

de REVISTA
ESPAÑOLA
DERECHO
MILITAR

Núms. 33-34

ENERO
DICIEMBRE
1977

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 400 pesetas.
EXTRANJERO 500 pesetas.

NOTA IMPORTANTE

Los constantes aumentos en los costos de producción de la Revista, nos obligan una vez más, muy a nuestro pesar, a establecer un nuevo precio de venta de la misma. Dicho precio pasa a ser de 400 pesetas el ejemplar en España y de 500 pesetas en el extranjero. Haciendo un considerable esfuerzo, aplicamos dicho precio al presente número a pesar de su carácter doble, y esperamos que nuestros suscriptores comprendan la motivación de dicha medida y nos ratifiquen su confianza.

Por otra parte, es deseo de la Redacción mantener la publicación de la Revista a todo trance, y volver a publicar números semestrales, con lo que la información llegará más inmediatamente a los lectores y podremos dar cabida a nuevas colaboraciones, que cordialmente esperamos.

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

33-34

MADRID
ENERO · DICIEMBRE
1977

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

Imprime: Litofice, S. A. - San Romualdo, 9. - Madrid-17

SUMARIO

ESTUDIOS

«Derecho penal militar y derecho disciplinario militar», por JHON GILISSEN	11
Anexo: Reglamento de disciplina de las FAS belgas ...	71
«Combatientes privilegiados», por VIRGILIO RAFAEL BELTRÁN.	81

NOTAS

«Nuevas normas vigentes en la justicia militar brasileña», por FRANCISCO JIMÉNEZ Y JIMÉNEZ	91
«Organización y competencia de las jurisdicciones de las Fuerzas Armadas del Zaire», por JESÚS VALENCIANO ALMOYNA.	103
«Simposio de Buenos Aires de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra», por JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ	127

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

«Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare», por G. LANDI, V. VENTRO, P. STELLACCI y P. VERRI	131
«Droit penal special Zaïrois», por LIKULIA BOLONGO	140
«L'homme en uniforme et les droits de l'home en droit com- paré», por STEFAN TRECHSEL	143
«Norme umanitarie e istruzioni militari», Istituto Interna- zionale di Diritto Umanitario	147
Revista do Superior Tribunal Militar (Brasil)	149
Military Law Review	153
The Army Lawyer	157

LEGISLACION Y JURISPRUDENCIA

«Jurisprudencia del Consejo Supremo de Justicia Militar», por JESÚS VALENCIANO ALMOYNA	159
«Jurisprudencia de la Sala Especial de Competencias», por JOAQUÍN HERNÁNDEZ OROZCO	209
«Jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo», por JUAN GONZALO MARTÍNEZ MICÓ	243

El lógico objetivo de la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR de prestar atención especial a los temas de actualidad, hace indicado que el presente número se refiera, en buena parte, a dos de ellos: el reglamento u ordenanzas sobre la disciplina castrense, con el normal catálogo de derechos y deberes de los militares, y la organización y competencia de los Tribunales Marciales.

Ofrecemos, así, como contribución al estudio de tales cuestiones, interesantes aportaciones de la doctrina y el derecho extranjero, con la consiguiente reserva de que la publicación no se identifica necesariamente con las posiciones que se expongan en ella. Al dedicar esa atención especial al tema de la organización y competencia de los Tribunales militares, no hacemos sino reanudar la información que la REVISTA cuidó desde su primer número, llegando a publicar estudios sobre tal composición y atribuciones de los órganos de la Justicia Militar en cerca de treinta países, la relación de los cuales es de ver en el índice inserto al final del número 26. Parece obvio recalcar la utilidad que puede ofrecer tal panorama comparativo para cualquier reestructuración que sobre tales cuestiones pueda emprenderse entre nosotros. Y así, hoy, actualizamos la exposición en su día hecha por el Ministro Mario Tiburcio Gomes Carneiro, con las referencias a la vigente Ley de Organización Judicial Militar del Brasil, de 21 de octubre de 1969 y Reglamentos de Disciplina, especialmente el de la Aeronáutica Brasileña, de 22 de septiembre de 1975. Y, por otra parte,

se inserta un estudio sobre la reciente estructura y competencia de los órganos de la Justicia Militar de la República Popular del Zaire, país donde se consagra especial dedicación al estudio del derecho castrense. En números sucesivos trataremos de proseguir esta siempre interesante información sobre la legislación comparada de más moderna exposición. Y sobre todo, nos referiremos a la exposición que, con referencia a nuestras normas legales sobre la "Organización y competencia de los Tribunales Militares", se aporte al tema que, bajo ese título y abarcando los 46 países que componen la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, se debata en el VIII Congreso que la misma celebrará en Ankara el próximo año, y de cuya orientación y trabajos preparatorios también damos hoy cuenta.

Tal atención a estas cuestiones, si han de ser expuestas con la necesaria actualidad, aconseja no demorar a lo largo de un año la publicación de los trabajos que nos sean enviados, y, en consecuencia, volver a la aparición semestral de la REVISTA, que ofrecería así dos números anuales, con el mejor y más reciente contenido que nos sea posible aportar. Ello comportará, sin duda, una modificación de los costos de suscripción y venta, por claras razones que, estando en el ánimo de todos, no requieren explicación. Creemos que los futuros aumentos no alteren la confianza dispensada a la REVISTA, que viene apareciendo desde hace más de veinte años, con desinteresado esfuerzo y notoria escasez de medios. Agradecemos en todo caso, a los colaboradores su generosa inquietud profesional, al Ministerio de la Defensa la subvención que viene aportando, y a la Escuela de Estudios Jurídicos del Ejército —el natural marco de la publicación— el calor de muchos de sus profesores y componentes, que quisiéramos llegara igualmente a los demás juristas y en especial a todos los compañeros de los tres Ejércitos.

Estudios

DERECHO PENAL MILITAR Y DERECHO DISCIPLINARIO MILITAR

(A propósito del nuevo Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas Belgas)

por John GILISSEN,
Auditor General y Profesor de
las Universidades de Bruselas (*)

INTRODUCCION

La ley de 14 de enero de 1975 contiene el nuevo Reglamento de disciplina de las Fuerzas Armadas. Reemplaza y deroga un

(*) El original de este estudio ha aparecido en lengua francesa en la "Revista de derecho penal y de criminología", Bruselas, 1975-1976, pag. 283-363. Ha sido igualmente publicado en neerlandés, por la "Revista de Derecho penal militar y de derecho de la guerra", Bruselas, n.º XV-3-4 (1976), pag. 269-359).

Agradecemos a los Directores de tales Revistas el habernos autorizado expresamente para publicarlo en la nuestra. Y muy particularmente el autor, ex Presidente de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y Derecho de la Guerra, por su especial permiso para que podamos insertarlo, con interesantes actualizaciones, en la *Revista Española de Derecho Militar*, traducido al español, omitiendo por razones de espacio algunas referencias muy específicas de la legislación belga, así como un rico caudal de notas y citas a pié de página, que el lector especialmente interesado podría consultar en los textos originales citados en el primer párrafo.

Al enorme interés que actualmente tienen en España los temas tratados ha de unirse la valoración técnica del estudio, en que son de ver la experiencia profesional del que desde hace muchos años se halla al frente de la Justicia Militar Belga y el rigor, lleno de claridad, del Profesor universitario de dimensión internacional.

Nos ha parecido necesario completar la exposición de la materia traduciendo e insertando, asimismo, el texto del reciente Reglamento de Disciplina del Ejército Belga, en torno al cual gira el estudio, que así puede ser mejor seguido.

texto con 160 años de antigüedad: el Decreto del Príncipe Soberano de los Países Bajos de 15 de marzo de 1815.

El nuevo texto es breve: 48 artículos. En numerosas materias el legislador ha confiado al Rey la tarea de reglamentarlas más detalladamente. En el terreno del procedimiento disciplinario ya habían sido introducidas innovaciones por el Real Decreto de 4 de febrero de 1972, al que el Abogado General ROGGEN ha consagrado un sustancioso estudio. Después de la entrada en vigor de la ley, éste texto continúa siendo aplicado, a la espera de un nuevo Decreto Real que se dicte en ejecución de ésta ley.

El nuevo Reglamento de Disciplina, tal como ha sido difundido en el seno de las Fuerzas Armadas, es mucho más amplio que la Ley; se presenta bajo la forma de "edición provisional" de una Instrucción militar, firmada por el Jefe del Estado Mayor General y por el Comandante de la Gendarmería. Este texto comprende 203 artículos recogiendo todas las disposiciones de la Ley, las del Decreto Real de 1972 y otras disposiciones legales y reglamentarias, así como directrices complementarias.

En el presente estudio nos proponemos presentar estos diferentes textos en la medida que puedan interesar a los penalistas. Se trata sobre todo de tres aspectos en los cuales merece ser examinada la frontera entre lo penal y lo disciplinario:

- los hechos punibles: de un lado la infracción penal, de otro la transgresión disciplinaria;
- las sanciones: de una parte las sanciones penales, de otra las sanciones disciplinarias;
- las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria.

En estos dominios, como en otros, la nueva ley ha introducido innovaciones y modificaciones sustanciales. Ha hecho dar al Derecho disciplinario militar un gran paso adelante en la línea de su "jurisdiccionalización". Ha acercado considerablemente los principios generales del Derecho Penal común y del Militar, pues ha introducido nociones tales como, la suspensión de la sanción, la prescripción, la cancelación de los castigos, la reincidencia.

Ha enunciado con más claridad y rigor los hechos disciplinariamente reprobables.

Ha aliviado considerablemente las sanciones disciplinarias, suprimiendo aquellas que habían conservado rigores desusados e inútiles.

Ha garantizado ciertos derechos para la defensa.

Ha prohibido la doble represión, penal y disciplinaria, para los mismos hechos.

El Derecho disciplinario militar no es el único derecho disciplinario, pues forma parte de todo un conjunto de derechos disciplinarios, no solo los de las funciones públicas, las profesiones

liberales, las empresas comerciales e industriales, sino también de numerosos otros nacidos en los diversos grupos sociales no estatales. Entre estos derechos disciplinarios, el derecho disciplinario militar presenta sin embargo caracteres especiales, básicamente en razón del fin de la institución de las Fuerzas Armadas, es decir, la defensa de la nación en caso de necesidad mediante el uso de las armas. Defensa con el consiguiente peligro de la vida de aquellos que tienen que asegurarla, es decir, los militares.

Los caracteres propios de la función militar no pueden ser perdidos de vista cuando se analiza el Derecho Penal y el Derecho disciplinario militar. No es a propósito de este análisis cuando hay lugar a examinar el problema de la oportunidad de mantener o suprimir las Fuerzas Armadas.

Es supuesto admitido que, conforme a la Constitución y a las Leyes del pueblo belga, la defensa de la nación y de sus instituciones democráticas está asegurada por la Fuerza Pública.

Revisión de Códigos militares.

La elaboración de un nuevo Reglamento de disciplina forma parte de un conjunto de proyectos encaminados a revisar todo el derecho penal y disciplinario militar, así como las normas procesales que les afecten.

Un proyecto de código penal militar ha sido redactado por una comisión interministerial, que ha trabajado bajo nuestra presidencia desde 1969 a 1973. El proyecto, aprobado por los Ministros de Justicia y de Defensa Nacional, ha sido adoptado por el Gobierno en julio de 1975, actualmente está sometido a dictamen del Consejo de Estado.

Una comisión similar prepara un anteproyecto de código procesal penal militar, que sustituya al código —incompleto— de 1899 y al de 1814. Es de preveer que el texto tardará uno o dos años en estar listo; deberá tener en cuenta, en la medida compatible con las necesidades específicas de las Jurisdicciones militares el proyecto de código procesal penal elaborado por el Comisario Real H. Bekaert.

El Tribunal Europeo de derechos humanos, el 8 de junio de 1976, ha dictado una sentencia de la mayor importancia en materia de derecho disciplinario militar. Se trata de la sentencia Engel y otros. El Tribunal ha examinado una serie de demandas interpuestas por cinco militares holandeses respecto de penas disciplinarias que les fueron impuestas así como contra el procedimiento aplicado por el superior investido del derecho de castigar y ante el Alto Tribunal Militar.

Les han sido denegados a éstos militares 22 planteamientos. Pero en dos puntos la sentencia constata que ha sido violado el

artículo 5.º, párrafo 1.º, de la Convención Europea de salvaguardia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales. En un porvenir próximo el legislador belga deberá tener en cuenta esta sentencia, para adaptar el derecho disciplinario en vigor y sobre todo el procedimiento disciplinario, a la interpretación de la Convención. No nos ha sido posible tener en cuenta en este artículo opiniones y aseveraciones contenidas en dicha sentencia, la cual ha sido publicada en la "Revista de derecho penal militar y de la guerra".

Esta reforma del derecho militar en el dominio penal y en el disciplinario se inscribe en un movimiento general de "actualización" de estas materias, que se desenvuelven en numerosos países.

La mayor parte de los Estados de Africa y de Asia, que en el curso de los últimos decenios se han convertido en independientes, han legislado sobre esta materia. Así el Zaire tiene un nuevo Código de Justicia Militar desde 1972, comprendiendo 543 artículos; está completado por un decreto ley de 9 de junio de 1965 que contiene el Reglamento de disciplina para el Ejército Nacional de dicho país; si es cierto que ha sufrido influencia de las legislaciones francesa y belga, ha adoptado en cambio soluciones originales en numerosas materias.

Un buen número de países de Europa y de América han reformado su legislación penal y disciplinaria militar después del final de la Segunda Guerra Mundial. Así, el Código Uniforme de Justicia Militar de los Estados Unidos, de 5 de mayo de 1950; la Ley sobre la Defensa Nacional de Canadá, de 30 de junio de 1950; la nueva "Army Act" de la Gran Bretaña, de 6 de mayo de 1959; la Ley sobre Responsabilidad Penal por delitos militares, de la URSS, de 25 de diciembre de 1958; la Ley Penal Militar de la República Federal Alemana, de 30 de marzo de 1957; así como la Ordenanza Disciplinaria del Ejército de 15 de marzo de 1957, modificada en varios aspectos por la reciente Ley para la nueva ordenación del derecho disciplinario del Ejército, de 21 de agosto de 1972, sobre la cual la "Revista de derecho penal militar y de derecho de la guerra" publica un interesante trabajo de H. Reindl, R. Roth y L. Bregenzer, en las páginas 233-253 de su tomo XIV, correspondiente a 1976.

Pero son sobre todo las modificaciones en este campo legislativo en nuestros vecinos de Sur y Norte las que han podido influir más directamente las reformas que en Bélgica tenemos en curso. En los Países Bajos, varias leyes de 4 de Julio de 1963 han modificado los diferentes Códigos y leyes relativos al derecho penal y disciplinario militar; después de lo cual, la revisión del conjunto de la legislación penal militar ha dado lugar allí a una abundante literatura, que ha desbordado incluso el marco de los

especialistas. En Francia, el nuevo Código de Justicia militar data del 8 de Julio de 1965; ha sido completado por el decreto del 1.º de Octubre de 1966, que contiene el reglamento de disciplina general en los ejércitos, y el decreto de 8 de Octubre de 1966 fija el baremo de las sanciones aplicables a los suboficiales y clases militares; tal decreto a su vez ha sido reemplazado por el de 28 de Julio de 1975, que contiene importantes modificaciones, por ejemplo, en materia de neutralidad de los ejércitos, derechos generales del militar, ejecución de sanciones disciplinarias, garantías a lo largo del proceso disciplinario, etc. Los redactores del proyecto de ley sobre el reglamento de disciplina belga tomaron numerosos preceptos de similar texto francés, empezando por el propio título la ley; oportunamente señalaremos algunas otras similitudes, por ejemplo, la prevención, la noción de servicios de interés general, etc.

Textos legales y reglamentarios vigentes

a) La ley de 14 de Enero de 1975 lleva el título: "Ley conteniendo el reglamento de disciplina de las fuerzas armadas". Este título, inspirado por el decreto francés del 1.º de Octubre de 1966, es equívoco, pues da el nombre de "reglamento de disciplina" solamente a las disposiciones contenidas en la ley, haciendo difícil el empleo del mismo término para designar la Instrucción por la cual, la autoridad militar debe difundir las directrices prácticas para la aplicación de la ley en el seno de las fuerzas armadas (ver infra sub c).

La ley comprende dos títulos (con un tercero sobre Disposiciones finales), uno conteniendo las "reglas de la deontología militar" (artículo 1 a 20), otro relativo a "la represión disciplinaria", en el cual la estructura de la ley deja mucho que desear, pues el primer capítulo comienza tratando de "las personas sometidas a la presente ley"; y, por otra parte, el capítulo tercero del título segundo se titula "el procedimiento disciplinario", expresión que también sirve de título a la sección segunda de éste capítulo tercero. La parte principal del título relativo a la deontología militar es el capítulo III, titulado "de los deberes y de los derechos militares". Lo examinaremos mas especialmente bajo el ángulo de las transgresiones disciplinarias.

El título II relativo a la "Represión disciplinaria", se refiere a las transgresiones, las sanciones y el procedimiento disciplinario. El será objeto de nuestra especial atención.

b) La ley es breve. En varias de sus disposiciones encarga al Rey de la regulación de tal o cual materia determinada, por ejemplo, el procedimiento disciplinario (artículo 38), las condiciones para la concesión y los efectos de la suspensión condicional de

la sanción (artículo 39), o las modalidades de la sanción (artículo 40). El Rey no ha dictado todavía ningún real decreto en ejecución de la ley. Pero el decreto real de 4 de Febrero de 1972, referido al procedimiento militar, ha quedado provisionalmente en vigor.

Esta situación, aunque anómala, no presenta sin embargo dificultades mayores, pues el decreto real fue elaborado sobre la base del proyecto de ley, que apenas fué modificado en materia de procedimiento disciplinario.

c) El Comandante militar (en concreto el Jefe del Estado Mayor General, Teniente General Crekillie y el Jefe de la Gendarmería, Teniente General Denève) han publicado, de común acuerdo, bajo forma de instrucción, una "edición provisional" del reglamento de disciplina militar. Esta instrucción lleva el número A 2.

Así, desgraciadamente, se ha mantenido la confusión entre el reglamento de disciplina establecido por la ley y el reglamento de disciplina difundido en el seno de las Fuerzas Armadas. Esta Instrucción A 2 (que contiene 203 artículos) trae ciertamente el texto de la ley, pero con variantes menores y complementos que pueden modificar o desnaturalizar su sentido. Además, se encuentran allí, las disposiciones del decreto real de 4 de Febrero de 1972, preceptos de otras leyes y decretos referidos especialmente a la milicia, y el estatuto profesional de las diferentes categorías de militares pertenecientes a cuadros activos, todo ello completado por instrucciones, comentarios y ejemplos.

El fin de la Instrucción A 2 es evidentemente el de servir de manual, tan práctico como sea posible, para los que lo manejen. Pero desde el punto de vista jurídico, se han confundido allí los textos de leyes y de decretos con instrucciones emanadas meramente de la autoridad militar. El destinatario ignora pues, con la lectura del texto, cual es su valor y su alcance; si es exacto que tanto debe respetar las instrucciones militares como las leyes y decretos, no lo es menos que los decretos deben estar de acuerdo con las leyes y las instrucciones militares conformes con las leyes y los decretos.

La Instrucción A 2 ha sido difundida entre todas las autoridades de las distintas fuerzas, incluso los Jefes de Unidades, habiendo llegado en la Gendarmería hasta los Jefes de Brigada.

La difusión a un nivel inferior no se ha realizado mas que por la instrucción oral en las unidades. Si es cierto que a nadie le está permitido ignorar la ley y que los milicianos, como los otros militares, se considera que han leído las leyes y decretos que conciernen a la disciplina militar en el "Moniteur" (periódico oficial), es aun conveniente que se les dé un conocimiento

efectivo, en forma adecuada, de las leyes y decretos, y también de las instrucciones complementarias. Sería oportuno que todo militar, tanto los soldados como los demás, tenga a su disposición un manual de disciplina militar que exponga de manera clara y sencilla sus deberes y sus derechos.

I. DERECHO DISCIPLINARIO Y DERECHO PENAL

La noción del derecho disciplinario

Todos los hombres están sometidos a distintos derechos disciplinarios porque todos forman parte de un cierto número de grupos sociales, cuyas reglas de conducta aceptan y de los que sufren las sanciones a que pueda haber lugar.

Entre estos grupos sociales —o sociedades parciales, o sociedades particulares, o incluso instituciones—, están desde luego los grupos socioprofesionales, en los que cada uno tiene su propia disciplina y sus propias sanciones; tal es el caso del grupo militar. Pero existen muchos otros grupos sociales teniendo sus propias reglas de comportamiento, consideradas obligatorias para sus miembros y sometidos en su caso a determinadas sanciones: escuelas, grupos deportivos, grupos políticos, comunidades religiosas, asociaciones filantrópicas, patrióticas, filosóficas, técnicas, etc.

Citemos a título de ejemplo el grupo deportivo: la obligación de respetar las reglas del juego en el fútbol o en el ciclismo por ejemplo, está sancionada por una autoridad adecuada a cada deporte (árbitro, dirigentes de club, federación deportiva, etc.), sanciones que van desde la advertencia o la amonestación hasta privaciones temporales del derecho de jugar (algunos minutos o algunos días, por ejemplo) y la prohibición definitiva del derecho de participar en las actividades deportivas.

Una indagación en curso sobre el derecho disciplinario de los grupos sociales en Bélgica, ha detectado ya más de seiscientas agrupaciones diferentes, con sus propias reglas de conducta, sus jueces disciplinarios, su procedimiento disciplinario, sus sanciones disciplinarias. Algunos juristas niegan el carácter de derecho a estas reglas y a estas sanciones, al menos cuando el Estado no ha intervenido en su elaboración y promulgación; para ellos, solo la ley emanada del poder legislativo estatal crea derecho; las reglas de conducta de los grupos sociales no estatales, no son derecho. No existiría, pues, "derecho" disciplinario.

Esta tesis deriva de las ideas dominantes en la época de la Revolución francesa. Con el fin de asegurar la igualdad de todos ante la ley uniforme, se suprimen todos los privilegios, comprendidos los de las corporaciones y los de otros grupos sociales del

Estado. Así desapareció el derecho disciplinario, que se había elaborado lentamente desde la edad media en cada uno de los cuerpos y comunidades. Sin embargo, hubo una excepción, precisamente el Ejército, en donde se tuvo en cuenta, incluso en tal época, que la eficacia implicaba una disciplina específica.

Esta concepción legalista del derecho no tiene suficientemente en cuenta la realidad social. Actualmente está generalmente admitido que las reglas de comportamiento de los miembros de grupos sociales no estatales constituyen reglas jurídicas; lo son por su carácter de obligatorias para los miembros del grupo y en tanto que llevan aparejadas sanciones, que van desde la simple represión hasta la expulsión del grupo. Existe pues una especie de pluralismo jurídico, en el sentido de que todos estamos sometidos no solo a las leyes y costumbres de nuestro país sino también a las reglas impuestas en cada grupo social, del que formamos parte tanto voluntaria como obligadamente.

Analogía con el derecho penal

El derecho disciplinario, es decir las reglas propias de cada uno de estos grupos, presenta una cierta analogía con el derecho y el procedimiento penal. Las reglas de conducta están impuestas conminando con sanciones similares a las sanciones del derecho penal. Existe en cada grupo una autoridad —jefe, consejo, colegio, etc.— investido del derecho de castigar, igual que a nivel estatal existen tribunales. Las reglas de conducta constituyen la disciplina del grupo; son obligatorias, pues el no seguirlas o el no respetarlas, constituyen transgresiones a la disciplina, similares a los quebrantamientos de las leyes penales.

En el siglo XIX, bajo la influencia de la concepción legalista del derecho, la mayor parte de los derechos disciplinarios eran consuetudinarios; el Estado apenas se ocupaba de ellos; ninguna legislación los reglamentaba excepto en algunos sectores, especialmente el Ejército, la Magistratura, la Abogacía. Para los funcionarios del Estado fué preciso esperar el real decreto de 17 de Diciembre de 1923 para ver intervenir al legislador en el campo de las penas disciplinarias.

Actualmente numerosos derechos disciplinarios se han convertido en legales y, en tal sentido, el legislador ha fijado un cierto número de reglas de conducta obligatorias para los miembros del grupo social concreto, al mismo tiempo que ha establecido sanciones y un procedimiento peculiar. Se asiste así a una "institucionalización" progresiva de los derechos disciplinarios, a una "jurisdiccionalización" de la represión disciplinaria. Tal es el caso de la mayor parte de los grupos, formados por los miembros de algunas profesiones liberales: abogados, médicos, arquitectos, al-

guaciles, etc. Tal es el caso de la función pública en general, muy especialmente después del real decreto de 2 de Octubre de 1957.

Tal es también el caso de las relaciones entre empresarios por un lado y empleados u obreros por otro. Las empresas industriales o comerciales, sean grandes o sean pequeñas, no pueden vivir mas que mediante el respeto a una disciplina en la ejecución del trabajo; confirmando una situación de hecho muy antigua, la ley de 8 de Abril de 1965 instituyendo los reglamentos de trabajo, autoriza a los empresarios para adoptar eventualmente sanciones respecto de su personal.

Se ha insistido mucho respecto de las diferencias fundamentales entre el derecho penal y entre el derecho disciplinario, oponiendo infracciones penales y transgresiones disciplinarias, juez penal y autoridad disciplinaria, procedimiento penal y procedimiento disciplinario, sanción penal y sanción disciplinaria. Se ha contrapuesto la potestad represiva ejercida en nombre e interés del conjunto de ciudadanos de la sociedad global estatal, al poder disciplinario que solo se ejerce en sociedades particulares, en grupos sociales no estatales, unicamente sobre los miembros de ellos, en interés suyo y del grupo y a fin especialmente de realizar el objetivo que el grupo se ha señalado, o que le ha sido impuesto. Las sanciones son muy distintas, pues la sanción penal puede privar al condenado de su vida o de su libertad, lo cual no puede hacer la sanción disciplinaria, excepto, por lo que se refiere a la libertad, el derecho disciplinario militar.

La independencia de las dos acciones como de los dos derechos —penales y disciplinarios— tienden sin embargo a desaparecer. En la medida en que los derechos disciplinarios se legalizan, no pueden ignorar ni desconocer las decisiones judiciales. La autoridad de la cosa juzgada en materia penal se impone cada vez mas a las autoridades disciplinarias. Inversamente, el juez penal, mejor informado de las incidencias disciplinarias de algunas situaciones, está constreñido a tener en cuenta eventuales sanciones disciplinarias.

Especialidad del derecho penal y del derecho disciplinario militar

Aun cuando, de modo general, no hay mas que dos sistemas de derecho represivo —el derecho penal y el derecho disciplinario—, en el grupo social militar hay cuatro:

- el derecho penal común;
- el derecho penal militar;
- el derecho disciplinario militar;
- el derecho disciplinario corporativo militar.

Dicho de otra manera, el militar está sometido a dos derechos penales y a dos derechos disciplinarios. Pues, además de su sumisión al derecho penal como cualquier otro ciudadano, está sometido al derecho penal militar, que comprende un cierto número de infracciones propias de las actividades y del comportamiento en el medio militar. De otra parte, los militares están sometidos a un derecho disciplinario general, común a todos, que comprende sanciones parejas al derecho penal. Y de otra, están sometidos a su propio estatuto, por ejemplo el del oficial o el del suboficial en activo, el del voluntario de carrera o el del miliciano; cada una de estas situaciones está regulada por una ley especial que comprende una parte disciplinaria represiva, que va desde sanciones con repercusión pecuniaria a la de exclusión del grupo.

La coexistencia de dos tipos de derecho disciplinario es específica del derecho de los militares. Resulta sobre todo de la existencia de subgrupos dentro del grupo militar; si de una parte hay reglas de conducta comunes a todos los militares, hay otras que no afectan más que a subgrupos: oficiales, suboficiales, militares de carrera, militares de la reserva, milicianos en servicio activo, etc.

El derecho disciplinario general no ha cesado de existir desde la aparición en los siglos XV y XVI de los ejércitos permanentes; ha subsistido a pesar de la revolución francesa; estaba establecido en Bélgica en una Ley-Reglamento de disciplina, que entró en vigor ya en 1815.

El derecho disciplinario corporativo no se ha desenvuelto más que a lo largo de los siglos XIX y XX a medida que el estatuto de cada grupo militar se iba fijando por el legislador. Ello fue muy pronto —en 1817— respecto de los milicianos, pues en virtud de la Constitución, las obligaciones militares de los ciudadanos debían quedar determinadas por el legislador. También fue muy pronto, por una ley de 1836, respecto de los oficiales, y así estos tuvieron su estatuto disciplinario noventa años antes de que se estableciera tal norma para los funcionarios del Estado. Pero el desenvolvimiento de los derechos profesionales de otras categorías militares es relativamente reciente, más o menos paralelo con los estatutos de otros numerosos grupos sociales al servicio del Estado. La parte disciplinaria de estos estatutos militares se parece, por lo demás, a la de otros estatutos de agentes de la función pública: mismos tipos de reglas generales de conducta, de procedimiento y sobre todo de sanciones, tales como la suspensión, la pérdida de puesto, la separación del servicio.

Pero estas leyes profesionales contienen pocas disposiciones concernientes a las obligaciones militares. Estas están determinadas en el derecho disciplinario militar general, común a todos

los militares. En tales leyes sobre disciplina militar general se establecen castigos disciplinarios, generalmente distintos de los contenidos en las leyes corporativas, pues en aquellas la mayor parte de los castigos son restrictivos de libertad: prevención, arrestos simples, arrestos rigurosos. El derecho de castigar está reservado al Mando, en principio al Jefe del Cuerpo y al Comandante de Unidad, pero no al Ministro; mientras que las sanciones profesionales están adoptadas generalmente por el Ministro o por el Rey. Es este derecho disciplinario general militar el que el legislador ha establecido mediante la ley del 14 de Enero de 1975, que contiene el reglamento de disciplina de las fuerzas armadas belgas.

Este derecho disciplinario militar general comprende la "deontología militar", muy especialmente los derechos y deberes de los militares en general. Las infracciones de estos deberes y las prohibiciones correlativas, son sancionables con correctivos de restricción de libertad, aunque no puedan rebasar un cierto límite, por ejemplo, ocho días para los arrestos rigurosos o cuatro para los simples. Si la violación de una de las reglas específicas de la vida militar es de tal gravedad que se impone una sanción mayor, ha de pasarse del plano disciplinario al plano penal militar.

En efecto, la cualificación de un gran número de infracciones disciplinarias es similar a la de algunos delitos militares. Los ejemplos mas típicos son el quebrantamiento de la obligación de presencia y el de el principio de subordinación. Una corta ausencia, la no ejecución de una orden, por negligencia, constituyen transgresiones disciplinarias; la desertión y la insubordinación son infracciones penales militares.

El derecho penal militar tiene todos los caracteres del derecho penal: legalidad de las infracciones, de las penas, persecución por el ministerio público, enjuiciamiento por jurisdicciones bajo el control del tribunal de casación. Pero, como el derecho disciplinario militar, es un derecho propio del grupo social militar y no común a los habitantes del país. Como el derecho disciplinario, el derecho penal militar establece reglas de conductas especiales del grupo militar. Por otra parte, las jurisdicciones militares, aún teniendo todas las características de otras jurisdicciones, tienen en ellas una participación activa de los oficiales, es decir de aquellos que ejercen la acción disciplinaria.

El particularismo del derecho penal y del disciplinario militar deriva de la razón de ser de las fuerzas armadas. En un Estado democrático las fuerzas armadas sirven para la defensa del territorio, si es preciso por medio de las armas, la Gendarmería, y en algunas circunstancias excepcionales las otras fuerzas armadas,

aseguran el mantenimiento del orden en el respeto de la ley y de las Instituciones.

El primer deber de todo militar, como ha recordado el artículo 9 de la nueva ley, es el de "servir al país con consciencia y valor y en caso de necesidad con peligro de su vida". Este peligro de muerte es específico de la función militar, pues no existe en casi ningún otro grupo social de un Estado. Condiciona la mayor parte de las reglas de conducta propias de los militares: la presencia permanente obligatoria (a menos que medie autorización o justificación), una organización jerárquica que es necesaria a causa del gran número de participantes en la acción; y desde luego, la obediencia a las órdenes —legales— de los jefes.

Es cierto que las fuerzas armadas no son el único grupo social en el que el riesgo de muerte domina el comportamiento obligatorio de los miembros. Bomberos, policías, marinos, aviadores civiles, están también expuestos a este riesgo en el ejercicio de sus funciones, sin estar sin embargo sometidos a un derecho penal y disciplinario propio, que sancione las faltas con penas privativas o restrictivas de libertad. Pero la actividad de estos grupos socio-profesionales está limitada a un cuadro restringido, —el salvamento con ocasión de un incendio, el transporte por aire o por agua de un pequeño grupo de personas, etc.—; la de las fuerzas armadas se extiende a la defensa de todo el país, incluyendo el deber de asegurar la supervivencia de la nación. Para realizar este fin —que algunos pueden discutir, pero ello resultaría aquí fuera de lugar— el grupo social militar, que ésto es la fuerza armada al servicio de la nación, debe continuar disponiendo de medios coercitivos especiales para sancionar las obligaciones específicas del grupo.

La adscripción total a la finalidad de alcanzar el objetivo del grupo requiere por parte de sus componentes que unos se incorporen voluntariamente a tal grupo y que los otros sean obligados a cumplir en servicio de la nación su tiempo de prestación de servicio militar. Los dos subgrupos tienen el mismo fin; pero sin embargo es un fin que les ha sido impuesto por la comunidad nacional, en interés de la misma. No corresponde al grupo militar fijarse un objetivo; no puede actuar en su propio interés; todo lo contrario, no puede tender a otros objetivos que a los que la nación le ha asignado por mediación de sus órganos democráticos legales.

Presencia, jerarquía y obediencia a las órdenes son necesarias en numerosos otros grupos sociales, por ejemplo en los de funcionarios civiles del Estado o en los de asalariados de una empresa privada; por otra parte, el Ejército presenta muchas analogías en estos grupos sociales: es uno de los mayores empresarios, que tiene, en Bélgica, aproximadamente cien mil emplea-

dos para organizar, para actuar, para administrar. Pero lo que distingue a los miembros de las fuerzas armadas de otros funcionarios del Estado y de los empleados de una gran empresa, es el "peligro de vida" inherente a la función militar.

Cierto que en tiempo de paz prolongada, el grupo militar da la impresión —y él mismo la tiene— de parecerse cada vez mas a los otros grupos sociales, pues el peligro de muerte aparece como muy teórico. Pero el derecho penal y el derecho disciplinario militar no pueden ser concebidos para solo el tiempo de paz; deben ser aplicables en tiempo de guerra desde el momento en que las fuerzas armadas deben cumplir el fin para el que han sido organizadas y preparadas, la defensa de la nación.

II. TRANSGRESIONES DISCIPLINARIAS E INFRACCIONES DE LA LEY PENAL

1 — No aplicabilidad del principio "Nullum crimen sine lege"

El principio es sencillo: el derecho disciplinario no aplica la máxima "Nullum crimen sine lege" que gobierna el derecho penal. Las leyes reglamentos o estatutos que regulan los grupos sociales, no prevén generalmente mas que en términos generales, las obligaciones de sus miembros: no hacer nada que pueda comprometer la actividad del grupo o el honor o la dignidad de la profesión o función, ejecutar las misiones o trabajos conforme a las reglas escritas o a los usos del grupo, etc. Las faltas disciplinarias son actos u omisiones constitutivos de inobservancia de las obligaciones impuestas por las funciones que se ejercen en el grupo. El jefe, es decir aquel o aquellos que ejercen autoridad en el grupo, disponen de entera libertad para apreciar si un acto u omisión constituyen falta disciplinaria; dispone también del poder de sancionarla, bajo reserva de la obligación general del respeto a la Ley.

En principio, es igual en el derecho disciplinario militar. No existe ninguna lista, ningún resumen escrito de las infracciones disciplinarias.

Por otra parte, así fue afirmado en la Exposición de motivos de la ley-reglamento de disciplina de mil novecientos setenta y cinco: "la transgresión escapa por su propia naturaleza de la definición rigurosa y de la enumeración exhaustiva". Esta aseveración está justificada por el hecho de que, la "transgresión está esencialmente en función de las circunstancias" y porque, "la oportunidad de la represión depende ante todo de la apreciación que haga la autoridad".

Esta fórmula, muy vaga, ¿no abre la puerta a posibilidades de abuso?. Ciertamente, la apreciación de la autoridad se conecta

con la *oportunidad* de la represión; lo que significa, parece, que la autoridad militar no debe necesariamente castigar toda infracción disciplinaria que compruebe o que le sea denunciada.

El artículo 7 de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de sus libertades fundamentales, estableciendo que, "nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento de ser cometida, no constituyese un delito con arreglo al derecho nacional o internacional", no es de aplicación a las faltas disciplinarias, según ha confirmado, tanto el Tribunal de Casación de Bélgica como la Comisión europea de los derechos humanos.

2 — Definición de la infracción disciplinaria

La ley contiene en su artículo 21, parágrafo 1, una definición de la infracción disciplinaria: "Toda transgresión de las disposiciones del Título I constituye una infracción disciplinaria, que puede desencadenar, según los aspectos propios de cada caso, la aplicación de uno de los correctivos disciplinarios enumerados en el Capítulo II".

La proposición subordinada de esta frase, es inútil para definir la infracción disciplinaria; consiste en permitir que se aplique una u otra de las sanciones previstas por la ley "según los aspectos propios de cada caso"; lo que no añade nada a la definición.

Queda, pues, como definición legal: "Toda transgresión de las disposiciones del Título I, constituye una infracción disciplinaria".

Este Título I se rotula: "Reglas de la deontología militar". Comprende cuatro capítulos, de los que los dos primeros contienen disposiciones respecto de las cuales apenas es posible cometer infracciones, pues se trata simplemente de la previa enumeración de las personas sometidas a la ley que contiene el Reglamento de Disciplina, (Capítulo I, arts. 1 a 4), seguido de reglas que establecen la jerarquía militar (Capítulo II, arts. 5 a 8). Quedan, pues dos capítulos útiles para la definición de las transgresiones disciplinarias:

Capítulo III: de los deberes y de los derechos de los militares (Arts. 9 a 17).

Capítulo IV: de la acumulación de funciones y empleos (Arts. 18 a 20).

Este capítulo IV es de importancia menor en el campo de las infracciones, siendo sobre todo en el capítulo III donde se encontrarán las disposiciones cuya violación constituye una transgresión disciplinaria.

La Instrucción A 2 de las autoridades militares ha tratado de hacer mas fácilmente comprensible la definición legal. Des-

pués de haber enumerado, de una parte los deberes de los militares, (arts. 22 a 24) y de otra sus derechos (arts. 25 a 28), dá la definición siguiente (arts 29): “*Todo incumplimiento de los deberes de los militares, así como todo abuso en el ejercicio de sus derechos, constituyen una infracción disciplinaria*”.

La Instrucción recoge aquí los dos elementos del título del capítulo III: por una parte el incumplimiento de los deberes, por otra el abuso en el ejercicio de los derechos.

Ha sido dicho en la Exposición de motivos y a menudo repetido en el curso de las discusiones parlamentarias, que el nuevo “derecho disciplinario militar está basado en los deberes mas que en la prohibición”. En efecto, el capítulo III del Título I de la nueva ley enumera sobre todo los deberes generales de los militares. Pero, a pesar de la afirmación de la Exposición de motivos, el análisis de los artículos revela que se trata por lo menos de tantas infracciones de derechos como de deberes. Los derechos están enunciados en los artículos 14, 15 (parágrafo 1, apartado 2) y 16 (parágrafos 1 y 2), los deberes en los artículos 9, 11, 12 y 17. Casi todas las demás disposiciones empiezan con las palabras: “*está prohibido a los militares...*”; constituyen pues indudablemente prohibición; contravenirlas es cometer una infracción disciplinaria.

Se podrían pues enumerar las infracciones disciplinarias tomando por un lado todas las prohibiciones y por otro, todos los deberes impuestos a los militares en el Título I de la nueva ley. Y se podría de aquí deducir que, el principio “*Nullum crimen sine lege*” está aplicado en el derecho disciplinario militar.

Sin embargo, no es este el caso.

Comprobemos en primer lugar que, si la ley no contiene mas que una definición por referencia, la Exposición de motivos ha dado una definición mas descriptiva:

“la falta contra la disciplina consiste:

— bien en una violación de un mandato particular, expresado concretamente bajo cualquier forma;

— bien en una actitud o en una conducta que constituya un ataque al buen orden o a la buena marcha del servicio en general o, incluso, que sea incompatible con la dignidad del militar”.

La segunda parte de esta definición extralegal es similar a la que se encuentra en la mayoría de los otros derechos disciplinarios. Allí se encuentra esta noción de la dignidad de la función, que está prohibido comprometer. Allí se encuentra de nuevo la fórmula vaga del estatuto de los oficiales y del de los suboficiales: ellos pueden ser destituidos de oficio si resultan culpables de “hechos graves incompatibles con su estado de oficial” o “del de suboficiales”.

La definición legal parece mas exigente: ninguna sanción disciplinaria puede ser aplicada si no se ha definido un quebrantamiento de alguna de las disposiciones del Título I de la ley. Pero si entre estas disposiciones algunas son ciertamente claras y precisas, ordenando hacer alguna cosa o prohibiendo hacer otra, en cambio las hay tan generales y vagas como las de otros derechos disciplinarios. Así, el artículo 9, 4.º, ordena a los militares "evitar comprometer el honor y la dignidad de su estado y de su función". Solo el uso permite saber cuáles son los actos que se consideran comprometedores del honor y de la dignidad; en presencia de una formulación tan imprecisa, hay que concluir que el principio "Nullum crimen sine lege" queda inaplicado en derecho disciplinario militar.

El legislador belga no ha seguido en este terreno el ejemplo de Francia. El decreto francés conteniendo el reglamento de disciplina de 1966, prevé que "los castigos se aplican a los suboficiales y clases en los límites de un baremo fijado por decreto ministerial", baremo que enumera las diferentes faltas, clasificándolas en siete categorías; este baremo, muy detallado, no comprende menos de doscientas dieciocho calificaciones como faltas.

