recurrente vino compatibilizando hasta el momento de su jubilación la pensión de retiro militar y el sueldo como Veterinario titular al amparo de la excepción 5.ª contenida en el art. 96 del Estatuto de Clases Pasivas, situación que perduró no obstante la nueva redacción dada a dicho artículo que la Ley 193/1964 de 24 diciembre, y de la promulgación de la Ley 83/62 de 24 diciembre, por lo que siguiendo el criterio establecido en numerosísimas resoluciones del propio T. Econ. Adm. Central de que establecida la compatibilidad entre percibo de pensión y retribución en activo ha de mantenerse cuando ésta se transforma en haber pasivo con la consiguiente y sustancial disminución de ingresos, criterio mantenido por dicho Tribunal en resoluciones de 31 octubre y 5 diciembre 1967, para otros jubilados en idéntica situación y bajo la vigencia de la misma normativa legal, ha de estimarse que los actos impugnados deben ser revocados declarando el derecho del recurrente al señalamiento independiente y exclusivamente en atención a los servicios civiles prestados de pensión de jubilación compatible con la de retiro.

V. ESCALAS DE COMPLEMENTO

FACULTADES DISCRECIONALES DE PRORROGAR EL SERVICIO ACTIVO CONCEDIDAS A LOS MILITARES, SEGÚN LAS NECESIDADES DEL SERVICIO. UNIVERSALIDAD DE LO JUSTICIABLE Y RECURSO DE CONTRAFUERO. ARTÍCULOS 3 Y 84 DE LA LEY GENERAL DEL SERVICIO MILITAR.

Sentencia de 3 de noviembre de 1973.

La Doctrina se contiene en los siguientes Considerandos:

Que el art. 3.º de la Ley 55 de 27 junio 1968 —cuyo art. 84 se invoca por el demandante, y que, en su 2.º párrafo, reproducido en el 606 del Reglamento de 6 noviembre 1969, establece que, anualmente podrán convocar los distintos Ministerios Militares, de acuerdo con sus necesidades y posibilidades, el número de plazas a que podrán optar, para prestar servicio con carácter voluntario, mediante compromisos temporales, los componentes de la Escala de Complemento, que estimen necesarios para completar los Cuadros de Mando y Especialistas profesionales— excluye de esta Jurisdicción, «las cuestiones suscitadas con motivo de la aplicación de esta Ley».

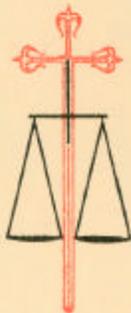
Que sin confundir las bases de la convocatoria en que se apoya la solicitud del demandante, con la normativa vigente en el momento en que la misma fue deducida, sin negar la inaplicabilidad al caso litigioso de las bases de posteriores convocatorias, modificando aquéllas con arreglo a las «nuevas normas», así como tampoco, sin necesidad de resolver acerca del carácter discrecional o reglado del acto denegatorio

de la prórroga pretendida conforme a las repetidas bases —de naturaleza no normativa—, ni de la posibilidad de que la finalidad perseguida mediante la denegación impugnada infrinja el Ordenamiento jurídico, por desviación de poder, procede declarar inadmisibile el actual recurso a tenor de lo preceptuado en el art. 82 apartado c), en relación con el 40 apartado f) de la Ley Jurisdiccional y del art. 3.º de la Ley General Militar 55, de 27 julio 1968 y con el 6.º del Reglamento de 6 noviembre 1969 desestimatorio de que están excluidas de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las cuestiones suscitadas con motivo de la aplicación de la Ley General del Servicio Militar.

Que la sentencia de 14 junio del presente año, rechazó los recursos interpuestos por otros oficiales de la Escala de Complemento del Ejército de Tierra, contra resoluciones ministeriales denegatorias de la prórroga durante un año en servicio activo, fundándose en que, el acuerdo del Ministerio del Ejército de 15 abril 1970, excluyente de la prórroga para los Oficiales que pudieran perfeccionar, con tal motivo, tres trienios que parece ser la nueva normativa aplicada en todas las resoluciones impugnadas en ambos recursos, y posiblemente, la aludida en la circular de 4 febrero 1972, resumida en el tercero de los resultandos de esta resolución se oponía a que, en aquel momento, las circunstancias del servicio «permitan», las prórrogas solicitadas, porque, la ponderación de lo que el servicio exige, es lo que encierra máxima importancia, y lo que constituye fundamento primordial de la medida que haya de tomarse en ese sentido, a tenor de las bases de observancia inexcusable; y que, aún en la hipótesis de que, en la apreciación de tales circunstancias pudiera sustituir la jurisdicción revisora a la Administración, delegada para «la configuración, según el interés público del elemento del acto», respecto a los que, el «Ordenamiento jurídico, atribuye a algún Organó competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público» —según frases de la Exposición—, el anteriormente citado art. 3.º de la Ley de 27 julio 1968, se opone al enjuiciamiento de cuestiones como la planteada sin que, conforme a lo declarado en sentencias de 6 marzo y 9 mayo 1972, los principios programáticos, consagrados en la Ley Orgánica del Estado de 10 enero 1967, permitan eludir la prohibición establecida legalmente, porque si tal exclusión se encuentra en desacuerdo con los principios fundamentales de libre acceso a la revisión judicial, únicamente podrá ser dejada sin efecto acudiendo al recurso de contrafuero, previsto en el art. 59 de la citada Ley, «en garantía de los principios y normas lesionadas» por actos legislativos, que no pueden dejar de observarse por los Tribunales, a quienes no incumbe, tampoco, al desarrollo normativo de aquellos principios fundamentales.

(Vicente López Henares)

FRANCISCO
· O · T · U · T · I · S · M · I ·
· D · E · V · I · T · O · R · I · A ·



SECCION DE
DERECHO
MILITAR