Es cierto que el sistema francés es excepcional. En casi todos los demás países el reglamento de disciplina militar contiene una fórmula general, vaga e imprecisa, del cocepto de falta disciplinaria. A título de ejemplo citaremos el Código Uniforme de la Justicia Militar de los Estados Unidos, de 5 de Mayo de 1950, cuyo artículo 134, llamado el "artículo general", precisamente porque convierte en punible todo acto que comporte perjuicio al buen orden y a la disciplina militar, incrimina "todo desorden y negligencia en perjuicio del buen orden y de la disciplina militar en las fuerzas armadas, toda conducta capaz de llevar descrédito sobre las fuerzas armadas".

Recientemente esta definición del acto susceptible de sanciones disciplinarias ha suscitado críticas diversas en base a su carácter vago y a su formulación demasiado general, asegurando que era contrario a la Constitución americana. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha decidido en una serie de sentencias dictadas en 1974, que esta, definición no es inconstitucional. Los hechos comprendidos en el artículo 134 pueden ser castigados con una pena "a la discreción del Tribunal, por un Consejo de Guerra, general, especial o sumario". El artículo 69 de la "Army Act" británica, de 1955, contiene una formulación igualmente general, considerando como acto punible "cualquier acto, conducta o negligencia en perjuicio del buen nombre y de la disciplina militar". En Holanda, el honor y la dignidad de la función no entran

en liza, para la doctrina reciente, como base de derecho disciplinario y por supuesto del derecho disciplinario militar.

La nueva ley belga continúa también —quizás involuntariamente—, separándose del “Nullum crimen sine lege” para la calificación de las faltas disciplinarias. Ha consagrado una docena de artículos para enumerar los deberes y prohibiciones impuestas a los militares y, al igual que anteriormente, ha transformado en infracciones disciplinarias algunas infracciones penales cometidas en circunstancias especiales. Un breve análisis de esta doble enumeración permitirá hacer algunas comparaciones útiles entre derecho disciplinario y derecho penal.

3 — *Deberes y prohibiciones impuestas a los militares*

Los deberes y prohibiciones contemplados en el Título I de la ley reglamento de disciplina de 1975 pueden ser agrupados en dos categorías:

- los deberes de carácter general, que imponen a los militares una conducta general conforme a su papel dentro de la nación en función de su condición militar;
- los deberes especiales y las prohibiciones, que imponen el cumplimiento de un deber concreto o prohíben una actividad o actitud determinada.

Unos son propios de los superiores, otros de los inferiores y otros comunes a ambos.

A) LOS DEBERES GENERALES

Están enumerados en los artículos 9, 11, 12 y 17.

Los militares están al servicio de la nación. Deben obedecer las leyes y reglamentos; están sometidos al poder civil. A estos deberes respecto de la nación se añade el deber general de respetar el honor y la dignidad de su estado y de su función.

Consideremos brevemente cada una de las disposiciones de la ley de 1975 en esta materia. Los militares deben:

- a) “servir al país con conciencia y valor y, en caso necesario, con peligro de su vida” (artículo 9, 1.º):

Ya hemos recordado que la obligación de servir con peligro de su propia vida es específica de la condición de militar. La defensa del país por medio de las armas contra un agresor armado implica la aceptación del riesgo de morir. La persona que ha adquirido la condición de militar, bien porque a ello sea obligada por las leyes sobre la milicia, bien porque voluntariamente se haya comprometido a servir, está sometido a las leyes militares: debe estar presente y debe de obedecer a las órdenes legales que le sean dadas; la ausencia sin justificación y la insubordinación están

sancionadas por el Código Penal militar; las penas pueden llegar a ser la de muerte, si estas infracciones están cometidas en determinadas circunstancias de la guerra (Código Penal Militar, art. 28, apartado 3, art. 31, art. 52).

b) "Ser respetuoso con el Jefe del Estado, los deberes constitucionales y las instituciones del Estado" (art. 9, 3.º):

Como afirma la Exposición de motivos, "el carácter de las funciones que incumben a las fuerzas armadas obliga al militar a un deber de lealtad absoluta frente al Gobierno y al régimen".

c) "Abstenerse de una entrega a cualquier actividad que esté en oposición con la Constitución y las leyes del pueblo belga" (art. 9, 5.º).

El sentido de este deber de los militares, corolario de su deber de lealtad, ha sido proporcionado al margen de la discusión del proyecto de ley en el seno de la Comisión de la Cámara. A petición de un Representante sobre la interpretación a dar al término "actividad" en este párrafo, el Ministro de la Defensa nacional hizo observar que este texto supone el recordatorio de que está prohibido a los militares el participar en una actividad que tenga por fin la modificación de una manera ilegal de la Constitución y de las leyes o, dicho de otra manera "toda actividad que tendiese a modificar las Instituciones o la Constitución por vías no previstas por ésta". El Ministro añadió de un modo claro: "por ejemplo, el golpe de Estado".

Lo que está expresamente prohibido a los militares es, pues, la participación en un golpe de Estado. El Ministro de la Defensa Nacional ha tratado además de distinguir lo que el militar puede y no puede discutir. Lo que no puede cuestionar es "el principio de la forma del Estado, su estructura elemental, la monarquía constitucional y parlamentaria, así como el principio de las instituciones democráticas que protegen las libertades individuales de nuestro Estado de derecho". Pero puede discutir, por ejemplo, el problema de una "mas grande dejación de los poderes de Bélgica en favor de Europa, o la supresión de las provincias, o la concesión de más amplios poderes a las regiones, o una modificación de las tareas parlamentarias"; según puede verse en la documentación parlamentaria correspondiente al período 1971-1972.

Esta doble enumeración, cualquiera que sea su imperfección, es importante para precisar los límites de la libertad de expresión de las opiniones del militar. Pues, contrariamente a lo que harían pensar los artículos 14 y 15 de la ley, el derecho de los militares a expresarse libremente, de modo oral y escrito, conoce límites, que están justificados por el temor a que el militar participe en un golpe de Estado, en un complot contra la seguridad del Estado. Así, toda actividad que pueda suponer atentado a nuestras insti-

tuciones democráticas, no solo está reprimida penalmente (Código Penal, art. 104, 109, 233 y siguientes, etc.), sino también disciplinariamente, de modo especial en los casos en que todos los elementos de una u otra infracción no estén reunidos.

d) "Cumplir concienzudamente todas las obligaciones del servicio, que le estén impuestas por la Constitución, las disposiciones legislativas o reglamentarias, así como por los reglamentos, instrucciones y órdenes aplicables a las fuerzas armadas" (art. 9, 2.º).

Esta disposición puede ser considerada como la más importante en la práctica cotidiana existente en el campo del derecho disciplinario represivo. Pues ella permite sancionar disciplinariamente toda infracción, no solo a las leyes y decretos sino también y sobre todo a los "reglamentos, instrucciones y órdenes" de las autoridades militares.

Según dice la Exposición de motivos, este artículo recuerda que, "no puede admitirse que los reglamentos e instrucciones emanadas de la autoridad administrativa puedan ser contrarias a las leyes y decretos". Hay que felicitarse de que haya sido enunciado este precepto. La prevalencia de la legislación sobre la reglamentación emanada de las autoridades militares es evidente y nunca puede ser perdida de vista. En la edición 1959 del reglamento de disciplina, no estaba previsto entre los deberes de los militares a este respecto más que la obligación de "atenerse a las prescripciones dispuestas por los reglamentos militares". Es, quizás, la razón por la cual algunos militares tienen un profundo respeto por los reglamentos castrenses, pero una cierta ignorancia de las leyes y decretos. Los redactores de las instrucciones y reglamentos militares deberían penetrarse bien del respeto a la jerarquía de las fuentes del derecho: todo texto reglamentario *debe* estar de acuerdo con la Constitución, las leyes, los decretos y también los Reales decretos.

En la Instrucción A-2, el texto de este párrafo 2.º del artículo 9 de la ley está reproducido con un añadido que vale la pena subrayar: a los términos "disposiciones legales" ha sido añadido, "especialmente las Convenciones de Ginebra". Si bien se puede lamentar la brevedad y la imprecisión de este añadido, es positivo que el respeto de las Convenciones sobre derecho humanitario esté recordado en un texto tan generalmente extendido en los medios militares.

e) "Velar por la salvaguardia de los intereses morales y materiales del Estado" (art. 17).

El sentido de esta fórmula está precisado y —limitado— en el mismo artículo. Se trata:

— por una parte, de velar "porque el personal cumpla concienzudamente sus obligaciones de servicio".

— por otra parte, de responder “del buen uso y de la conservación de los medios materiales y financieros que hayan sido puestos a su disposición o de los que tenga responsabilidad”.

Como ejemplo de los “intereses morales y del Estado”, el Ministro de la Defensa Nacional ha citado “el ejemplo de un militar con misión en el extranjero que, por su conducta, sus actos o sus palabras, pueda realmente producir perjuicio a los intereses morales del Estado”. Este artículo 17 tiene por finalidad confirmar el principio de la responsabilidad de derecho común, respecto de todas las faltas cometidas por el militar en el ejercicio de sus funciones, no solo con respecto a terceros sino igualmente frente al Estado.

f) “Evitar comprometer el honor y la dignidad de su estado y de su función” (art. 9, 4.º).

Ya hemos dicho que se trata de una disposición muy general, que convierte en infracción punible todo acto contrario a los deberes de la comunidad militar. La fórmula actual es menos vaga que la del Reglamento de disciplina de 1815, tal como vino manteniéndose en todas sus versiones posteriores; el artículo 27 establecía que eran “faltas disciplinarias... todas las actuaciones incompatibles con la disciplina militar”.

La nueva formulación se refiere al honor y a la dignidad del estado del militar, tal como lo hacen la mayor parte de las disposiciones legales o reglamentarias concernientes a las infracciones disciplinarias cometidas en otros grupos sociales, tales como los de magistrados, abogados, médicos, funcionarios del Estado, y como lo hacen también las leyes estatutarias de la mayor parte de las categorías militares.

En Holanda, Van Agt y Verpaalen, en sus estudios doctrinales trataron, en 1971, de “desmitificar” el derecho disciplinario, rechazando reconocer “el honor y la dignidad” de la profesión —y por supuesto de la profesión militar— como base de este derecho disciplinario. Verpaalen ha buscado tal base en otra dirección, el llamado derecho disciplinario “técnico”. Pero entonces la pregunta sería: “¿ha obrado el militar en el ejercicio de su función de la manera que pueda esperarse de él?”. En Bélgica estas consideraciones teóricas encuentran poco eco. De todos modos, cabe hacer notar aquí que, el supuesto derecho disciplinario técnico se encuentra parcialmente en el artículo 9, 2.º, analizado en el precedente apartado d).

B) LOS DEBERES DE LOS SUPERIORES

Como en las demás fuerzas armadas, la organización militar belga está basada sobre el Mando, cuyos fines no pueden ser alcanzados mas que si todos los militares cumplen las órdenes

de quienes están investidos del derecho de darlas. El mando implica el concepto de superiores que mandan y por consiguiente de subordinados que cumplen las órdenes recibidas. La obligación de obedecer, dentro de los límites que se analizan mas adelante, está impuesta a todos los militares, cualesquiera que fueren, no solo a los soldados (quien normalmente no ejercen mando) sino también a todos los demás militares, hasta los grados más elevados; solo el general más antiguo en su escalafón o el general que ejerza la más alta función militar, no tiene superior militar; pero está, igual que todo militar, sujeto al poder general del Estado.

Las nociones de superiores y subordinados son, pues, nociones relativas, pues con la excepción de los soldados y del general más antiguo, todos los militares son al mismo tiempo superiores de unos y subordinados de otros, sin que estos conceptos tengan ningún sentido peyorativo, pues simplemente señalan el lugar que un militar ocupa en la línea jerárquica.

La nueva ley-reglamento de disciplina contiene de todos modos una importante innovación dentro de esta materia, pues introduce el concepto de "superior funcional" al lado del de "superior jerárquico".

Primero establece, conforme a una tradición secular, que "la autoridad se ejerce normalmente con el superior jerárquico" (art. 6 apartado 1), basada sobre la categoría y sobre la antigüedad en ella (art. 5). Normalmente toda función superior se ejerce por un supuesto jerárquico; pero en los ejércitos modernos han aparecido situaciones excepcionales en las que un superior jerárquico puede tener el deber de obedecer a un militar de grado menos elevado (o de menor antigüedad en el grado). Los ejemplos mas usuales son los comandantes de aeronaves o de grandes navios, en los que la autoridad sobre los militares transportados, aunque fuesen de categoría más elevada, no debe quedar controvertida. La nueva ley ha previsto pues, una jerarquía funcional que está basada en la función ejercida dentro de un marco peculiar y encaminada al cumplimiento de una misión o de un servicio determinado. Este marco puede ser operacional (la Exposición de motivos cita a este respecto el grupo de combate), técnico, administrativo, territorial, etc... La ley puntualiza que el superior funcional puede estar investido de su poder, bien por disposiciones legislativas o reglamentarias, bien por órdenes permanentes o momentáneas a las que él mismo y aquellos que le estén subordinados funcionalmente, quedan sometidos (art. 6, apartado 2).

Es el superior funcional —que se confunde generalmente con el superior jerárquico— quien ejerce el derecho de castigar (art. 30, apartado 1), si estuviese obligado a castigar a un militar más antiguo o revestido de una categoría más elevada, debe remi-

tir la competencia para ello a aquel de sus superiores cuyo grado sea más elevado que el del autor de la transgresión disciplinaria (art. 30, apartado 2). Se deduce de esto que, en caso de conflicto de competencia, la autoridad del superior funcional predomina sobre la del superior jerárquico (instrucción A 2, artículo 7).

La nueva ley-reglamento de disciplina enumera —más que los textos anteriores— los deberes generales de los superiores: firmeza, equidad, corrección, lealtad, ejemplaridad; precisa también su responsabilidad como jefe.

a) “Los superiores deben ejercer su autoridad con firmeza, equidad y corrección” (art. 11, parágrafo 1).

Se trata de cualidades esenciales de todo jefe, quien debe aunar la equidad y la corrección con la firmeza hacia sus subordinados.

b) “El superior debe dar ejemplo a sus subordinados, ser leal con ellos y respetar su dignidad” (art. 12, parágrafo 1).

La lealtad hacia los subordinados y el respeto de su dignidad deben inspirar siempre los actos de los superiores.

En el Reglamento de disciplina, en vigor desde 1915, el artículo 9, consideraba como falta disciplinaria el hecho de que el superior “se entregase a acciones materiales contra un subordinado o de usar respecto de él expresiones inadecuadas”. Esta disposición no impedía la aplicación de los artículos 398 y siguientes del Código Penal al superior que hubiese causado voluntariamente heridas a un subordinado o le hubiese golpeado.

El Código Penal militar actualmente en vigor castiga con penas mas severas las violencias cometidas por un subordinado respecto de su superior (art. 34-39). En el proyecto del nuevo Código Penal militar, las mismas penas están previstas para los superiores como para los subordinados: el superior que ultraje o cometa violencia con un subordinado es sancionado de la misma manera que el subordinado que ultraje o cometa violencia con un superior.

c) “Los superiores son responsables de las órdenes que dan” (art. 11, parágrafo 1, apartado 2).

La responsabilidad de los superiores no es solamente disciplinaria; es también penal si la orden conduce a cometer un delito. El problema de la orden legal se tratará mas adelante con ocasión del examen de los deberes de los subordinados. El superior que ha dado instrucción conducentes a cometer un delito será declarado responsable con carácter penal, sea como coautor en caso de abuso de autoridad, sea por lo menos como cómplice; en el proyecto de Código Penal militar está siempre considerado como autor.

d) “Los superiores responden de la Unidad que les está confiada

y del buen funcionamiento del servicio". (art. 11, parágrafo 1, apartado 2).

Esta obligación del superior es similar a la que se impone a los funcionarios del Estado, quienes responden frente a sus superiores jerárquicos del buen funcionamiento del servicio cuya dirección les está confiada (A.R. 2 Octubre 1.937, art. 12).

e) "Los superiores son responsables de los desórdenes causados por sus subordinados, cuando estos desórdenes hayan podido cometerse en base a la negligencia de aquéllos o de su exceso de tolerancia" (art. 11, parágrafo 1.º, apartado 2).

La responsabilidad de los jefes en caso de desorden estaba ya expresamente prevista en el reglamento de disciplina de 1915 (art. 4). Había sido precisada también por los artículos 4 a 7 del decreto real de 30 de Diciembre de 1959, recogidos en el Reglamento de disciplina de dicho año (arts. 222-225). De todas maneras, algunas de estas disposiciones han sido incorporadas a la Instrucción A 2 (arts. 171-173). El jefe de un cuerpo o de un destacamento debe usar de todos los medios de que disponga para prevenir o apaciguar inmediatamente los tumultos que pudieran surgir, sea en el seno de la Unidad, sea entre militares de diferentes Unidades, sea con civiles... Todo superior tiene la obligación de intervenir en la forma mas adecuada (intervención personal, llamando al Comandante militar de la plaza, o a la Gendarmería, o a la policía local) en caso en que militares, cualquiera que sea la Unidad a la que pertenezcan, cometan una falta disciplinaria o causen un desorden.

C) DEBERES DE LOS SUBORDINADOS

Los deberes de los subordinados están insertos en los mismos artículos en que la ley de 1975 lo hace respecto de los deberes de los superiores. Pueden resumirse en algunos principios: lealtad, respeto a la autoridad, obediencia, iniciativa.

a) "El subordinado debe siempre obrar lealmente respecto de sus superiores y debe mostrarse respetuoso para con ellos" (art. 12, parágrafo 2).

Lealtad y respeto son corolarios de los deberes de lealtad, corrección, equidad y firmeza de los superiores.

b) "Los militares (subordinados) deben cumplir fielmente las órdenes —legales— que les sean dadas por sus superiores en interés del servicio" (art. 11, parágrafo 2).

Esta disposición tiene una importancia fundamental en las relaciones entre militares. En ella se afirma el principio de la subordinación: todo militar tiene la obligación legal de cumplir las órdenes que le sean dadas.

Pero es preciso que se trate:

- de una orden que tenga por objeto el servicio;
- dada por un superior;
- y que el cumplimiento de esta orden no suponga, manifiestamente, la comisión de un delito.

El concepto de *orden para el servicio* está definido por la misma ley reglamento de disciplina, en sus artículos 7 y 8. “La orden es la expresión de la voluntad de un superior que quiere ser obedecido”. “La orden debe tener por objeto el servicio, es decir, la ejecución de misiones que incumban al militar que la recibe, en razón de su estado o de su función”.

Esta definición de la orden militar interesa al derecho penal castrense por la misma razón que al derecho disciplinario. Recordemos que la insubordinación, constituida en delito por el artículo 28 del Código Penal militar, consiste en la negativa de obediencia a las órdenes de su superior o en abstenerse intencionalmente de ejecutarlas cuando han sido dadas para la prestación de un servicio. El concepto de orden para un servicio ha sido objeto de abundante jurisprudencia; el nuevo texto legal no aporta apenas innovación en la materia.

La orden debe emanar de un *superior*; pero puede tratarse tanto de un superior funcional como de un superior jerárquico (*supra*). Sin embargo, el poder del superior funcional está limitado a las funciones que le sean legalmente señaladas.

El subordinado *no debe obedecer mas que a las órdenes que no sean manifiestamente ilegales*. Se establece en el apartado 2 del párrafo 2 del artículo 11 de la ley-reglamento de disciplina de 1975 que, “una orden no puede ser cumplida si este cumplimiento puede llevar manifiestamente a la comisión de un delito”. Esta regla tiene por consecuencia librar sin equívocos de su deber de obediencia al subordinado que recibe una orden cuya ejecución estaría acompañada de tales efectos.

El informe de la Comisión de la Defensa nacional de la Cámara de Representantes puntualiza lo que sigue en cuanto al alcance de la palabra “manifiestamente”: “... el autor (léase: el subordinado) debe darse cuenta de que la orden era ilegal. Es por ello por lo que la palabra “manifiestamente” ha quedado inserta en el texto, a fin de evitar así que se exponga al subordinado a inculpaciones por actos que hubiese llevado a cabo de buena fe, en cumplimiento de las órdenes de su jefe. Para llegar a la responsabilidad del autor (léase: el subordinado), es preciso que estas órdenes sean manifiestamente contrarias a las leyes, es decir, que no pueda invocar de ninguna manera su buena fe”.

La nueva ley-reglamento de disciplina se separa, pues, del principio de la obediencia pasiva, el subordinado no debe *siempre*

obedecer, pues se supone que en el estado actual del desarrollo intelectual de todos los militares, un subordinado es capaz de discernir una orden legal o aparentemente legal de una orden que es manifiestamente ilegal.

Esta noción de ilegalidad está limitada a los casos, en que el cumplimiento de la orden, "conduce manifiestamente a la comisión de un delito".

Por consiguiente, y a título de hipótesis, debe ser cumplida la orden que fuese contraria a las leyes o a los preceptos reglamentarios pero cuya ejecución no constituiría en sí un delito. Una enmienda del diputado Dejardin encaminada a prohibir el cumplimiento de una orden de tal clase fué rechazada, porque abriría "la puerta a discusiones sobre la legitimidad de las órdenes dadas" y comprometería "seriamente el buen funcionamiento de las fuerzas armadas".

Igualmente, la orden de cometer una falta de las comprendidas en la ley penal puede ser cumplida sin que la responsabilidad penal o disciplinaria del subordinado sea comprometida, porque el artículo 11, párrafo 2 de la nueva ley, no se refiere sino a los delitos.

Si, pues, el subordinado comete un delito cumpliendo una orden, sabiendo que ésta es manifiestamente ilegal, es penal y civilmente responsable. Por supuesto, el superior que ha dado la orden es también responsable.

El nuevo texto crea así una excepción a la causa de justificación derivada del cumplimiento de la orden del superior, tal como está definida por el artículo 260 del Código Penal, con alcance general, y también en el artículo 152 de este Código. Como ha confirmado el Consejo de Estado, la nueva ley ajusta los textos legales con la interpretación doctrinal y jurisprudencial de los artículos 152 y 260, admitiendo que, "la orden del superior no constituye una causa de justificación cuando el autor no ha podido confundirse acerca del carácter delictivo de la orden que le había sido dada". En cuanto a la orden militar, el Tribunal de casación había ya definido en 1923 que toda orden de servicio de un superior jerárquico obliga al militar a cumplirla, "a menos que no tuviese como objeto un hecho prohibido por la ley".

Al mismo tiempo, pues, el nuevo texto establece una causa de justificación para el delito de insubordinación. El Consejo de Estado, sugirió, por otra parte, se hiciese preceder el texto actual del artículo 28 del Código Penal militar referente a la insubordinación, por las palabras: "salvo en el caso previsto en el artículo 11, párrafo 2, apartado 2 de la ley de 14 de Enero de 1975".

De ahora en adelante, el subordinado se encuentra, pues, ante una opción entre la obediencia justificada y la comisión de

un delito. En efecto, si la ilegalidad de la orden es manifiesta y tal es el parecer del juez, el subordinado que haya cometido el delito es responsable y sancionable; pero si ha rehusado cumplir la orden, no es sancionable a título de insubordinación. De otra parte, si la ilegalidad de la orden es solamente dudosa, el subordinado debe cumplirla; si rehusa hacerlo, podrá ser condenado en concepto de insubordinación cuando el juez admita la legalidad de la orden.

La responsabilidad penal del superior que haya dado una orden legal se asienta, en caso de cumplimiento de esta orden, sobre la base del apartado 2 del párrafo 1.º del artículo 11 de la ley-reglamento de disciplina, y de los artículos 152, 254 a 256 y 260 del Código Penal ordinario. Este superior podrá eventualmente justificarse probando el estado de necesidad en el que se hubiese encontrado.

Se halla establecido en el apartado 2 del número 2.º de la letra b) del artículo 20 de la Instrucción A 2, que, “en caso de operación armada el superior que dé una orden que deba conducir a la comisión de un delito, está justificado si se demuestra que, en las circunstancias en las que se encontraba, no podría obrar de otra manera salvaguardar un interés vital para la nación”. Esta eventual justificación no está, actualmente al menos, enunciada como tal por la ley, pues esta no prevé la ausencia de delitos sino cuando “el hecho estaba ordenado por la ley y mandado por la autoridad” (Código Penal ordinario, artículo 70) o, “cuando el acusado o el procesado ha sido impulsado por una fuerza a la que no haya podido resistir” (Código Penal ordinario, art. 71).

De otro lado, en virtud del artículo 78 del Código Penal, “ningún delito puede ser excusado sino es en los supuestos definidos en la ley”. Y tal no es el caso cuando se trata de “salvaguardar un interés vital para la nación”. En todo caso, las circunstancias dentro de las cuales haya obrado el jefe responsable, podrán permitir al juez, eventualmente, comprobar que haya habido una coerción moral —en realidad, estado de necesidad—, “no habiendo podido el autor, ante un mal grave e inminente, salvaguardar de otra manera los intereses que tenía el deber o que estaba en el derecho de salvaguardar antes que todo”, como ha dicho el Tribunal de casación en 1949. En esta hipótesis, el delito quedaría justificado por la aplicación del artículo 71 del Código Penal ordinario.

Ciertamente que una justificación de esta naturaleza no podría ser invocada en el caso de violación de las disposiciones de los artículos 2, 3, 4 (párrafo 1) y 7 de la Convención europea de salvaguarda de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales (Roma, 4 de Noviembre de 1950), aprobada por

la ley belga de 13 de Marzo de 1955; estas son precisamente las disposiciones que están exceptuadas de una posible derogación, prevista por el párrafo 1 del artículo 15 de tal Convención “en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación”. El artículo 3, por ejemplo, que prohíbe toda tortura, constituye en derecho belga una prohibición sin limitaciones; ningún peligro público que amenace la vida de la nación puede justificarlas. Esto es lo que el Consejo de Guerra de Lieja ha decidido en un proceso reciente.

El problema es más delicado cuando se trata de la aplicación del artículo 2 de la Convención, relativo al derecho que toda persona tiene a la vida. El artículo 15, que contempla este artículo 2 en su párrafo 2.º, añade: “salvo para el caso de muerte resultante de actos lícitos de guerra”. La orden de bombardear una población donde se encuentre un objetivo militar enemigo aunque haya también personal civil, será lícita o ilícita según que haya o no, violación de las convenciones internacionales de derecho humanitario, de el derecho de la guerra.

c) “El subordinado debe dar pruebas, si las circunstancias lo exigen, de iniciativa en el ejercicio de sus funciones” (art. 12, párrafo 2).

Esto constituye una segunda derogación del principio de obediencia pasiva. La nueva ley impone una obediencia activa o, más bien, comprensiva, porque permite reprochar al subordinado su falta de iniciativa en determinadas circunstancias. Ya el Reglamento de disciplina de 1959 precisaba que la disciplina militar no excluye ni la personalidad ni la iniciativa. “Esta última es, incluso, la fórmula más completa y elevada de la obediencia. Pues nadie está cubierto por una orden recibida cuando, en el momento de la ejecución, las circunstancias han cambiado... La obediencia no puede nunca tener por resultado la inactividad, la falta de resolución o la falta de audacia”. Estas precisiones merecían haber sido repetidas en las futuras instrucciones concernientes a la disciplina.

Pero la iniciativa tiene límites; no puede ir en contra de las leyes; solo debe suplir la ausencia momentánea del jefe, tratando de hacer aquello que es probable hubiese estimado debía de haber sido hecho.

D) DEBERES ESPECIALES

a) “*Los militares no pueden ausentarse del servicio sin autorización o justificación*” (art. 10)

Es la obligación general de presencia: todo militar debe obli-

gatoriamente estar presente en su servicio las 24 horas del día. No puede estar ausente mas que si está autorizado por las leyes y reglamentos o por una decisión de sus jefes. Se trata de licencias o permisos, de permisos de paseo, autorizaciones ocasionales, etc.

En la Exposición de motivos se explica que no toda ausencia debe necesariamente estar cubierta por una autorización previa, pues pueden presentarse casos de fuerza mayor; el militar ausente sin autorización, debe entonces justificar su ausencia y corresponde a la autoridad militar (militar, o en algunos casos judicial) admitir esta justificación como válida o no.

El militar ausente sin autorización o justificación comete una falta disciplinaria. Si esta ausencia se prolonga durante más de 3, 8 o 15 días, según las circunstancias previstas en los artículos 43 a 45 del Código Penal militar, será considerado desertor. En el anteproyecto del nuevo Código Penal militar, se prevé, por una parte, el delito de ausencia no justificada, y por otra, la deserción; sería desertor, especialmente, aquel que se ausente de su Unidad con la intención de sustraerse, bien a la obligación del servicio militar, bien a una operación armada.

La Convención europea de salvaguardia del derecho del hombre prevé expresamente que el servicio de carácter militar no está considerado como "trabajo forzado y obligatorio", en el sentido de su artículo 4. Esta obligación de presencia está impuesta a los milicianos y a los enganchados y reenganchados voluntarios a tenor de las leyes sobre la milicia, y a los militares del cuadro activo en virtud de sus diferentes estatutos.

b) *Limitación de las actividades políticas*

Actualmente los militares tienen todos los derechos de que disfrutaban los ciudadanos belgas (art. 14). Entre los nuevos derechos políticos que así han sido adquiridos, figura la libertad de afiliarse a un partido político (art. 15, apartado 2).

Sin embargo estas libertades son limitadas; y lo son más para los miembros de la Gendarmería que para los demás militares. Resumimos brevemente estas limitaciones, cuya transgresión puede constituir una falta disciplinaria y ser sancionada como tal.

En primer lugar, a los militares en general (comprendiendo por supuesto a los miembros de la Gendarmería), les está prohibido:

- entregarse a actividades políticas *en el seno* del Ejército (art. 15, párrafo 1.º, apartado 1);
- cumplir dentro de un partido político otras funciones distintas de las de afiliado, experto, consejero o miembro de un centro de

estudios (art. 15, párrafo 1, apartado 3); pueden, pues, participar en las elecciones organizadas en el seno del partido en el momento de las votaciones, pero no pueden ocupar funciones directivas, ni llevar a cabo misiones subalternas, como pegar carteles de propaganda, conducir coches de propaganda, etc.;

— participar, aunque sea fuera del servicio, activa o públicamente en la vida política en concepto distinto al mero ejercicio de los derechos concernientes a su condición de afiliado, experto o asesor de un partido político o miembro de un centro de estudios (art. 15, párrafo 1, apartado 4);

— llevar uniforme militar o hacer notar su condición de tal dentro del cuadro de su actividad política (art. 15, párrafo 2);

— para los militares de los cuadros activos, afiliarse a una organización sindical que no hubiese sido reconocida como representativa del personal de funciones públicas (art. 16, párrafo 1).

A los miembros de la Gendarmería les está prohibido, además: — manifestar públicamente sus opiniones políticas (art. 15, párrafo 3.º, apartado 1, al final);

— afiliarse a un partido político y, en general, prestar su concurso a movimientos, agrupaciones, organizaciones o asociaciones que persigan fines políticos (art. 15, párrafo 1.º, apartado 2 y, párrafo 3.º, apartado 1);

— afiliarse a asociaciones profesionales distintas de aquellas que, aprobadas por el Rey, agrupen exclusivamente miembros de la Gendarmería en servicio activo o retirados que cobren pensión y cuyos estatutos prevean expresamente que la mayoría de los miembros del Consejo de Administración han de ser miembros de los cuadros activos en situación de servicio (artículo 16, párrafo 2.º).

Estas diversas limitaciones de los derechos políticos de los militares se imponen para salvaguardar la cohesión del Ejército y su independencia frente a los partidos políticos, a los sindicatos y a todos los demás grupos de presión. Esta independencia se impone muy particularmente a la Gendarmería, cuya neutralidad es indispensable para permitirle cumplir sus funciones de mantenimiento del orden y de la salvaguardia de la tranquilidad pública.

c) *Prohibición absoluta del derecho de huelga*

En razón de las misiones de las fuerzas armadas, “se prohíbe a los militares toda clase de huelga” (art. 16, párrafo 3). Esta podría paralizar a las fuerzas, hacerlas ineficaces, cuando incluso la defensa del país y la supervivencia de la nación dependen de ella.

Así pues, la huelga, cualquiera que sea la forma que adopte,

está prohibida. El quebrantamiento de esta prohibición puede ser sancionado disciplinariamente. Como ella tendrá, en la mayoría de los casos, la forma de una desobediencia a orden dada por un superior, y pertenecerá a las jurisdicciones militares reprimir la infracción al artículo 28 del Código Penal castrense. Si la huelga toma la forma de una resistencia colectiva y simultánea a las órdenes del jefe, se tratará de una sedición militar contemplada por los artículos 29 a 31 de dicho Código.

d) *Obligación de guardar secreto*

“Está prohibido a los militares... revelar a personas no autorizadas para conocerlas, las informaciones de las que haya tenido conocimiento y que tengan un carácter secreto o confidencial en base a su naturaleza o a determinaciones de las autoridades militares” (ley-reglamento de disciplina, art. 13, parágrafo 1).

Los hechos así descritos encuentran su marco de aplicación en el artículo 458 del Código Penal, pues los militares son “personas depositarias, por su situación o por su profesión, de secretos que se les confíen”; no pueden pues revelarlos, excepto si son llamados a declarar como testigos ante los tribunales de justicia o en el caso en que la ley les obligue a dar a conocer los secretos. Si el secreto es proporcionado o comunicado a una potencia extranjera, el hecho puede caer bajo la aplicabilidad del artículo 118 del Código Penal (delitos contra la seguridad del Estado).

La ley-reglamento de disciplina de 1975 no hace, pues, sino recordar y precisar el deber general de discreción que se impone tanto a los militares como a funcionarios del Estado (A.R. 2 Octubre 1937, art. 9) y como, por supuesto a cualquier otra persona depositaria de secretos. Por su propia actividad, los militares son muy a menudo detentadores de secretos afectantes a la defensa del territorio y muy numerosos documentos militares son “secretos” o “confidenciales”. Es uno de sus más imperativos deberes el de no divulgar nada.

La nueva ley prevé de todas maneras una excepción importante y grave: la obligación de guardar secreto no puede constituir una traba para la defensa de todos los derechos individuales” (art. 13, parágrafo 2.º). El legislador ha tenido la preocupación de permitir a todo militar poderse defender de una acusación o hacer valer sus derechos, incluso divulgando el secreto del que fuese depositario; pues, como se precisa en la Exposición de motivos, “el secreto no debe constituir un modo indirecto de reducir al silencio a un militar”. Esta disposición amplía la excepción prevista en el artículo 458 del Código Penal, pues no se establece solo para testimoniar ante la Justicia sino para defender cualquier

derecho individual, en atención al cual un militar puede desvelar un secreto que interese a la defensa nacional. Son evidentes los riesgos del abuso de este derecho: el militar depositario de un dato considerado como muy secreto e interesante para la defensa no solo de Bélgica sino también de países aliados, pero que desde luego puede no ser nada mas que un pretexto —de que el crea debe defender un derecho individual lesionado.

Cuando por el contrario se trate de defender derechos individuales ante la Justicia, aquellos que por esta vía hubiesen tenido conocimiento de secretos afectantes a la defensa del país, están a su vez obligados al secreto; así, magistrados, abogados, autoridades de la policía.

e) *Obligación de revelar las maniobras subversivas*

Junto a la obligación de guardar el secreto, el militar tiene la obligación de revelar “las maniobras que tiendan a derribar por la fuerza los poderes y las instituciones establecidos por la Constitución o por la ley” (art. 13, parágrafo 3).

El militar debe hacer esta revelación:

- bien a la autoridad judicial,
- bien directamente al Ministro de la Defensa Nacional; no estando obligado a seguir la vía jerárquica.

En efecto, si un militar está puesto al corriente de maniobras subversivas, su deber de lealtad le impone, “en interés superior de la nación”, dar conocimiento de ello a las autoridades más calificadas para intervenir.

f) *Prohibición de acumular funciones y empleos*

Está prohibido a los militares ejercer por sí mismos o por personas interpuestas, otros empleos, profesiones u ocupaciones públicas o privadas, excepto las que se ejerzan gratuitamente. Les está prohibido aceptar un mandato o prestar un servicio incluso gratuito en una empresa de fin lucrativo (art. 18). Pueden ser acordadas excepciones por el Ministro (art. 19).

Estas prohibiciones no afectan mas que a los militares de los cuadros activos, con la excepción de aquellos que por conveniencias personales están en situación de no actividad o con licencia extraordinaria (art. 20).

g) *Prohibición a los miembros de la Gendarmería de casarse sin autorización*

El artículo 45 —curiosamente colocado entre las “disposi-

ciones finales (Título III)— prohíbe a los miembros de la Gendarmería de los cuadros activos contraer matrimonio sin haber sido previamente autorizados para ello, “de acuerdo con las modalidades fijadas por el Rey”. Antes, esta prohibición afectaba a todos los militares.

4 - - *Delitos disciplinarizados*

El artículo 21, párrafo 2, de la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina, prevé tres clases de infracciones disciplinarias, que son infracciones penales, pero que por razón de su poca gravedad el legislador ha considerado debía estimarlas como faltas puramente disciplinarias. Se trata del: “hecho para los militares:

- I) de vender, dar, cambiar dar en prenda, dañar, destruir, o de alguna manera hacer desaparecer cualquiera de los efectos menores de su equipo;
- II) de pelearse, de entregarse a excesos o de dar muestras de insolencia hacia otros militares, mientras estos actos sean debidos a la impetuosidad de su autor;
- III) de cometer una ratería en perjuicio de otros militares o del Estado”.

La Exposición de motivos justifica así esta disposición: “el párrafo 2.º enumera tres clases de delitos que siempre han sido sancionados disciplinariamente. Esta disposición ofrece la posibilidad de mantener en el terreno disciplinario hechos poco graves, aunque bien determinados, que de otro modo caerían bajo la competencia de la jurisdicción penal común”.

Se trata pues de tres delitos que el legislador despenaliza: aunque todos los elementos de la infracción están reunidos, el castigo queda sin embargo abandonado a la disciplina militar con lo que, legalmente, quedan sustraídos a la acusación pública y al enjuiciamiento por las jurisdicciones penales.

Esta clase de despenalización por vía legal de un delito, no es una novedad en el derecho militar. El antiguo reglamento de disciplina, sobre la base de la ley de 15 de Marzo de 1815, contenía una lista mucho más amplia de infracciones que si no presentaban mas que caracteres de escasa gravedad, se reprimían disciplinariamente. Tales eran los casos, por ejemplo:

- de todo superior que acometiese materialmente a un subordinado (R.D. 1815 y 1959, art. 9), aún cuando los golpes voluntarios constituyesen delito, de los artículos 398 y siguiente del Código Penal;
- de todo militar que cometiese excesos en la bebida, aun cuando la embriaguez pública sea una infracción de derecho común.

El legislador de 1975 no ha "disciplinarizado" sino tres infracciones: aquellas que estaban contempladas por los artículos 19, 20 y 21 del antiguo reglamento de disciplina. ¿Porqué se han conservado estas tres incriminaciones?. El legislador no ha dado ninguna explicación, a no ser el hecho de que "en todos los tiempos" estas infracciones han sido sancionadas disciplinariamente.

a) Para la primera infracción --venta, etc. de efectos menores del equipo - la distinción está clara, porque el real decreto de 1 de Septiembre de 1950 enumera los objetos menores del equipo; estando la venta etc., de los efectos mayores del equipo sancionada penalmente por el artículo 56 del Código Penal militar.

b) El concepto de ratería es mucho menos preciso. En el texto neerlandés de la ley-reglamento de disciplina de 1975, no ha sido utilizado el término preciso sino la expresión vaga, "sustraer cosas no importantes". La ley-reglamento de disciplina de 1915 había empleado una expresión que se tradujo por: "ligero pillaje".

En una nota sobre el artículo 21 de la edición de 1959 del reglamento de disciplina, se había constatado que el pillaje no estaba ya en nuestras costumbres; pero que se aconsejaba a los jefes de cuerpo "apreciar equitativamente antes de denunciarlo a la justicia, los hechos de sustraer sin engaño claro, objetos sin valor tales como: un cepillo, una caja de cerillas, cigarrillos, un par de guantes, etc., y llegado el caso, corregir a los autores disciplinariamente salvo que hubiese reincidencia". Parece que es ésta instrucción reglamentaria del antiguo reglamento de disciplina la que ha inspirado a los autores del proyecto de ley para proponer la "disciplinarización" de la ratería. Sin embargo, esto es solo en el caso de que la ratería haya sido cometida en perjuicio de otros militares o del Estado; el hurto de objetos de poco valor en perjuicio de otras personas no está legalmente disciplinarizado, mientras que lo estaba antes de la nueva ley.

c) Las peleas entre militares están también disciplinarizadas. El artículo 21 de la nueva ley repite casi literalmente el texto del artículo 20 del antiguo reglamento de disciplina. Aunque los redactores del nuevo texto hayan simplificado el antiguo, que se remonta a la ley-reglamento de disciplina de 1815, no han podido evitar el empleo de terminos imprecisos y de expresiones poco claras.

Dos incriminaciones se contemplan:

— "pelearse". el texto neerlandés precisa que se trata de peleas entre militares. El antiguo texto contemplaba también las peleas con civiles, pero este caso se ha abandonado. También se ha dejado a un lado el caso que anteriormente estaba previsto, de que el militar se golpeará con sus camaradas o con paisanos. Las peleas

con golpes voluntarios, generalmente recíprocos, son hechos que continúan siendo incriminados en los artículos 398 y siguientes del Código Penal;

-- "entregarse a excesos o dar muestras de insolencia hacia otros militares". La nueva ley no convierte en faltas disciplinarias estos hechos mas que si son conocidos respecto de militares, mientras que el antiguo texto incriminaba estos hechos cuando eran cometidos "en la vía pública, en las habitaciones o en los cafés".

De todas maneras no hay "disciplinización" sino cuando "estos actos sean debidos a la impetuosidad de su autor". El legislador de 1975, nos parece que acertadamente, ha descartado la embriaguez como causa de disciplinización.

5 — Elementos de delitos incompletos que constituyen faltas disciplinarias

En los tres casos contemplados por el artículo 21, parágrafo 2.º de la ley-reglamento de disciplina, la infracción está legalmente disciplinizada porque presenta poca gravedad, aunque en todo caso estén presentes todos los elementos de la infracción.

En otros numerosos casos, la falta disciplinaria es una especie de delito incompleto, en el sentido de que está constituida por un conjunto de elementos que corresponden a los elementos del delito, con la excepción de uno o varios de entre los mismos. Dicho de otra manera: si estan reunidos todos los elementos, hay delito (militar o de derecho común); si falta uno o varios de ellos, pero los otros están presentes, no hay sino una falta disciplinaria.

El ejemplo más típico es la ausencia ilegal; si ésta se prolonga mas allá del plazo de gracia fijado por los artículos 43 y siguientes del Código Penal militar (3, 8 o 15 días) hay deserción, delito militar; si no, no hay mas que una falta disciplinaria. La Instrucción A 2 (art. 99) cita algunos otros ejemplos:

-- el ultraje a un superior es una infracción militar (art. 42 del Código Penal Militar), pero la falta de respeto a un superior no es sino una transgresión disciplinaria;

-- rehusar el cumplimiento de una orden es un delito militar (art. 28 del Código Penal castrense), pero la negligencia en el cumplimiento de una orden no es mas que una falta disciplinaria;

-- el abandono de puesto por un centinela sin haber cumplido su consigna es un delito militar (art. 23 del Código Penal militar), pero no cumplir una de sus consignas, permaneciendo en su puesto, es una falta disciplinaria.

Estos ejemplos muestran que la mayor parte de los delitos militares son transgresiones disciplinarias para las que solo la represión penal es adecuada; e, inversamente a la mayor parte de los delitos militares, corresponden faltas disciplinarias cuando

la escasa gravedad de los hechos no justifica una represión penal.

De la misma manera también, hay numerosos delitos de derecho común en que si falta uno de sus elementos, materiales o morales, los hechos pueden constituir muy a menudo una falta disciplinaria.

6 — Las faltas con doble carácter

En el análisis de los hechos punibles que puede cometer un militar se encuentra también lo que se ha llamado las “faltas con doble carácter”: se trata de un hecho único o de un conjunto de hechos que a la vez revisten un aspecto penal y un aspecto disciplinario.

Con el sistema en vigor hasta 1975, el jefe de una unidad podía sancionar inmediatamente la falta disciplinaria mientras que la persecución del delito principal seguía su curso ante los organismos competentes. Actualmente solo pertenece a la autoridad judicial el decidir sobre las faltas de doble carácter; la autoridad militar no intervendría para sancionar las faltas mas que como consecuencia de una decisión judicial al efecto.

La Instrucción A 2 (art. 102) no cita mas que tres ejemplos de faltas con doble carácter: la embriaguez pública de uniforme, el escándalo público de uniforme, y el hecho de que un militar tome irregularmente fondos de una caja de la que tenía la gestión, ocultando su acción con una mala llevanza de los documentos contables. Evidentemente, hay muchas otras de ellas.

Incluso parece que se podría afirmar que casi todos los hechos constitutivos de infracciones penales cometidas por un militar, constituyen una o varias transgresiones de la disciplina. Revisten un aspecto disciplinario porque la comprometen; cometiendo un hurto, una malversación, dando bofetadas, infringiendo las buenas costumbres, un militar compromete el honor y la dignidad de su estado y de su función.

El problema de las faltas con doble carácter presenta un interés práctico considerable en lo que se refiere a los límites de la acción penal y de la acción disciplinaria, según veremos en el último capítulo.

III — CASTIGOS DISCIPLINARIOS Y MEDIDAS ESTATUTARIAS DE CARACTER DISCIPLINARIO

1.— Cuatro tipos de sanciones

Poniendo el acento sobre la especialidad del derecho penal y del disciplinario militar hemos ya insistido sobre las circunstancias de que los militares están sometidos a cuatro sistemas de

derechos represivo. De ello deriva el que los militares están sometidos a cuatro tipos de sanciones:

- las *penas* de derecho penal ordinario, sistema común a todos, tanto civiles como militares;
- las *penas militares* enumeradas en el artículo 1 del Código Penal militar (la muerte por fusilamiento, la prisión militar, la degradación militar); siendo preciso añadir a ellas los castigos disciplinarios, previstos como penas correccionales por los artículos 24, 25 y 59 del Código Penal militar y la privación de grado prevista por el artículo 54;
- los *castigos disciplinarios militares*, previstos por el artículo 22 de la ley-reglamento de disciplina, de 14 de Enero de 1975, como sanción para las transgresiones disciplinarias;
- las *medidas estatutarias de carácter disciplinario*, previstas por la ley para la milicia y las leyes estatutarias de las diferentes categorías militares.

Estas medidas estatutarias son las sanciones que se parecen más a las sanciones disciplinarias de los demás grupos sociales, tales como los funcionarios del Estado, magistrados, abogados, médicos, empleados y obreros de empresas privadas. Se refiere tanto a una suspensión de funciones como a la exclusión del grupo social (destitución, dimisión, retiro, etc.).

Los castigos disciplinarios son propios del grupo militar, de la misma manera que lo son las penas militares. Los castigos más graves presentan una cierta analogía con las penas del derecho penal, en cuanto que privan al penado de una parte de su libertad de ir y venir. Pero mientras que las diversas formas de detención son privativas de libertad —igual que lo eran algunos castigos disciplinarios tales como el calabozo, los arrestos en los calabozos de la policía o en la prisión militar—, los nuevos castigos disciplinarios se llaman solamente restrictivos de libertad.

Tales sanciones son casi inexistentes en los otros grupos sociales. Las obligaciones propias del grupo militar, sobre todo la defensa de la Nación con peligro de la propia vida, explican y justifican los tipos particulares de sanciones disciplinarias previstos por la ley-reglamento de disciplina.

2 · *Castigos disciplinarios militares*

Se ha hecho un gran esfuerzo para uniformar los castigos disciplinarios; de ahora en adelante, los mismos castigos disciplinarios están previstos para *todos* los militares, cualquiera que sea su categoría o empleo.

Se ha asegurado así una mayor igualdad entre todos; apenas

se puede hablar mas, en el terreno de las infracciones disciplina-
rias, de privilegios para uno y otro grupo. Es lamentable que toda-
vía no sea lo mismo en el terreno del derecho penal militar, donde
queda reservado a los oficiales un régimen especial: los delitos
que para el militar no oficial se castigan con prisión militar hasta
tres años, son castigados con la destitución para los que son ofi-
ciales, por ejemplo, la desertión, la insubordinación, el abandono
de puesto, la violencia contra un superior no se castiga mas que
con la destitución si el autor es un oficial. Esta anomalía debería
desaparecer tal como ha sido propuesto en el anteproyecto de
Código Penal militar. Esta anomalía ha aparecido claramente con
ocasión de condenas recientemente pronunciadas por las jurisdic-
ciones militares contra oficiales jóvenes, especialmente médicos,
que querían dejar el Ejército pero que no obtuvieron la autorizaci-
ón del Ministro de la Defensa Nacional. Habiendo desertado,
algunos fueron condenados a la destitución, privándoles del de-
recho de llevar uniforme, que es precisamente lo que deseaban.

En lo sucesivo hay cuatro tipos de castigos disciplinarios
aplicables a todos los militares: advertencia, represión, arresto
sencillo de uno o ocho días, arrestos rigurosos de uno a cuatro
días.

Un quinto tipo de castigo disciplinario ha sido previsto para
los milicianos y para los voluntarios que cumplan su primer en-
ganche o reenganche: la prevención, de una a cuatro veces durante
cuatro horas.

Estos cinco tipos de castigos disciplinarios se subdividen en
castigos mayores y castigos menores.

Subsiste a este respecto una diferencia entre los oficiales y
los demás militares. Para estos últimos, solo los castigos riguro-
sos son castigos mayores, pero para los oficiales también lo son
los arrestos simples. Ciertamente que la distinción solo afecta al
procedimiento, especialmente a la competencia, pues en princi-
pio es el Jefe del Cuerpo el que tiene el derecho de castigar, pero
también el Jefe de la Unidad lo tiene para los castigos menores.

Se pueden así clasificar los castigos disciplinarios según que
supongan o no una cierta restricción de libertad.

Los dos primeros castigos --advertencia y amonestación--
no tienen ninguna incidencia sobre la libertad de ir y venir de los
militares castigados. Los otros tres implican trabas a esta libertad,
variando de uno a otro la extensión de las restricciones de la
libertad.

Los nuevos castigos disciplinarios son, a este respecto, mucho
menos severos que los que estaban en vigor hasta principio de
1975. Las modificaciones aportadas al sistema disciplinario pare-
cen inspiradas por la legislación francesa.

Como en Francia, las sanciones disciplinarias belgas pueden quedar agrupadas en tres sectores:

- los castigos restrictivos de libertad, a saber: la prevención, los arrestos simples y los arrestos rigurosos;
- los castigos no restrictivos de libertad, a saber, la amonestación y la represión. Se les puede también llamar “sanciones morales”, como se hace para las sanciones disciplinarias de los agentes de la función pública;
- las medidas estatutarias de carácter disciplinario.

En Bélgica, como en Francia y en Holanda, la prevención y los arrestos no se consideran como castigos *privativos* de libertad, sino solamente como *restrictivos* de ella. En casi todos los casos, la privación de libertad no es completa, porque el castigado toma parte en el servicio; sin embargo hay la excepción de los arrestos rigurosos, con la posible decisión del Jefe de Cuerpo de no dejar participar al castigado en el servicio normal.

Notemos, en fin, que no existe ningún castigo de carácter pecuniario: ninguna multa, ninguna privación de sueldo o remuneración. La idea de este tipo de sanciones disciplinarias parece haber sido deliberadamente descartada. Existe sin embargo en algunos otros sistemas de derecho disciplinario militar, como por ejemplo en el derecho disciplinario holandés, en que va de 2,50 a 50 florines, aunque en caso de acumulación no pueda pasar de los 100 florines mensuales.

No hay previstas recompensas en la ley de 1975. La Instrucción A 2 ha mantenido en este aspecto algunos artículos tomados del reglamento de disciplina de 1959.

La ley-reglamento de disciplina de 1975 ha definido brevemente los elementos de cada castigo disciplinario. La Instrucción A 2 no añadió nada en este aspecto al texto legal, excepto algunas precisiones acerca de lo que ha de entenderse por servicio de interés moral y sobre el principio y el fin de los castigos.

a) *La amonestación*

Se trata de la “llamada al orden que hace un superior al militar que ha quebrantado la disciplina” (art. 23).

En principio, la llamada al orden no se inscribe en la hoja de castigo, ni en el libro de matrícula y de castigos. Sin embargo se inscribe si el militar es castigado de nuevo, antes de su traslado, por el oficial que le ha impuesto este castigo (art. 29, párrafo 1.º).

b) *La represión*

La represión es “la reprimenda que da el superior al militar que ha quebrantado la disciplina” (art. 24).

c) La prevención

La prevención implica durante la duración del castigo:

- la presencia en la Unidad fuera de las horas normales del servicio;
- la participación en los servicios de interés general;
- la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Este castigo no puede ser aplicado mas que a los milicianos y a los voluntarios que cumplan su primer enganche o reenganche, es decir, dos primeros años de servicio activo en tanto que voluntario.

La duración de una prevención es de cuatro horas; el máximo de prevenciones que pueden ser impuestas en el mismo castigo es el de cuatro. Las cuatro horas de prevención constituyen un conjunto; deben ser continuas a lo largo del tiempo fijado. Deben cumplirse fuera de las horas normales de servicio, por ejemplo de las 18 a las 11 horas, o el domingo de 8 a 12 horas o de 14 a 18 horas; pero no pueden efectuarse mas de una consigna por día los sábados, domingos o días similares.

La noción de “servicios de interés general” —expresión igualmente de origen francés— ha sido precisada en la Instrucción A 2: se trata de servicios efectuados en provecho de la comunidad, tales como arreglo de los locales e instalaciones del cuartel, del campo o acantonamiento, cuidado del material, del equipo, etc...

Se ha introducido este nuevo tipo de castigo disciplinario para permitir “una mejor graduación en los castigos”.

La prevención parece haber sido tomada del derecho disciplinario francés, aunque existe también en el derecho holandés, con una duración de una a dos horas diarias durante ocho días como máximo.

d) Los arrestos sencillos

Estos implican durante la duración del castigo, es decir durante ocho horas como máximo:

- la presencia en la Unidad para los milicianos;
- la participación en el servicio normal y los servicios de interés general;
- la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Para los milicianos, el cumplimiento de los arrestos sencillos es similar al de la prevención, pues el miliciano evidentemente no está exento del servicio normal durante el tiempo de la prevención, contrariamente a lo que podría hacer creer el texto legal. Para los demás militares, la presencia en la Unidad no está prevista en el cumplimiento de los arrestos sencillos.

Hay pues una diferencia considerable en el cumplimiento de este castigo según se sea miliciano o militar de cuadros activos. Este último puede volver a su casa como si no estuviese castigado; en realidad, la única sanción que le afecta es la prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento. Pero, mientras quede en su casa puede mirar en ella la televisión o recibir amigos como si no estuviese castigado.

El cumplimiento de los arrestos sencillos supone pues una grave alteración del principio de igualdad de todos los militares en materia de sanciones disciplinarias. Además, parece le falta eficacia, lo que puede inclinar a los Jefes de Cuerpo a imponer arrestos rigurosos en casos de que no sean absolutamente necesarios.

e) Los arrestos rigurosos

Estos implican, durante la duración del castigo, el aislamiento en un local cerrado (art. 27).

De todas maneras, el militar castigado participa en el servicio normal y en los servicios de interés general (mismo citado art. 27). La Instrucción A 2 (art. 39), ha deducido que el aislamiento en un local cerrado no debe tener lugar mas que fuera de las horas normales del servicio.

De todas maneras, el Jefe de Cuerpo puede estimar en casos excepcionales que, el militar castigado no debe o no puede participar en el servicio normal y en los servicios de interés general. En este caso, el militar sancionado debe quedar continuamente aislado en el local cerrado. No puede abandonarlo mas que para tomar su comida en el comedor de su categoría, por razones de higiene o médicas, para participar en una función religiosa, para recibir eventualmente la visita de su familia, de su novia o de su abogado.

Los arrestos rigurosos reemplazan "el castigo de calabozo, juzgado indigno del militar belga", según la Exposición de motivos del proyecto de ley. En realidad reemplazan no solo el calabozo (pena máxima de ocho días), castigo que estaba reservado a los soldados, sino también los arrestos en los calabozos de la policía (máximo 15 días) para los soldados, los arrestos en la prisión militar (máximo 8 días) y los arrestos en la habitación (máximo 15 días) para los suboficiales y cabos; y también los arrestos (máximo 15 días) para los oficiales.

Si este nuevo tipo de castigo constituye un alivio en el cumplimiento de las sanciones restrictivas de libertad para los soldados, cabos y suboficiales, no es lo mismo para los oficiales, pues para ellos la pena es más grave, pues los arrestos anteriores no implicaban un aislamiento en local cerrado. Con su

preocupación de uniformar la naturaleza de los castigos disciplinarios en todos los militares, cualquiera que sea su categoría, el legislador ha agravado la situación de los oficiales.

La duración de los arrestos rigurosos es de uno a cuatro días. Pero puede ser de un máximo de 8 en el caso de concurrir alguna de las dos circunstancias agravatorias previstas por la ley (art. 28):

— Si la transgresión disciplinaria fuese cometida durante el tiempo de duración de una operación armada o de una operación asimilada a ella;

-- En caso de reincidencia

La corta duración del máximo de los arrestos rigurosos es una innovación importante. El poder represivo de las Autoridades militares se ha limitado considerablemente en comparación con la situación anterior.

En la mayor parte de los países extranjeros vecinos de Bélgica, queda mucho más amplio el derecho de castigar que tienen las Autoridades militares. En Francia, pueden ser impuestos hasta 60 días de arrestos rigurosos o de arrestos simples (arts. 80 y 79 del Decreto de 1966). En Holanda, el arresto riguroso no puede pasar de 14 días, no siendo aplicable alguna de sus variedades a los oficiales, mientras que el arresto sufrido puede llegar a 14 días para los oficiales y a 21 para los demás militares. Lo mismo sucede en los derechos disciplinarios militares de Suiza, Italia, Dinamarca (60 días), Suecia, Noruega, la URSS (15 días de arresto riguroso).

Queda por precisar el sentido de dos tipos de circunstancias agravantes que permiten aplicar 8 días de arresto riguroso:

a) Operación armada u operación asimilada a la misma.

La noción de operación armada no está definida en la ley que contiene el Reglamento de disciplina; lo está en el Anteproyecto de Ley que contiene el Código penal militar. Como los textos han sido elaborados casi simultáneamente, el concepto de operación armada se puede explicar, como se hace en la Instrucción A-2, sobre la base de los elementos de la definición contenida en el predicho anteproyecto.

Una unidad, es decir, toda formación organizada que forme parte de las Fuerzas Armadas o esté al servicio de las mismas, se encuentra en operación armada, cuando participa en una operación de combate o de defensa, o desde que está alertada o mandada para tal finalidad. Se trata de una operación real e importante contra un adversario que presente las apariencias de una formación organizada, sin que pueda tratarse pues de ejercicios de maniobras o de auxilio a la población.

Una unidad se encuentra asimilada a una operación armada cuando sea requerida para una actuación encaminada al restablecimiento y al mantenimiento del orden público, o cuando esté alertada o mandada para estos fines. En la Exposición de Motivos del proyecto de ley-reglamento de disciplina se ha precisado también que, por "operación asimilada a operación armada", se apunta "especialmente a las operaciones de mantenimiento del orden por la Gendarmería y otras fuerzas".

b) Reincidencia.

Se trata de una noción especial de la reincidencia que define la propia ley-reglamento de disciplina de 1975, en sus artículos 28, apartados 2 y 3: "Se encuentra en estado de reincidencia el militar que en un plazo de seis meses comete una infracción disciplinaria de la misma naturaleza que aquella por la que ha sido condenado o castigado. Este plazo empieza a contarse desde el día de la notificación definitiva del primer castigo".

3 — Castigos disciplinarios pronunciados al juzgar un delito del Código Penal militar

Por aplicación de los arts. 24 y 25 del Código Penal militar, algunos delitos militares pueden ser castigados con "penas disciplinarias". Desde ahora se trata de los castigos disciplinarios previstos por los arts. 22 a 28 de la ley-reglamento de disciplina de 1975.

En virtud del art. 59 del Código penal militar, cuando existan circunstancias atenuantes:

- la destitución podrá ser sustituida por penas disciplinarias, cuyo alcance pueda llegar al quintuplo del máximo fijado por el reglamento de disciplina;
- la prisión militar podrá ser reemplazada por penas disciplinarias, que pueden extenderse al doble del máximo fijado por el reglamento de disciplina.

4 — Medidas estatutarias de carácter disciplinario

Las diversas leyes que fijan el estatuto de cada categoría de militares, contienen disposiciones que preveen medidas constitutivas de consecuencia obligatorias o facultativas derivadas de algunas condenas, o de algunos castigos disciplinarios, o incluso al sancionar flatas graves sin haber dado lugar a condena o castigo.

El fin de estas medidas estatutarias es "poner en guardia o castigar al militar de que se trate, con el fin de su enmienda o, en su caso, de su definitivo alejamiento de todo empleo".

Las medidas que tienden al alejamiento temporal o definitivo de cualquier empleo militar o al menos de un determinado destino o categoría, responden al concepto de medidas administrativas propias de un estatuto. Tales son, la suspensión como medida de orden; la no actividad como medida de disciplina, la rescisión del compromiso de enganche o de reenganche, la separación del servicio, el retiro de oficio y también la expulsión del ejército prevista en la ley sobre la milicia.

Pero la distinción entre castigo disciplinario y medida estatutaria de carácter disciplinario no está justificada en todos los casos. Así, algunas medidas disciplinarias presentan analogías con ciertos castigos, por ejemplo, la advertencia, la queja y la amonestación, medidas aplicables a los oficiales de reserva en situación de disponibilidad, la anulación de permisos facultativos y el mantenimiento bajo las armas para los milicianos; la mayor parte de estas medidas son tomadas por la Autoridad militar, en general el Jefe de Cuerpo, mientras que las medidas citadas en el párrafo precedente se toman por el Rey o el ministro de la Defensa Nacional.

Las medidas estatutarias de carácter disciplinario pueden ser objeto de un recurso de nulidad ante el Consejo de Estado, mientras que este recurso no puede interponerse contra una decisión que imponga un castigo disciplinario.

Hubiera sido oportuno, con ocasión de redactar la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina, introducir las dichas medidas estatutarias de carácter disciplinario en la misma ley, pues tienen en realidad el carácter de castigos disciplinarios, y así se hubieran uniformado los tipos de medidas para todas las categorías de militares; pero hubiera sido necesario al mismo tiempo, conservar e incluso aumentar las garantías de defensa, habida cuenta de la gravedad de algunas medidas.

5 — Expulsión del Ejército

El mantenimiento de la expulsión del Ejército —medida susceptible del recurso de nulidad ante el Consejo de Estado— está justificado por dos argumentos: la autoridad militar debe poder licenciar a los elementos que se muestren incorregibles, indignos, o que hayan sufrido importantes penas de prisión; sin el recurso a la expulsión del Ejército, los objetores de conciencia que rechacen el que les sea aplicado el estatuto legal, tendrían su situación afectada por una ilimitada sucesión de condenas penales.

Un artículo 71 bis, ha sido insertado en las leyes sobre la milicia, de 1962, permitiendo acordar la expulsión de los milicianos en servicio activo y de los militares con licencia ilimitada.

— que se muestran absolutamente incorregibles e indignos de formar parte del Ejército;

que hayan sido condenados a una o varias penas de las previstas en el art. 15. párrafo, 1.º, apartado 2.º, 3.º y 4.º de las leyes sobre la milicia.

Las condiciones para la expulsión del Ejército se han convertido en más rigurosas porque antes, la expulsión podía acordarse tanto por incorregibilidad como por indignidad, siendo actualmente precisa la reunión de las dos condiciones: mostrarse absolutamente incorregible y ser indigno de formar parte del Ejército.

Tal es el caso, según la Instrucción A-II, del miliciano que ha sido objeto de una o de varias condenas o castigos, por hechos que indiquen claramente la imposibilidad de corregirle y entrañen la indignidad de servir en el Ejército". En principio, la expulsión será acordada después de dos años de actividad en el servicio, comprendiendo en ellos el tiempo eventualmente pasado en cumplir una condena o un castigo. Es así que, los objetores de conciencia que no soliciten la aplicación del estatuto legal y se dejen condenar por delito de insubordinación ("estos son actualmente todos los Testigos de Jehová"), son expulsados del Ejército después de haber cumplido dos años de prisión militar.

La ley sobre la milicia no puntualiza bien quien acuerda la expulsión del Ejército. En virtud de la Instrucción A 2, es el Ministro de la Defensa Nacional; en algunos casos, el Jefe de Cuerpo (A2, art. 132, apartado 2, 3 y 4).

6 *La suspensión de sanción en materias disciplinarias*

La ley-reglamento de disciplina de 14 de Enero de 1975 prevé (art. 39, apartado 1) que, "la autoridad investida del derecho de castigar tiene la facultad de conceder una suspensión de cumplimiento para los castigos que impone". Pero la ley no precisa las condiciones de la gracia ni los efectos de esta suspensión confía al Rey la tarea de determinarlos (art. 39, apartado 2).

Las condiciones de la gracia de suspensión varían según el estatuto del militar: los milicianos pueden beneficiarse de la suspensión si no les ha sido impuesto un castigo desde los últimos seis meses; para los demás militares el plazo es de 12 meses. Si su tiempo de servicio es inferior a este plazo de 6 o 12 meses, se sobreentiende que basta que no hayan sido castigados desde su incorporación al servicio.

Los efectos de esta medida son la suspensión del cumplimiento del castigo durante un plazo de prueba fijado por la autoridad militar que lo impone. Este plazo es de 6 meses como mínimo y de cinco años como máximo; siendo independiente del tiempo de servicio que pueda faltar para cumplirlo.

La suspensión se revoca si durante tal plazo se castiga al militar o si es condenado como autor de un delito que afecta *directamente* a la disciplina, bien esté previsto en el Código Penal militar o en cualquier otra disposición legal.

La suspensión solo es aplicable a los castigos disciplinarios, es decir, a aquellos previstos en el art. 22 de la Ley-reglamento de disciplina. No es, pues, aplicable a las medidas estatutarias que tengan carácter disciplinario.

Sin embargo, medidas similares previstas por el Código Penal militar como pena accesoria pueden ser acordadas con el beneficio de la suspensión. Así es en el caso de condena de acuerdo con el art. 54 del Código Penal militar: si el culpable es oficial, es destituido; si es suboficial, u otros empleos intermedios, es privado de su categoría. Destitución y privación de categoría pueden sin embargo ser acordadas con el beneficio de la suspensión.

7 *La invalidación de las anotaciones de castigo*

a) Las condiciones de la cancelación son las siguientes:

no haber sufrido ningún castigo por una falta disciplinaria ni ninguna pena por un delito militar;

durante un período cuya duración se fija por el Rey, y es el de:

-- ocho años para los castigos mayores,

-- cinco años para los castigos menores.

El tiempo de prueba se reduce respectivamente a cinco y a tres años para los miembros del personal de vuelo de las fuerzas aéreas, que como mínimo totalice cinco años de servicio activo.

b) Los efectos de la cancelación de los castigos disciplinarios consisten en la supresión de toda mención del castigo en la documentación militar correspondiente.

IV · PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO MILITAR

Nos limitaremos a resumir brevemente las principales innovaciones que conciernen al procedimiento disciplinario.

1 -- *Autoridades investidas del derecho de corregir*

En este terreno ha habido cambios importantes en cuanto a restringir el número de autoridades investidas del derecho a infligir castigos disciplinarios. El derecho de castigar no se atribuye mas que a la autoridad que está en directa relación con el subordinado. Como dice el Ministro de la Defensa Nacional en la Exposición de motivos, esta autoridad "es, en efecto, la mejor situada para juzgar adecuadamente, no solo en función del acto cometido sino también teniendo en cuenta todas las circunstancias que han podido influenciar el comportamiento del autor".

La Instrucción A 2 contiene un considerable número de artículos (arts. 63 a 74), dando instrucciones o consejos a las autoridades investidas del derecho de castigar: firmeza, moderación, represión progresiva, tener en cuenta la personalidad del militar, motivación de la decisión, etc...

Actualmente se pueden distinguir la competencia ordinaria y los casos de competencia extraordinaria. En el primer caso, el derecho de castigar es general o limitado a los castigos menores.

a) Competencia ordinaria.

Normalmente, el Jefe de Cuerpo es la autoridad competente para imponer castigos disciplinarios, es decir, "el superior que ejerce las facultades de Jefe de Cuerpo con respecto al militar de que se trate" (art. 31, parágrafo 1). El Jefe de Cuerpo es, lo mas a menudo, un Teniente Coronel o un Comandante, pudiendo tener un grado menos elevado.

La ley prevé dos excepciones:

- el Jefe de Unidad (generalmente un Capitán) puede imponer castigos menores (art. 31, parágrafo 2);
- el Jefe de Cuerpo puede delegar toda o parte de su facultad de corregir en el oficial Comandante de un destacamento o puesto aislado (art. 32, parágrafo 1, apartado 2).

Se trata en todos los casos, del superior funcional y no del superior jerárquico (art. 30, apartado 1). Si el superior funcional es de un grado inferior o tiene menos antigüedad en el grado que el militar que ha cometido la infracción disciplinaria (por ejemplo, Comandante de aeronave con grado de Capitán, respecto de un pasajero con grado de Coronel), éste superior funcional debe remitir el caso a aquel de sus superiores que tenga categoría mayor que la del autor de la infracción (art. 30, apartado 2).

b) Competencia extraordinaria:

- respecto de un oficial General, el derecho de castigar se ejerce por una comisión de disciplina compuesta de tres Tenientes Generales destinados por sorteo. El Auditor General es adjunto de esta Comisión en concepto de Consejero (art. 34),
- con respecto a los militares que hayan cumplido su servicio militar pero no tengan la licencia ilimitada, el derecho de castigar se ejerce por los Comandantes territoriales (art. 33);
- con respecto a los oficiales (sin categoría de General) que no dependan de ningún superior, el derecho de castigar se ejerce por el oficial General más antiguo perteneciente a la misma Fuerza que el oficial que se trate (art. 35);
- con respecto a los oficiales médicos, farmacéuticos, dentistas o veterinarios, el derecho de corregir las faltas de carácter profesional y las faltas de carácter disciplinario conexas, se ejerce por la autoridad jerárquica técnica inmediatamente superior (art. 36).

c) Derecho de reserva:

Todo Jefe jerárquico tiene el derecho de reservar la intervención en un asunto que sea de la competencia de uno de sus subordinados. Este derecho de reserva se justifica, según la Exposición de motivos de la ley-reglamento de disciplina, "por el hecho de que todo Jefe militar tiene la responsabilidad de mantener el orden y la disciplina, garantía de eficacia y de rendimiento en sus Unidades subordinadas".

El derecho de reservarse el caso pertenece al superior de aquel que ha impuesto el castigo. Tal superior puede, después de haber pedido parecer de éste oficial.

- anular el castigo;
- suspender su ejecución,
- modificar el castigo o su motivación, sin agravarlo:
- agravar el castigo, pero solo después de haber escuchado al militar castigado, si quiere agravar un castigo menor convirtiéndolo en un castigo mayor, debe previamente recoger el parecer de un consejo de disciplina.

El superior no tiene este derecho de reserva si hubiese apelación (art. 32). Esta disposición limita especialmente tal derecho. Algunos castigados, ¿no apelarán con la sola finalidad de yugular el derecho de reconsiderar el caso que tiene el superior?.

2 — *Sometimiento a vigilancia*

Aunque los arrestos disciplinarios pueden ser impuestos por todo superior, oficial o no, a un subordinado y pueden ser mantenidos sin limitación de tiempo, la nueva ley-reglamento de disciplina no permite mas que un sometimiento a vigilancia por un máximo de 24 horas, y no atribuye el derecho de imponerlo mas que al Jefe de Cuerpo o a "un delegado, asegurando la permanencia del mando" (art. 41), por ejemplo el oficial de guardia o el oficial de semana.

Ahora solo subsiste éste régimen de sometimiento a vigilancia como sistema de detención preventiva disciplinaria.

Esta restricción de libertad puede ser ordenada si el militar ha:

- cometido un delito;
- cometido una falta disciplinaria grave, y que la medida esté requerida por las necesidades de la indagación o del mantenimiento del orden.

La medida puede, pues, estar ordenada para preservar, mantener o restablecer la tranquilidad, la seguridad y la disciplina en el medio militar. Sin embargo, no puede exceder de 24 horas.

La ley-reglamento de disciplina no precisa qué es lo que se entiende por "sometimiento a vigilancia dentro de la Unidad". La Instrucción A 2 (art. 54, d) ha debido desde luego interpretar,

la voluntad del legislador. El militar puesto bajo control está: — bien, obligado a no abandonar su Unidad o su habitación, según las circunstancias y teniendo en cuenta la finalidad de la medida, — bien, aislado en un local cerrado, si constituye un peligro especialmente grave para el buen orden y la disciplina. El aislamiento en local al efecto, supone que el militar no participa en el servicio normal ni en los servicios de orden general y que sus comidas le son proporcionadas.

Al ordenar la medida, el oficial debe precisar la extensión de la vigilancia. Siendo evidente que el sometimiento a ese control no ha sido concebido mas que para los militares que se encuentren en su Unidad, bajo autoridad inmediata de sus jefes, especialmente del Jefe de su Cuerpo.

Esta vigilancia en la Unidad puede ser ordenada al militar que haya cometido un delito, y a fin de ponerlo a disposición de las autoridades judiciales. En caso de infracción grave y de que la autoridad militar esté insuficientemente armada para evitar la evasión del militar arrestado, deberá llamar urgentemente a la gendarmería o a la policía que disponga de medios más adecuados para asegurar la detención preventiva previa al envío a la autoridad judicial. E inversamente, cuando la Gendarmería no disponga de locales adecuados —lo que puede suceder en algunos destacamentos policiales en el extranjero—, puede llegar a requerir a la autoridad militar para que custodie a un militar arrestado por ella en un local de prevención, de los a que nos venimos refiriendo.

3 *Procedimiento disciplinario en primera instancia y en apelación*

La ley-reglamento de disciplina de 14 de Enero de 1975 encarga al Rey de regular el procedimiento disciplinario (art. 38). Ya hemos recordado que el real decreto de 4 de Febrero de 1972 reguló esta materia y que provisionalmente se mantiene en vigor. No hay nada nuevo que añadir a la exposición hecha por I. Roggen en su trabajo "La rénovation de la répression disciplinaire militaire en Belgique". Rev. dr. pén., 1971-72, pags. 933-984.

Resumimos aquí brevemente las fases principales de este procedimiento, en el que son de lamentar algunas poco útiles complicaciones, pero del que sin embargo se debe afirmar que constituye un gran progreso en el sentido de garantizar mejor los derechos de la defensa. Parece que no hay ningún otro procedimiento que en materia disciplinaria esté organizado legalmente de una manera tan detallada.

a) Procedimiento en primera instancia:

El superior que advierta una transgresión disciplinaria debe redactar, en dos ejemplares, un atestado.

— Un ejemplar se remite a la primera autoridad que esté investida del derecho de castigar y que lo mas frecuente es que sea el Jefe de la Unidad.

— El otro ejemplar se remite al militar contra el cual se instruye el atestado. Dicho militar dispone de 6 horas como mínimo para preparar sus medios de defensa.

La autoridad investida del derecho de castigar procede, o hace proceder, a llevar a cabo todo lo que sea verdaderamente útil para el esclarecimiento de la verdad.

— El militar comparece personalmente y presenta su defensa por si mismo (con excepción de algunas reglas peculiares de la Gendarmería).

— Si el Jefe de Unidad cree que no debe imponer sino castigos menores, decide por si mismo; si estima que se impone una sanción mayor, somete el caso al Jefe del Cuerpo.

— El Jefe de Cuerpo no puede imponer un correctivo mayor sino después de haber escuchado el parecer de un consejo de disciplina, compuesto por tres miembros, el tercero de los cuales es un militar de la misma categoría que el inculcado, quien puede hacerse asistir por un abogado.

El consejo de disciplina se pronuncia sobre dos cuestiones: ¿están probados los hechos?, ¿son graves?.

— El Jefe de Cuerpo debe escuchar luego al militar de que se trate, quien no puede en esta fase del procedimiento ser asistido por su abogado.

b) Procedimiento de apelación:

— Puede ser interpuesta una primera apelación por el militar ante la autoridad militar inmediatamente superior a la que le ha castigado.

— Puede ser llevada a cabo una segunda apelación cerca de la autoridad superior a la que ha resuelto sobre la primera apelación. La decisión que entonces se adopte constituye una última instancia.

— En caso de segunda apelación contra un castigo mayor, el oficial competente debe consultar antes con un consejo de disciplina de apelación.

— Este consejo está compuesto por un presidente y dos comisarios (designados por sorteo) que solo tienen voz deliberante, y además por un consejero que es un magistrado militar designado por el Auditor General. El consejero dá su parecer al presidente y a los miembros de este consejo de disciplina de apelación, participando en los debates y en la deliberación, pero sin tomar parte en las votaciones. Su presencia en el seno del consejo ofrece una garantía suplementaria al militar de que se trata en cuanto a la legalidad y a la regularidad del procedimiento seguido.

— En los procedimientos de primera y segunda apelación, el militar castigado puede ser asistido por un militar que elija; ante el consejo de disciplina de apelación puede hacerse asistir también por un abogado.

4 — *Prescripción del derecho de castigar*

a) La nueva ley conteniendo el reglamento de disciplina ha introducido la prescripción de la acción disciplinaria; en virtud de su art. 42, “el derecho de aplicar un castigo disciplinario prescribe un año después de la falta”. Pues es, en efecto, inútil “para la sociedad militar perseguir hechos, sin duda reprobables, pero perpetrados desde hace un tiempo relativamente largo”.

b) La prescripción de la acción disciplinaria se interrumpe “por todo acto de procedimiento disciplinario o judicial que haya sido llevado a cabo en el plazo de un año”.

c) “La prescripción se suspende cuando el militar de que se trate esté separado del Ejército” (art. 42, apartado 3).

d) Las medidas estatutarias de carácter disciplinario no están sometidas al régimen de prescripción.

e) La prescripción a que nos referimos no es aplicable en materia penal. Los castigos disciplinarios de esta clase, es decir las penas previstas en los arts. 24, 25 y 29 del Código Penal militar tienen el carácter de penas correccionales. Les es, pues, de aplicación la acción pública correspondiente al delito.

V. ACCION DISCIPLINARIA Y ACCION PENAL

1 — *Independencia de las dos acciones*

Las relaciones entre la acción penal y la acción disciplinaria son un semillero de problemas que pueden interesar al penalista. De un modo general, puede decirse que la acción disciplinaria es completamente distinta de la acción penal.

La acción penal tiende a reprimir los quebrantamientos producidos al orden público social. Sirve al interés general público, se ejerce en el cuadro de las instituciones judiciales del Estado y se pone en movimiento por el Ministerio Público.

La acción disciplinaria tiende a reprimir los quebrantamientos producidos en el orden interno de un grupo social no estatal. Sirve al interés particular del grupo en el sentido de que trata de asegurar el correcto cumplimiento por sus miembros de las funciones que tengan encomendadas para llevar a cabo la finalidad del grupo. Está movida en la mayor parte de los casos por aquél o aquéllos que ejercen autoridad en el grupo (el Jefe de la oficina, el de la empresa, el Jefe de Cuerpo, etc.) y que generalmente están investidos del derecho de castigar.

Generalmente y al menos en apariencia, el fin de estas dos acciones era diferente, habiéndose concluido desde el principio del siglo XIX que las dos acciones eran completamente independientes la una de la otra. Ese principio fué inscrito especialmente en el nuevo Código procesal de 1967 (art. 467), a propósito de la acción disciplinaria de los miembros de la administración de Justicia. En virtud de este principio la decisión judicial queda sin incidencia sobre la acción disciplinaria y la decisión de la autoridad disciplinaria no tiene efecto sobre la autoridad penal. Las dos acciones pueden ser seguidas simultáneamente, la una no entorpece a la otra.

2 — Límites de la independencia de las dos acciones en la esfera militar

El principio de la independencia de las acciones penal y disciplinaria estaba inscrito en el reglamento de disciplina (art. 349 del de 1959) donde allí se leía, "al situarse sobre planos distintos, la represión de la falta no puede ser principio, ni prohibir ni obstaculizar el castigo del delito y viceversa".

La completa independencia de las dos acciones obedecía pues a decisiones que parecían injustas, especialmente la doble sanción de la misma falta o de faltas de doble carácter o incluso el castigo disciplinario luego de una absolución en lo penal. Además, la completa independencia de las dos acciones desconocía el carácter específico de los sistemas respectivos dentro del grupo social militar entre la acción penal de derecho común y la acción disciplinaria propia del estatuto de cada categoría de militares, se sitúa la acción penal militar ejercida por el Auditor General y los auditores militares y, así mismo, la acción disciplinaria militar general ejercida por los Jefes de Cuerpo y los Jefes de Unidad.

Un más profundo análisis de la cuestión de las diversas acciones penales y disciplinarias concernientes a los militares, y también la preocupación de evitar todo sentimiento de injusticia en el castigo disciplinario, han empujado al legislador a introducir interesantes innovaciones en las relaciones entre las dos acciones.

Podemos resumirlas en tres principios:

- a) *la autoridad militar no puede castigar disciplinariamente en razón de un delito de la ley penal, cometido por un militar, excepto que la autoridad judicial competente haya devuelto al inculpado militar a su Jefe de Cuerpo para que pueda ser disciplinariamente castigado.*
- b) *Ningún castigo disciplinario puede ser impuesto a un militar por hechos idénticos a aquellos por los cuales fué condenado por las jurisdicciones penales, aunque estos hechos constituyan igualmente una falta disciplinaria.*

c) *Ningún castigo disciplinario* puede ser impuesto a un militar cuando haya sido *declarado no culpable* de los hechos que le fueron reprochados.

3 · *No intervención de las autoridades militares en la represión de los delitos*

La autoridad judicial —civil o militar— es la única competente para decidir sobre el castigo de los delitos. Este principio está recordado en el art. 107 (a) de la Instrucción A 2, reproduciendo la idea expresada en el anterior reglamento de disciplina militar: “está prohibido castigar disciplinariamente infracciones que sean de la competencia exclusiva de los Consejos de Guerra o de los Tribunales civiles de lo penal”.

La autoridad militar solo interviene en este terreno mediante la denuncia obligatoria de los delitos que lleguen a su conocimiento; no puede dar órdenes a los auditores militares ni de persecución ni de sobreseimiento de las pesquisas; paralelamente, no interviene en la ejecución de las penas.

La nueva Instrucción A 2, constitutiva del reglamento de disciplina, es mas precisa que el antiguo reglamento al decir que la autoridad judicial es la única competente, no solo para el castigo de los delitos llamados “penales simples”, sino también para las “faltas de doble carácter” (supra). La extensión del principio a las faltas de doble carácter deriva del deseo del legislador de evitar que un militar sea castigado dos veces por el mismo hecho. Si hay una falta de doble carácter, la condena del autor del delito que puede comprender la falta, impide legalmente el castigo disciplinario de la falta no delictiva.

Pero es preciso acordarse de que la autoridad militar puede sancionar disciplinariamente los tres delitos disciplinarios contemplados en el art. 21, parágrafo 2 de la nueva ley, y a los que ya nos referimos anteriormente.

4 · *Reenvío a la disciplina del Cuerpo*

La ley ha previsto una importante excepción al principio analizado en el parágrafo precedente: permite a las autoridades judiciales, de casi todos los niveles, devolver al inculpado militar que ha cometido “un delito que parece presentar poca gravedad”, a su Jefe de Cuerpo para que sea castigado disciplinariamente. Las autoridades judiciales pueden así “disciplinarizar” infracciones de las leyes penales.

Esta posibilidad de devolución a la disciplina del Cuerpo no es una novedad. El art. 24 del Código de Procedimiento penal militar de 15 de Junio de 1899, permitía al “Ministerio Público actuante en un tribunal ordinario, en la Cámara del Consejo o al juez encargado de la persecución de una contravención, devolver

al inculcado militar a su Jefe de Cuerpo para que sea disciplinariamente castigado”.

Esta facultad no estaba pues concedida sino a la jurisdicción ordinaria y no a la jurisdicción militar, y únicamente para las contravenciones.

El legislador de 1975 ha dado a la jurisdicción militar la posibilidad de devolver a la disciplina del Cuerpo, que antes tenía ya la jurisdicción ordinaria. La Exposición de motivos precisa que el nuevo art. 24 del Código de 1899 “permite al Auditor General y al Auditor militar o a la Comisión judicial del tribunal militar o del Consejo de Guerra, sobreseer algunos asuntos y transferirlos a la autoridad militar para la aplicación eventual de un castigo disciplinario”. Se añade que, “este procedimiento se parece al derecho de amonestación de que está investido el Ministerio Público en algunos casos especiales, cuando se considera inoportuno la persecución de los hechos ante las jurisdicciones judiciales”.

La devolución a la disciplina del Cuerpo queda organizada actualmente de la siguiente manera:

a) *Toda autoridad judicial encargada de la persecución de un delito puede decidir la devolución del inculcado militar a su Jefe de Cuerpo.*

b) La decisión puede ser tomada respecto de cualquier delito que parezca *presentar poca gravedad*. El alcance de la facultad de devolución a la disciplina del Cuerpo es pues considerable: mientras que el texto del Código de 1899 no la preveía mas que para las contravenciones (y por consiguiente nunca para los delitos militares), esta facultad se extiende actualmente a los delitos, incluso a aquellos con categoría de “crímenes”;

c) La decisión conduce a una devolución del inculcado militar “*a su Jefe de Cuerpo para que sea castigado disciplinariamente*”. Tomada a la letra, esta expresión implicaría que el Jefe de Cuerpo está obligado a castigar, pudiendo determinar la cuantía de la sanción. El antiguo reglamento de disciplina había afirmado sin embargo lo contrario: “la autoridad militar queda absolutamente libre en su actuación”. La nueva Instrucción A 2 no reproduce esta afirmación, que sin embargo parece conforme a la voluntad del legislador, pues en la Exposición de motivos del proyecto de ley, ha precisado que se trata de una devolución “con vistas a la aplicación *eventual* de un castigo disciplinario”.

5 - “*Non bis in idem*”

Una de las principales innovaciones de la ley que contiene el nuevo reglamento de disciplina es la enunciación del principio de que un militar no puede ser castigado dos veces por el mismo hecho: una vez penalmente y otra vez disciplinariamente. Es una

verdadera innovación, pues sucedía con frecuencia que el militar era realmente castigado dos veces por el mismo hecho, bien en base a tal hecho en sí, bien en base a circunstancias accesorias apreciables en el delito y en la falta. Por ejemplo, un hurto en dormitorio de tropa (delito) si ha sido cometido ausentándose de un servicio determinado (falta); una deserción (delito) habiendo empezado por la escalada de las tapias del cuartel (falta); etc.. Por entonces, el antiguo reglamento de disciplina precisaba que, para las faltas de doble carácter "la decisión adoptada en ejercicio de la acción pública no constituía cosa juzgada respecto de la acción disciplinaria" y que, "cualquiera que fuese la decisión tomada por la autoridad judicial, pertenece a la autoridad militar decidir sobre el camino a seguir desde el punto de vista exclusivamente disciplinario".

El art. 43 de la ley que contiene el nuevo reglamento de disciplina prohíbe castigar disciplinariamente a un militar por hechos idénticos a aquellos por los cuales haya sido condenado en el terreno de lo penal, incluso aunque estos hechos constituyan igualmente una falta disciplinaria. Por consiguiente, tal como lo enuncia el art. 107, d, de la Instrucción A 2, para las faltas de doble carácter, "ningún castigo disciplinario puede ser impuesto después de una condena penal". Aquella no puede tener lugar, "mientras la acción penal no haya terminado".

La aplicación de este principio no será siempre cómoda. Por supuesto que todas las circunstancias que hayan rodeado la comisión de la falta y que, en sí mismas constituirían faltas disciplinarias no pueden ser disciplinariamente reprimidas tras una condena penal. La Instrucción A 2 cita, entre otros ejemplos de faltas de doble carácter, la pelea en uniforme; si el militar ha sido condenado como autor de golpes intencionalmente originados, no podrá ser castigado disciplinariamente por el hecho de haber atentado a la dignidad de su función peleándose vestido de uniforme. Otro ejemplo, un militar malversa sumas confiadas bajo su custodia y esconde su acción mediante una mala llevanza de documentos contables; una condena por la malversación impedirá el castigo disciplinario como autor de errores en la contabilidad.

Pero el problema es más difícil en caso de faltas conexas. En efecto, hechos constitutivos de faltas disciplinarias pueden ser cometidos mas o menos en el mismo tiempo que el delito, sin que sin embargo constituyan uno de esos elementos o una de las circunstancias accesorias. ¿Se trata de "hechos idénticos"?. Aparentemente no y el castigo disciplinario es posible. La Instrucción A 2 insiste sin embargo (art. 108, a) en que debe de

tratarse de hechos “muy distintos de los penalmente sancionados”.

La suspensión de pronunciamiento condenatorio es así mismo obstáculo para la acción disciplinaria contra el autor de los mismos hechos. Pero esto no impide el examen de la oportunidad de adoptar medidas estatutarias de carácter disciplinario (id. art. 112). Estas medidas, tales como la disponibilidad como medida disciplinaria, la rescisión del compromiso o la destitución, pueden sin embargo ser contrarias a la voluntad de los jueces que hayan decidido la suspensión del pronunciamiento. El interés de las fuerzas armadas, muy especialmente de la Gendarmería, de no conservar en su seno elementos que no merezcan enteramente la confianza que implican sus funciones, parece en todo caso superior al interés personal del inculcado.

6 - Decisiones judiciales de no culpabilidad

“Ningún castigo disciplinario puede imponerse a un militar cuando por las jurisdicciones penales haya sido declarado no culpable de los hechos que le fueron reprochados” (art. 43, 2.º). La ley que contiene el reglamento de disciplina prohíbe, pues, castigar disciplinariamente hechos por los cuales ha sido absuelto el militar inculcado; sucede lo mismo si se ha beneficiado de una decisión de “no ha lugar” o de otra de no continuar el caso.

El fin perseguido por el legislador consiste, de una parte en que un militar no puede ser castigado dos veces por los mismos hechos y, de otra parte, la decisión de inculpabilidad dada por una jurisdicción penal debe obligar a la autoridad disciplinaria militar. La autoridad de la cosa juzgada debe respetarse. La independencia de las dos acciones —penal y disciplinaria— no puede autorizar a la autoridad disciplinaria para que sancione un hecho que la autoridad judicial ha estimado como no establecido.

La determinación de retirada de acusación, adoptada por el Ministerio público, especialmente por el Fiscal del Reino o el Auditor militar, no tiene el efecto de una decisión judicial de no culpabilidad. En este caso, la autoridad militar puede usar “con toda libertad de su derecho de castigar”, según lo afirma la Instrucción A 2 (art. 114). Sucede frecuentemente que el Auditor militar determina en algún caso que le haya sido sometido que los hechos no parecen requerir el envío del inculcado ante el Consejo de Guerra; entonces, el Auditor militar envía los antecedentes a la autoridad militar a los fines disciplinarios que correspondan, en base al art. 24 del Código de Procedimiento penal militar.

La decisión de no culpabilidad no impide a la autoridad disciplinaria militar examinar la procedencia de un castigo disciplinario, que puede estar justificado —y es necesario— al menos

en los dos casos contemplados en el art. 113 de la Instrucción A 2.

a) la decisión de no culpabilidad puede haber estado motivada por que no aparecía probado alguno de los elementos del delito, elemento, que sin embargo no esté requerido para que el mismo hecho pueda constituir una falta disciplinaria.

El ejemplo más típico es la deserción: si un militar es absuelto porque el plazo de gracia (3, 8 o 15 días, según los casos observados en los arts. 43 y siguientes) no había expirado en el momento de ser capturado, la falta disciplinaria de ausencia ilegal —que no exige dicha duración— puede ser castigada en la vía disciplinaria.

Otro ejemplo: si en materia de insubordinación se retira la acusación porque la inobediencia no fué debida a una expresa voluntad del militar sino a ligereza o inadvertencia, continua siendo posible el castigo disciplinario.

Ejemplos similares podrían citarse respecto de la mayor parte de los delitos a los que corresponden faltas disciplinarias si falta uno de los elementos materiales o intencionales del delito. Es por ello de un gran interés, motivar con mucha precisión las decisiones judiciales de no culpabilidad. La autoridad disciplinaria ofrecerá en la motivación los datos indispensables para una aplicación adecuada del artículo 43 de la ley-reglamento de disciplina. Llegado el caso, por el Ministerio Público o la defensa será llamada la atención de las autoridades judiciales sobre este aspecto.

b) La decisión de no culpabilidad no puede impedir a la autoridad militar sancionar disciplinariamente las faltas de esta clase que sean *netamente distintas* de los hechos que han dado lugar a las instancias penales y a la decisión judicial. Se encuentra entonces, en un caso similar al que ha sido mas arriba analizado, a propósito de la regla "non bis in idem": la acción disciplinaria sigue siendo posible cuando los hechos calificados como faltas disciplinarias no son "idénticos" a aquellos que son calificados como "delitos".

Citemos dos ejemplos:

— Un militar roba un vehículo y provoca un accidente con el vehículo robado; se le condena como autor de lesiones involuntarias y se le absuelve como autor de hurto de uso; no puede ser castigado disciplinariamente como autor de haber utilizado indebidamente un vehículo militar;

— Otro militar utiliza, fuera del servicio que tenga ordenado, el vehículo que habitualmente conducía y provoca un accidente; no se le persigue como autor de hurto de uso y es absuelto como autor de lesiones causadas involuntariamente; puede ser corregido disciplinariamente por empleo antireglamentario del vehículo militar que le ha sido confiado.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Ciertamente es todavía demasiado pronto para medir los efectos de la nueva ley que contiene el reglamento de disciplina. A las impresiones pesimistas de unos, temiendo un relajamiento de la disciplina en el seno de las fuerzas armadas y por consiguiente una disminución de su eficacia, se oponen las impresiones optimistas de otros, insistiendo sobre la necesaria adaptación de la vida militar a las concepciones políticas y sociales de nuestro tiempo y sobre la indispensable cooperación espontánea entre los militares de todos los grados a causa de la creciente tecnificación de las funciones.

Las estadísticas podrían ser un medio de apreciar los cambios acaecidos en la represión disciplinaria. Pero en este terreno, tan directamente afectante a la defensa nacional, se imponen reservas y una mayor perspectiva.

Bajo el ángulo cuantitativo, parece sin embargo que el nuevo reglamento de disciplina apenas ha aportado grandes cambios. Incluso teniendo en cuenta los problemas propios de los jóvenes voluntarios, el número de castigos mayores no parece haber disminuído ni tampoco en un próximo futuro. ¿No sería una de las razones la demasiado limitada gama de castigos disciplinarios y sobre todo la falta de eficacia de los arrestos sencillos?

Desde el punto de vista cualitativo, la nueva ley ha introducido indudablemente felices mejoras en el sistema disciplinario represivo dentro de las fuerzas armadas. Con respecto a los otros derechos disciplinarios, incluso con respecto al de los magistrados y al de los funcionarios públicos, el derecho disciplinario militar está mejor reglamentado, las transgresiones están mejor simplificadas y el procedimiento mejor organizado. Ciertamente, que el militar —sea miliciano o militar de cuadro activo— queda sometido a un régimen disciplinario doble, igual que también está sometido a un doble derecho penal; hemos explicado ya esta situación especial y excepcional en base a la propia razón de ser de la institución militar: la defensa de la nación con peligro de su vida.

La reforma legislativa no ha terminado en estas materias. Queda por elaborar un nuevo real decreto que, en el terreno del procedimiento disciplinario, reemplace al de 4 de Febrero de 1972. Son posibles mejoras en este terreno, especialmente en la dirección de simplificar el procedimiento y de ofrecer mejores garantías para la defensa de los inculpados. Queda por esperar una rápida aprobación del proyecto del Código penal militar, especialmente para asegurar una mayor igualdad en la represión para todos los militares, cualquiera que sea su graduación. Queda

JOHN GILISSEN

por reflexionar acerca de los temas de la organización judicial militar y del procedimiento penal militar, trabajos que están en curso.

Agradecemos vivamente a la Unión belga-luxemburguesa de derecho penal el habernos dado ocasión de exponer un problema propio de la represión de la delincuencia penal y disciplinaria de los militares. Esperemos que los esfuerzos hechos para mejorar la legislación en este terreno, susciten un creciente interés de los penalistas y de los criminólogos por esta materia.

ANEXO

REGLAMENTO DE DISCIPLINA DE LAS FUERZAS ARMADAS BELGAS, DE 14 DE ENERO DE 1975.

TITULO 1.— REGLAS DE LA DEONTOLOGIA MILITAR.

Capítulo I.— DE LAS PERSONAS SOMETIDAS A LA PRESENTE LEY.

Art. 1: A) Salvo disposiciones en contrario la presente ley es aplicable:

1.º: a) A los milicianos que hayan adquirido la condición de militar, mientras participen en las operaciones de entrega del contingente a la autoridad militar;

b) A los militares sujetos a períodos de servicio en virtud de obligaciones legales, desde el día fijado para el llamamiento o reincorporación a filas hasta la noche del día en que pasen a la situación de permiso ilimitado, a la de disponibilidad o a la en que sean devueltos a la situación de reserva;

c) A los militares de la reserva que efectuen servicios de corta duración encaminados a su instrucción, mientras duren tales servicios;

2.º A los otros militares cualquiera que sea su situación reglamentaria.

B) Para la aplicación de las disposiciones de la presente ley, los militares citados en el precedente número segundo, se llaman "militares de cuadros activos".

Art. 2: La presente ley es aplicable a los excluidos del servicio militar y a los licenciados del ejército de los que se habla en el artículo 15, parágrafos 4.º de las leyes coordinadas sobre la milicia, en tanto que aquellos estén en la disposición del Ministro de la Defensa nacional.

Art. 3: En tiempo de guerra, el Rey puede, por decisión tratada en Consejo de Ministros, hacer que las disposiciones de la presente Ley o algunas de ellas, sean aplicables a las personas que sean asimiladas o investidas de un grado o categoría militar.

Art. 4: El Rey puede hacer que las disposiciones de la presente Ley o alguna de ellas, sean aplicables a otros militares distintos

de los pertenecientes a los cuadros activos, que no estén en servicio, así como también a los militares retirados, por el tiempo durante el cual vuelvan a vestir el uniforme.

Capítulo II.— *DE LA JERARQUIA MILITAR.*

Art. 5: La Jerarquía militar está basada en el grado y en la antigüedad.

Un militar es el superior de otro militar si está revestido de un grado más elevado que él o si dentro del mismo grado es más antiguo.

Art. 6: La Autoridad, dentro del cuadro de la disciplina general, está normalmente ejercida por el superior jerárquico. Sin embargo, el militar que esté habilitado para ejercer una autoridad sobre otro militar, sea en virtud de disposición legal o reglamentaria, sea por órdenes permanentes o circunstanciales a la que ambos estén sometidos, quedará asimilado al superior, dentro de los límites de las funciones que le hayan sido transferidas.

Art. 7: El mando se manifiesta por órdenes. Estas son la expresión de la voluntad del superior que debe ser obedecido.

Art. 8: La orden debe tener por objeto el servicio, es decir, la ejecución de las misiones que incumben al militar que la recibe, de acuerdo con su situación o función.

Capítulo III.— *DE LOS DEBERES Y DE LOS DERECHOS DE LOS MILITARES.*

Art. 9: En todas las circunstancias los militares deben:

1.º) Servir al país con consciencia y valor y, en caso de necesidad, con peligro de su vida,

2.º) Cumplir concienzudamente con todas las obligaciones del servicio que le sean impuestas por la Constitución, las disposiciones legislativas o reglamentarias, así como por las instrucciones, reglamentos y órdenes aplicables a las Fuerzas Armadas;

3.º) Ser respetuosos con el Jefe de Estado, con los poderes constitucionales y las disposiciones estatales;

4.º) Evitar comprometer el honor o la dignidad de su estado y de su función;

5.º) Evitar entregarse a cualquier actividad que esté en oposición con la constitución y las leyes del pueblo belga.

Art. 10: Los militares no pueden ausentarse del servicio sin autorización o justificación.

Art. 11: A) Los superiores ejercerán su autoridad con firmeza equidad y corrección.

Son responsables de las órdenes que dan y responden de la Unidad que les haya sido confiada, así como del buen funcionamiento del servicio. Son igualmente responsables de los desórdenes

causados por sus subordinados, cuando estos desórdenes hayan podido cometerse concurriendo su propia negligencia o su exceso de tolerancia.

B) Los militares deben ejecutar fielmente las órdenes que les sean dadas por sus superiores en interés del servicio.

Sin embargo, una orden no puede ser ejecutada si esta ejecución puede conducir manifiestamente a la comisión de un delito.

Art. 12: A) Un superior debe dar ejemplo a sus subordinados, ser leal a ellos y respetar su dignidad.

B) El subordinado obrará siempre lealmente frente a su superior, se comportará respetuosamente con ellos y dará muestras, si las circunstancias lo exigen, de iniciativa en el ejercicio de sus funciones.

Art. 13: A) Está prohibido a los militares, incluso después de que cesen en sus funciones, revelar a personas no autorizadas para conocerlas, las informaciones de las que hayan tenido conocimiento y que tuviesen un carácter o confidencial por razón de su naturaleza o de las disposiciones de las Autoridades militares.

B) Las prescripciones del párrafo anterior no pueden de ninguna manera constituir un obstáculo a la defensa de los derechos individuales.

C) El militar está obligado a revelar directamente al Ministro de la Defensa Nacional o a la Autoridad Judicial, las intrigas tendientes a subvertir por la fuerza los poderes y las instituciones establecidos por la Constitución o por la ley.

Art. 14: Los militares disfrutan de todos los derechos que tengan los ciudadanos belgas. Se define en la presente ley el modo de ser ejercidos algunos de estos derechos.

Art. 15: A) Está prohibido a los militares entregarse a actividades políticas en el seno del Ejército.

Con excepción de los miembros de la Gendarmería, los militares pueden afiliarse al partido político que elijan y ejercer los derechos inherentes a su condición de afiliados.

Pero sin embargo, no pueden desempeñar en él otros cargos que los de experto, consejero, o miembro de un centro de estudios.

Les está prohibida, bajo cualquier otro concepto, toda otra participación activa o pública en la vida política, incluso fuera del servicio.

B) En todo tiempo los militares deben abstenerse, en el cuadro de su actividad política, de llevar uniforme y de mencionar en su apoyo la condición militar que posean.

C) Está prohibido a los miembros de la Gendarmería prestar su concurso a movimientos, agrupaciones, organizaciones o aso-

ciaciones que persigan fines políticos. Se abstendrán de manifestar públicamente sus opiniones políticas.

Además, les está prohibido a los miembros de la Gendarmería afiliarse a los movimientos, agrupaciones organizaciones o asociaciones precitadas.

Art. 16: A) Los militares de los cuadros activos de las Fuerzas terrestre, aérea y naval pueden afiliarse, tanto a asociaciones de personal militar que estén autorizadas como a organizaciones sindicales reconocidas como representativas de personal con función pública.

B) Los miembros del personal de la Gendarmería pueden afiliarse a asociaciones profesionales, aprobadas por el Rey, que agrupen exclusivamente componentes de la misma en servicio activo o pensionista, y en cuyos estatutos se prevea de manera expresa que la mayoría de los vocales del Consejo de Administración sean miembros de los cuadros activos en servicio.

C) Está prohibida a los militares toda clase de huelga.

Art. 17: Los militares deben procurar la salvaguarda de los intereses morales y materiales del Estado. Vigilarán que el personal cumpla concienzudamente sus obligaciones de servicio; responderán del buen uso y conservación de los medios materiales y financieros puestos a su disposición o a su cargo.

Capítulo IV.— DE LA ACUMULACION DE FUNCIONES Y EMPLEOS.

Art. 18: Sin perjuicio de las incompatibilidades previstas por leyes especiales, los militares de cuadros activos no pueden ejercer ni por sí mismo ni por personas interpuestas, ningún otro empleo, profesión y ocupación pública o privada, excepto las que se ejercen gratuitamente.

Tampoco pueden aceptar ningún encargo ni prestar ningún servicio, incluso gratuito, a las empresas que tengan fines lucrativos.

Art. 19: Por el Ministro de Defensa Nacional pueden concederse excepciones concretas:

1.º) en los casos de empleos, profesiones u ocupaciones accesorias, de interés público, que se relacionen con la enseñanza o exijan aptitudes o conocimientos especiales;

2.º) en los casos de empleos, profesiones u ocupaciones accesorias que no comprometen el interés general del servicio.

La autorización debe ser previa. Siempre es revocable.

Art. 20: No caen bajo la aplicabilidad del presente capítulo, los militares de los cuadros activos que, según la categoría a que pertenezcan, estén en situaciones de no actividad por conveniencias personales o por permiso especial.

TITULO II.— LA SANCION DISCIPLINARIA.

Capítulo I — *LAS INFRACCIONES DISCIPLINARIAS.*

Art. 21: A) Toda infracción de las disposiciones del título I constituye una transgresión disciplinaria que puede conducir, según los aspectos propios de cada caso, a la aplicación de una de las sanciones disciplinarias enumeradas en el capítulo II.

B) Es igualmente una infracción disciplinaria, el hecho cometido por militares:

1.º De vender, dar, cambiar, empeñar, dañar, detraer o hacer desaparecer de cualquier manera los efectos de su equipo;

2.º De pelearse, entregarse a excesos o dar pruebas de insolencia hacia otros militares, en tanto que estos sean debidos a la impetuosidad de su autor;

3.º De cometer un latrocinio en perjuicio de otros militares o del Estado.

Capítulo II — *LAS SANCIONES DISCIPLINARIAS.*

Art. 22: A) Las sanciones disciplinarias son:

1.º Para los milicianos y para los voluntarios que cumplan su primer compromiso o reenganche:

a) advertencia;

b) reprensión;

c) prevención, de una a cuatro veces cuatro horas;

d) arrestos sencillos, de uno a ocho días;

e) arrestos rigurosos, de uno a cuatro días;

2.º Para los demás militares:

a) advertencia;

b) reprensión;

c) arrestos simples, de uno a ocho días;

d) arrestos rigurosos, de uno a cuatro días;

B) Para la aplicación de la presente ley las sanciones disciplinarias se subdividen en castigos mayores y menores.

Los castigos mayores son:

— para los Oficiales los arrestos rigurosos y los arrestos simples;

— para los demás militares, los arrestos rigurosos.

Las demás sanciones son castigos menores.

Art. 23: La advertencia es la amonestación que hace el superior al militar que ha infringido la disciplina.

Art. 24: La reprensión es la reprimenda que da el superior al militar que ha infringido la disciplina.

Art. 25: La prevención implica, mientras dure el castigo:

1.º La presencia en la unidad fuera de las horas de servicio;

2.º La participación en los servicios de interés general;

3.º La prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Art. 26: Los arrestos simples implican, mientras dure el castigo:

1.º La presencia en la unidad para los milicianos;

2.º La participación en el servicio normal y en los servicios de interés general;

3.º La prohibición de permanecer en la cantina, en el fumadero o en otro lugar de esparcimiento.

Art. 27: Los arrestos rigurosos implican, durante el tiempo de castigo, el aislamiento en un local cerrado. Sin embargo, el militar sancionado con arrestos rigurosos participa en el servicio normal y en los servicios de interés general, salvo en casos excepcionales a discernir por el jefe de cuerpo.

Art. 28: Los arrestos rigurosos pueden ser extendidos hasta un máximo de ocho días:

1.º Si la infracción disciplinaria se ha cometido durante el curso de una operación armada o de una operación asimilada a ésta;

2.º En caso de reincidencia.

Se encuentra en estado de reincidencia el militar que comete, en un plazo de seis meses, una infracción disciplinaria de la misma naturaleza que aquella por la cual ha sido condenado o castigado.

Este plazo empieza a contar desde el día de la notificación definitiva del primer castigo.

Art. 29: A) La advertencia no se inscribe en la hoja de castigos sino cuando el militar de que se trate es castigado de nuevo, antes de su traslado, por el Oficial que le ha impuesto este castigo.

B) Las otras sanciones disciplinarias se inscriben en la hoja de castigos cuando son pronunciadas de forma definitiva.

Capítulo III.— *EL PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO*

Sección 1.ª.— *La competencia*

Art. 30: Para la aplicación de esta sección se entenderá por superior el militar que responda a la definición citada en el artículo 6, párrafo segundo, de la presente ley.

Sin embargo, cuando éste superior deba castigar a un militar mas antiguo o revestido de un grado más elevado, debe remitir el caso a aquél de sus superiores cuyo grado sea más elevado que el del autor de la infracción disciplinaria, la cual quedará fijada por este superior.

Art. 31: A) El derecho de castigar corresponde al superior que ejerza las atribuciones del jefe de cuerpo con respecto al militar de que se trate.

Un jefe de cuerpo puede delegar todas o parte de sus facultades sancionadoras en el Oficial Comandante de un destacamento o de un puesto aislado.

B) Los castigos menores pueden sin embargo ser impuestos por un superior que ejerza las atribuciones de mando de la Unidad respecto del militar de que se trate.

Art. 32: Todo superior de una Autoridad que ha impuesto un castigo puede, en ausencia de recurso, modificar, anular un castigo o suspender su ejecución. Sin embargo, no puede tomar esta decisión mas que después de haber escuchado el parecer de la Autoridad que ha sancionado. No puede agravar el castigo mas que después de haber oído al militar sancionado, quien en este caso, puede interponer recurso.

Art. 33: Los Jefes de una circunscripción territorial, tienen el derecho de castigar a los militares que cometan transgresiones a la disciplina, aun cuando hayan sido enviados a sus casas por término del servicio activo, pero antes de la concesión del licenciamiento definitivo.

Art. 34: Cuando se trate de un Oficial General el derecho de castigar se ejerce por un comité de disciplina compuesto de tres Tenientes Generales designados por sorteo. El Auditor General será adjunto de este comité en concepto de Consejero.

Art. 35: Sin perjuicio de las disposiciones del artículo 34, cuando un Oficial no depende directamente de ningún superior, el derecho de castigarle se ejerce por el Oficial General mas antiguo perteneciente a la misma fuerza que el Oficial de quien se trate.

Art. 36: El derecho de castigar las faltas de carácter profesional y las faltas de carácter disciplinario conexas a las que sean cometidas por los Oficiales médicos, farmacéuticos, dentistas o veterinarios, se ejerce por la Autoridad jerárquica técnica inmediatamente superior.

Sección 2.^a.— *El procedimiento disciplinario.*

Art. 37: Puede ser interpuesto recurso contra cualquier imposición de castigo disciplinario.

Art. 38: El Rey regula el procedimiento disciplinario en primera instancia, así como el procedimiento de recurso.

El derecho de defensa se ejercerá conforme a las reglas dispuestas por el Rey.

Art. 39: La autoridad investida del derecho de castigar tiene la facultad de conceder una suspensión de los castigos que imponga.

El Rey determina las condiciones de tal concesión y los efectos de la suspensión del castigo.

Sección 3.^a.— *La invalidación de los correctivos.*

Art. 40: Cuando un militar, durante un período cuya duración será fijada por el Rey, no haya incurrido en ningún castigo o infracción disciplinaria ni en ninguna pena por infracción militar, la anotación de los castigos militares que le hayan sido impuestos será borrada de la hoja de castigos, suprimiéndose todo rastro de ella.

El Rey fijará las modalidades de esta invalidación.

Capítulo IV.— *DISPOSICIONES DIVERSAS.*

Art. 41: A) Cuando a un militar se le imputan una o varias infracciones disciplinarias graves, puede ser sometido a vigilancia en su Unidad, si esta medida está requerida por las necesidades de la investigación o del mantenimiento del orden.

Esta medida será dispuesta por el jefe del cuerpo o por su delegado.

B) Un militar acusado de haber cometido un delito puede igualmente ser puesto bajo vigilancia en las mismas condiciones y a los fines de ser entregado a las autoridades judiciales.

C) Esta situación de vigilancia no debe exceder de 24 horas.

Art. 42: El derecho de imponer un castigo disciplinario prescribe un año después de la infracción.

La prescripción se interrumpe por todo acto de procedimiento disciplinario judicial efectuado dentro del plazo fijado en el párrafo precedente.

La prescripción se interrumpe cuando el militar de que se trate sea separado del Ejército.

Art. 43: Ningún castigo disciplinario puede ser impuesto a un militar:

1.º Por hechos idénticos a aquellos por los cuales haya sido condenado por las jurisdicciones penales, aunque esta infracción constituya igualmente una transgresión disciplinaria.

2.º Cuando haya sido declarado por las jurisdicciones penales no culpable de los hechos que le sean reprochados.

Art. 44: Las disposiciones del artículo 24 de la ley de 15 de Junio de 1899 que comprenden el título 1.º del código de procedimiento penal militar, se reemplazan por las disposiciones siguientes:

Artículo 24.— A) El Ministerio Público, Ordinario o Militar, la Cámara de acusación o Consejo, la Comisión judicial del Tribunal militar o del Consejo de Guerra y toda jurisdicción penal encargada de la persecución de una infracción que parezca presentar

poca gravedad, puede enviar al detenido militar a su Jefe de cuerpo para ser castigado disciplinariamente.

B) La determinación de la Comisión Judicial se toma por mayoría de votos. El Auditor General o el Auditor militar pueden apelar de esta decisión, en plazo de tres días y mediante manifestación hecha ante el Secretario. Se proveerá urgentemente sobre este recurso, por el Tribunal Militar como respecto de las determinaciones de la Comisión Judicial de éste o por un Consejo de Guerra competente en los demás casos.

C) El Tribunal Militar o el Consejo de Guerra a quienes se someta la apelación del Auditor general o del Auditor militar, se constituirá en audiencia.

El militar encausado será advertido por el Auditor que corresponda del día y hora de la vista, bien directamente por medio de un escrito autorizado por el Secretario, bien por carta certificada con acuse de recibo o también, si el militar de quien se trate se halla detenido, por conducto del director de la prisión.

— o O o —

Nota de Redacción.-- Omitimos la inserción de las Disposiciones penales y derogatorias, así como de las normas del procedimiento disciplinario militar, de 4 de Febrero de 1972 (modificadas en 11 de Marzo de 1975), por no pertenecer a la parte sustantiva del moderno Reglamento de Disciplina de las Fuerzas Armadas Belgas que hemos querido ofrecer traducido.

COMBATIENTES PRIVILEGIADOS

My. Aud.(R) D. Virgilio Rafael Beltrán

1. Subversión y Terrorismo como Nuevas Formas de Hacer la Guerra.

La intimidación como herramienta política y medio de obtener resultados en una constelación de poder determinada no es una novedad en la historia de la Humanidad, pero sí es alarmante su aumento de intensidad cuali y cuantitativa, en un contexto de relativamente generalizada paz internacional.

No debemos olvidar tampoco, en el balance que nos proponemos realizar, el contenido de coacción y coerción siempre presente en todo sistema político, tal como lo ha dejado bien denotado Max Weber.

En el seno de algunas sociedades el espectro político segrega un nuevo género de actos político contestatario, que no acepta las reglas del juego, afirma la intolerancia, niega todo tipo de negociación y dialectiza en profundidad la esencia del conflicto político, desplazando el acuerdo básico que sostiene el consenso general de la sociedad.

Esta Nueva Izquierda, que también se separa o es expulsada de la izquierda institucional, suele constituir una elite minúscula, como en el caso de los países de alta industrialización, o un número significativo en los movimientos de liberación nacional, frecuentes en la periferia no industrializada.

Sus medios de acción son la violencia armada y el terrorismo, para obtener concesiones de los gobiernos, causar desorden y desconfianza en las autoridades y provocar la represión, entre otros objetivos. Sus víctimas, suelen ser el símbolo de aquello que desean desterrar (empresarios, oficiales públicos, etc.) o víctimas de gran valor de negociación (diplomáticos, pasajeros de aeronaves) o, en muchos casos, son indeterminadas.

En suma, puede decirse que buscan:

a) Aumentar los costos sociales, políticos y económicos del orden público.

b) Ganar publicidad a través de los medios de comunicación de masa. Estos medios montan el escenario donde actúa el terrorista, frente a su público: el mundo.

Es innecesario señalar que el fenómeno ha adquirido una escala internacional y ha incidido en la política internacional y, como comentaremos más adelante, en el derecho internacional.

Si bien el terrorismo, como técnica en sí y por sí mismo no ha derrocado a ningún gobierno eficiente (si bien estuvieron bastante cerca de hacerlo los Tupamaros en la República Oriental del Uruguay), como organizaciones son menos vulnerables que las Naciones mismas y, a la vez, han desarrollado la capacidad de asociarse en forma trasnacional con redes bancarias y financieras, intercambio y entrenamiento de personal, incidencia en los medios de comunicación de masas, tráfico de armas y "tecnología", etc.

Como aporte pesimista, debe destacarse que ciertos factores tenderían a potenciar sus capacidades:

a) La falta de consolidación de la tendencia a la cooperación internacional.

b) Las mejoras tecnológicas en el armamento portátil, explosivos, miniaturización, difusión de la tecnología nuclear y otras de ese tipo.

c) Su empleo como conflictos vicarios o subrogantes en la confrontación entre las grandes potencias, que deben evitar conflictos directos, por temor a la escalada nuclear.

d) El hecho, relacionado con lo anterior, que es un conflicto de menor costo y "baja intensidad", en relación con la guerra convencional.

e) La falta de medios que permitan desmontar el aparato de los medios de comunicación de masa mundial, que ponen en el escenario universal a las acciones terroristas (caso típico del secuestro de aeronaves comerciales).

Como criterio necesario para cualquier análisis que no sea estrictamente jurídico-formal, afirmamos la imprescindible distinción entre operaciones terroristas:

a) En los países de alta industrialización (Europa, E.E.U.U., Japón).

b) En los países donde se libran conflictos armados contra:

b.1. La dominación colonial.

b.2. La dominación extranjera.

b.3. Los regímenes racistas.

b.4. La violación del derecho a la libre determinación de los pueblos.

c) En ciertos países no industrializados, donde la legitimidad política básica y la construcción del Estado aún no han sido posibles (África y Asia).

d) En situaciones en las cuales esos medios (terrorismo), se emplean como parte de la lucha política general, en un contexto de inestabilidad institucional (América Latina).

Adelanto que el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 (Protocolo I), aprobado por la Conferencia Diplomática sobre la Reafirmación y el Desarrollo del Derecho Internacional Humanitario Aplicable en los Conflictos Armados, del 8 de Junio de 1977, lo considero aplicable a los casos expresados anteriormente en b. y c., con las salvedades que se hacen en 5.

2. Líneas Tendenciales en la Política Internacional de Nuestros Días.

2.1. En General.

Es bastante evidente que la tendencia general del mundo contemporáneo es la de la internacionalización de asuntos que, hasta no hace mucho, eran incumbencia interna de los estados y se hallaban amparados bajo los principios de soberanía y autodeterminación.

Los medios de comunicación internacionales, los teletipos, los diarios y las revistas de todo el mundo, han logrado unificar un conjunto de "áreas de atención ecuménicas", dentro de las cuales los hechos públicos internos de toda índole, se hallan en la atención de la opinión pública mundial.

Se suman a este fenómeno los lazos comerciales, culturales y de toda índole, que unen a las naciones, cada vez más imbricadas en la red de tratados y acuerdos, mundiales, regionales, multilaterales y bilaterales.

En síntesis, quizás podría expresarse esta circunstancia histórica como un *proceso centrípeto hacia la convivencia universal*.

Las *Naciones Unidas*, a pesar de su constitución oligárquica (Consejo de Seguridad), sus polarizaciones internas y sus dificultades para desenvolverse como *alianza de naciones*, es un ejemplo palpable del proceso antes mencionado.

2.2. En América Latina.

Sería poco realista diseñar la situación de América Latina en la estructura de la política mundial, sin referirla a la política exterior de la potencia hegemónica del continente.

También pensamos que los desarrollos a que nos referiremos más adelante no han de ser ajenos a la conducta internacional de los E.E.U.U. Sobre este particular parece bastante probable que la ofensiva del Presidente Carter respecto a los derechos humanos persistirá por necesidades internas (reelección) e internacionales (confrontación con la U.R.S.S.).

Los indicadores visibles permiten suponer que el Presidente Carter ampliará esa ofensiva en nuevos frentes, para cuestionar la influencia política de la U.R.S.S. y erosionar las bases internas de su régimen.

En un mundo que, luego de la crisis petrolera, descarta la multipolaridad con Europa y en donde China no demuestra intención o capacidad de terciar entre las dos grandes superpotencias, E.E.U.U. mantiene su nivel bélico y desafía con ello a la U.R.S.S. que tendría que adjudicar más recursos a la carrera armamentista y así, eventualmente, afrontar la protesta interna en un contexto universal de énfasis en los derechos humanos.

En cuanto el mundo periférico puede suponerse, en lo que nos interesa, que:

a) En Africa mantendrá su política de no apoyar a las minorías blancas.

b) En el Medio Oriente, apoyar la causa judía.

c) En América Latina, quizás un retorno a la política de las "áreas de influencia", con menos margen de maniobra para las potencias intermedias y presiones para que su "patio de atrás" adopte formas democráticas.

3. Antecedentes recientes referidos a las votaciones en las Naciones Unidas sobre Combatientes Privilegiados.

Las Convenciones de Ginebra de 1949, establecían como combatientes privilegiados y, por tanto, con derecho a ser considerados prisioneros de guerra en caso de captura, a los miembros de las milicias, movimientos organizados de resistencia y a los pueblos en armas, que, desde su propio territorio, toman las armas contra tropas invasoras, siempre que:

a) tengan a su cabeza una persona responsable por sus subordinados.

b) lleven un distintivo fijo y fácil de reconocer a distancia.

c) lleven abiertamente las armas.

d) operen conforme las leyes y usos de la guerra.

En caso de ser capturado, este combatiente sólo era responsable, personalmente, por la comisión de infracciones a las leyes y usos de la guerra.

Durante la II Guerra Mundial, sólo una minoría de "partisanos" o "maquis" cumplieron con estas condiciones, en países ocupados por Alemania y únicamente durante la última fase de las operaciones.

Por entonces, ningún artículo de las Convenciones se refería muy explícitamente a conflictos internos, en los que rebeldes armados combatían con fuerzas gubernamentales o grupos armados no estatales luchaban entre sí. En estos casos era de aplicación el art. 3.º de las Convenciones.

Sin embargo, gradualmente la ley internacional fue construyendo el aparato conceptual necesario para enfatizar los *derechos humanos*, establecidos por la Carta de las Naciones Unidas, y aplicarlos a *las contiendas civiles*. El Consejo de Seguridad y la Asamblea General fueron elaborando una difusa y, a mi juicio, inquietante *doctrina del derecho a la rebelión*, aún cuando, personalmente, no disiento, en manera alguna, *con los valores* que la inspiran.

a) La Asamblea General, en sus Resoluciones 2507-XXIV y 2625-XXV, estableció que *es legítimo el uso de las armas para liberarse del gobierno colonial o de cualquier dominación extranjera*. (Caso de Intervención militar de Portugal en Angola).

b) En sus Resoluciones 2105-XX, 2621-XXV, 2671-XXV y 26-25-XXV, sostuvo que *el levantamiento armado contra el gobierno colonial o contra un gobierno que practique la segregación o la sumisión racial, es legítimo*.

c) En la Resolución 2621-XXV citada, se afirmó que *los Estados tienen el derecho y aún el deber de apoyar a los pueblos que resisten, aún por las armas, el gobierno colonial*.

d) En la Resolución 2674-XXV, la 2506-XXV y la del 12 de Diciembre de 1973 (3103-XXVIII) se determinó que el *"combatiente por la libertad"*, en los casos citados, *debe ser tratado, en caso de captura, como prisionero de guerra*, según las Convenciones de La Haya, 1907 y de Ginebra, 1949.

Recorrido todo este periplo, esta jurisprudencia y legislación internacionales serán recogidas en la Conferencia Diplomática que votó el Texto del Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, el 8 de Junio de 1977.

4. Los Convenios de Ginebra de 1977

4.1. Ambito de aplicación

Según el art. 1.º, ap. 4 del Protocolo Adicional, sus previsiones comprenden las situaciones del art. 2.º (común) de los Convenios de 1949 en el caso de "conflictos armados en que los "pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas..."

Este artículo fue aprobado, en votación dividida, votando la Argentina por la afirmativa.

En otras palabras, se legitima el recurso a la violencia armada —negado en principio a las Naciones por el art. 2.º inc. 4.º de la Carta de las Naciones Unidas— en las contiendas intestinas

entre sectores dentro de un Estado, siempre que tengan como *finalidad* alguna de las mencionadas en el art. 1.º, ap. 4 transcrita.

Dentro del ámbito de la política internacional donde juegan un papel importante los E.E.U.U. y su ofensiva sobre los Derechos Humanos, el Nuevo Orden Económico Internacional (Declaraciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, 3201 SII VI y 3281-XXIX) y la teoría de la "violencia estructural" que se halla atrás de estas fuerzas en presencia, los horizontes para desarrollar una jurisprudencia de la *justa revolutio*, se hallan totalmente abiertos.

4.2. Concepto de Fuerzas Armadas

Se extiende a todos los efectos, particularmente el del status de "prisionero de guerra", mucho más allá del art. 4.º de las Convenciones de Ginebra de 1949, para comprender, ya explícitamente, los *conflictos civiles*. El art. 43, ap. 1 del Protocolo Adicional de 1977 expresa: "*Las fuerzas armadas de una Parte en "conflicto se componen de todas las fuerzas, grupos y unidades armados y organizados, colocados bajo un mando responsable de la conducta de sus subordinados ante esa Parte, aún cuando ésta esté representada por un gobierno o por una autoridad no reconocidos por una Parte adversa. Tales fuerzas armadas deberán estar sometidas a un régimen de disciplina interna que haga cumplir "inter allia" las normas de derecho internacional aplicables en los conflictos armados*".

Este artículo, que fue votado por unanimidad (Documento N.U. A/32/144, pág. 36) permitiría que los miembros de cualquier grupo organizado paramilitarmente y su mando responsable, puedan ser tratados como si fueran combatientes de las fuerzas regulares, aún cuando cometan actos punibles para las leyes del Estado donde se realicen las operaciones.

No se nos escapa el propósito humanitario de estas normas frente a la realidad de nuevas formas de lucha civil, pero debemos convenir que también abren las puertas a complejas situaciones donde será extremadamente difícil establecer los límites de la definición de estas "fuerzas armadas" sin Estado.

4.3. El Combatiente Privilegiado como Prisionero de Guerra

El art. 44 del Protocolo Adicional de 1977, fue votado con la abstención de nuestro país y nos parece que es el que establece con toda precisión el perfil jurídico internacional del *combatiente privilegiado* actual.

Para no cargar este documento con una extensa transcripción, intentaré una definición conceptual de esta nueva categoría del derecho internacional de los conflictos.

COMBATIENTES PRIVILEGIADOS

a) *todo combatiente de los enunciados en el art. 43, antes comentado, en caso de ser capturado por la Parte adversa será considerado prisionero de guerra.*

b) como *principio general* —modificadorio de las prescripciones del art. 4.º, inciso 2 y 6 de la Convención sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra (1949)— todos los combatientes están *obligados a observar las normas del derecho internacional de los conflictos, pero no les privará de ser considerados prisioneros de guerra, en caso de captura, su incumplimiento, siempre que:*

b.1. *lleven visiblemente las armas durante todo el enfrentamiento militar (combate).*

b.2. *lleven visiblemente las armas durante el tiempo que sea visible para el enemigo, mientras estén tomando parte de un despliegue militar previo a un ataque.*

c) *aún cuando no haya cumplido con estos requisitos recibirá las protecciones equivalentes a las de prisionero de guerra y será responsable de las infracciones cometidas, previo el debido proceso.*

d) *el combatiente que caiga en poder de una Parte Adversa mientras no participa en un ataque ni en una operación militar preparatoria de un ataque, no perderá, a consecuencia de sus actividades anteriores, el derecho a ser considerado combatiente y prisionero de guerra.*

e) *el contenido de estas disposiciones no modifica la práctica de los Estados en cuanto al uniforme que llevan los combatientes de sus Fuerzas Armadas.*

Conforme los antecedentes relacionados en 3. estos combatientes irregulares, milicianos, partisanos, guerrilleros o la designación que les competa en cada caso, son *combatientes privilegiados, con menos obligaciones legales que las Fuerzas Armadas de los Estados*, siempre que sean considerados “luchadores por la liberación”, frente al colonialismo, la ocupación extranjera, la segregación racial, o a favor del “derecho de los pueblos a la libre determinación”. (Art. 1.º, ap. 4. del Protocolo Adicional 1977).

¿Cuáles, entonces, serían los recaudos formales mínimos que deberían cumplir tales agrupamientos militares, para evadir la Ley Penal y ser considerados prisioneros de guerra, en caso de captura?

a) ser “luchadores por la liberación” en los términos del Art. 1.º, ap. 4. del Protocolo Adicional 1977.

b) tener un mando responsable de la conducta de sus subordinados (aunque no esté representando a un Estado o autoridad reconocido por una Parte Adversa).

c) llevar sus armas abiertamente en el curso del enfrentamiento militar y/o durante el tiempo que sea visible por el enemigo en el despliegue previo a un ataque.

No hace falta un exceso de perspicacia para advertir lo delicado de las cuestiones jurídicas y políticas que puede plantear la aplicación de los textos mencionados, sin una adecuada consideración de los datos precisos de las realidades donde deberán encuadrar conductas humanas.

Tampoco, por ello debemos dejar de rendir homenaje a los diplomáticos y hombres de leyes que tratan de paliar los efectos de los conflictos armados intestinos y el terrorismo, que regularmente los acompaña como forma de combate.

5. *La Distinción Necesaria.*

En principio, notemos que en la cuestión que estamos comentando, han incidido hechos políticos militares que se han desarrollado en otras áreas del mundo, fuera de América, (excepto las técnicas terroristas, difundidas universalmente).

Explícitamente los conflictos armados que debemos suponer han tenido en mente los juristas de la Conferencia Diplomática que dió lugar al Protocolo Adicional de 1977, han sido los desarrollados en el Medio Oriente, Africa y, en menor medida, Asia.

Tampoco hemos de negar que muchos movimientos subversivos —operantes dentro de Estados americanos— han buscado presentar la imagen de los “combatientes por la liberación”. Sus autodenominaciones, la retórica empleada y sus formas protomilitares así lo indican.

Juzgada la situación americana a la luz del Protocolo Adicional de 1977, parece que sólo podrían darse los supuestos del Art. 1.º, ap. 4. del mismo, en aquellos territorios que aún están sujetos a dominación colonial ó a la ocupación extranjera.

Las organizaciones subversivas se enfrentan internamente a Estados que las combaten con sus Fuerzas Armadas, Fuerzas de Seguridad y Policía y, obviamente, no les reconoce entidad de Fuerzas Armadas en los términos del Art. 43 del Protocolo Adicional, 1977.

Tampoco lo ha hecho —hasta donde el autor sabe— la comunidad internacional, pese a que algunas de estas organizaciones político-militares lo han intentado, mediante la estructura transnacional que mencionáramos, en el difuso marco del Tercer Mundo.

De allí que aparezca claro, a nuestro juicio, que no tiene ninguno de los rasgos del “combatiente por la liberación” que privilegia el Protocolo Adicional de 1977 y caen dentro de las prescripciones de la ley penal del Estado correspondiente.

La presencia frecuente de actos terroristas en sus operaciones, por otra parte y sólo a título de ejercicio intelectual, los haría incurrir en actos pérfidos y en conductas reprobadas inter-

nacionalmente (Arts. 37 y 75 del Protocolo Adicional 1977 y Art. 3.º de la Convención de Ginebra de 1949).

De todas maneras y el derecho internacional, en el marco de las Naciones Unidas, puede ser sensible a ello, debemos reconocer una tendencia hacia el reconocimiento a la *justa revolutio* de los pueblos, que puede dar lugar a desarrollos imprevisibles.

6. Resumen

6.1. La subversión y el terrorismo —que casi siempre la acompaña— se han incrementado notablemente como formas de hacer la guerra y han obligado a la reformulación de las Normas de Derecho Internacional (Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos Adicionales de 1977).

6.2. Se advierte una tendencia a la “internacionalización” de los asuntos internos de los Estados de la comunidad internacional, vertebrada por las Naciones Unidas.

6.3 Paralelamente, se desarrolla en las Naciones Unidas la jurisprudencia de la *justa revolutio*, que sería reforzada con la ofensiva de los Derechos Humanos desatada por los E.E.U.U.

6.4 El tipo de conflicto armado intestino es, en ciertos casos, legalizado internacionalmente, adjudicándose a los combatientes de fracciones no Estatales, que cumplen ciertas reglas mínimas, la calidad de fuerzas armadas y el derecho a ser tratados como prisioneros de guerra.

6.5 Las nuevas regulaciones de los conflictos armados entre fuerzas, alguna de ellas no reconocida por una Parte Adversa, no resultan aplicables a la presente realidad americana, salvo en el supuesto de guerras de liberación contra a la dominación colonial y la ocupación extranjera.

6.6. En América, por tanto, las acciones armadas de este tipo se hallan bajo la legislación penal que corresponda al Estado ofendido.

6.7. En el orden más general, cabe recomendar se impulsen aún más los tratados internacionales para la prevención y represión del terrorismo, manteniendo el principio de la no negociación, a la par que se perfeccionen y difundan técnicas de control y combate contra él.

Buenos Aires, octubre de 1977.

BIBLIOGRAFIA

- Bull Hedly: "*Civil Violence and International Order*"; Adelphi Papers N.º 83 (Conferencia de Stresa).
- Cooper David (ed.): "*The Dialectics of Liberation*", Penguin Books Ltd. 1968. Middlesex.
- Duchême François: "*Introduction*", Adelphi Papers N.º 82 (Conferencia de Stresa).
- Debray Régis: "*Révolution dans la Révolution*", Maspero, París, 1967.
- Elliot-Bateman Michael: "*The Nature of People's War*", incluido en "*The Fourth Dimension of Warfare*", Vol. I, Elliott-Bateman E. (ed.), Manchester University Press, 1970.
- Echstein H.: "*Internal War*", New York, Free Press of Glencoe, London, Collier-Mc Millan, 1974.
- Fanon Franz. "*Los Condenados de la Tierra*", Fondo de Cultura Económica, México 1968.
- Guevara Ernesto: "*Guerra de Guerrillas*", edición del Ministerio de las Fuerzas Armadas de Cuba.
- Galli Giorgio: "*I Collonelli della Guerra Rivoluzionaria*", Il Molino, Bologna, 1962.
- Halperin Ernst: "*Terrorism in Latin America*", The Washington Papers, Vol. IV, N.º 33, Sage Publications, Beverly Hills, London, 1976.
- Huntington Samuel P.: "*Civil Violence and the Process of Development*", Adelphi Papers N.º 83 (Conferencia de Stresa).
- Jenkins Brian: "*International Terrorism. A Balance Sheet*", Survival, July/August, 1975.
- Laqueur Walter: "*Diversity of Violence and the Current World System*", Adelphi Papers N.º 82 (Conferencia de Stresa).
- Mercier Vega Luis. "*Las Guerrillas en América Latina*", Paidós, Buenos Aires, 1969.
- Maringhella Carlos: "*La Guerra Revolucionaria*", Ed. Diógenes S.A., México, 1971.
- Moss Robert: "*Urban Guerrilla*", Temple Smith, London, 1972.
- Nkrumah Kwame: "*Handbook of Guerrilla Warfare*", Panaf Books Ltd. London, 1968.
- Perez Liana, Carlos. "*Contexto Internacional Actual*" (documento de trabajo no publicado).
- Röling Bert V.A.: "*The Legal Status of Rebels and Rebellion*", Journal of Peace Research, Vol. XIII, N.º 2, 1976.
- Taber Robert: "*La Guerra de la Pulga*", ERA, México, 1968.
- Trinquier Roger: "*La guerra Moderna y la Lucha Contra las Guerrillas*", Herder, Barcelona, 1965.
- Documento A/32/144, Naciones Unidas, Asamblea General.

Notas

NUEVAS NORMAS VIGENTES EN LA JUSTICIA MILITAR BRASILEÑA

Nos proponemos aportar una noticia informativa sobre algunas de las importantes normas legales promulgadas en la República Federal del Brasil con posterioridad a la publicación en la REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO MILITAR, del trabajo póstumo del Ministro Mario Tiburcio Gomes Carneiro, titulado "La Organización de la Justicia Militar en el Brasil" (1). Pretendemos con ello suministrar al lector información complementaria del estudio elaborado en España por tan destacado jurista, a fin de tener actualizado el panorama legislativo que ofrece dicho país sobre temas como la organización y competencia de Tribunales Militares y Reglamento de Disciplina, que constituyen el contenido fundamental del presente número.

El propósito de estas notas es, pues, meramente expositivo de la materia enunciada, sin calar en el rico fondo doctrinal (2) acopiado desde antiguo por los juristas brasileños en numerosos volúmenes (3), y en Revistas de la especialidad, que van desde el antiguo "Arquivo di Direito Militar" a la moderna "Revista do Superior Tribunal Militar" (4), y cuyas tesis se han discutido hace ya treinta años en pioneros congresos de Derecho Penal Militar (5). Para nuestro fin, tres recientes publicaciones tienen principal utilización: "Legislação Penal Militar" (6), "Justiça Militar Brasileira" (7) y "Legislação de Segurança Nacional" (8).

¹ N.º 15, pags 93-120. Madrid 1963. Vid. también debido al mismo autor, el publicado bajo el título *Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria y limite respectivo de las dos acciones. Exposición sobre el Derecho Penal del Brasil*, en el n.º 8 de esta Revista, pag. 75-115, Madrid 1959.

² El propio Gomes Carneiro lo resume de alguna manera en el prólogo a la segunda edición de la obra *Sabres e Togas: a autonomia judicante militar*, Helio Lobo. 176 páginas. Editor Borsi. Rio de Janeiro. 1960.

³ Destaquemos el *Tratado di Direito Penal Militar*, de Esmeraldino Bandeira, ultimado en 1925.

⁴ De cuyos tres primeros números hicimos aquí las correspondientes recensiones.

Cualquier exposición que se haga de la Justicia Militar Brasileña ha de arrancar, hoy por hoy, de los preceptos de las Constituciones políticas del Estado Federal que, desde la de 1934, han institucionalizado a los Jueces y Tribunales castrenses en el seno del Poder Judicial, cortando de raíz cualquier reproche de ser órganos administrativos al servicio del Ejecutivo y sentando las bases de su organización y competencia. El artículo 108 de la Constitución de 1964 se la asigna para “procesar y juzgar en los delitos militares establecidos por la ley a los militares y a las personas que les sean asimiladas”, disponiendo luego que, “este fuero especial podrá extenderse a los civiles en los casos previstos por la ley para la represión de los delitos contra la seguridad externa del país o de las Instituciones militares”. También anuncia que la ley regulará la aplicación de las penas de la legislación militar en tiempo de guerra. Actualmente esta materia ha quedado fijada en el artículo 10 y en los cincuenta y tres (355 a 408) finales del Libro II de la Parte especial del vigente Código penal militar, de 21 de octubre de 1969.

Se plasmó así lo que el tan citado Gomes Carneiro llama (9), “la mas atrevida concepción jurídica de la presente centuria en el campo del Derecho público, sin antecedentes en la legislación comparada”. Mediante ella se jurisdiccionaliza el aparato judicial castrense, asentándolo sobre estructuras jurídicas inmunes a las críticas formuladas por Helio Lobo y otros detractores de la Justicia Militar, dejando solo en pié, de las dos tesis básicas de su obra de combate “Sabres e Togas”, la adjetiva cuestión de articular los delitos militares dentro o fuera del Código penal co-

⁵ Como el celebrado en 1958 —a pocos meses de distancia del italiano de Padua y del internacional de Bruselas—, en conmemoración del 150 aniversario del establecimiento del Tribunal Supremo Militar del Brasil, y del que la REVISTA, en su número 8, dió amplia cuenta. Por su parte, el polémico Ministro Gomes Carneiro explicó ampliamente su postura personal y aportación al Congreso en su libro “*Estudios de Direito Penal Militar*”, 182 pág. Rio de Janeiro, 1959.

⁶ “*Legislação Penal Militar. Organização e notas*” Nilson Vital Naves, 2.^a edición, 962 pág. Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1976.

⁷ Conferencia pronunciada en la Escuela Superior de Guerra del Brasil, el 7 de julio de 1976 por el entonces presidente del Tribunal Supremo Militar de este país, Teniente Brigadier de la Armada Carlos Alberto Huet de Oliveira Sampaio, y publicada en las páginas 65-83 del n.º 2 de la Revista de dicho Tribunal.

⁸ Conferencia dada en la antedicha Escuela Militar brasileña, el día 13 de Agosto de 1975, por el Ministro del tan nombrado Tribunal Superior Militar, General Augusto Fragoso. Se ha publicado en el n.º 1 de la “*Revista do Superior Tribunal Militar*”.

⁹ “*Sabres e Togas*”, op. cit. pag. 26.

mún; cuestión de mera técnica legislativa, que en nada afecta a la especialidad del Derecho punitivo castrense, perfectamente vivo, como tal derecho penal especial en los países socialmente, vive extramuros del Código ordinario. Y en que lo esencial —como recalca el ex-Presidente del Supremo Tribunal Militar Brasileño (10) y viene afirmando Rodríguez Devesa (11)— es que los principios básicos (legalidad, irretroactividad, ultractividad de ley excepcional o temporal exigencia de culpabilidad, responsabilidad civil, etc) sean idénticos para uno u otro grupo de leyes penales.

Otro importante aspecto derivado del texto constitucional es el de recoger la comunmente aceptada clasificación de los delitos militares en, “propia o puramente militares” (que presuponen, simultáneamente, la condición militar del sujeto activo y el carácter militar de la acción u omisión constitutiva de una inmediata ofensa al deber, a la disciplina y a la jerarquía, valores fundamentales para las Fuerzas Armadas) e “impropia o accidentalmente militares” (que son intrínseca o normalmente comunes pero que se incorporan a efectos de competencia o pena al ordenamiento punitivo castrense, en razón de la condición militar de su autor, del local o de la anormalidad de la época o tiempo en que son perpetrados). Los así caracterizados por Oliveira Sampaio, serán los delitos contra las Instituciones militares o la seguridad nacional, albergados ambos en el texto, constitucional como de la competencia de los Tribunales Militares.

Es, sigue diciendo (12), a partir de la Revolución de Marzo de 1964, cuando se amplía considerablemente el poder jurisdiccional de la Justicia Militar, integrando los delitos contra la seguridad externa del país en el concepto amplio de “seguridad nacional”, ensanchado con la inclusión de nuevas figuras delictivas, tal como veremos a continuación al ocuparnos —siguiendo la exposición del Ministro Augusto Fragoso (13)— del primero de los tres apartados en que fundamentalmente dividimos estas notas que, repetimos, han de entenderse como anexo o continuación actualizadora de la exposición hecha hace cerca de veinte años por el Ministro Gomes Carneiro.

1 — *Legislación de Seguridad Nacional*

El 13 de agosto de 1975, el General Augusto Fragoso, Ministro del Tribunal Supremo Militar del Brasil, pronunció en la Es-

¹⁰ Huet de Oliveira Sampaio. ob. cit. pag. 65.

¹¹ “Derecho penal militar y Derecho penal común”. 28 pags. Confina. Andrés Mastia. Valladolid. 1961.

¹² Ob. cit. pag. 68-70.

¹³ Vid. separata citada ut supra (8).

cuela Superior de Guerra una conferencia, en la que logra dar —especialmente con la ayuda de precisos y detallados esquemas gráficos— una completa información sobre las múltiples normas que, dictadas en el período 1964-1975, se refieren a la Seguridad Nacional del Brasil, tanto en el campo constitucional como en el jurídico-penal militar.

Desde el principio se cuidó de advertir que, la compleja normativa imperante en su país es hija de un período revolucionario, encaminado a erradicar del Brasil la corrupción y la subversión, afirmando que no puede haber paz sin autoridad, que es condición esencial del orden. Y así se dice en la fundamental Acta Institucional n.º 5, de 13 de diciembre de 1968, que, el auténtico “Orden democrático se basa en: la libertad, en respeto a la dignidad de la persona humana, en la lucha contra la subversión y las ideologías contrarias a las tradiciones del país y en la lucha contra la corrupción”.

Con vigor dialéctico, el General Augusto Fragoso mantiene que la revolución brasileña, “camina segura y progresivamente hacia una democracia plena, adecuada a la hora presente, democracia que concilia la seguridad del Estado —la seguridad Nacional— con la seguridad de los Derechos Humanos; democracia consciente, no irresponsable; democracia militante, no dormida; participante, no inmovilista; ordenada, no caótica; vital, no suicida; democracia, en fin, que impidiendo la arbitrariedad y distinguiendo bien la legítima oposición política de la contestación ideológica y subversiva, someta al Derecho las situaciones de crisis, ostensibles o larvadas, pero hoy casi permanentes por efecto de las nuevas tácticas adoptadas por los expansionismos totalitaristas antidemocráticos”.

El texto constitucional de 24 de Enero de 1967 y diversas normas que lo desarrollan (especialmente la Ley de Seguridad Nacional de 13 de marzo del mismo año, que define los delitos contra la dicha Seguridad Nacional) cuida de sustituir el concepto restringido de “seguridad externa”, por el mas amplio de “seguridad nacional”, al tiempo que extiende a los civiles la competencia de la jurisdicción castrense para enjuiciarlos por delitos contra la referida seguridad nacional, integradora de la interna y la externa, “íntimamente ligadas, en vital dependencia una de otra”, pero ello se hace con una cláusula restrictiva de la competencia, al facultar a los civiles juzgados en dos instancias por la Justicia Militar, para interponer ante el Tribunal Supremo Federal recurso contra los fallos de la Jurisdicción castrense.

Es, principalmente, en el año 1969 cuando se establece la legalidad vigente sobre los delitos contra la Seguridad Nacional y que comprende:

NOTAS

a) La nueva Ley de Seguridad Nacional de 29 de septiembre de 1969, conteniendo conceptos básicos como los que a continuación se transcriben: "La Seguridad Nacional, es la garantía de la consecución de los objetivos nacionales contra los antagonismos, tanto internos como externos, y comprende, esencialmente medidas destinadas a salvaguardar la seguridad exterior e interior, incluyendo la prevención y represión de la guerra psicológica adversaria y de la revolucionaria y subversiva, que se define como: conflicto interno, generalmente auxiliado desde el exterior e inspirado en una ideología que pretende la conquista subversiva del poder, mediante el control progresivo de la Nación".

Los tipos penales comprendidos en la Ley están escritos en los artículos 8 a 48 del Capítulo II de la misma, y son reproducción o ampliación —con pena generalmente agravada, aunque solo en algunos supuestos muy graves llega hasta la de muerte— de los que se configuran en el coetáneo Código penal militar también vigente como especies clásicas de la traición y el espionaje (artículos 136 a 148), la rebelión, el sabotaje, el terrorismo, la propaganda subversiva, etc.

Las normas procesales —ampliamente completadas por las del Código procesal penal militar, también de 21 de octubre de 1969— se desenvuelven en los Capítulos III de esta Ley especial, que contiene en el IV normas singulares cuando se trata de enjuiciar delitos que lleven aparejada pena de muerte o prisión perpetua.

Por supuesto que algunos conceptos y preceptos contenidos en esta norma han sido objeto de controversia, no solo en lo concerniente al amplio ámbito de la Ley-Seguridad interior y seguridad exterior, sino al uso de una terminología vaga (contraria a la precisión de los tipos penales y demasiado propicia a la beligerancia política): "Antagonismo", "control progresivo de la nación", etc. El General Fragoso se muestra permeable a una suavización progresista de los principios citados y especialmente a la introducción del "perdón judicial" en la legislación penal referente a los delitos contra la seguridad nacional.

b) Código penal militar, vigente, de 21 de octubre de 1969. Centra en los artículos 136 a 147 los delitos que atentan contra la personalidad internacional del país, lesionando gravemente la patria, tales como hostilidades bélicas, traición, espionaje, etc. Interesa destacar muy especialmente la cautela consignada en la Exposición de motivos de que: "si bien se mantiene el relieve de los delitos contra la seguridad exterior del país, ello no se interfiere ni contrapone a la legislación especial de seguridad, pues el Código tipifica los delitos que, atacando tal seguridad exterior, tienen la naturaleza jurídica de delitos militares. Son —aclara— los cometidos por militar o que configuran los casos

de espionaje, tradicionalmente admitidos en el derecho militar”.

c) Decreto Ley de 10 de octubre de 1969, que define también, como delitos contra la seguridad nacional y el orden político social, los delitos de contrabando de aeronave y transporte de elementos terroristas y subversivos.

d) La Ley de 27 de junio de 1972, que, con mayor fundamento, incluye entre los delitos contra la seguridad nacional, el apoderamiento y control ilícito de aeronaves; extremo sobre el que el Profesor brasileño Heleno Fragoso, presentó una interesante aportación al XI Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Budapest, en septiembre de 1974.

2 — La Ley de Organización Judicial Militar, el Código Penal Militar, y el Código de procedimiento penal militar, todos de 21 de Octubre de 1969

A) Por lo que se refiere a la vigente Ley Orgánica de los Tribunales castrenses, que como vemos lleva la misma fecha que los Códigos penal y procesal penal militar, mantiene una conveniente separación de normas procesales y penales aplicables a nuestra esfera, acorde con su varia naturaleza y fines y con un más fácil manejo y modificabilidad en lo contingente. La materia penal ya tenía vida legal autónoma con el Código penal militar de 24 de enero de 1944 (sustituído por el que está en vigor desde 1.º de Enero de 1970), pero el contenido orgánico y el procesal de la Justicia Militar Brasileña iban juntos en el Código de Justicia Militar de 2 de diciembre de 1938, siendo en la indicada fecha de 1969 cuando al derogarse éste, se separa por las razones antedichas que se recogen al principio de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica.

En general no comporta modificaciones importantes respecto de lo consignado en el estudio de Gomes Carneiro, que nos sirve de referencia y al que nos remitimos para evitar repeticiones. Si es de citar sin embargo:

a) *Composición y atribuciones del Tribunal Militar Superior.*— Por el artículo 7 se ha ampliado a quince el número de Ministros vitalicios (hasta la edad de 70 años, en que pasan a situación de reserva, gozando de las mismas prerrogativas y emolumentos que los en activo, según el artículo 9, siendo diez Oficiales Generales (cuatro de Ejército, tres de Marina y tres de Aire) y cinco civiles togados, libremente escogidos por el Presidente de la República previa presentación por el Senado, tres entre juristas destacados y dos de entre Auditores o miembros del Ministerio Público. La elección de Presidente y Vicepresidente, de entre los quince antedichos se regulará por el Reglamento de régimen interior del Tribunal (art. 8). Junto a éste funcionará el Procurador o Fiscal Ge-

neral, que es el Jefe del Ministerio Público de la Nación. Las atribuciones del Alto Tribunal castrense se fijan en el artículo 40 y resultan notablemente ampliadas con el enjuiciamiento de los delitos militares y contra la seguridad nacional cometidos por Oficiales Generales y contra la última por los Gobernadores de Estados (Letra X), la intervención en múltiples decisiones de tipo gubernativo, administrativo o disciplinario (Letras XX a XXVI) y la resolución de los recursos de apelación en las sentencias dictadas al amparo de la Ley de Seguridad Nacional (art. 94 de tal Ley).

b) *Competencia de los Tribunales Militares.*—

“Definida la jurisdicción militar como fuero especial —dice Gomes Carneiro (14)— encuentra sus límites en la caracterización del delito militar tal y como la Ley lo tuviere establecido. La condición militar del agente, la índole militar del hecho, la naturaleza militar del lugar y el interés militar del tiempo o época, son las circunstancias que concurren para caracterizar los límites del ejercicio de la jurisdicción militar”. Por eso, los límites competenciales derivan en gran parte de lo que el Código Penal militar, considera que son delitos militares, respectivamente en tiempo de paz o de guerra. El mencionado autor transcribe al respecto en su citado estudio los artículos 6 y 7 del derogado Código penal militar del 1944, que damos por básicamente reproducidos aquí, con alguna modificación o aclaración referida al texto de los vigentes n.º 9 y 10 de la ley penal en vigor.

Por lo que concierne a los delitos militares en tiempo de paz, la redacción del apartado I (art. 9) es la siguiente —que difiere de la que consta en la pág. 116 del n.º 15 de la REVISTA = “Los delitos de que trata este Código, cuando se definan de modo diverso al de la ley penal común o no estén previstos en ella, cualquiera que sea el autor y salvo disposición especial”. En la letra e) del apartado II, se añade por el nuevo texto: “... o contra una orden administrativa militar”. Incorporándose finalmente un nuevo caso (f): “por militar en activo o asimilado que, aunque no esté de servicio, use para realizar un acto ilegal, armamento de propiedad militar o cualquier material bélico que se halle bajo custodia, fiscalización o administración castrense”.

En cuanto se refiere a los delitos militares en tiempo de guerra, el artículo 10 del vigente Código de 1969 los define en los mismos términos que lo hacía el derogado n.º 7 del Código de 1944, que transcribe Gomes Carneiro.

¹⁴ “La organización de la Justicia Militar en el Brasil”, pags. 114-115, ob. cit.

c) *La Organización de la Justicia Militar en tiempo de guerra.*- (Título IV. Capítulo Unico, arts. 86 a 96).- Las Autoridades de la Justicia Militar durante el estado de guerra, actuantes junto a las fuerzas en operaciones son: Los Consejos Superiores de Justicia Militar, los Consejos de Justicia Militar y los Auditores. A ellos les compete procesar y juzgar por los delitos perpetrados en las zonas de operaciones o en territorio extranjero militarmente ocupado por fuerzas brasileñas, excepto lo dispuesto en tratados internacionales y la competencia del Tribunal Supremo por los delitos cometidos en territorio brasileño.

Del Consejo Supremo de Justicia deberá formar parte un Magistrado de carrera de la Justicia Militar y le compete juzgar en primera instancia a Oficiales Generales, Coroneles o Capitanes de Navio y de las apelaciones contra las sentencias de los Consejos de Justicia y Auditoría. El Consejo de Justicia se compone de un Auditor y dos Oficiales de categoría superior o igual a la del acusado, siendo de su competencia el enjuiciamiento de Oficiales hasta la categoría de Teniente Coronel o Capitán de Fragata, ambas inclusive. Los Auditores actuarán junto al Mando en territorio jurisdiccional y con composición variable, instruyendo el procedimiento que juzguen los Consejos e instruyendo y juzgando los demás.

B) En cuanto al nuevo y vigente Código penal militar de 1969, contiene respecto del anterior, innovaciones importantes tales como:

a) División en Parte General y Parte Especial (y esta en delitos militares en tiempo de paz y en tiempo de guerra), al igual que en la legislación penal común y en varios códigos penales militares modernos.

b) Inclusión en el estado de necesidad de la modalidad de "inexigibilidad de otra conducta", especialmente interesante en la esfera militar.

c) Detallada regulación de supuestos de exceso en legítima defensa y de clases de error, completando una Parte General de moderna factura y abundantes logros técnicos.

d) Introducción en el derecho penal militar de la suspensión condicional de la condena, "que, lejos de herir el principio de disciplina esencial en las Fuerzas Armadas, la verá estimulada por la obligada conducta ejemplar del beneficiado por esta medida de política criminal", principalmente afectante a las desprestigiadas penas cortas de privación de libertad.

e) Incorporación del delito de genocidio, de acuerdo con las convenciones internacionales.

f) Tipificación en el artículo 219 del delito de ofensa a las Fuerzas Armadas, de acuerdo con la siguiente redacción: "Pro-

parar hechos, que sabe inciertos, capaces de ofender la dignidad o mellar el crédito de las Fuerzas Armadas o la confianza que merecen al público. Pena de seis meses a un año de detención, aumentada en un tercio si el delito se ha cometido por medio de impreso, radio o televisión”.

C) Cuanto al nuevo Código del procedimiento penal militar brasileño, el más extenso (718 artículos) de las tres leyes promulgadas el tan repetido 21 de octubre de 1969, “procura —como dice la Exposición de Motivos— realizar una codificación que abarque toda la materia relativa al proceso penal militar sin que su aplicador tenga necesidad, salvo casos especialísimos, de recurrir a la legislación común, como frecuentemente venía sucediendo con el Código anterior. Igualmente tiene cuidado de traducir en preceptos positivos las tradiciones y los usos y costumbres militares, preservando los principios de disciplina y jerarquía que rigen en las Fuerzas Armadas”. Cuida por otra parte, de garantizar el respeto que debe ser tenido al acusado, civil o militar, en todas las situaciones procesales, “asegurándole una efectiva asistencia judicial y la mas amplia defensa en la fase contradictoria del proceso, en los términos constitucionales y de acuerdo con las mantenidas tradiciones liberales de la justicia militar brasileña, sin paralelo —afirma— en cualquier otro país”.

En la amplia exposición que sobre la materia se hace en el ya citado estudio, “Justicia Militar Brasileña”, es de ver (15), en una clara exposición sistemática de los procesados de la Justicia Militar en tiempo de paz, no solo el mecanismo del juicio sino la extensa gama de tipos de proceso, clases de recurso, garantías del acusado y otros extremos que, remitiéndonos a tal trabajo, no detallamos aquí por razones de brevedad y por caer fuera del contenido que desarrolló Gomes Carneiro en el ensayo que tratamos de actualizar. Baste compartir la afirmación del Presidente Huet de Oliveira Sampaio Militar Brasileña goza de absoluta independencia y solo está sometida a la ley, de la misma manera y cualquiera que sea la extensión de la competencia, permanecen íntegras las garantías de la defensa y juicio contradictorio.

3 — Reglamentos de Disciplina. —

Se hallan en vigor normas diferentes para cada uno de los tres Ejércitos: para la Marina, el de 5 de octubre de 1955, para el Ejército de Tierra, el de 23 de febrero de 1942, con muchas modificaciones; y para la Aeronáutica, el de 22 de septiembre de 1975, sin duda el mas moderno, extenso y completo. A él nos

¹⁵ ob. cit. pag. 72-82.

referiremos solamente, teniendo en cuenta, además, que es el único de fecha posterior al trabajo del Ministro Gomes Carneiro, quien afirma (16) que la materia disciplinaria militar —“complemento de la norma penal militar, subordinada a sus principios fundamentales” (17)— también aparece en los textos constitucionales.

A) Principios generales.

a) “Las órdenes deben ser prontamente ejecutadas, siendo las autoridades que las formulen enteramente responsables de las mismas. Cuando una orden parezca obscura al subordinado, deberá solicitar al recibirla, los esclarecimientos que juzgue necesarios y si comportare responsabilidad personal para el ejecutante, podrá pedir que se le den por escrito y la autoridad deberá atenderle” (art. 2).

b) “Las obligaciones de cortesía y consideración, obligatoria entre los militares de la Aeronáutica, son extensivas hacia los de otras Fuerzas Armadas, auxiliares y extranjeras” (art. 4).

c) “Transgresión disciplinaria es toda acción u omisión contraria al deber militar, definida como tal en este Reglamento; distinguiéndose del delito militar por su menor gravedad” (art. 8).

B) Faltas graves.— Lo son las que, no llegando a constituir delito, tengan: naturaleza deshonrosa, sean ofensivos de la dignidad militar, atenten contra las instituciones o el Estado, supongan indisciplina de vuelo, negligencia o independencia en el entretenimiento y manejo de aeronaves o pistas capaces de afectar a la seguridad de aquellas, o que comprometan la salud o pongan en peligro la vida humana. (art. 12).

C) Algunas faltas de entre las cien catalogadas en el artículo 1.º del Reglamento:

- dejar de cumplir, por negligencia, la orden recibida,
- retardar su cumplimiento, sin justo motivo,
- declararse enfermo o simular dolencia para eludir cualquier servicio o instrucción,
- faltar o llegar con retraso, sin motivo justificado, a cualquier acto, servicio o instrucción en que deba tomar parte o asistir,
- dirigirse o referirse al superior en forma irrespetuosa,
- censurar actos del superior,

¹⁶ Ob. cit. pag. 101 del n.º 15 de esta REVISTA.

¹⁷ “Relaciones entre acción penal y acción disciplinaria”, ob. cit. pag. 87-88. n.º 8 - 1959.

NOTAS

cuando esté sentado, dejar de ofrecer asiento al superior que se halle de pié por falta de sitio, excepto en teatros, cines, restaurantes, lugares análogos o transportes públicos,
irrespetuosidad, por palabra o acción, hacia instituciones, religiones o costumbres del país extranjero en que se encuentren,
irrespetuosidad para con la autoridad civil,
tratar al subordinado jerárquico con injusticia, despotismo o malos modales,
maltratar a preso que tenga bajo custodia,
frecuentar lugares incompatibles con el decoro social,
ofender a la moral y buenas costumbres con palabras, actos o gestos,
valerse del anonimato para cualquier fin,
descuido en la presentación personal o aseo corporal,
embriaguez con bebida alcohólica o similar,
servirse de la condición militar o de la función para usufructuar ventajas personales,
contraer deudas o asumir compromisos superiores a sus posibilidades, comprometiendo el buen nombre de la clase,
eludir el cumplimiento de compromisos de orden moral o pecuniario que haya asumido,
entablar polémica, a través de los medios de comunicación, sobre asuntos militares o políticos,
manifestarse públicamente sobre asuntos políticos,
indiscreción respecto de asuntos de carácter oficial cuya divulgación pueda ser perjudicial para la disciplina o el buen orden en el servicio,
dejar de castigar al inferior jerárquico que cometa falta militar o no dar cuenta de ella.

D) **Fórmula general.**— “Se consideran también transgresiones disciplinarias las acciones u omisiones no especificadas en el artículo 10 o calificadas como delito en las leyes penales militares, que sean atentativas contra los Símbolos Nacionales, contra la honra y el pundonor militar individual, contra el decoro de la clase, los preceptos sociales o las normas morales, o contra los principios de subordinación, reglas u órdenes de servicio establecidas en las leyes o reglamentos o dispuestas por las autoridades competentes”.

E) **Graduación y clases de sanción.**— Supone un positivo deseo de matizar objetivamente la clase y extensión de los correctivos imponibles, la detallada especificación —nada frecuente en la esfera disciplinaria— de circunstancias justificativas, agravantes

NOTAS

y atenuantes que, en número de 21 se detallan en el artículo 13 del Reglamento.

Los correctivos a imponer son: reprensión, detención (hasta 30 días), prisión (con igual tope), licenciamiento o expulsión. La vía de recursos existe en alguna forma, finalizando los dos últimos Títulos de este Reglamento con disposiciones sobre recompensas y rehabilitación.

Francisco Jiménez y Jiménez

ORGANIZACION Y COMPETENCIA DE LAS JURISDICCIONES DE LAS FUERZAS ARMADAS DEL ZAIRE

El Zaire, antiguo Congo Belga, ofrece una larga tradición en materia de justicia militar, primero bajo la legislación belga, y más tarde, a partir de la independencia, mediante normas propias.

En ambos casos, las esencias del derecho zaireño tienen su entronque en el derecho francés, y mantienen por tanto, características similares a este mismo y al belga, si bien ofrece peculiaridades dignas de tener en cuenta, porque el vigente Código de justicia militar, de 1972, es una obra esencialmente de las Fuerzas Armadas Zaireñas, en la que se han tenido en cuenta las lagunas constatadas en la aplicación del Código Provisional de 1964, en función de las realidades específicas de las propias Fuerzas Armadas Zaireñas, y partiendo de un estudio comparado de diferentes códigos de justicia militar de países con una larga tradición en materia de jurisdicción militar.

Su filosofía, definida en el preámbulo, es asegurar de una manera permanente, mediante una política general de prevención por la intimidación, el mantenimiento del orden público militar, la protección del patrimonio de las Fuerzas Armadas, y la garantía del respeto debido al jefe militar sin desconocer los límites que éste tiene cara a sus subordinados.

Así, el General BOLONGO establece que, en base a tales consideraciones, se ha conseguido:

- En el plano de la organización, crear, conforme al espíritu de la Constitución, un conjunto jurisdiccional que se quiere integral y completo, que podrá en todo tiempo bastarse a sí mismo, evitando toda improvisación; y confiar, por deseo de eficacia, la administración de la justicia militar a los magistrados militares y a los oficiales de las Fuerzas Armadas.

- En el plano de la competencia y del procedimiento, conceder a los Consejos de Guerra una competencia personal, limitando siempre los dominios respectivos de los tribunales ordinarios y de los tribunales militares, e instituir en interés del justiciable, así como en el orden público militar, reglas tendientes a asegurar la celeridad del procedimiento, a fin de llegar a una represión rápida y enérgica de todos los actos contrarios a la disciplina y a la seguridad militar, sin perder de vista nunca la independencia del juzgador.
- En el plano de las infracciones, tipificar una serie de actos susceptibles de comprometer el orden público militar y la seguridad del Estado.

Conviene notar que el Código del 72 ha introducido el principio de hacer juzgar al soldado por sus iguales y sus superiores, con el concurso de magistrados militares profesionales. Y que el legislador, dado el entorno político que ha rodeado la promulgación de este Código, se ha visto en todo momento deseoso de salvaguardar los derechos fundamentales del hombre, quizá con una precisión y meticulosidad de que carecían otros códigos vigentes. Así, el proceso de revisión, el nombramiento de defensores, la libertad provisional, la suspensión de condenas y la prescripción de la acción pública; y conserva antiguas instituciones, como el derecho de gracia que corresponde al Jefe del Estado. Se buscan los medios de hacer producir a las penas su máxima eficacia terapéutica, creándose prisiones específicas militares con fines de perfeccionamiento, y la administración penitenciaria se ocupa no solamente de la reeducación del delincuente sino también de su asistencia post-penitenciaria. Diremos finalmente, antes de entrar en el estudio que hoy nos ocupa, que se trata de un Código completo, es decir, que determina la organización y competencia de los tribunales, el procedimiento penal y la definición de delitos y penas, según modelos europeos, y además, la organización penitenciaria.

El estudio que hoy acometemos se va a limitar a lo relativo a la organización y competencia de las jurisdicciones de las Fuerzas Armadas, materia que creemos primordialmente interesante para nuestros lectores y que por ello les sometemos con el mejor deseo de utilidad. Para ello, seguimos la exposición hecha por el citado General LUKULIA BOLONGO, Auditor General de las Fuerzas Armadas Zaireñas (1).

(1) BOLONGO LUKULIA

“DROIT PENAL MILITAIRE ZAÏROIS” (tome premier) —L’Organisation et la Compétence des Juridictions des Forces Armées—. Préface de René Paucot”.

I. LA LEGISLACION PENAL MILITAR DEL ZAIRE

Por Decreto de 22 de Diciembre de 1888 (completado y modificado por otros de 1890, 1943 y 1945 se instituyeron en el Congo Belga las jurisdicciones militares, creándose los consejos de guerra y definiendo faltas militares y penas. Se le daba a los consejos de guerra una competencia general, precisada por Decreto de 1923 en el sentido de que aquellos eran competentes para conocer de todas las infracciones cometidas por todos los que formaban parte de la Fuerza Pública o estaban sometidos a leyes militares por normas especiales. Estaban constituidos en las localidades designadas por el Gobernador General, que determinaba asimismo su sede, número y competencia territorial; y estaban compuestos por un juez, un oficial del ministerio público y un secretario. Cuando la pena aplicable era la de muerte o de cadena perpetua, acompañaban al juez dos asesores que designaba el mismo y que tenían voz y voto.

Se regulaba el funcionamiento del ministerio público, que en algunos casos podía ser un funcionario civil. Los jueces, según el principio jerárquico, debían ser de un grado al menos igual al del reo, y, lo mismo que en derecho común, las sentencias dictadas por los consejos de guerra eran susceptibles de apelación, salvo algunas excepciones en razón de la cuantía de la pena, recurso que se formulaba para ante el consejo de guerra de apelación.

El decreto de 22 de Diciembre de 1943 establecía consejos de guerra de apelación en cada jurisdicción territorial en la que había un tribunal de primera instancia y se componía de un presidente, dos jueces, un oficial del ministerio Público y un secretario. Los jueces eran oficiales de la Fuerza Pública, con un grado al menos igual al del acusado, y el presidente podía, en caso de urgencia, y de insuficiencia de oficiales, y oído el fiscal, remitir el conocimiento del asunto a uno de los consejos de guerra de apelación más próximo.

En general no había reglas de procedimiento propias de las jurisdicciones militares, y los respectivos textos legales se remitían al procedimiento en vigor con arreglo al derecho común. La instrucción preparatoria se hacía por el ministerio público, y en su defecto, por un funcionario nombrado a tal fin por el comisario del distrito. Las audiencias eran públicas y las sentencias inmediatamente notificadas. Finalmente señalaremos que en todo caso estaba consagrado el principio de independencia de la acción pública y de la acción civil, y que todos cuantos participaban en el ejercicio de la Jurisdicción debían jurar por escrito "observar fiel y lealmente las funciones que les eran confiadas".

Cara al acceso del país a la independencia, el sistema fue objeto de críticas, especialmente en lo que concernía a la inexperiencia de los miembros de los consejos de guerra. Y así se estimó necesario aplicar un sistema de competencia restrictivo, lo que se hizo mediante Decreto de 8 de Mayo de 1958.

La idea esencial que dominaba esta norma era que el militar, igual que los demás ciudadanos, debe beneficiarse de la experiencia de los magistrados, y que los consejos de guerra no deben conocer más que de ciertas faltas o delitos, dejando a los tribunales ordinarios el conocimiento de las infracciones de derecho común cometidas por los militares. Su Artículo 115 precisaba, en efecto, que: "sin perjuicio de las disposiciones relativas al régimen militar, los consejos de guerra conocen de causas contra soldados, clases, suboficiales y oficiales de un grado inferior al de mayor de la Fuerza Pública por mutilaciones voluntarias y por faltas militares graves, tipificadas como delitos.

En el pleno de la organización judicial, no hubo grandes modificaciones, salvo la sustitución de los consejos de guerra de apelación por los tribunales militares, compuestos y organizados como aquellos, y que conocían también de las apelaciones contra las sentencias de los consejos de guerra.

El Decreto de 1958 había introducido, finalmente, el privilegio de fuero de los oficiales superiores precisando que los tribunales militares "conocen de los delitos previstos en el Artículo 115 cometidos por oficiales de la Fuerza Pública de grado igual o superior al de mayor".

Si el sistema tenía una cierta eficacia en el momento de su entrada en vigor, no fue lo mismo después de la concesión de la independencia. En aquel momento, el conjunto de los cuadros que formaban la administración pública había dejado el país, y las perturbaciones que siguieron, pusieron peligrosamente en duda la eficacia de la intervención de los magistrados civiles para investigar y reprimir los actos indignos y antisociales cometidos por los militares. Y así, éstos cometían impunemente infracciones de todo orden. Se estimó que para restablecer la disciplina en el seno de las Fuerzas Armadas y garantizar el orden y la seguridad pública, hacía falta crear un cuerpo de justicia, y que esta justicia fuera administrada únicamente por magistrados militares y oficiales de las Fuerzas Armadas. Fue así como vió la luz un nuevo código de justicia militar en la República del Congo por Decreto Ley de 18 de Diciembre de 1964.

El sistema introducido por este Decreto era profundamente distinto del antiguo, pues contenía numerosas innovaciones. Así, en el aspecto de organización de tribunales, se establecía un solo tribunal militar para toda la extensión de la República, un solo consejo de guerra por demarcación territorial del tribunal

NOTAS

de primera instancia, un consejo de guerra restringido y el tribunal militar de policía.

El tribunal militar conocía en trámite de apelación del recurso contra las sentencias de los consejos de guerra, y además, juzgaba en primera y última instancia a todos los oficiales superiores y generales de las Fuerzas Armadas y a los miembros de los consejos de guerra procesados por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquellas. Estaba compuesto en lo posible de un oficial general presidente y de cuatro oficiales superiores (jefes) consejeros, y las funciones del ministerio público eran desarrolladas por el Auditor general o uno de sus sustitutos.

La sede del tribunal se fijó en la capital, pero podía igualmente reunirse en cualquier lugar del país si se consideraba oportuno juzgar a los inculcados en el lugar de ocurrencia de los hechos.

El consejo de guerra estaba previsto en cada demarcación territorial de un tribunal de primera instancia y su sede era la de éste, pudiendo sin embargo fijar su sede, en caso de necesidad, en cualquier lugar de su demarcación territorial. Conocía de todos los delitos cometidos por los militares con grado inferior al de mayor, y estaba compuesto de tres jueces, de los que uno debía ser oficial superior, asumiendo la función de presidente, correspondiendo la del ministerio público al Auditor militar o uno de sus sustitutos.

El decreto preveía asimismo un tribunal militar de policía, permitiendo al sustituto del Auditor militar constituirse en tribunal de policía asistido eventualmente de un relator; de lo que resultaba que este tribunal prestaba asistencia donde quiera que se encontrase un sustituto. Juzgaba infracciones con pena máxima de privación de libertad de un año, o de privación de grado, y podía también conocer de otros delitos cuando estimaba que en razón de las circunstancias la pena a pronunciar no debía exceder de las citadas. Sus sentencias eran revisadas por el Auditor militar (magistrado) constituido como consejo de guerra restringido.

El cuerpo de justicia militar que creaba este decreto ley estaba compuesto de magistrados militares (el Auditor general, los Auditores militares y sus respectivos sustitutos) y de relatores militares, que formaban dos cuerpos según ordenanza de 6 de Febrero de 1967. Con arreglo a la misma, el cuerpo de justicia militar forma una pirámide estrictamente jerárquica, teniendo en su vértice un Auditor general y sus sustitutos y cuya base comprende a los Auditores militares y sus sustitutos. Y se justificaba su creación por el hecho de que era preciso dar a los magistrados militares una formación especial, es decir, permitirles adquirir las cualidades especiales exigidas de un magistrado militar,

a saber: energía, comprensión de la mentalidad y de las necesidades del ejército. El control del Auditor general era ejercido por el Ministro de la Defensa Nacional.

En el aspecto de la competencia, el decreto ley bordea el sistema más extendido de la competencia general, y así, por contra de lo que estableció el decreto de 1958, los jueces militares pasaron a conocer de todas las infracciones tanto militares como de derecho común, cometidas por los militares sometidos a aquellas, aunque con ciertas excepciones en caso de conexidad, complicidad o coautoría con no aforados, en cuyo caso era la jurisdicción ordinaria la competente.

Y finalmente, por lo que respecta al procedimiento no organizó un sistema específico militar, pero en su exposición de motivos indicaba las reglas que debían caracterizar a la justicia militar: ser simple, rápida y eficaz; por lo demás prescribía el seguir en lo posible el procedimiento penal ordinario, exposición razonada por las circunstancias especialmente dificultosas del país, lo que obligaba a depositar provisionalmente un margen de confianza en los magistrados. Así, los recursos ordinarios no eran reconocidos a los reos militares.

En fin, la ordenanza-ley de 25 de Septiembre de 1972, estableció un código de justicia militar, que es obra esencialmente de las Fuerzas Armadas del Zaire, realizada teniendo en cuenta las lagunas advertidas en la aplicación, cerca de un decenio, del código provisional, en función de las realidades específicas de aquellas Fuerzas, y a partir de un estudio comparado de diferentes códigos de justicia militar de los países con una larga tradición en materia de jurisdicción militar, cuyas instituciones fueron visitadas y estudiadas por una comisión de trabajo zaireña, que entre dichos países visitó España.

Su filosofía, establecida en el preámbulo, es la de asegurar de una manera permanente por una política general de prevención por la intimidación, el mantenimiento del orden público militar, así como preservar el patrimonio de las Fuerzas Armadas y garantizar el respeto normalmente debido al jefe militar sin desconocer los miramientos que el jefe puede y debe tener respecto de los subordinados.

A tal fin, el nuevo código crea un conjunto jurisdiccional que se quiere integral y completo, que podrá, en todo caso, ser auto-suficiente, evitando así toda improvisación; y confiar, por deseo de eficacia, la administración de la justicia militar, a los magistrados militares y a los oficiales de las Fuerzas Armadas. Y en el plano de la competencia y del procedimiento, se tiende a reconocer a los consejos de guerra una competencia personal, delimitando los dominios respectivos de los tribunales ordinarios militares, e instituyendo, tanto en interés del procesado como en

el del orden público militar, reglas encaminadas a asegurar la celeridad del procedimiento, a fin de conseguir una rápida y enérgica represión de todos los actos contrarios a la disciplina y a la seguridad militar; siempre, consagrándose la independencia del juzgador. Conviene notar que el nuevo código ha introducido el principio de hacer juzgar al militar por sus iguales y sus superiores con el concurso de un magistrado militar de carrera. Y deseoso de salvaguardar los derechos humanos fundamentales, se abren al justiciable vías de recurso extraordinario como el de anulación (casación) por violación de la ley y el de revisión para rectificar eventuales errores, y se refuerzan las garantías individuales mediante la designación, a cargo del Estado, de un defensor de oficio en caso de que el inculpado no lo hubiese escogido en su momento. Otras garantías individuales son la libertad provisional, la libertad condicional, la suspensión de condena y la prescripción del delito y de la pena, sin perjuicio de que en todo caso se puede ejercer, por el Jefe del Estado, el derecho de gracia.

Es grato para nosotros, españoles, constatar que la doctrina jurídico-militar zaireña ha tenido en cuenta las dos grandes concepciones de la doctrina de la defensa social hispana: el correccionalismo de Dorado Montero y el perfeccionalismo de Saldaña.

Se trata en suma de un código moderno, elaborado por entero con un criterio global y unitario de la jurisdicción militar, que adecua las modernas exigencias a la doctrina tradicional, conservando las exigencias de una larga tradición teórica y legislativa de los derechos latinos, especialmente del belga, francés y español, por lo que no ha de extrañarnos encontrar instituciones similares a las nuestras, incluso en su denominación, y por otra parte veremos plasmadas en sus normas ya vigentes algunas de las aspiraciones de perfeccionamiento de nuestro propio derecho, lo que le confiere un especial atractivo en el momento actual de transformación legal en que nos encontramos.

II. ORGANIZACION JUDICIAL MILITAR

1. *Los órganos jurisdiccionales.*

La organización de los órganos jurisdiccionales está presidida, como el derecho común, por los principios siguientes:

- El principio de colegialidad de dichos órganos.
- El principio de independencia de la jurisdicción y de los jueces.

La organización es jerárquica, y se asegura la primacía de la justicia militar sobre los otros servicios del ejército, y entre aquella, la de los órganos superiores respecto de los inferiores.

La expresión "consejo de guerra" que reemplaza a la de "tribunal militar" es una feliz innovación, según hace notar la exposición de motivos; pues este término no solamente logra la uniformidad de la terminología de las jurisdicciones militares sino que además caracteriza mejor la finalidad de la justicia militar en el seno del ejército, al mismo tiempo que simboliza la unidad.

Señalemos en fin que el tribunal supremo de justicia interviene también en la administración de la justicia militar.

2. *Las jurisdicciones inferiores.*

A) *El consejo de guerra de policía (CGP).*

Colocado en el escalón inferior de la jerarquía jurisdiccional, y denominado hasta 1972 tribunal militar de policía, es un órgano unipersonal. Su competencia geográfica corresponde a la del consejo de guerra de región, y puede constituirse en todos los lugares de la jurisdicción de éste o del consejo de guerra de la ciudad de Kinshasa. Su número no está determinado, pues cualquier sustituto o primer sustituto del Auditor militar que se encuentre instruyendo un procedimiento, puede constituirse en juez único de esta jurisdicción.

Conoce de infracciones punibles con un máximo de un año de prisión, de una multa o de privación de grado, así como de otros con pena superior si, en razón de las circunstancias concurrentes, la pena a imponer no debe pasar de aquellas. Tiene la misma competencia "ratione personae" que la del consejo de guerra regional, y puede juzgar a todos los militares con grado igual o inferior al de coronel; pero están exceptuados de tal competencia los magistrados militares y los miembros del consejo de guerra regional por delitos cometidos con el ejercicio de sus funciones o con ocasión de aquellas, de las cuales conoce en todo caso el consejo de guerra general. En cuanto a los procesados paisanos su competencia personal es ilimitada.

Presenta la particularidad de estar compuesto de un juez único que no es otro que el sustituto o el primer sustituto del Auditor militar, derogando así el principio de colegialidad.

El sustituto o primer sustituto al que se reconoce el poder de constituirse como juez único del consejo de guerra de policía, debe observar el principio jerárquico que domina la composición de toda jurisdicción militar, no pudiendo juzgar más que a los inculcados revestidos de un grado o rango inferior, y en caso de igualdad de grado, el juez único de este tribunal debe ser en lo posible más antiguo que el reo.

El principio de independencia del juez gobierna igualmente la actuación del CGP. En su misión de "decir el derecho" el

NOTAS

juez del consejo de guerra no depende de ninguna autoridad y no puede de ninguna forma recibir órdenes de nadie. Funciona con el auxilio de un secretario. Se admite la defensa del inculpado, y se le designa de oficio, en caso de no estar designado, un defensor. Los debates son públicos, salvo que el juez haya ordenado que se celebren a puerta cerrada, y la sentencia se pronuncia en audiencia pública.

B) *Consejo de guerra de región (CGR) y consejo de guerra de la ciudad de Kinshasa. (CGVK).*

a) Organización.

Con arreglo a la Ley de 7 de Noviembre de 1974, que completa el artículo 12 del Código de Justicia Militar, se establece un consejo de guerra en cada región militar y en la ciudad de Kinshasa. La competencia territorial del CGR comprende el territorio de la región militar y su sede ordinaria es la de la localidad en que se encuentra el cuartel general de ésta; mientras que la del CGVK corresponde al territorio de la ciudad de Kinshasa y en aquella se encuentra su sede. El número de CGR corresponde así, no sólo al de las regiones militares, sino también al de los tribunales de primera instancia. Hay pues nueve CGR correspondiendo a las ocho regiones militares y a la ciudad de Kinshasa.

El CGR se puede reunir en cualquier lugar de su territorio y su sede puede ser fijada en lugar distinto a la capital de la región en caso de circunstancia excepcional, por el acuerdo del Comisario de Estado de la Defensa, oído el Auditor general de las fuerzas armadas. (Es de advertir que en caso de guerra el Presidente de la República puede modificar la sede y ámbito territorial de las jurisdicciones militares).

b) Atribuciones.

El CGR tiene una competencia general, pues conoce de todas las infracciones cometidas por los miembros de las fuerzas armadas de rango inferior al de general de brigada, así como por todos aquellos que, no teniendo la cualidad de militares, son justiciables por la jurisdicción castrense. Así pues, el CGR juzga directamente a los militares del ejército de tierra, de la fuerza aérea, de la gendarmería y de los servicios comunes de soldado de segunda a coronel, y en cuanto a las fuerzas navales, de marino de segunda a capitán de navío.

Es de notar que los oficiales superiores (jefes) no gozan de privilegio de jurisdicción como en el código de 1964. Ello es justificable por el deseo de aproximar el justiciable a su juez y evita retrasos en el procedimiento y gastos inútiles de desplazamiento.

El fuero militar personal del CGR y del CGVK tiene excepciones que podemos resumir así:

- De carácter restrictivo: los magistrados militares, los miembros del consejo de guerra de región y los coautores cuando uno de ellos esté sometido al consejo de guerra general; también se somete a éste los procesados que después de la comisión del delito adquieren una cualidad que les somete directamente a aquella alta jurisdicción.
- De carácter extensivo: Cuando el interés del ejército lo exige, el Auditor general de las fuerzas armadas puede ordenar el enjuiciamiento de un oficial general o de otra persona sometida al consejo de guerra general por un CGR. Evidentemente, en este caso, el CGR es presidido, siempre que sea posible, por un oficial general o en su defecto por un jefe teniendo en cuenta el principio jerárquico en la designación de los miembros de estos tribunales. Es decir, no pueden formarlos más que oficiales con grado o rango superior al del procesado, o en su defecto del mismo grado, pero más antiguos. La competencia territorial del CGR se determina por el lugar de la comisión del delito o por aquel en que el procesado es habido.

Por motivos de seguridad o de sospecha legítima el Auditor general puede sustraer un asunto de la competencia de un CGR y remitirlo a otro CGR o al CGVK.

c) Composición.

Dos principios gobiernan la composición del CGR y CGVK: el de hacer juzgar al militar por sus iguales y superiores, y el de imponer que forme parte de la composición del tribunal un magistrado de carrera.

El primero, o principio jerárquico, procede del deseo de imparcialidad absoluta que debe caracterizar la administración de la justicia.

El segundo, o de profesionalidad, es una feliz innovación que permite aliar la conciencia y la experiencia con la ciencia jurídica, otorgando una garantía tanto a los inculcados como a la propia justicia militar. Esta unión de la bayoneta y de la ciencia, o mejor, de la fuerza y del derecho, permite conciliar los imperativos de la defensa nacional, es decir, las necesidades de la disciplina, sin la cual no hay ejército, con las exigencias del derecho, sin el cual no hay justicia, poniendo así a la jurisdicción militar en la posibilidad de administrar una justicia respetable y respetada.

El CGR se compone de un presidente, tres jueces militares y un juez permanente. El nuevo código ha elevado, pues, a cinco el número de jueces, por el deseo de reforzar las garantías individuales. Este número, sin embargo, no está impuesto bajo pena de

NOTAS

nulidad, sino que debe ser obtenido "siempre que sea posible", y el Auditor militar correspondiente debe indicar las razones que le permiten no respetar la ley y constituir el tribunal por un número de jueces inferior al requerido. Los jueces se designan de la siguiente forma:

1.º) El presidente. La presidencia del CGR o del CGVK la desempeña un oficial general o un jefe. Es designado por sorteo para un período de sesiones de tres meses entre los oficiales generales o almirantes y los oficiales superiores (jefes) en servicio activo con destino en la sede del tribunal. El Auditor militar es el que preside el sorteo sobre la base de una lista proporcionada por el comandante militar de la región o de la ciudad de Kinshasa.

Es evidente que el Auditor militar estará guiado en su elección por el principio jerárquico, es decir, que el presidente debe ser escogido entre los oficiales con grado superior al del procesado, o al menos será más antiguo que éste. El presidente debe tener también un suplente, designado con sus mismas condiciones. El grado del procesado, tomado en consideración para la designación del presidente y de su suplente, es el que tenía en el momento de la comisión del hecho, o en caso de promoción ulterior, después de comparecer a la primera audiencia.

En caso necesario, puede presidir el CGR un capitán, teniente, subteniente o asimilado de la marina, pero en todo caso, será de grado superior o más antiguo que el procesado.

2.º) Los tres jueces militares son elegidos entre oficiales de las fuerzas armadas, por sorteo y un período de tres meses, debiendo estar también en servicio activo y con destino en la sede de la jurisdicción. El Auditor militar designa también estos jueces sobre las listas que le son facilitadas por el comandante militar, en orden de antigüedad, de los oficiales o asimilados de las fuerzas o servicios comunes puestos bajo su mando o estacionados en el terreno sobre el que aquel ejerce. Igualmente indica los nombres de los oficiales que son incompatibles y el motivo. No haciendo ninguna excepción, todos los oficiales de la región, incluido el comandante en jefe, deben figurar en estas listas.

En tiempo de guerra, el comandante militar puede proponer la renovación de los miembros del CGR cada vez que esta medida esté justificada por los movimientos de las tropas de la guarnición.

Los jueces militares no pueden ser escogidos más que entre los militares que tengan al menos el grado de oficial, es decir, subteniente o alférez de navío de segunda clase. Por tanto, no pueden jamás ser escogidos para constituir un CGR, incluso si éste está llamado a juzgar a uno de sus colegas, los suboficiales, clases y soldados, regla justificada por el deseo de una buena administración de la justicia, pues se estima, acertadamente, que cuanto menos elevado en grado es un juez, en presencia de

un jefe jerárquico, menos independencia tiene. Concurren otras razones relativas a la edad, la instrucción e incluso la experiencia.

Finalmente, la elección de los jueces militares dependen también de la fuerza armada de la que proviene el procesado, pues deben pertenecer al mismo ejército que éste (fuerza terrestre, fuerza aérea y fuerza naval). Está igualmente asimilada a una fuerza la gendarmería nacional.

También se concibe que el CGR pertenezca a los servicios comunes, pero formando parte de una misma unidad, por ejemplo, cuando el consejo se reúne en una localidad fuera de su sede ordinaria.

En caso necesario, y si no es posible la constitución de tal forma, los jueces militares son designados sin distinción de pertenencia a una u otra fuerza, y el Auditor militar está obligado a justificar la imposibilidad, que en su caso será controlada por el consejo de guerra general.

Por lo que se refiere al procesado no militar, el código no establece principios para la composición del CGR, de donde se deduce que los civiles justiciables por los tribunales milites pueden ser juzgados, cualquiera que sea su rango, por todos los oficiales de las fuerzas armadas, sin que importe su grado; así, un comisario político, un comisario de Estado o un consejero del Tribunal Supremo puede ser juzgado por un CGR cuya composición comprenda un subteniente.

En tiempo de guerra, la composición del CGR se rige, siempre que sea posible, por los mismos principios.

Para permitir al consejo de guerra general ejercer su control sobre la regularidad de la designación de los miembros del consejo de guerra, el Auditor militar debe levantar acta del sorteo, la que debe ser mencionada en toda sentencia o resolución de la jurisdicción militar.

3.º) El juez permanente. Es una feliz innovación, la exigencia de que entre los miembros del CGR haya un magistrado de carrera. Este es llamado por el código "juez permanente". Debe ser al menos licenciado en derecho, y es nombrado por el Presidente de la República. Como su nombre indica, se trata de un elemento estable del consejo de guerra que debe hacer su carrera con esta calidad.

Este magistrado profesional, que podríamos llamar con justicia "consejero jurídico" ilustra a los otros miembros del consejo de guerra sobre las cuestiones de derecho y de procedimiento que pueden surgir; asegura la observancia de las reglas de forma cuya importancia es evidente; y busca que las decisiones del consejo de guerra sean conformes con la jurisprudencia del Tribunal Supremo o del consejo de guerra general. Es igualmente encar-

gado de redactar la sentencia dictada por el CGR. Este sistema de conjugar la justicia dictada por los consejeros técnicos (especialistas en la disciplina) y los consejeros jurídicos (prácticos del derecho), es altamente satisfactorio.

Hasta aquí, la figura del juez permanente se asemeja en sus funciones a la de nuestro vocal ponente, aunque sin pertenecer a un cuerpo jurídico militar, y su actuación deviene similar a la que el ponente asume dentro del ordenamiento español.

Sin embargo, el juez permanente no se beneficia, como su colega civil, de la inamovilidad, pues el comisario de Estado para la defensa nacional puede decidir su desplazamiento por el interés superior de la defensa o por exigencias de la disciplina.

Por las mismas razones, el Auditor general de las fuerzas armadas dispone del mismo poder, y en su calidad de jefe del cuerpo de justicia militar puede delegar en un magistrado de carrera para ejercer provisionalmente las funciones de juez permanente.

Pero aparte de todo ello, en el ejercicio de su misión de juzgar, el juez permanente es independiente, y en virtud de tal principio, tanto él como los otros miembros del consejo de guerra no pueden recibir ninguna intromisión, ninguna presión de persona alguna. Gozan de total independencia ante el Consejo Ejecutivo, ante las otras autoridades jurisdiccionales y ante los justiciables. No hay ningún jefe jerárquico en su función de juzgar. La autoridad del Auditor general de las fuerzas armadas, en su calidad de jefe del cuerpo de justicia militar, no se ejerce más que en el plano puramente administrativo.

d) Funcionamiento.

El CGR, así como el CGVK, actúa con el concurso del ministerio público y del relator. Su funcionamiento dura por el tiempo que los asuntos que le son encargados o conoce de todos los asuntos durante el período de tiempo fijado por el Auditor militar. Sus miembros ejercen sus funciones hasta el fin de los debates, y cuando un asunto puede ser susceptible de prolongarse, son llamados a asistir a las audiencias miembros suplentes a fin de reemplazar, en su caso, a los miembros titulares impedidos por una causa debidamente constatada. En caso de imposibilidad surgida de improviso, cualquier miembro puede ser reemplazado por el oficial que le sigue inmediatamente en la lista general.

En tiempo de guerra estas reglas deben ser igualmente observadas, y el CGR no puede funcionar válidamente sin el concurso del ministerio público, es decir, éste no puede faltar nunca, ya que la parte principal en el proceso es dicho ministerio, en el que recae la carga de la acusación.

Sin embargo, la asistencia del relator no se requiere bajo pena de nulidad, pues en caso de ausencia, el magistrado militar puede designar para ello a cualquier persona que considere conveniente, siempre que sea militar, y que preste el juramento prescrito por la ley, e incluso si no se encuentra tal persona, la jurisdicción puede pasar sin el concurso del relator, en cuyo caso el juez permanente debe levantar acta de las cuestiones importantes surgidas en el curso del proceso, incidentes, excepciones, para permitir al consejo pronunciarse con conocimiento de causa. En cualquier caso, el CGR no puede funcionar válidamente si ha sido advertida alguna causa de recusación o incompatibilidad, señaladas detalladamente por el código; sin perjuicio de que todo miembro de la jurisdicción militar que por un motivo no previsto por la ley deba excusarse, puede plantear tal circunstancia al Auditor militar.

Los magistrados militares llamados a formar parte de tribunales de la jurisdicción militar, no deben haber conocido el asunto en otro estado del procedimiento, sea en calidad de oficial de la policía judicial, de magistrado instructor, testigo, intérprete, perito, agente de la administración u oficial del ministerio público, salvo la primera y la última de estas circunstancias cuando se trate del CGP.

No cabe la posibilidad de rehusar la función de miembro de un CGR, bajo la amenaza de fuertes sanciones que pueden llegar a la pérdida de empleo.

Al principio de la primera audiencia en la que son llamados a formar parte de un tribunal, en presencia del Auditor militar, los miembros de aquel prestan juramento de cumplir lealmente sus funciones, guardar el secreto de las deliberaciones y juzgar a las personas que le son sometidas sin ira, sin prejuicios, sin complacencia, con la sola voluntad de ejecutar la ley. Ello es una formalidad sustancial, que cumple también el relator, y el juramento se renueva transcurridos tres meses, si el miembro respectivo es confirmado.

c) Consejo de Guerra Operacional (CGO).

Este tipo de tribunales ha sido instituido para acompañar a las unidades de las fuerzas armadas que deben moverse en relación con operaciones militares y, por tanto, no puede ser establecido más que en circunstancias excepcionales, como en caso de agresión o cuando unidades del ejército estacionen u operen fuera del territorio de la República. Su creación corresponde al Presidente, que debe fijar el número de CGO, los cuarteles generales en que son establecidos y los límites geográficos de su competencia. Cesan de funcionar por designación del Presi-

dente, y en tal momento los asuntos de que conocen son transferidos al CGR que designe el propio Presidente, o bien, en su caso, ante la jurisdicción de derecho común competente.

La competencia material y territorial del CGO es en principio ilimitada, así como la personal, pues el legislador ha querido, de una parte aproximar la justicia al justiciable, y de otra, asegurar eficazmente por el interés de la nación la represión de los atentados contra el deber por la intervención rápida y ejemplar de la jurisdicción, pues de ello depende en gran parte la eficacia de las unidades en operaciones. Importa, pues, que nadie pueda burlar la salvaguardia de los imperativos de la defensa nacional. De todo ello se infiere que el CGO podrá formarse regularmente, cualquiera que sea el grado del reo.

Su composición y funcionamiento, en lo posible, se rigen por los mismos principios que los que regulan el CGR, pero tanto el juez permanente como el ministerio público, no puede faltar nunca. En cuanto a otros miembros del CGO, es deseable que sean escogidos entre los militares pertenecientes a las tropas combatientes, y sobre todo entre los heridos por el fuego enemigo.

Es evidente que los magistrados militares, Auditor militar, sus sustitutos, el juez permanente y los auxiliares afectos al CGO, cesan en sus funciones cuando esta jurisdicción deja de funcionar.

3. *Las Jurisdicciones Supremas*

a) *Consejo de Guerra general (CGG)*

Llamado hasta 1972 Tribunal Militar, es una jurisdicción original muy diferente de los que acabamos de ver, por su organización, sus atribuciones y su composición y funcionamiento.

a) *Organización.*

Con jurisdicción única para toda la República, el CGG constituye la más alta jurisdicción, o aún mejor, la jurisdicción suprema de las Fuerzas Armadas. Tiene su sede en la capital, Kinshasa, y puede igualmente reunirse en cualquier lugar del territorio nacional. En caso de circunstancias excepcionales, la sede de esta alta jurisdicción puede ser fijada en otro lugar, por ordenanza del Presidente sobre propuesta del Comisario de Estado de la Defensa Nacional, oído el Auditor general.

b) *Atribuciones.*

El CGG ocupa en la jerarquía judicial militar un lugar original, como hemos dicho. Ofrece un cuádruple aspecto, pues se trata de una jurisdicción de fondo, de apelación, de anulación y revisión y de un tribunal para resolución de conflictos de competencia.

a') Como jurisdicción de fondo, y puesto que el nuevo Código ha mentenido el principio de privilegio de jurisdicción en favor de una cierta categoría de oficiales que somete a la competencia del CGG, tenemos que por razón de la persona éste juzga directamente en primera y última instancia a:

- Los almirantes y oficiales generales de la Fuerzas Armadas y sus asimilados.
- Los magistrados militares.
- Los miembros del CGG, del CGR, del CGVK y del CGO pro infracciones cometidas en ejercicio de sus funciones o con ocasión de él.
- Los casos de participación criminal cuando cualquier otra persona cometa conjuntamente infracciones en calidad de autores o de cómplices con personas justiciables del CGG.

En cuanto a la competencia por razón del delito, el CGG conoce de todas las infracciones militares, mixtas o de derecho común cometidas por los almirantes, oficiales generales o asimilados, así como por los magistrados militares; y en cuanto a los miembros del CGG y del CGR, la competencia del CGG se limita a las infracciones cometidas en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas.

b') Como jurisdicción de apelación, no tiene una función específica, ya que las sentencias de las jurisdicciones militares no son susceptibles de recurso sino que son inmediatamente ejecutivas. Sin embargo, existe un cierto derecho de apelación cuando con arreglo al Artículo 69 de la Constitución, las jurisdicciones de las Fuerzas Armadas sustituyen a los tribunales de derecho común, en cuyo caso se da aquella posibilidad a las personas que no son justiciables por las jurisdicciones militares más que durante la sustitución, trámite que en caso corresponde al CGG.

c') Como jurisdicción de anulación (o de casación) y de revisión, estando colocado en la cima de la jerarquía de las jurisdicciones militares, el CGG juega un papel muy importante como jurisdicción superior encargado de examinar el derecho las decisiones que les son sometidas y de anular o casar las que han sido falladas con infracción de ley. Si el fallo es anulado, los autos son reenviados para nueva sentencia ante la jurisdicción "a quo", compuesta con personas diversas, al menos que una anulación haya sido pronunciada porque el hecho no constituye delito, está prescrito o amnistiado, en cuyo caso no es ya juzgado por nadie. De esta forma, el CGG se presenta como guardian de la ley en el plano militar, asegurando las garantías, el respeto a la ley y su correcta interpretación, no sólo en interés de la comunidad militar en su conjunto sino también en el de los particulares. En tal sentido, se puede decir que el CGG es a los conse-

NOTAS

jos de guerra lo que el Tribunal Supremo de Justicia a los tribunales de derecho común.

En cuando a la revisión, el CGG conoce de la misma, abriéndose a los justiciables de las jurisdicciones militares esta vía de recurso dirigida contra una sentencia condenatoria que haya adquirido el carácter de cosa juzgada, pero que adolezca de un error de hecho, con lo que el nuevo Código de Justicia Militar ha reforzado incuestionablemente las garantías individuales y la protección de las libertades y los derechos fundamentales del hombre.

d') Como jurisdicción resolutoria de conflictos de competencia, el CGG decide, en caso de conflicto de dos jurisdicciones de las Fuerzas Armadas que se encuentren conociendo simultáneamente de la misma infracción o de infracciones conexas, y decide respecto de una u otra, oído el ministerio público.

c) *Composición.*

La composición del CGG varía según que falle sobre el fondo del asunto o conozca de recurso de casación o de revisión.

En el primer caso, y cuando se trate de juzgar a oficiales de las Fuerzas Armadas, el CGG se compone de cinco miembros todos oficiales generales, siendo Presidente el de mayor grado o antigüedad designados de las listas preparadas al efecto y cuando se juzga a un Magistrado el elemento profesional predomina, pues tres de sus miembros efectivos deben ser Magistrados de carrera nombrados por el Presidente de la República. En ambos casos el principio jerárquico debe ser repetido.

En el segundo caso el CGG se compone de tres miembros, todos Magistrados militares de carrera nombrados por el Presidente de la República.

d) *Funcionamiento.*

El CGG en su funcionamiento, está gobernado por el mismo principio que los que rigen el CGR; y así se constituye con el concurso del Ministerio Público y del relator. En todo caso, sus miembros ejercen las funciones correspondientes, hasta el final de los debates, y cuando éstos son de naturaleza susceptible de comportar largas sesiones, pueden ser nombrados miembros suplentes para reemplazar a los titulares en caso necesario y por causas debidamente constatadas. Estas reglas deben ser observadas igualmente en tiempo de guerra.

Las causas de recusación e incompatibilidad se aplican igualmente a los miembros del CGR.

Los miembros llamados a formar parte del CGG están obligados a integrarlo.

b) Corte Suprema de Justicia (CSJ)

La Justicia militar no escapa totalmente a la competencia de la Corte Suprema de Justicia, a pesar de las intervenciones reconocidas de la CGG.

En efecto la Ley reconoce a la CSJ la potestad de dictar fallo en caso de conflictos entre una jurisdicción de derecho común y una jurisdicción militar, según el artículo 344 del código de Justicia militar, con arreglo al cual, en caso de conflicto para conocer del mismo infracción o de infracciones conexas, falla la Corte Suprema.

III. LOS ORGANOS DE ACUSACION Y DE INSTRUCCION

Contrariamente a otros derechos que siguen el principio de superación ante la acusación y la instrucción, el derecho zaireño confía ambos a un solo organismo, el Ministerio Público.

El artículo 161 del Código establece que los oficiales del Ministerio Público de las fuerzas armadas dispone, en materia de instrucción, de los mismos poderes que sus colegas civiles conforme al código de procedimiento penal ordinario.

La instrucción preparatoria que tiende a encontrar a recoger las pruebas comprende toda la parte del proceso que va al descubrimiento de la infracción a su enjuiciamiento. Mientras que la acusación consiste en el ejercicio o puesta en movimiento de la acción pública nacida de la infracción. El que está encargado de ella, sostiene la acusación pública ante el Consejo de Guerra, en otras palabras, es el demandante en el proceso penal. En sus diferentes funciones el oficial del Ministerio Público está ayudado por los oficiales de la policía judicial encargados de las encuestas preliminares así como, de la ejecución, comisión y mandamientos que le son dirigidos.

1) *El Ministerio Público o Auditoria Militar*

En su doble función de instrucción y de acusación, es un elemento indispensable de las jurisdicciones militares del Zaire.

A) *Principios que lo informan*

a) En sus funciones de instrucción

La instrucción preparatoria en derecho penal militar está regida por tres principios fundamentales:

- El carácter no contradictorio de la instrucción, es decir, que no existe un debate contradictorio ante el Magistrado e Instructor militar entre las diferentes partes de la causa, y los asesores del inculpaado y de la parte contraria no puede asistir a los interrogatorios y otras pruebas.

NOTAS

- Principio del secreto de la instrucción justificada por tres consideraciones: facilitar la acción represiva evitando dar publicidad y descubrimiento a las pruebas y evitando las presiones exteriores susceptibles de enajenar la independencia y la libertad individuales poniendo al procesado al abrigo de la calumnia o de la desconsideración; y proteger al público contra el escándalo que pueda resultar de asuntos penales capaces de corromper las costumbres (caso de violación o atentado al pudor respecto de menores, etc.).
- Principio de independencia del Magistrado Instructor que le permite decidir con conocimiento de causa las fases sucesivas del proceso, para lo que tiene importantes poderes a fin de ver y descubrir todos los elementos probatorios, gozando de una libertad total de acción. Y ello no debe entenderse como atentado a los derechos de la defensa y de las reglas penales y procesales.

b) *En sus funciones de acusación*

La acusación se rige por los siguientes principios:

a) *Principio de unidad del Ministerio Público*

El poder de la acción del Ministerio Público militar en sus funciones de acusación requiere una fuerte estructura anterior que implica una unidad basada sobre dos elementos complementarios.

- La unidad de dirección que se caracteriza por la subordinación jerárquica. El Comisario de Estado de defensa Nacional puede dar órdenes o excitaciones al Auditor General de las Fuerzas Armadas y éste a su vez a los Auditores militares y a sus sustitutos.
- Unidad en la representación dando al Ministerio Público un carácter de indivisibilidad. Los Magistrados militares no forman más que una sola y misma persona, y el que toma la palabra en la audiencia no lo hace en su nombre sino en el de la Auditoría entera, y por tanto los Magistrados pueden reemplazarse mutuamente, incluso durante la audiencia de una causa.

b) *Principio de libertad del Ministerio Público*

Aunque la subordinación jerárquica de los oficiales del Ministerio Público respecto de sus superiores no permiten, evidentemente, considerarlos como independientes, son libres en su acción represiva, en la que solo les guían los intereses superiores, orden público en el seno del ejército, los imperativos de la defensa Nacional, las exigencias del desempeño y el bien de la justicia. Esta libertad se traduce a la vez en dos aspectos:

NOTAS

- Independencia del Ministerio Público ante el Juez y ante los justiciables.
- La irresponsabilidad del Ministerio Público incluso para las consencuencias dañosas de su actividad.
- La irrecusabilidad de los miembros del Ministerio Público.

B) Organización

Ante el Consejo de Guerra de Policía (CGP) no está previsto quién debe ocupar la función del Ministerio Público, por lo que se deduce que el mismo es ejercido por la persona encargada del fallo. Visto el peligro que representa tal sistema tanto para la comunidad militar como para la particular sería deseable que la acusación en esta jurisdicción fuese desempeñada por un oficial de la Policía Judicial.

Ante el CGR y CGVK y el CGO, el Ministerio Público está representado por el auditor militar asistido de uno o varios sustitutos. Sin perder la vista que el auditor general de las Fuerzas Armadas, que ejerce la plenitud de la acción pública, tiene siempre el derecho de ocupar en toda materia y circunstancia el lugar del Ministerio Público.

Ante la CGG, tales funciones son cumplidas por el Auditor General de las Fuerzas Armadas que puede tener uno o varios sustitutos.

C) Atribuciones

a) Ante el GCP

La función del Ministerio Público ante el CGP recae en el sustituto o primer sustituto del auditor militar que se constituye como Juez único de esta jurisdicción.

Puede constatar el mismo todas las informaciones militares, mixtas o de derecho común que se cometan en su jurisdicción, proceda o hace proceder a todos los actos necesarios para la persecución de las infracciones de su competencia, resolver denuncias intervenir en todos los actos del proceder a la instrucción preparatoria de los asuntos y ejercer la acción pública directamente de la fuerza pública en el ejercicio de sus funciones.

b) Ante el CGR, CGVK ó CGO.

Procede el mismo o hace proceder a la instrucción preparatoria de los asuntos de la competencia de estos órganos. El ejercicio de las funciones de agente de policía judicial, los militares de la gendarmería son puestos bajo la dirección del auditor militar en su jurisdicción.

c) Ante el CGG

La competencia del Auditor General de las Fuerzas Armadas es ilimitada, ejerciéndola en toda su plenitud ante todas las jurisdicciones militares, pudiendo dar a diversos representantes del

NOTAS

Ministerio Público todas las excitaciones u órdenes útiles. Tienen el derecho de ordenar a los Magistrados militares la instrucción, el enjuiciamiento o la abtención.

2) *La policía militar judicial*

Está compuesta de oficiales y agentes de policía judicial agregados permanentemente a las Auditorias militares (oficiales, suboficiales de las Fuerzas Armadas), de oficiales de la gendarmería oficial y de otras fuerzas Armadas zaireñas y oficiales de la policía judicial de derecho común.

IV. EL CUERPO DE JUSTICIA MILITAR

Creado por el código de 1964, el nuevo código ha mantenido el cuerpo de justicia militar, bajo la autoridad y el control exclusivo del Comisario de Estado para la Defensa Nacional. Se trata de un cuerpo autónomo en el seno de las fuerzas armadas, sometido a un estatuto particular.

1) *Estructura orgánica y funcional del CJM*

Comprende, de una parte, los magistrados militares, y de la otra, los auxiliares de la justicia.

A) *Los magistrados militares.*

Como en derecho común, el penal militar distingue la magistratura de enjuiciamiento o "de sala" y la de instrucción.

a) *La magistratura de instrucción, o Auditoría.*

La Auditoría o ministerio público, encargado de ejercer la acción pública y de instar la aplicación de la ley, se articula de la forma siguiente:

a') La Auditoría General está formada por el Auditor General y sus sustitutos. Aquel es el jefe del CJM, y es nombrado por el presidente de la República. Debe ser doctor o licenciado en derecho.

El Auditor General, supervisa los actos de todo el personal que interviene en la administración de la justicia militar, la conservación de los registros y archivos, etc. Es, además, el asesor jurídico del Comisario de Estado para la Defensa Nacional y del Capitán General de las Fuerzas Armadas, señalando a aquel cualquier irregularidad advertida en los servicios y las medidas necesarias para asegurar la aplicación de las leyes. Está asimismo encargados de la ejecución de las sentencias del CGG.

NOTAS

El Auditor General puede dirigirse directamente a las unidades de las fuerzas armadas, y ejerce, como jefe de cuerpo, la jurisdicción disciplinaria respecto de todos los miembros del CJM, y el control sobre todo lo referente a la administración de la justicia militar. Pude tener uno o varios primeros sustitutos y sustitutos, y delegar en ellos.

b') La Auditoría militar ante el CGR, CGVK y CGO comprende un auditor militar y sus sustitutos.

Ejerce las mismas funciones de supervisión, vigilancia y control en la jurisdicción territorial a la que está afecto. Es nombrado por el presidente de la República y todos los actos propios del ejercicio de la acción pública y de aplicación y ejecución de las leyes.

b) *La magistratura de enjuiciamiento.*

Todavía embrionaria, la magistratura militar está formada por los jueces permanentes de los consejos de guerra y los consejeros permanentes del CGG, que son escogidos entre los auditores, primeros sustitutos y sustitutos y nombrados por el presidente de la República. Deben ser, también, al menos licenciados en derecho.

Gozan de las ventajas, prerrogativas, derechos y privilegios reconocidos a sus colegas civiles. Con la reserva de que no son inamovibles, pues el Comisario de Estado puede decidir su destitución por razones del interés superior de la defensa nacional o por exigencias de la disciplina.

B) *Los auxiliares de la justicia.*

El CJM comprende también los escribanos, secretarios, agentes de la policía judicial militar e inspectores penitenciarios.

2. *El estatuto del personal de la justicia militar.*

Los magistrados militares no tienen estatuto propio, sino que están regidos por las normas relativas al estatuto de los oficiales y suboficiales de las fuerzas armadas y de los magistrados civiles.

Los miembros del CJM tienen la cualidad de militares, y tienen la obligación de aceptar el puesto judicial que le sea señalado en los ejércitos, bajo amenaza de sanciones penales y disciplinarias.

Su sueldo es igual que el señalado para los empleos a que están asimilados en los ejércitos, y, por otra parte, no puede ser inferior a aquel de que gozan los magistrados y agentes del orden judicial civil que tengan el mismo rango.

Los magistrados militares se reclutan entre los doctores o licenciados en derecho por la Universidad Nacional del Zaire o por

NOTAS

Universidades extranjeras, según las convalidaciones previstas por el departamento de Educación Nacional.

Antes de entrar en funciones deben prestar juramento de fidelidad al presidente y de obediencia a la Constitución y a las leyes, así como de cumplimiento leal y fiel de sus funciones.

Los procedimientos penales contra los miembros del CJM tienen lugar, para los magistrados militares, ante el CGG, y para los demás, de la misma forma que el resto de los oficiales de las fuerzas armadas.

En el plano disciplinario, están regidos por un reglamento propio.

V. *LOS DEFENSORES, PERITOS, MEDICOS E INTERPRETES.*

1) *Los defensores.*

Para reforzar la protección de las libertades individuales, la Constitución dispone que "cada uno tiene el derecho de defenderse a sí mismo o de hacerse asistir por un defensor nombrado por él". Este principio es igualmente admitido, en todo tiempo, para los justiciables por la jurisdicción militar, que está asegurada por los abogados inscritos en los correspondientes Colegios, sin perjuicio de que, a su elección, puedan ser defendidos por un militar, designado por la autoridad judicial. En este caso, no se observa el principio jerárquico, y puede designarse a un defensor con grado inferior al del reo.

2) *Los peritos, médicos e intérpretes.*

El derecho penal militar admite, como el común, la necesidad de recurrir a expertos para emitir un dictámen o proceder a comprobaciones de orden técnico. Así, el magistrado instructor, el oficial del ministerio público o el juez militar, y pueden comisionar a un perito o recurrir a un médico o a un intérprete en el curso de la instrucción preparatoria o en la duciencia, a fin de escuchar su opinión, previo juramento.

Los peritos, médicos e intérpretes, pueden ser designados o escogidos, tanto entre los civiles como entre los militares o personas especializados dependientes del ministerio de Defensa Nacional, pudiendo incluso tratarse de un extranjero que no tenga la nacionalidad zaireña.

Jesús Valenciano Almoyna

SIMPOSIO DE BUENOS AIRES, DE LA SOCIEDAD
INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL MILITAR Y
DERECHO DE LA GUERRA, (24 a 29 de Octubre de 1977).

Organizado por la Rama Argentina de la citada Sociedad se han desarrollado en la capital federal argentina, en las fechas indicadas, unas jornadas dedicadas al estudio de la extradición de los delitos militares, del Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 y de la Administración militar, como orden fundamental de la Administración Pública, de carácter medial.

Durante el desarrollo del Simposio, se ha reunido también el Consejo de Dirección de la Sociedad, bajo la Presidencia de su titular Dr. René Paucot, al que concurrían aquellos asistentes que eran miembros del Consejo.

El Simposio, que había sido declarado de interés nacional por el Gobierno mediante Decreto 2.938, fue inaugurado por el Presidente de la Nación argentina quien en la sesión de apertura, tras dar cordialmente la bienvenida a los asistentes a la primera reunión celebrada en el area ibero-americana para analizar temas de Derecho Militar y de Derecho Humanitario Bélico, destacó en su alocución, entre otras cosas, la sumisión al imperio del Derecho como uno de los principios rectores en materia política exterior argentina.

El primer tema objeto del programa a desarrollar era el de la *extradición en los delitos militares*. La actualidad impone un reexamen de los fundamentos en los que se ha basado la inextraditabilidad de los delitos militares que, con carácter generalizado, impera entre los Estados. Ese reexamen puede conducir a la demostración de la insubsistencia de algunos de esos fundamentos o a su reafirmación o reemplazo por otros.

Tal revalorización implica asimismo precisar qué debe entenderse por delito militar en materia de extradición.

De este primer tema fue Relator el Teniente Coronel Auditor Raul RAMAYO quien, como argumento fundamental de sustentación del criterio predominante de no extraditabilidad, en materia de delitos militares, adujo el de que los delitos militares carecen de

NOTAS

aquellas condiciones que son fundamento de la viabilidad de la extradición y que se dan en delitos comunes, como pueden ser:

1) Lesionar bienes o intereses que importa sean defendidos como valores básicos por la comunidad internacional.

2) Constituir una necesidad, cuya satisfacción interesa a la comunidad internacional, el que los delincuentes comunes no quedan impunes.

Al margen de estos argumentos, no faltan quienes establecen una similitud entre los delitos militares y los delitos políticos equiparando entonces la suerte que ambos deben correr en el ámbito internacional.

El Relator puso de manifiesto que el concepto del delito militar se mueve dentro de límites muy amplios, aunque a efectos de su no extraditabilidad, la doctrina y la legislación se han inclinado a favor de la tesis que disminuye la amplitud del concepto del delito militar hasta circunscribirlo a aquellos que sean "puramente" o "exclusivamente" militares, lo cual llevaría a la conclusión de que solo una especie, los delitos "pura o exclusivamente militares", dentro del género "delito militar", resultarían no extraditables, lo cual supondría la doble tarea de tener que encontrar, en primer lugar, las notas caracterizantes del delito militar, para buscar luego los elementos específicos del delito "pura o exclusivamente Militar" que lo diferencien del resto de los delitos Militares.

No falta, sin embargo, quienes sostienen que el delito militar no es otra cosa que lo que la dogmática y el Derecho comparado han denominado delito "puramente o exclusivamente Militar".

En el curso de los debates sobre este primer tema presentaron comunicaciones, los representantes de Ecuador, Brasil y España. La intervención española, de una parte elaboró proposiciones de lege ferenda para flexibilizar la prohibición de extradición en los delitos militares y estar así más en consonancia con la situación actual de la Comunidad Internacional que ha dado paso a estrechas alianzas en tiempo de paz, de ámbito regional y mundial, y a una cooperación militar efectivamente organizada; de otra parte, la comunicación española procuró como aporte de estudio comparatista, ofrecer una síntesis de la normativa española sobre la materia que sigue, tanto en su legislación como en los tratados internacionales bilaterales de extradición suscritos por España con otros países, en principio de prohibir la extradición pasiva por delitos Militares.

El Tema II objeto del programa, era el estudio del *Protocolo I Adicional a los Convenios de Ginebra de 1949*, relativos a la protección de las víctimas de los Conflictos internacionales. Se trataba de hacer un examen crítico de las disposiciones fundamentales de dicho Protocolo, con especial énfasis en la reformulación del

NOTAS

concepto de combatiente, habida cuenta de las nuevas categorías de conflictos internacionales. Su relator fue el Coronel Auditor Carlos H. Cerdá, alma del Comité de organizador del Simposio, que comenzó por analizar las causas del replanteamiento del derecho vigente para los conflictos armados, que es, en definitiva, en lo que se tradujo la iniciativa del Comité Internacional de la Cruz Roja, materializada en la documentación de base sometida a la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre Reafirmación y Desarrollo del Derecho Internacional aplicable en los conflictos armados.

Las normas producidas si bien se titulan "Adicionales a los Convenios de Ginebra de 1949" constituyen, en sustancia, el nuevo Derecho internacional de Guerra, en sus estructuras básicas. El Ponente hizo especial referencia en su Informe a la reformulación del párrafo 2 del artículo 1 del Protocolo I incluyendo en el catálogo de conflictos internacionales a los que es aplicable dicho Protocolo los conflictos armados en los que los pueblos luchan contra la ocupación colonial y extranjera y los regímenes racistas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación.

Planteó los interrogantes que suscita el artículo 43 al hacer la definición de Fuerzas Armadas, determinar quienes tienen derecho a ser combatientes y prever la posibilidad de incorporar las fuerzas de policía a las Fuerzas Armadas. Hizo objeto central de su tema el estudio de los combatientes y del estatuto de los prisioneros de guerra a la luz del artículo 44, comentando sus disposiciones, con los problemas de interpretación que plantea, especialmente la distinción del combatiente respecto a la población civil y apuntando finalmente los debates que puede originar la redacción del artículo 46, referente a los espías.

Sobre el Tema II se presentó una comunicación por el Mayor Auditor argentino Virgilio Rafael Beltrán sobre combatientes privilegiados.

El tercer tema de estudio en el Simposio fue *la Administración Militar, como orden fundamental de la Administración Pública, de carácter medial*. El Relator fue el Capitán de Navío Auditor Hector Jorge Escola.

La comprensión de este carácter de Administración medial que tiene la Administración militar resulta de gran importancia para concebir las acciones administrativas que conducirán a la conformación de un servicio público militar caracterizado por su aptitud y eficacia.

Si la primera de las necesidades del Estado es la de defenderse, va de suyo que para lograrla le es preciso organizar un sistema de medios y de organizaciones que lo pongan a cubierto de los peligros exteriores e interiores que lo puedan afectar.

NOTAS

Pero mientras ello no ocurra, existiendo siempre el riesgo de que puedan concretarse en algún momento, esa Administración pública debe tener previstos los medios necesarios para hacerles frente cuando se produzcan.

Surge así la necesidad del servicio público militar y la de la más conveniente organización y regulación de las Fuerzas Armadas que deben llevarlo a cabo.

Es la Ciencia Militar —estrategia, táctica y logística— a las que corresponde determinar las normas y los procedimientos según los cuales debe desarrollarse y llevarse a cabo la acción militar. Estos problemas de carácter técnico son, en sí mismos, ajenos a toda consideración jurídica.

A la Ciencia de la Administración le corresponde determinar cual será la mejor organización del servicio Militar, a los fines de alcanzar su mayor eficacia.

Al Derecho Administrativo, en cambio le corresponde fijar las normas que han de regular las relaciones jurídicas que el servicio militar suscita, no tanto en su orden interno, que se refiere esencialmente a la disciplina Militar, sino en su orden externo, es decir, el de las relaciones que se establecen entre quienes lo prestan y el Estado (J. G. M. M.).

Juan Gonzalo Martínez Mico

Recensiones y noticias de libros

Manuale di Diritto e di Procedura Penale Militare. G. LAN-
DI, V. VEUTRO, P. STELLACCI y P. VERRI. Manuale. Giuri-
dici. 968 págs. Guiffre Editore. Milano, 1976.

El extenso contenido de la obra impide su total reflejo en los límites normales de una recensión. Por otro lado, el gran interés y valor de todas sus partes se opone a una recortada cuenta de ellas. A reserva de referirnos a las demás en un próximo número, damos hoy noticia sólo de la más extensamente tratada: la correspondiente al Teniente General Vittorio Veutro, Procurador General Militar de la República Italiana, que se ocupa del Derecho Penal Militar de su país.

El autor ha cuidado en su exposición de atenerse a los propósitos marcados en las palabras de presentación del libro y, en consecuencia, ha debido apartarse de controversias doctrinales (que a lo sumo cita en notas a pié de página, junto con interesantes referencias jurisprudenciales) y de tratamientos paralelos con el derecho penal común, para limitarse a exponer la especialidad penal militar de su país. Pero el General Veutro ha logrado, a pesar de dichos límites, desenvolver la totalidad de la materia no solo con ejemplar claridad y sencillez sino con remarcable rigor y profundidad. Y así, este llamado "Manual" une a su modernidad evidente, características de completo compendio de Derecho Penal Militar, ceñido al ordenamiento jurídico italiano pero de enorme utilidad para cualquier estudioso de la materia.

Se presenta el contenido de la misma bajo la tradicional división expositiva en parte General (Derecho Penal Militar en General) y Parte Especial (los delitos militares). Salvo las separadas referencias a las infracciones de las leyes de la guerra que constituyen el último capítulo, el autor no sigue en la obra el camino del legislador italiano, quien ante la suma conveniencia, tan básica como tenida en cuenta en otros países, de un tratamiento diferenciado del derecho penal militar en tiempo de paz y del referido al tiempo de guerra (o equiparado al mismo), optó por la fórmula

radical de codificarlos por separado. Veutro se limita a consignar en los respectivos lugares de una exposición unitaria, los particulares de las leyes punitivas castrenses para tiempo de guerra, "que permanecen en frigorífico hasta que intervenga un factor descongelante".

Lo que un tiempo fue el decantado tema de la autonomía del Derecho Penal Militar, ha dejado de preocupar cuando se piensa que lo esencial es la subsistencia en todo tiempo y lugar de leyes penales castrenses, por lo que el autor se desentiende también de discutir el problema, que queda centrado en una cuestión de técnica legislativa, de colocación en uno u otro lugar del ordenamiento jurídico del país, de las normas especiales exigidas para los Ejércitos en materia penal. Y así, frente al criterio de constituir un cuerpo de leyes auto-suficientes, que recojan toda la problemática penal de la esfera castrense, el autor expone el criterio de la complementariedad, puesto de relieve en lo que respecta al concurso de leyes y sobre todo en lo concerniente al ámbito de aplicación de la materia penal militar. Respecto de lo primero por aplicación del principio de especialidad, que gobierna materias no comprendidas en el código penal común, al que en su caso y como norma general se remitiría expresamente si no hubiese lugar a norma específica; de la misma manera que el código penal militar para tiempo de guerra es norma especial respecto del Código penal militar para tiempo de paz, que lo complementa. Respecto a lo segundo, considera Vittorio Veutro (pag. 123-125) que la ley castrense es excepción a la regla general común, porque ésta es insuficiente o inadecuada para disciplinar y permitir funcione con eficacia un determinado sector de la vida social: el castrense; esa "tutela interna" de las instituciones militares o corresponde a la ley penal militar para circunstancias normales o de paz, pero a veces los confines se esfuman con la posible concurrencia de la legislación común cuando la "tutela externa" deriva de las infracciones cometidas por civiles, y sobre todo cuando hay estado de guerra, que amplía la materia a nuevas personas y delitos, amén de extender la tutela a intereses de Ejércitos aliados.

Un interesante cuadro sinóptico de los sujetos activos del delito militar clarifica esta materia, tan compleja en todas las legislaciones y, tras aludirle someramente a la eficacia de la ley penal en el tiempo y en el espacio así como a las formas de aparición de esta infracción, el autor se enfrenta con el tema del concepto sustancial del delito militar, dejando a un lado su aspecto formal, que lo entiende como mera "infracción de la ley penal militar".

Reflexionando sobre la normal imagen de que constituye "una violación del deber de servicio y disciplina", recuerda la dificultad de comprender en este cuadro a las personas que, por no

pertenecer a las fuerzas armadas no están ligadas a éstos deberes especiales. Además de una óptica amplia (“delito militar es una acción culpable, lesiva de la existencia o de la plena eficiencia de la fuerza armada”), Veutro recuerda que es lo normal que el delito militar contenga en principio los dos elementos característicos de la tutela interna (condición militar del agente y carácter militar del hecho), pero ello no excluye la tutela externa más amplia y objetiva, especialmente en las leyes penales de guerra, donde el elemento personal deja de ser factor esencial. Todo lo cual explica la diferencia entre delitos “exclusiva o propiamente militares” (“un vestido hecho a su medida y no adaptado del guardarropas del derecho penal común” dice el autor) y “delitos objetivamente militares”, en que hay un ingrediente común, que el delito militar absorbe, o “desnaturaliza” (según dice Santacroce), o queda “superpuesto”, en expresión de Veutro. Si bien, en principio, el delito militar constituye la infracción de un deber militar, ha de tenerse en cuenta la existencia coincidente de un derecho militar disciplinario en el que, los Reglamentos de Disciplina —definidos como “el Código moral de las Fuerzas Armadas”— establecen una inmensa gama de deberes profesionales o solo éticos impuestos a los militares, cuyo quebrantamiento solo en reducidos casos (generalmente los graves) constituyen delito. En este tema de la infracción disciplinaria, siempre actual y ya hace veinte años muy esclarecido en el I Congreso de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra, sugiere el General Veutro que debe regularse el ejercicio del poder disciplinario; de la misma manera que el Auditor General belga, Profesor Jhon Gilissen, apunta a una mas completa legalización de la materia disciplinaria, no solo enunciando con la mayor claridad y rigor los hechos disciplinariamente reprobables sino garantizando ciertos derechos de defensa y prohibiendo la doble represión —penal y disciplinaria— por los mismos hechos.

Se termina el Capítulo IV de esta parte de Manual con breves referencias a la causalidad, al delito intentado, al delito militar culposo (con aplicación de la doctrina penal común, excepto en tiempo de guerra, y en muchas figuras culposas específicas), y sobre todo a la extradición, ligada al tema de la politicidad del delito militar, que el autor niega —aunque no tan tajantemente como Rodríguez Devesa y la doctrina española, opuesta a otorgarle carácter político—, al decir respecto del exclusivamente militar, “que es un delito de creación política, pero no en sí un delito político”, definido por el propio Código penal común italiano como, “todo delito que ataca un interés político del Estado o un derecho político del ciudadano”.

Una de las áreas en las que el Derecho Penal Militar ofrece explicables particularismos es la de las circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad. La legislación penal castrense italiana ha tratado con detalle esta materia y por su parte el autor ha comentado con su habitual lucidez: el estado de necesidad y el específico deber de exponerse al peligro que tiene el militar; la inaplicabilidad del error de hecho cuando se trata de deberes inherentes a su "status", constitutivos de una "deontología genérica", que debe conocer y observar todo militar; la obediencia debida, el cumplimiento de un deber y el ejercicio en la esfera castrense de los derechos que tengan los militares; la necesidad militar, y el uso legítimo de las armas y otros medios disuasorios el abuso de autoridad y la insubordinación cometida en legítima defensa, etc. Destacando por otra parte, un cuidadoso análisis de la aplicabilidad al militar de las circunstancias modificativas establecidas por el derecho penal común, incluyendo la famosa atenuante de "sugestión de multitud en tumulto", que por supuesto no será operante si esa multitud está en situación sediciosa, de amotinamiento militar.

Tras una sencilla exposición de la grave problemática de la concurrencia de "stranei" en los delitos militares, se aborda la exposición de la penología castrense, destacando unas originales consideraciones críticas sobre el sistema penal italiano (pag. 244-248), para seguir con un resumido tratamiento de los problemas del concurso de delitos y de penas, así como de la extinción de estas, con mención de una singular consagración legal de la "rehabilitación de guerra", de que se ocupan los artículos 42 a 46 del Código penal castrense para este tiempo, dando así eficacia rehabilitadora - excepto cuando se trata de condenas por incumplimiento de deberes inherentes al honor militar— a los actos de valor personal en hechos de armas realizados en campaña. Finalmente, se expone la aplicabilidad parcial al sistema penal militar de las medidas de seguridad, restringidamente admitidas por la ley común italiana y que giran siempre en torno a la peligrosidad del reo, la cual se presume en determinados supuestos que implican una probabilidad de cometer otro delito. Hasta qué punto puede hablarse de la peligrosidad para cometer un delito exclusivamente militar, es materia que no se presta a categóricos pronunciamientos.

Al desarrollar la Parte Especial, Vittorio Veutro aborda la exposición con un cierto destaque del bien jurídico protegido, al ir examinando los diversos delitos configurados en los dos códigos penales militares de su país. Pero sobre todo, la hace preceder de un capítulo en que recoge esta clasificación:

1) delitos contra la fidelidad y la defensa militar, que si bien comprende los esenciales ataques a la personalidad del Estado, a su seguridad externa —traición, espionaje y revelación de secretos militares—, lo hace poniendo el acento sobre el deber de fidelidad y de defensa, el mayor de los que incumben a cualquier militar. En base a la gravedad y especialidad del tiempo de guerra, se incriminan en el respectivo código, las siguientes conductas: reclutamiento ilegal, publicación y difusión de noticias militares, derrotismo militar, sedición militar, ilícita navegación aérea, comunicación al extranjero de noticias concernientes a la defensa militar, etc.

2) delitos contra el servicio militar, en base a la eficiencia de la organización militar: delitos propios de los servicios generales o especiales, delitos contra los militares en servicio, delitos contra la presencia en el servicio, mutilación o simulación de enfermedad, delitos contra los bienes militares, y otros. Añadiéndose especialmente para el tiempo de guerra: las capitulaciones, y la cobardía.

3) delitos contra la disciplina, en base a la necesaria cohesión entre las fuerzas armadas: desobediencia, instigación de delinquir, insubordinación, abuso de autoridad; significándose que la sedición militar, que en tiempo de paz tiene su encaje en éste grupo, se pasa al primero si es en tiempo de guerra.

4) delitos especiales contra la administración militar, contra la fé pública, contra la persona y contra el patrimonio.

5) delitos cometidos por personal civil movilizado y en general por "stranei" a las fuerzas armadas.

6) delitos contra las leyes y usos de la guerra, en base a los compromisos consignados en las convenciones suscritas: actos ilegítimos de arbitraria hostilidad, actos ilícitos de guerra, actos ilícitos contra personal civil enemigo y sus bienes, requisas, contribuciones, presos, delitos de los prisioneros y contra los mismos.

Nos hemos permitido reflejar aquí con algún detalle esta extensa sistematización de los delitos militares italianos, en gracia a la utilidad que para el lector preocupado por una eventual reforma de las leyes penales militares españolas, pueda tener este nada parco catálogo de delitos militares, la configuración y alcance de algunos de los cuales expondremos a continuación al dar cuenta de esta última parte de la obra de Veutro.

Aunque no tan acusados, los problemas de concurso de leyes creados por una deficiente técnica legislativa al tratar de los delitos de traición en las leyes comunes y en las militares, son análogos en Italia que en España, demandando una urgente clarificación. Vittorio Veutro da un paso en ese sentido clasificando las figuras de traición en la esfera castrense en: a) actos tipificados

así por razón de la persona, es decir, cualificados por la pertenencia a las fuerzas armadas del sujeto activo, destacando la alta traición. b) actos tipificados como de traición por razones objetivas, independientes de la condición militar del autor: destrucción, sustracción o falsificación de documentos concernientes a las fuerzas armadas o a la preparación o defensa militar, pilotar o dirigir nave enemiga, inteligencia o correspondencia para favorecimiento bélico del enemigo, etc. c) tipos específicos, asimilados a traición por el legislador en virtud de consideraciones de política criminal: vilipendio de armas o servicios del Ejército, delitos contra el General en Jefe de los Ejércitos, informes falsos o maliciosos sobre la guerra, ayuda al enemigo en sus designios políticos en territorios que ocupe o invade, etc.

Tras un somero trato de la búsqueda y revelación de información militar secreta o reservada, que se hace separadamente del espionaje militar, se recogen otras numerosas figuras de delitos contra la fidelidad y la defensa militar, abundantemente especificadas en el Código italiano para el tiempo de guerra, citándose el derrotismo militar (conectado a veces con el político y el económico) y la figura de "denigración de la guerra en sí", exigiéndose que aquella sea pública o que sea militar el autor o el destinatario de la correspondencia privada en que se contenga.

La amplia gama de delitos constitutivos de violación de deberes inherentes al Mando se expone con la prolijidad que campea en estos códigos castrenses italianos, que si ofrecieron desde el principio una cuidada elaboración técnica han mostrado luego una flexible aplicabilidad, que ha permitido su larga subsistencia. La capitulación "sin haber aportado las medidas extremas de defensa o resistencia y sin haber hecho cuanto estaba impuesto por el deber y el honor" los actos hostiles contra aliados o neutrales son tipificados muy de acuerdo con las leyes y usos de la guerra. la violación de consigna y abandono de puesto; el quebrantamiento de deberes inherentes a servicios especiales; la cobardía, inculpada en tanto que sus exteriorizaciones sean propicias a provocar espanto o desorden en la tropa; el delito de embriaguez estando de servicio o fuera de él si es en tiempo de guerra; el quebrantamiento de consigna y la resistencia, amenaza o injuria a centinela, vigilancia o escolta, así como a fuerza armada en general, son delitos expuestos en esta parte de la obra con la usual claridad y sencillez y recalcando para algunos de ellos la posibilidad de que sean cometidos por extraños al Ejército.

En el capítulo XXVII, se ocupa el autor de los delitos concernientes al deber de presencia en filas que tiene el militar, especialmente los de: desertión, alejamiento ilícito y el faltar a una presentación obligatoria. Muy destacadamente aquí se ofrece un cua-

dro de claros límites, evitando confusiones y casuismos innecesarios. La deserción aparece —salvo casos específicos— como un delito formal y de estado o permanente, en el que, junto a un claro y no autorizado alejamiento de la Unidad, la intención de hacerlo se patentiza por el transcurso de plazos, normalmente de cinco días, válidos tanto para la marcha como para el no regreso del que fue autorizado para ausentarse; las agravantes se reducen a tres: deserción al extranjero, con acuerdo de tres o más militares (no equiparada a la sedición pero con pena de muerte para los promotores, jefes u organizadores) y la duración superior a seis meses, que en cambio es atenuante si la ausencia no llega a 15 días.

La objeción de conciencia solo fué admitida en el derecho italiano por la de 15 de diciembre de 1972, modificada en 24 del mismo mes del año 1974. Antes se trataba generalmente como delito de desobediencia, en el que se reincidía cuando, después de cumplida la condena, se repetía la actitud, “teóricamente hasta la licencia absoluta, en una angustiosa espiral de condenas”. La nueva legislación (donde tiene también cabida la prestación del servicio en países extraeuropeos en vías de desarrollo), define los motivos de conciencia que estima válidos para excluir del servicio de las armas, exige que sean aceptados y señala el tipo y duración del servicio sustitutorio no armado o civil, por tiempo superior en ocho meses al obligatorio normal y con la salvedad de que, en tiempo de guerra, se autoriza sean incorporados a “servicios no armados que pueden entrañar actividad peligrosa”. Para el caso de que el servicio sustitutorio se incumpliera, se han creado los delitos correspondientes a rehusar el servicio no armado y a rehusar el servicio civil sustitutorio.

La desobediencia y la sedición se exponen conjuntamente en el mismo capítulo, el XXX, ya que en definitiva suponen actitudes individuales o colectivas de incumplimiento de órdenes, bien que en las formas sediciosas, el amotinamiento y la revuelta (de mayor violencia y normal uso de armas), se incluyen órdenes dadas por el superior, tales como en el amotinamiento, la persistencia en presentar, en voz o por escrito, una petición, exposición o queja. Cuida mucho el General Veuro de matizar el concepto de orden para que genere obligación de obedecerla, especialmente en lo que se refiere a la potestad de dictarlas, sin salirse del marco de las leyes y reglamentos y concerniendo siempre al servicio o a la disciplina. Y no menos se ocupa del deber de obedecer —en forma leal y pronta—, salvo los límites puestos por las leyes penales, que excluyen tal obediencia en los casos de manifiesta ilegitimidad o criminosidad de la orden, e incluso pueden hacer punible el cumplimiento de la misma, “pero fuera de las

situaciones de evidencia, el militar debe considerarse vinculado a la orden; la duda no justifica la desobediencia ni aún en la forma de retardo, porque la posibilidad de que la orden sea legítima determina la asunción de un riesgo, que se traduce en dolo eventual". Así resume Veutro la matizada postura que, clásicamente, deriva de las leyes militares en vigor. Pero su acusada sensibilidad ante las nuevas formas de vida y pensamiento, llevan al autor a unas consideraciones críticas finales, que es interesante reproducir:

"Las fuerzas armadas no pueden permanecer extrañas a la evolución social; es posible que instituciones hasta ahora consideradas como intangibles sufran importantes transformaciones. En particular es probable que al inferior se le atribuya una mayor responsabilidad, con la consiguiente mayor participación en la decisión; pero cualquiera que pueda ser el mecanismo, colegial o individual, para llegar a la decisión, una vez que se haya transformado en orden (la ideación es estéril sin la acción), es todavía esencial para la eficacia del servicio que se cumpla sin culpable demora. Dando a la desobediencia el carácter de delito dañoso para el servicio mas que para la disciplina, podría seguirse una valoración menos formalista del retardo en obedecer y aun también la del propio contenido de la orden (para órdenes de disciplina formal, tales como ordenar "firmes, saludar, etc, la sanción disciplinaria podría considerarse suficiente). No aparece completamente justificado, en el cuadro del delito de motin, el equiparar la presentación colectiva de una petición con la desobediencia colectiva a una orden concreta, y aún quizás no sería inoportuno despenalizar aquella, si en el fondo pudiera tratarse del ejercicio de un derecho, aunque en forma militarmente intolerable pero que puede sancionarse en vía disciplinaria".

Sigue a esta materia un sumario tratamiento de la insubordinación y del abuso de autoridad, destacándose, la posibilidad establecida para el tiempo de guerra de extender la tutela penal, en régimen de reciprocidad, a los militares de un Ejército aliado. En sentido distinto a esta interesante internacionalización de la protección de la disciplina, se hace eco Veutro de las discrepancias que en el plano nacional existen en la doctrina italiana, cuando se trata de considerar o no con naturaleza militar la insubordinación al Ministerio de la Defensa, sin duda en base a la creciente configuración de éste como autoridad político administrativa y técnico profesional castrense; Veutro entiende que, al menos por lo que concierne a la desobediencia a órdenes lícitas que de él dimanen, la insubordinación de quien la cometa tendrá naturaleza de delito militar y no de otro común. Los matices del delito de insubordinación en general y las circunstancias modificativas que en su comisión concurren, son tratadas en la legislación ita-

liana con útil detalle y expuestos por el autor con su habitual claridad.

A las incriminaciones de la instigación para cometer muchos delitos militares determinados, une la legislación italiana una amplia forma general de "instigación a desobedecer la ley, quebrantar el juramento prestado o deber de la disciplina u otros inherentes a la condición militar o la apología de los hechos contrarios a dicha ley, juramento, disciplina u otros deberes militares". Esta última figura de la apología tiene por necesario sujeto activo al aforado, lo que no sucede con la instigación genérica, entendida como forma de participación en cualquier delito.

Finaliza la parte del libro encargada al General Veuro con un sumario pero completo tratamiento de los delitos contra las leyes y usos de la guerra, parte de tan creciente interés y que sin embargo suele estar ausente de las leyes penales militares, aunque no ciertamente de los Códigos italianos, tan completos en la formulación de las especies delictivas; sirva de muestra a éste respecto la casuística de los delitos de los prisioneros de guerra, tanto enemigos como nacionales.

La dilatada referencia que acabamos de dar deriva no solo de la extensión e interés de la materia tratada sino de la modernidad y agudeza del enfoque que de ella hace el eminente profesional de la Justicia Militar italiana, convirtiendo el Manual, como ya dijimos al principio, en uno de los mejores compendios que sobre nuestra especialidad existen hoy.

F. J. J.

LIKULIA BOLONGO. «DROIT PENAL SPECIAL ZAIROIS», Tomo I, 478 páginas. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, 1976.

Las estructuras jurídicas de los pueblos del Africa negra suelen estar referidas, cuando salen de su etapa colonial, a las de los mismos países europeos de los que se han independizado. Y así, el derecho penal de la República Popular del Zaire (antiguamente Congo Belga), al igual que otros países africanos de expresión francófona, se inspira en las similares leyes punitivas de Francia y Bélgica. Pero sobre todo —y ésto es lo que aquí nos interesa destacar—, el autor, Doctor en Derecho por la Universidad de Aix en Provence y Auditor General de las Fuerzas Armadas del Zaire, se ha formado en la ciencia jurídica francesa y a ella responde la dogmática dominante en su ya copiosa producción bibliográfica, con eco en nuestra Revista, sobre todo en lo concerniente al Derecho Militar. Mas, no se piense que el también Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Zaire, se ha limitado a acarrear a su país conocimientos adquiridos en Universidades foráneas sino que, como subraya el Profesor Levasseur, “los ha puesto en armonía con las tradiciones socioculturales del grupo étnico afectado, adoptando éstos a su vez a los datos políticos, demográficos y económicos de un Estado moderno”. El autor, dice en el Prefacio de la obra, Reymond Gassin, que fué su Profesor, ilumina el sistema de valores sociomorales que son objeto de protección en el derecho penal del Zaire y actúa así como sociólogo al tiempo que como jurista.

La obra de que damos cuenta comprende solamente, por un lado, delitos contra las personas tendentes a producir a éstas un daño físico o moral, así como los ataques al orden familiar y a las buenas costumbres; y por otro, los que constituyen ataque al derecho de propiedad y ataques materiales a los bienes. Al estudio de la protección jurídicopenal de las personas y de las cosas, seguirá en un nuevo volumen, el estudio de los delitos contra los intereses públicos, predominantemente contra el Estado.

Al hilo de estas grandes líneas de sistematización, podemos resaltar en el libro que comentamos, los siguientes trazos o puntos de interés para el lector:

a) El homicidio simple voluntario tiene tratamiento separado del involuntario, que resulta de una negligencia, imprudencia, inhabilidad o falta de atención, pero sin que el autor tuviese la intención de atentar contra otra persona. Cuando el homicidio es agravado se llama asesinato, siendo las únicas circunstancias agravatorias que se admiten aquí (al igual que hace el derecho francés), la premeditación y el acecho. El envenenamiento constituye delito autónomo, pero no en cambio el infanticidio, ni el parricidio, ni el conyugicidio, que quedan comprendidos, sin especificación típica, en el campo del homicidio, por lo demás penado con muerte, igual que el asesinato.

b) El duelo —y la provocación al mismo— son incriminados en los artículos 63 a 68 del Código penal de la República Popular del Zaire. Pero el duelo es, básicamente, un combate a puñetazos, patadas y cabezazos, sufriendo pena agravada si se ocasiona la muerte del adversario con el que no se pudo zanjar pacíficamente alguna diferencia que entre ellos pudiera, existir.

c) Se incriminan también (arts. 57 a 60 del Código penal) las prácticas supersticiosas simples o agravadas, sobre personas vivas. El elemento material lo concibe el General Bolongo de una manera amplia (“toda práctica, maniobra, exacción, sevicia o sufrimiento de cualquier clase, capaz de producirle un mal físico, con finalidad ofensiva o dañosa”). Las penas se agravan notablemente, pudiendo llegarse a la de muerte, según la gravedad del mal causado. Sobre personas muertas se actúa antijurídicamente en la mutilación de cadáveres sin intención lícita (y aquí el autor hace interesantes reflexiones sobre el trasplante de órganos humanos) y, por supuesto, en la antropofagia, severamente castigada en las diversas formas de participación, castigándose también la simple tenencia de carne humana. Por supuesto que el delito de antropofagia entra en concurso real con el de homicidio o asesinato perpetrado, previamente, por el mismo autor.

d) Como afirma el autor, todas las Constituciones (de 1964, 1967 y texto revisado de 15 de agosto de 1974) que han regido en el Zaire han garantizado la libertad individual, incriminándose luego como delitos: el arresto y detención arbitraria, la esclavitud y los atentados a los derechos garantizados de los particulares (libertad de cultos, inviolabilidad de domicilio, de la correspondencia, del secreto profesional, etc.). Llama la atención en esta parte el cuidadoso estudio y amplia cita de jurisprudencia, que se hace al tratar de las detenciones ilegales.

e) Entre los delitos contra la familia se diferencian claramente en la obra, los que atentan al hogar conyugal y los que protegen a los hijos. Cuidadosamente se describen el abandono económico de la familia, la negativa a la cohabitación, el abandono material

o moral de mujer e hijos, la bigamia, la poliandria y el adulterio (que, tratándose del de el marido, requiere que por sus circunstancias suponga injuria grave hacia la esposa). Destaca, más adelante, el tratamiento doctrinal que el autor hace del delito imposible de aborto o de la tentativa para cometer este delito. El hijo, antes y después de su nacimiento, tiene en la legislación del Zaïre una detallada protección penal que va, desde variadísimas formas de propaganda anticonceptiva a una cuidadosa regulación penal protectora de la joven impúber (menor de catorce años).

f) Los delitos contra la honestidad se encabezan con el que sin duda presenta mayor gravedad tradicional: la violación. Y, acorde con tal relieve, el General Bolongo aporta un rico repertorio de precisiones doctrinales y jurisprudenciales sobre el delito, construido sobre los elementos esenciales que normalmente lo caracterizan, alargándose en el Zaïre hasta los 16 años la presunta falta de consentimiento que a causa de tal minoridad ofrece la víctima, de la cual se presume que, por debajo de tal edad, "es incapaz de dar un consentimiento libre y voluntario", por lo que no es preciso haya violencia por parte del violador. Delitos de abusos deshonestos, una amplia extensión del delito de escándalo, del proxenetismo y de la explotación de la prostitución, completan un severo repertorio de incriminaciones referidas a esta materia, ampliamente cubierta por el legislador del Zaïre.

g) Sobre todo al exponer los delitos contra la propiedad, el autor no sigue el análisis de sus caracteres a la luz de la dogmática alemana, tan recibida en España y otros países, sino los expone encuadrados en los dos grandes grupos de elementos constitutivos: materiales e intelectuales. Y así es de ver, principalmente en la explanación del delito de robo, simple o agravado, en cuya materia son especialmente frecuentes las citas de autores franceses: Garçon, Gassin, Vouin, Donnedieu de Vabres, etc. Los tipos y su clasificación difieren notablemente de la doctrina y legislación española, excepto al tratar de los daños, el incendio, los juegos de azar, usura y otros.

La contribución al conocimiento y estudio de esta parte del ordenamiento penal de un país como la República Popular de Zaïre es a la par interesante y valiosa, como corresponde a la relevante personalidad de su autor, destacado miembro del Consejo de Dirección de la Sociedad Internacional de Derecho Penal Militar y de Derecho de la Guerra.

F. J.

TRECHSEL, Stefan. L'homme en uniforme et les droits de l'homme en droit comparé, III^e Colloque de Besançon sur les Droits de l'Homme en France: Les problèmes de l'homme en uniforme, extrait de «L'Annuaire français des Droits de l'Homme», Editions A. Pedone, tome I, 1974, pgs. 466 y ss.

Del tercer congreso de Besançon sobre "los problemas del hombre de uniforme", dentro del tema genérico "los derechos humanos en Francia", merece una atención especial el "rapport" "El hombre de uniforme y los derechos humanos en derecho comparado" presentado por el Dr. Stefan TRECHSEL, Profesor en la Universidad de Berna y miembro de la Comisión europea de los Derechos Humanos del Consejo de Europa y que llega hoy a nosotros en forma de "separata" extraída del Anuario francés de los Derechos Humanos.

El artículo del Dr. *TRECHSEL*, que contempla desde la perspectiva del Derecho comparado la cuestión, ampliamente debatida desde hace años, de si y en qué medida el sistema de los Derechos del Hombre es aplicable al militar, debe enmarcarse dentro de la corriente humanista que hizo frente, sobre todo a partir de los años sesenta, a una históricamente arraigada orientación autoritaria que afirmaba como tesis de principio la inaplicabilidad del sistema al militar, dada la función social a desempeñar por las fuerzas armadas que requeriría de sus miembros la renuncia a gran número de los derechos. El nuevo sentir surge como opinión generalizada en ciertos sectores doctrinales de neto sentido liberal —y en él hay que incluir al autor de este trabajo—, la mayor parte de las veces alejados y otras totalmente ajenos a la realidad y a la problemática castrenses, que afirma que el militar, como ciudadano de uniforme que es, no tiene porqué ser sometido en líneas generales a un régimen especial en relación a la dogmática de los derechos humanos (1).

¹ Hoy, desde luego, a tenor de la Convención Europea de los Derechos del Hombre (1950), de distintas resoluciones de la Corte Europea e incluso de las conclusiones de los congresos sobre este tema habidos en Besançon (1972) y San Remo (1976), parece ser aceptado mayoritariamente en este punto un planteamiento intermedio ciertamente humanitario pero realista según el cual el militar es, en efecto, un ciudadano de uniforme y como tal goza de los mismos derechos y libertades fundamentales reconocidas a cualquier otro ciudadano. Ahora bien, dichos derechos podrán ser limitados e incluso suspendidos en aras de esa disciplina, lealtad y espíritu de sacrificio que de cara a su específica misión se exigen al militar, limitaciones que, eso sí, no estarán justificadas más que en tanto en cuanto sean estrictamente necesarias y se establezcan por consensus general, lo que en una sociedad democrática significa que han de ser establecidas por la ley.

De aquí que el valor de este trabajo deba buscarse, más que en la tesis sustentada, que resulta evidentemente discutible, en la información de primera mano que proporciona al lector acerca de las distintas soluciones que sobre el tema han adoptado las diferentes legislaciones que el autor examina.

I. Comienza *TRECHSEL* delimitando el tema que subjetivamente hace referible a los miembros de las fuerzas armadas, quedando fuera de su estudio los demás funcionarios públicos y por supuesto cualquier otra situación que no implique una particular relación de autoridad con el Estado. Objetivamente, aunque considera de forma breve la multiplicidad de derechos fundamentales que pueden verse afectados, limita el estudio a las libertades públicas y las garantías judiciales, dejando asimismo marginados estos derechos en los conflictos armados (2). Por último, metodológicamente, hace necesaria referencia a una selección de ordenamientos jurídicos nacionales.

II. Bajo la rúbrica "los derechos políticos del soldado", se ocupa el autor de la condición del soldado en cuanto ciudadano.

Por "derechos políticos" se entienden, dice *TRECHSEL*, las legítimas facultades del individuo de influir directa o indirectamente en las decisiones del Estado. Son el derecho de sufragio activo y pasivo, de suscribir peticiones y de expresar su opinión libremente.

a) La primera cuestión que surge es la de los motivos de una reglamentación especial y se constatan como tales el interés de mantener la disciplina para garantizar el buen funcionamiento del servicio, el deseo de que queden secretas ciertas informaciones militares, etc. En los regímenes autoritarios, aunque se considere incompatible la política con la disciplina militar, suele admitirse, y así ocurre de hecho en los países comunistas, una actividad política pero enteramente orientada y sometida a las directrices del Partido. En las sociedades democráticas, en cambio, el soldado es considerado un ciudadano de uniforme y en consecuencia hacen falta motivos válidos para limitar sus derechos políticos. En Suiza se limita la actividad política del soldado en base a un argumento original: la protección del soldado en

² En caso de conflicto armado el planteamiento versará, como es lógico, sobre la observancia de las reglas del Derecho humanitario. Acerca de este tema, de amplísima bibliografía, cfr., entre la más reciente, PRZETACZNIK, Franciszek, *Protection of Human Rights in Time of Armed Conflict*, *Revue de Droit Pénal Militaire et de Droit de la Guerre*, XIII-2, 1974, pgs. 315 y ss., *Norme umanitarie e istruzioni militari*, Istituto Internazionale di Diritto Umanitario, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, donde se recogen las actas del congreso de San Remo de 1971 sobre este tema.

sí mismo, la protección del derecho que le asiste a sustraerse de una comunicación no querida.

b) En cuanto al fundamento jurídico de la limitación de los derechos del militar, señala TRECHSEL como el artículo 17, a) de la Constitución alemana prevé que las leyes militares limiten durante el servicio los derechos a la libertad de expresión y de reunión y el de formalizar peticiones colectivas. En Austria, por el contrario, el artículo 7, 2 de su Constitución establece que "los derechos políticos del soldado permanecerán ilimitados", si bien judicialmente se ha dado a la noción "derechos políticos" una interpretación restrictiva, entendiendo por tales únicamente aquellos que permiten influir en las decisiones del Estado. Lo mismo ocurre en Italia, donde si bien el artículo 52 de su Constitución, prohíbe toda limitación a los derechos políticos del militar, también aquí la noción "derechos políticos" ha sido interpretada de forma restrictiva. En EEUU la Constitución no alude al tema y las limitaciones suelen justificarse en la necesaria tutela a la vida nacional. Tampoco aparece tratada la cuestión en Suiza.

c) En tercer y último lugar se analizan algunas cuestiones concretas, como el derecho de sufragio activo y pasivo, que se reconoce generalmente al militar. Así lo hacen de forma expresa las constituciones austriaca e italiana y de forma implícita la alemana y suiza. El derecho de petición suele, por el contrario, limitarse al militar, aunque generalmente en el plano formal no admitiéndose las reclamaciones colectivas, como sucede en Alemania y Suiza, ni las abusivas e injuriosas, que en Austria dan lugar a sanciones disciplinarias. Es, sin embargo, el derecho a la libertad de expresión el más problemático. De tal derecho no puede hacer uso el soldado dentro del cuartel en Alemania, donde además tampoco puede utilizar el uniforme para manifestaciones políticas y en ningún caso propagar opiniones contrarias al orden democrático y liberal. Parecida es la situación en Austria. En Italia está prohibida al militar toda actividad o propaganda política. Y lo mismo ocurre en EEUU y Suiza.

III. La tercera parte del trabajo contempla los derechos del militar observados desde la Convención europea de los Derechos del Hombre.

1) Trata TRECHSEL en primer lugar de las específicas referencias de la Convención al estatuto del militar, como son el artículo 4, 3.º, b) que prevé las limitaciones derivadas del servicio militar obligatorio o el civil, en su caso, y el artículo 11, 2.º que contempla las restricciones a las libertades de reunión pacífica y asociación.

2) Después analiza el alcance del artículo 14 de la Convención que proscribe cualquier discriminación basada en el sexo, raza, "o cualquier otra situación", llegándose a la conclusión de que dicho precepto no resulta violado más que en el caso de que la distinción carezca de una justificación objetiva y razonable, lo que debe apreciarse en relación al fin y a los efectos de la medida en cuestión y en relación a los principios básicos de una sociedad democrática.

IV. Se ocupa, por último, el autor de las garantías judiciales del militar. Este, dice TRECHSEL, está sometido a dos sistemas sancionadores, el derecho penal militar y el derecho disciplinario, sin que ambos sistemas puedan ser homologados, tal como ha pretendido Ivan ROGGEN. La sanción disciplinaria supone por un lado la insuficiencia de otras medidas de índole educativa y por otro la no procedencia de la pena, siendo en todo caso injustificable una doble represión penal y disciplinaria.

En relación a la medida disciplinaria, se analiza la aplicabilidad a la misma de los principios de irretroactividad, legalidad e igualdad. Respecto a este último, señala el autor como las diferencias en los tratamientos reservados al soldado y al oficial que prevén los reglamentos no constituyen necesariamente una discriminación, pudiendo encontrar fundamento bastante en la estructura jerárquica del ejército.

En cuanto al procedimiento disciplinario, éste no está regulado más que de una forma rudimentaria y el militar no goza de las garantías esenciales del proceso penal: independencia judicial, defensa en regla, publicidad, etc. Tan sólo el derecho a ser oído viene reconocido en casi todas las legislaciones, siendo tal vez la única excepción la del derecho soviético.

Concluye el trabajo su autor analizando el derecho penal militar, tanto en su aspecto material como procedimental y mostrándose partidario de la supresión en tiempo de paz de toda particularidad en el segundo, como hoy ocurre en Alemania, Austria y los países escandinavos. La justicia militar deberá demás, y en todo caso, termina diciendo TRECHSEL, respetar los derechos fundamentales de la persona de la misma forma que se respetan en la justicia ordinaria.

*(Luis Fernández de Henestrosa
y Antonio Millán).*

NORME UMANITARIE E ISTRUZIONI MILITARI, Istituto Internazionale di Diritto Umanitario, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1973, 255 páginas.

Bajo el título *Norme umanitarie e istruzioni militari* se recogen las actas del congreso internacional que sobre este tema se celebró en San Remo (Italia) durante los días 2 al 4 de septiembre de 1971 patrocinado por el Gobierno italiano y con la colaboración del Istituto Internazionale di Diritto Umanitario.

Se incluyen los textos íntegros de los "rapports" y las comunicaciones, así como de las distintas intervenciones habidas en cada una de las cinco sesiones.

Los "rapports" generales corrieron a cargo de Jovica PATRNOGIC (*Les instruments internationaux prévoyant la protection des personnes humaines en temps de conflit armé*), G.I. DRAPER (*Collective and individual Responsibility for the Application of Humanitarian Rules in Armed Conflicts*) y Ottavio ORECCHIO (*L'incorporazione delle norme umanitarie nelle istruzioni militari*).

Las comunicaciones fueron presentadas por Stefano ATTARDI (*L'incorporazione delle norme umanitarie nelle istruzioni militari*), Herbert BECKH (*L'application de l'article 3 des Conventions de Genève du 1949*), Vindicio DONAGURA (*Profili dell'adeguamento della legislazione penale militare di guerra italiana alle Convenzioni di Ginevra del 1949*), Vincenzo CIFARELLI (*Fondamento etico-politico delle istruzioni militari a contenuto umanitario*), Dieter FLECK (*The Dissemination of Humanitarian Law from the Point of View of the German Federal Armed Forces*), Filippo GRAMATICA (*Il rifiuto di obbedienza del militare ad un ordine contrario alle norme di diritto umanitario*), Frits KALSHOVEN (*Collective and Individual Responsibility for the Application of Humanitarian Rules in Armed Conflicts, especially as Provided in Dutch Legislation*), Renato MAGGIORE (*Diritto internazionale penale e norme umanitarie nel diritto belico*), Marcello RONCA (*Onore militare, norme umanitarie e istruzioni militari*), U.O. UMOZURIKE (*The Geneva Conventions and Africa*) y Michel VEUTHEY (*Instructions militaires relatives au traitement des prisonniers dans des situations de guerrilla*).

Asimismo, queda recogido en texto trilingüe la resolución adoptada en el Congreso, según la cual:

"Consciente de la necesidad y urgencia de dar a conocer en las fuerzas armadas los principios fundamentales y reglas de derecho humanitario, específicamente consagrados en las Convenciones de Ginebra de 1.949 en las que se reconoce univer-

salmente su valor absoluto e intangible de normas aplicables en todos los supuestos de conflicto armado;

Rindiendo homenaje a la obra ya llevada a cabo en este campo por las Naciones Unidas, por el Comité internacional de la Cruz Roja y por otras organizaciones con vocación humanitaria internacional:

Fiel al espíritu de la Declaración de San Remo de 27 de septiembre de 1970;

Recuerda la obligación que incumbe a los Estados introducir los principios del derecho humanitario en la legislación interna y en la normativa militar;

Desea que se delimiten los respectivos deberes y responsabilidades de jefes y subordinados;

Considera que la adopción de un sistema de enjuiciamiento y control de la aplicación de las reglas esenciales del derecho humanitario y de las sanciones para las eventuales violaciones de dichas reglas, que contemple de un lado la responsabilidad penal de los individuos y de otro la del Estado y, eventualmente, de las organizaciones internacionales, serviría para asegurar la prevención y represión de esas violaciones, que las infracciones graves y los crímenes contra la humanidad, cuya represión está prevista por las leyes nacionales de acuerdo con las Convenciones de Ginebra de 1949, las Convenciones de las Naciones Unidas sobre el genocidio y otros textos internacionales, deberían ser prevenidas a través de una apropiada instrucción impartida a nivel de todos los componentes de las fuerzas armadas con los medios y métodos de enseñanza más progresivos;

Pide al Instituto Internacional de Derecho Humanitario de San Remo que contribuya a este objetivo en los planos científico y didáctico, específicamente buscando y recogiendo, inspirándose para ello en el trabajo ya desarrollado por el Comité Internacional de la Cruz Roja y las Naciones Unidas, toda la documentación relativa a las instrucciones militares con vista a la publicación de un repertorio que ponga de relieve semejanzas y particularidades;

Invita a las autoridades competentes a que incluyan cursos de derecho humanitario en sus programas de enseñanza;

Hace votos de que los Ministros de Defensa de todos los países procedan a formar comisiones de estudio encargadas de elaborar, a la luz de la documentación inicial, instrucciones militares puestas al día y de revisar los códigos y ordenanzas militares de guerra, de modo que se consiga la plena realización del derecho humanitario”.

Antonio Millán

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR Nº 2 Brasilia, 1976.

Con puntualidad y análogo nivel que el anterior —del que dimos cuenta en el precedente número de ésta REVISTA— aparece el segundo de ésta publicación jurídico militar de Brasil, país que tiene tan densa tradición de cultivo de nuestra especialidad. Y aparece pulcro, bien sistematizado e interesante en su contenido, todo el coordinado en el Superior Tribunal Militar, que se muestra así no solo como el supremo órgano de la jurisdicción castrense sino como crisol de saberes de la especialidad y foco de difusión de la doctrina y la jurisprudencia del país.

La frecuente colaboración de los Ministros del Tribunal que saben unir a su labor de juzgadores la de juristas que profundizan en el estudio de las instituciones y no vacilan en comunicar al público el fruto de sus trabajos, se muestra en cuatro de los nueve ensayos que contiene el número que recensionamos. El primero corresponde al Ministro Guimaraes Pinheiro, quien preocupado profesionalmente por la necesidad de que la denuncia que motiva las actuaciones judiciales esté bien centrada, dedica a ello unas páginas de las que entresacamos estas frases: “La denuncia está en el vestíbulo del proceso. Debe ser clara, precisa y positiva. Puede ser sobria, pero tiene que ser exacta, con la “razonable claridad” del proceso británico”.

El a la sazón Presidente del citado Alto Tribunal, Teniente General Carlos Alberto H.O. Sampacio, hace una lúcida exposición de la Justicia Militar Brasileña que ha servido de autorizada base para las notas al respecto publicadas en otro lugar de este número de la Revista Española de Derecho Militar.

Del Ministro Vicepresidente Dr. Nelson Barbera Sampaio, son unas notas sobre la introducción en el nuevo Código de Justicia Militar Brasileño del instituto de la suspensión condicional de la pena, con la excepción de casos “que afecten gravemente al orden y a la disciplina militar”. Recuerda cómo quien primeramente se ocupó del tema en el país, ya en 1919, fue su primer tratadista de Derecho Militar, el Profesor Esmeraldino Bandeira, y que ya el tema fue tratado con el Primer Congreso de Derecho Penal Militar, celebrado en el Rio de Janeiro, en junio de 1958.

El Ministro Dr. Waldemar Torres da Costa se ocupa de la prescripción en los delitos militares y en los atentatorios a la seguridad nacional, no solo exponiendo la evolución histórica del instituto en nuestra jurisdicción sino sobre todo de la última jurisprudencia sobre el tema, que tiene gran valor especialmente en los citados delitos no puramente militares.

El Profesor Roberto Lyra aborda el tema "Medicina y Criminalidad", tratando de deslindar fronteras y quejándose de la invasión de campos que en algún momento puede tentar a la Psiquiatría respecto del Derecho Penal, pretendiendo convertir la Justicia Penal en un campo de experimentación de teorías. Con lenguaje vibrante trata de reducirla a confines médicos, recordándole que debe centrarse más en la terapéutica que en los diagnósticos condicionantes para el Juez, respecto de quien recaba libertad para apreciar la pericia forense.

En pocas páginas se condensa la Jurisprudencia concerniente a la Justicia Militar que han alumbrado en el semestre anterior a la publicación que comentamos, tanto el Tribunal Supremo Federal como el Tribunal Supremo Militar. Cerrándose el volumen con una reseña de las más destacadas actividades de éste en el dicho periodo, especialmente de la apertura del año judicial, cuyo discurso se encabeza con esta brillante frase de Iherings:

"El Derecho no es una teoría sino una fuerza viva. Por eso la Justicia sustenta en una de sus manos una balanza en la que pesa el Derecho y en la otra una espada de la que se sirve para defenderlo. La espada sin la balanza es la fuerza bruta; la balanza sin la espada es la impotencia del Derecho".

Francisco Jiménez Jiménez.

REVISTA DO SUPERIOR TRIBUNAL MILITAR Nº 2 Brasília, 1977.

Sin restar la menor importancia al resto de los trabajos publicados en este número 3 de la Revista Do Superior Tribunal Militar, que mantienen el alto nivel que caracteriza a la misma y que venimos reseñando desde su primer número, por su interés más general, destacamos fundamentalmente cuatro.

El que sobre la insubordinación escribe el Ministerio del Supremo Tribunal Militar Vaz de Mello. Trabajo conciso y claro, con un estudio comparado del tratamiento de este delito en las legislaciones brasileña, francesa, italiana, española, argentina y mexicana. Señala muy certeramente Vaz de Mello que "la obediencia jerárquica es la viga maestra de la vida orgánica de las Fuerzas Armadas. Sin este soporte estarían aquellas instituciones irremediablemente perdidas y fallarían en el desempeño de la alta misión que les está confiada: la defensa militar de la Patria y la garantía de los poderes constituidos, del orden y de la ley". El vínculo jerárquico es el objeto de la tutela penal y, en cuanto a la orden,

debe ser legítima, clara, precisa y referirse a asunto o materia referente al servicio o al deber militar, dada directamente al inferior cuando sea verbal, y, por último, y, de máxima importancia, que no sea ilegal o de contenido delictivo.

Al trabajo del Profesor de la Facultad de Derecho Cándido Mendes, Nilo Batista, Notas sobre el Artículo 34 de Código Penal Militar, solo podemos ponerle un pero, que sean solo, eso, unas notas, y no un trabajo completo sobre la responsabilidad objetiva, que, a la vista de lo aquí publicado, hubiera sido de sumo interés. Digamos que según el citado artículo "Por los resultados que agravan especialmente las penas solo responde el agente cuando los hubiera causado, al menos, culposamente". Como decimos el trabajo son solo unas notas en las que se ensalza la trascendencia de este precepto en la legislación militar brasileña, haciendo en breve estudio de derecho comparado en el que destaca, el artículo 6° del anteproyecto del Código Penal Colombiano que contundentemente establece "Para que una conducta sea punible debe realizarse con culpabilidad. Queda prescrita toda forma de responsabilidad objetiva".

El Ministerio del Supremo Tribunal Militar, Jacy Guimaraes Pinheiro, estudia la influencia de determinados estados patológicos y, lo que es más interesante, de hasta deformaciones físicas, sobre todo cuando, difíciles de ser escondidas, pueden provocar alteraciones sustanciales en el siquismo, en la conducta de una persona, llevando a hacerla totalmente inimputable, o al menos, parcialmente, cuando esta persona actúa mediatizada, "acomplejada", por las circunstancias citadas.

El Profesor de la Universidad del Distrito Federal C.A. Teixeira Paranhos aborda el tema de los efectos del recurso, tanto en Derecho Penal Común, como militar. En orden a la Jurisdicción del juzgador "a quo", contrapone el efecto retentivo al devolutivo, en orden a la ejecución del provenimiento, el efecto ejecutivo al suspensivo, empleando la terminología que siguen Alcala Zamora y Ricardo Levene, a los que recurre para una previa matización conceptual.

Sin desmerecer en absoluto de estos a los que un poco más ampliamente nos hemos referido y junto a sus ya clásicos, amplios y técnicos repertorios de Jurisprudencia y noticiario forense, completan el número los siguientes trabajos: "Espionaje y revelación de secretos en el D.L. 898/69", por el Juez-Auditor, Celio Lobao Ferreira. "Al margen de un estudio sobre el Federalismo brasileño", del Procurador Enmanuel F. Mendes Lyrio. "Leyes de Guerra", una muy interesante lección sobre esta parte del Derecho Internacional, del profesor B. Llanenes. "El concepto de anciano en el Derecho Penal"; profesor Delio Magallaes y "Los Consejos

de Justificación y el Superior Tribunal Militar”, del Ministro Augusto Fragoso.

Hemos dejado para el Final el Trabajo del Ministro del Supremo Tribunal Militar, Gualter Godinho, homenaje a ese gran jurista, estudioso entre otras ramas del Derecho a las que se dedico plenamente, del Derecho Penal Militar, Esmeraldino Bandeira, homenaje al que nos sumamos terminando esta recesión con las mismas palabras de Bandeira, y en su misma lengua, con que termina el trabajo. “Tem o Direito duas faces distintas —uma que olha para a ciencia; outra que olha para a vida. O cultivo do direito leva à practica da mais nobre idéia que ilumina a humanidade — a JUSTICA”.

Benito Egido Trillo-Figueroa

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

NUMERO 72, primavera, 1976; 162 págs.

Frederic I. Lederer: *Rights Warnings in the Armed Services* (La advertencia que de sus derechos debe hacerse al inculpado, en los Servicios Armados), págs. 1-54. Análisis exhaustivo de los antecedentes, significación, alcance y texto del art. 31 (b) del Código Uniforme de Justicia Militar, conforme al cual nadie sujeto al mismo podrá interrogar o exigir cualquier manifestación de un acusado o persona sospechosa de haber cometido cualquier infracción criminal, sin antes informarle de la naturaleza de la acusación y de advertirle que no está obligado a hacer declaración alguna respecto del delito de que se le acusa o del que resulta sospechoso, indicándosele que cualquier manifestación que haga podrá utilizarse como prueba contra él ante el Consejo de Guerra que lo juzgue, en su caso.

Richard T. Altieri: *Federal Enclaves: The Impact of Exclusive Legislative Jurisdiction Upon Civil Litigation* (Los "enclaves" territoriales donde rige con carácter exclusivo la legislación federal, y su incidencia sobre la determinación de la Jurisdicción competente para conocer de los pleitos civiles), págs. 55-91.

Gerald C. Coleman: *Proposed Codification of Governmental Immunities and Its Effect on Economic Privileges Extended United States Forces Abroad* (La propuesta de codificación de las inmunidades internacionales del gobierno y sus agentes, y su efecto sobre los derechos económicos de que gozan los miembros de las Fuerzas Armadas norteamericanas estacionadas en el extranjero), págs. 93-115.

Brett L. Grayson: *Recent Developments in Court-Martial Jurisdiction: The Demise of Constructive Enlistment* (Recientes orientaciones jurisprudenciales en la Jurisdicción militar sobre el problema de los "voluntarios forzosos": delincuentes juveniles a quienes se aconseja el alistamiento en las Fuerzas Armadas, como alternativa a su enjuiciamiento), págs. 117-135.

Dulaney L. O'Roark: *Perspective: Military Administrative Due Process of Law as Taught by the Maxfield Litigation* (El procedimiento legal en materia de Derecho administrativo militar: perspectiva jurisprudencial derivada del "caso" Maxfield versus Callaway), págs. 137-152.

William R. Baldwin III: *Requests for Trial by Military Judge Alone Under Article 16 (1) (B) of the Uniform Code of Military Justice* (La solicitud del acusado instando someterse al enjuiciamiento por Juez militar unipersonal —en lugar de por Consejo de Guerra—, conforme a lo dispuesto en el art. 16, 1), B), del Código Uniforme de Justicia Militar), págs. 153-158.

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

En este Número se incluye una extensa e interesante recensión de la obra colectiva (dirigida por Yonah Alexander, Praeger Publishers, Nueva York y Londres, 1976) titulada *International Terrorism: National, Regional and Global Perspectives* (Terrorismo internacional: Perspectivas a escala nacional, regional y mundial), pág. 159.

* * *

NUMERO 73, verano, 1976; 162 págs.

Herbert Green: *Grants of Immunity and Military Law, 1971-1976* (Los beneficios de inmunidad y el Derecho militar: evolución de 1971 a 1976), págs. 1-23. Estudio del derecho o derechos de inmunidad frente a la persecución en vía criminal, de que pueden disfrutar determinados testigos, en relación con sus manifestaciones y declaraciones. El autor expone los antecedentes constitucionales de estos derechos subjetivos, hace un análisis comparativo de su virtualidad ante las distintas jurisdicciones penales y expone las últimas tendencias doctrinales, jurisprudenciales y legales que les afectan.

Steven P. Gibb: *The Applicability of the Laws of Land Warfare to the U.S. Army Aviation* (La aplicabilidad de las leyes de la guerra terrestre a la Aviación del Ejército de Tierra de los EE.UU.), págs. 25-63.

Mark Borgen: *The Proper Role of the Military Legal Assistance Officer in the Rendition of Estate Planning Services* (El papel que corresponde al Oficial asesor jurídico de los miembros de las Fuerzas Armadas y sus familiares, en materia de ordenación territorial y fiscalidad del suelo), págs. 65-105.

J. Neill Wilkerson: *Administrative Due Process Pequirements in the Revocation of On-Post Privileges* (Los requisitos impuestos por el correcto procedimiento administrativo, en la revocación de beneficios concedidos en atención al destino o cargo que se desempeña), págs. 107-162.

* * *

NUMERO 74, otoño, 1976, 201 págs.

Robert L. Kunzig: *Government Contracts-Legal and Administrative Remedies* (La contratación administrativa: recursos y acciones en vía administrativa y jurisdiccional), págs. 1-17.

Brian R. Price: *Copyright in Government Publications: Historical Back-grounds, Judicial Interpretation, and Legislative*

Clarification (La protección de los derechos de autor en las publicaciones oficiales: antecedentes históricos, interpretación judicial y clarificación legislativa), págs. 19-65.

Frederic I. Lederer: *The Law of Confessions-The Voluntariness Doctrine* (La confesión en el proceso penal: la doctrina de la voluntariedad), páginas 67-97.

Donald W. Hansen: *Discharge for the Good of the Service: An Historical, Administrative and Judicial Potpourri* (La expulsión de las filas militares por conveniencias del servicio: un "potpurri" histórico, administrativo y judicial), págs. 99-185.

En este volumen se incluye el Índice anual, correspondiente a los Números 71-74 de la Revista.

* * *

NUMERO 75, invierno, 1977; 202 págs.

Frank W. Kiel: *Medical Malpractice Claims Against the Army* (Reclamaciones contra la Administración militar derivadas de un presunto tratamiento médico negligente), págs. 1-34.

Steven F. Lancaster: *Disruption in the Courtroom: The Troublesome Defendant* (Incidentes e interrupciones durante la celebración del acto de la vista en el proceso penal: el acusado perturbador del orden), págs. 35-69. Interesante estudio sobre unos temas relacionados con lo que para nosotros constituye la "jurisdicción disciplinaria".

John F. DePue: *The Amended First Article of the First Draft Protocol Additional to the Geneva Conventions of 1949-Its Impact Upon Humanitarian Constraints Governing Armed Conflict* (La modificación del artículo primero del borrador del I Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949: su incidencia sobre las restricciones humanitarias que rigen en caso de conflicto armado), págs. 71-137. Análisis de los temas relacionados con la protección de las víctimas de los conflictos armados de carácter no internacional.

Brian Boru O'Neill: *The Impact of Recent NEPA Litigation Upon Army Decision Making* (La incidencia de la acción judicial derivada de la aplicación de la Ley de actuación ambiental nacional —*National Environmental Policy Act (NEPA)*— sobre el proceso de gestación de decisiones en el Ejército), páginas 139-159.

H.A. Dickerson: *Class Actions and the Military* (La acción judicial ejercida en nombre o representación de toda una clase, grupo, cuerpo o colectividad, y la esfera castrense), págs. 161-181.

* * *

NUMERO 76, primavera, 177, 193 págs.

Donald N. Zillman: *The Changing Meanings of Discretion: Evolution in the Federal Tort Claims Act* (Los cambiantes significados del término "discrecionalidad": evolución en la aplicación de la Ley federal de reclamaciones contra la Administración derivadas de actos negligentes de sus funcionarios), páginas 1-42.

John S. Cooke: *The United States Court of Military Appeals, 1975-1977: Judicializing the Military Justice System* (El Tribunal de Apelaciones Militares de los EE.UU., 1975-77: la "judicialización" de la Administración de Justicia militar), págs. 43-163. Exposición detenida de las tendencias más recientes de la jurisprudencia de dicho Tribunal, y de la trascendencia práctica de las modificaciones introducidas en la órbita de la Justicia militar por efecto de la acción revisora y de interpretación de las normas que lleva a cabo el mismo.

Norman G. Cooper: *O'Callahan Revisited: Severing the Service Connection* (De nuevo ante el "caso" O'Callahan versus Parker: la ruptura del nexo o relación entre el hecho perpetrado y el servicio), págs. 165-187.

* * *

NUMERO 77, verano, 1977, 190 págs.

David A. Schlueter: *The Enlistment Contract: A Uniform Approach* (El "contrato" de alistamiento: un enfoque uniforme), págs. 1-64.

M. Scott Magers: *A Practical Guide to Federal Civilian Employee Disciplinary Actions* (Guía práctica para la corrección en vía gubernativa de los empleados civiles de la Administración federal), págs. 65-108.

William S. Ostan: *Unionization of the Military: Some Legal and Practical Considerations* (Algunas consideraciones jurídicas y prácticas en torno a la unificación de las Fuerzas Armadas), págs. 109-142.

John Robert Cotton: *The Rights of Mercenaries as Prisoners of War* (Los derechos de los mercenarios en cuanto prisioneros de guerra), págs. 143-166.

Delry J. Gorecki: *Evidenciary Use of the Voice Spectrograph in Criminal Proceedings* (El empleo como medio de prueba del espectrógrafo acústico, en los procedimientos criminales), págs. 167-187.

* * *

Joaquín Hernández Orozco

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

The Army Lawyer, Headquarters, Department of the Army, Washington, D.C.

Número 45, septiembre, 1976.

Wayne E. Alley: *Making History as a Court Reporter* (El reportero de los Tribunales como fautor de la historia, día a día).

Joel D. Miller: *Three is Not Enough. Some Tentative Thoughts on the Number of Judges on the United States Court of Military Appeals* (Tres no son suficientes. Algunas consideraciones sobre el número de jueces que integran el Tribunal de Apelaciones Militares de los EE.UU.).

* * *

Número 46, octubre, 1976.

Charles L. Decker: *The Judge Advocate General's School's First Quarter Century-Recollections and Suggestions* (El primer cuarto de siglo de vida de la Escuela del Cuerpo Jurídico del Ejército: recuerdos y sugerencias).

* * *

Número 47, noviembre, 1976.

Richard M. O'Meara: *Official Records in AWOL Cases. Does the Exception Destroy the Rule?* (Los documentos y registros oficiales en los casos de ausencia no justificada. ¿La excepción destruye la regla?).

Edward L. Minarich: *Third Party Liability in Household Good Shipments* (La responsabilidad de terceros en el transporte de bienes del ajuar doméstico de los funcionarios militares).

* * *

Número 48, diciembre, 1976.

Gary F. Thorne: *Marihuana Dogs, Searches and Inspections-More Questions than Answers* (Perros para rastrear marihuana, registros e inspecciones: más preguntas que respuestas).

Leonard R. Piotrowski: *The Determination of Availability of Requested Individual Military Counsel* (La "disponibilidad" del Defensor militar designado por el acusado).

* * *

Número 49, enero, 1977.

Stephen H. Rovak: *The Gonzales Bill* (El proyecto de Ley 94-464, relacionado con la asistencia sanitaria de las Fuerzas Armadas y las reclamaciones por tratamiento médico inadecuado).

Donald C. Machado: *Handling Malpractice Claims* (La tramitación de las reclamaciones por tratamiento médico inadecuado).

* * *

RECENSIONES Y NOTICIAS DE LIBROS

Número 50, febrero, 1977

Penrose L. Albright: *Common Sense Preparedness* (La preparación de los auditores de la reserva).

Glenn E. Monroe: *Government Contracts Costs: An Introduction* (El estudio de los costes en la contratación administrativa).

* * *

Número 51, marzo, 1977.

Thomas M. Strassburg: *Holding the King Accountable. A New Era of Judicial Review?* (La "responsabilidad del soberano": ¿una nueva época de la revisión judicial de los actos de la Administración militar?)

Gary F. Thorne: *Video Tapes and the Law. An Update* (Las cintas de "video" en el proceso penal militar).

Leonard R. Piotrowski: *The Right to Counsel at a Summary Court-Martial* (El derecho a designar Defensor para ante un Consejo de Guerra sumario)

* * *

Número 52, abril, 1977.

Herbert J. Green: *Lesser Included Offenses in Drug Cases* (El concurso real de infracciones más leves en los casos de tráfico de drogas).

* * *

Número 53, mayo, 1977.

Paul B. Haseman: *Buy American Act. Manufactured in the United States* (La Ley sobre preferencia de adquisición de productos norteamericanos. El requisito de "fabricación en los Estados Unidos").

William O. Miller: *Military Justice Supervision-TJAC or COMA?* (La supervisión de la Justicia militar).

* * *

Joaquín Hernández Orozco

Legislación y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

A. JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO SUPREMO DE JUSTICIA MILITAR

1. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO: DETERMINACION EN CASO DE EXISTENCIA DE SEGURO OBLIGATORIO.

Preceptos citados: C.P. 19, 22, 101.— C.J.M.: 206,
1.062.— Ley de 24-12-62: 39, 31.— D-L 3-10-64.—
D-L 22-3-65.— D 6-5-65.— Texto refundido 21-3-68.—

Sentencia de 28 de Enero de 1976 (sexta Región Militar)
El Policía Armado inculpado V.H.J. el día 31 de Marzo de 1972, conducía, prestando servicio para la Policía Gubernativa, el automóvil PMM por la ciudad de San Sebastián, a una velocidad aproximada a los 30 km por hora; y, al acercarse al Puente de Santa Catalina, donde el semáforo, en aquel momento con luz roja, exigía la detención y ante el cual estaba parado el turismo SS propiedad de Don J.G.E., que lo conducía, demoró la utilización del mecanismo de frenado, pese a encontrarse la calzada mojada por la lluvia, hasta un punto y momento en que ya no pudo evitar el choque contra el citado turismo, causando con él daños cuya reparación importó 11.331 pesetas, y en el oficial 5.400 pesetas. *Juez T:* Falta de imprudencia simple, sin infracción de reglamentos, art. 600 C.P.; multa de 500 pesetas sustituible por un día de arresto.— *Auditor* Aprobación.— *Capitán General:* Disintió por disconformidad con la declaración sobre responsabilidades civiles, en los términos a que se alude en los considerandos. *C.S.J.M.:* Confirma la sentencia, razonando:

Que aprobada la Sentencia por la Autoridad Judicial, en cuanto a sus pronunciamientos principales, la disconformidad

se centra en que el Juez Togado y el Auditor estiman como titular responsable civil con carácter principal al autor de la falta cometida, es decir al inculpado, con responsabilidad civil subsidiaria del Estado en caso de insolvencia del aquel por la cantidad señalada de 11.331 pts. en favor, del paisano perjudicado, todo ello conforme al contenido de los arts. 19, 22 y 101 C.P., en tanto que el Capitán General de la Región, considera se debió condenar al Estado como responsable civil directo de los daños causados al paisano, soportando asimismo aquél los gastos de reparación del vehículo militar, apoyando su tesis en que al establecer el art. 31, 17, 12, 64, 206 y 1062 CJM, para la declaración y efectividad por la Jurisdicción Militar de la responsabilidad exigible al Estado, ha de entenderse también la exclusión, a estos efectos, del art. 22 C.P., cuyo contenido estima idéntico al 206 CJM, y cuya finalidad es, a su parecer, la misma (CONSID° I).

Que es norma de Derecho consagrada por el art. 19 C.P., que toda persona responsable criminalmente de un delito o falta lo es también civilmente y en idénticos términos se expresa el art. 202 CJM, y que esta responsabilidad obliga a restituir, reparar el daño causado e indemnizar los perjuicios ocasionados en los términos y extensión que se fijan en los arts. 101 y SS. del mismo Cuerpo legal; que la Ley núm. 122, de 24 - 12 - 1962 sobre uso y circulación de vehículos de motor, promulgada ante la situación creada por el constante aumento del tráfico, con sus secuelas de accidentes, número de víctimas y daños materiales, dispuso, de acuerdo con el principio anterior, que el conductor de un vehículo de motor que con motivo de la circulación ocasionase daños a las personas o a las cosas, estará obligado a reparar el mal causado, declaración que se recoge en idénticos términos en el art. 1.° del texto refundido de dicha Ley de 21 - 3 - 1968; que por dicha Ley se estableció un sistema de responsabilidad civil y Seguro Obligatorio que abarcaba tanto los daños a las personas como a las cosas, si bien la puesta en práctica de aquel Seguro en toda su extensión fue aplazado por motivos de orden económico en virtud D.L. de 22 - 3 - 65 que estableció en su art. 2.° quedaba en suspenso el sistema de responsabilidad civil y Seguro Obligatorio por lo que respecta a los daños en las cosas, determinándose posteriormente por D. de 6 - 5 - 65, por el que se adapta la Ley de Uso y Circulación de Vehículos de Motor, y el Reglamento del Seguro Obligatorio al Decreto-Ley antes citado, que de conformidad con lo dispuesto en dicho Decreto-Ley la obligación de reparar el mal causado impuesta por el art. 39 de la L. de 24 - 12 - 1962 hoy art. 1.° del texto refundido de 21 - 3 - 68, se entenderá referida sólo al daño en las personas, disponiéndose a continuación en el núm. 2.° del art. 1.° que

“la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor por daños a las cosas, o por daños corporales, en cuanto estos últimos no están comprendidos en el ámbito de cobertura del Seguro Obligatorio, se regirá por las disposiciones de la Legislación común civil y penal”; que el Decreto-Ley 18 de 3 - 10 - 64 por el que se organizó el Fondo Nacional de Garantía de Riesgos de la Circulación, dispuso en su art. 3.º que dicho Fondo desempeñaría las siguientes funciones: a) cubrir, en las condiciones que se establezca las obligaciones derivadas de la responsabilidad civil del Estado, de sus órganos autónomos y de las Corporaciones locales por razón de la circulación de sus vehículos, y el Reglamento del Seguro Obligatorio de responsabilidad civil derivada del uso y circulación de vehículos de motor, aprobado por D. 19 - 11 - 64, previene en el apartado segundo de su art. 3.º que, “el Estado, los Organismos Autónomos y las Corporaciones Locales, para el cumplimiento de las obligaciones que se deriven del uso y circulación de los vehículos de su propiedad, formarán una Comunidad de riesgos, regida por el Fondo Nacional de Garantía del Riesgo de la Circulación del que obtendrán un “Certificado de Seguro”, para cada uno de sus vehículos, sea cual fuere el órgano de la Administración a que estuvieran adscritos y el uso a que estén destinados” (CONSIDº II).

Que a la vista de estos preceptos es evidente que si bien la Ley 122/1962 sobre Uso y Circulación de Vehículos de Motor y Texto refundido de la misma de 21 - 3 - 1968 desarrollan un dispositivo destinado a reparar, en todo caso, los daños a las personas y a las cosas con motivo o función del riesgo que implican la circulación, mediante la creación de un Seguro Obligatorio de responsabilidad civil, que cubra cualquier clase de daños causados por el vehículo, esta cobertura legal quedó limitada exclusivamente a los daños causados en las personas según se estableció en los arts. 1.º y 2.º del D.L. 22 - 3 - 65 que deja en suspenso el sistema de responsabilidad civil y Seguro Obligatorio establecido en la expresada Ley por lo que respecta a los daños producidos en las cosas, hasta que el Gobierno acuerde lo procedente para su aplicación; así pues, el Estado no ostenta el carácter de asegurador obligatorio en cuanto a este tipo de daños, por lo que la responsabilidad civil derivada de los mismos no se le puede imputar de manera directa con arreglo a la legislación reguladora del automóvil, sino en forma subsidiaria y conforme a los preceptos de la legislación común, contenida, en este caso, en los arts. 19, 22 y 101 C.P., cuya vigencia, a estos efectos, no ha sido modificada, pues el hecho de que el art. 31, establezca la no aplicación de lo dispuesto en los arts. 206 y 1062 CJM, para la declaración de efectividad por la Jurisdicción militar de la responsabilidad civil exi-

gible al Estado, sin determinar el carácter directo o subsidiario de la misma, no quiere decir que queden sin efecto y derogados los arts. 22 y concordantes del C.P., basándose simplemente en que tengan un contenido semejante a los arts. del CJM antes citados. Por ello en tanto no se establezca legalmente la responsabilidad directa del Estado como asegurador obligatorio en cuanto a los daños ocasionados en las cosas con motivo y ocasión de la circulación de sus propios vehículos, es imposible que tenga vigencia, en este ámbito, el art. 31 del D. 4101/1964 y es forzosa la aplicación estricta del art. 22 C.P., vigente en todo su contenido, como lo está también en aquellos casos en que se originan, con motivo del accidente, daños a las personas, pues no es misión del Fondo de Garantía la de complementar las situaciones de infraseguro, es decir, aquellos supuestos en que la indemnización real sea superior a los límites del Seguro Obligatorio, sino que los excesos sobre el mínimo señalado en la Ley, han de atenderse acudiendo al sistema general vigente, dirigiéndose, por la diferencia no atendida, contra el responsable directo o subsidiario en su caso, de donde se infiere que fue correcto, por tanto, el pronunciamiento que sobre responsabilidad civil se hace en la Sentencia por el Juez Togado al declarar responsable directo al imputado, y para caso de insolvencia, subsidiariamente al Estado, aplicando para ello las normas de Derecho común que son las que rigen en el presente caso, según se ha razonado y tiene declarado esta Sala en Sentencia reciente de fecha 5 - XI - 75, por lo que se estima carece de fundamento legal la discrepancia mantenida en su diseno por el Capitán General de la Sexta Región Militar. (CONSID^o III).

2. HOMICIDIO.— ABUSO DE SUPERIORIDAD.— DESPRECIO DE SEXO

Preceptos citados: C.J.M: 787, 799.— C.P. 9.º - 1.ª y 9.ª. 10-16, 407.

SENTENCIA DE 29 DE ENERO DE 1976 (Sexta Región Militar). El Policía Armado A.S.C., sobre las 19 horas del día de autos, vió en la parada del autobús de la línea de Baracaldo a Portugalete existente en la gasolinera de Sestao, a la Señorita Doña F.S.M., soltera, de 26 años de edad, y con la que varios meses antes venía sosteniendo relaciones de noviazgo, pero en los dos últimos meses dichas relaciones eran muy frías y tirantes por negativa de ésta; y suponiendo que iría al club de Baile T, se

apeo del autobús y se dirigió a dicha Sala hallando en ella a la referida señorita, acercándose la invitó a bailar, negándose ella como igualmente a tomar una copa y diciéndole que se marchara y la dejara en paz, insistiendo el procesado para tratar de arreglar las cosas, teniendo aquella que recurrir al camarero para que la dejara de molestar, motivando que se marchara incluso del local; se dirigió entonces el procesado hacia su domicilio de Baracaldo, al que llegó sobre las 21 horas, entrando en su habitación y saliendo poco después, dejando escrita la siguiente nota: "Madre y hermanos os llevo en el alma, adios, rezad por mi, me mato por F., porque nos queremos los dos pero sin saberlo nadie"; regresa al citado Club de Baile y localiza de nuevo a F. regresando los dos a Baracaldo en el mismo autobús pero sin dirigirse la palabra, apeándose en la parada Venta del Gallo, siendo sobre las 21,50 horas, abordándola cuando pretendía entrar en la academia E en donde daba clases, volviendo a decirle que por favor se marchara y la dejase en paz, no accediendo por lo que tuvo que desistir de entrar en el referido centro, saliendo de nuevo a la calle caminando por la calle Chávarri porfiando el procesado en acompañarla, viéndose obligada la víctima a recurrir a una pareja de Guardias Municipales quienes rogaron al procesado que no la molestase y se marchara, lo que aprovechó aquella para seguir sola hacia su casa por la calle la Iberia, haciéndolo el procesado por la calle Chavarri adelantándose y llegando al domicilio de aquella en la calle A. (Sestao), apostándose sobre los muros del mercado de la Plaza de San Pedro y cuando sobre las 22,45 llegó F. de nuevo le salió al paso, volviendo a insistir la víctima en que se marchara y la dejase en paz, y abriendo la puerta de entrada al portal fue empujada hacia su interior por el procesado y una vez que lo hubo conseguido sacó la pistola marca "Star" calibre 9 m/m corto que tenía asignada para el servicio, y sin dar mas posibilidades que decir "socorro" disparó tres tiros a quemarropa causándole heridas de tal naturaleza que produjeron su muerte pocas horas después en el Sanatorio de Cruces de Baracaldo, saliendo huyendo con la pistola en la mano, y siendo detenido a las 23,15 horas en la calle Chávarri por los Guardias Municipales que poco antes habían intervenido para que la dejara en paz. Unos instantes antes había llamado por teléfono al Cuartel de los Fueros de la Policía Armada dando cuenta del hecho y del lugar donde se hallaba, solicitando lo fueran a buscar. Como consecuencia de la muerte se originaron gastos de asistencia y enterramiento por importe de 38.476 pesetas. *C. de G Ordinario*: Delito consumado de asesinato, art 406 primero, 1.º, con la atenuante de arrepentimiento espontáneo, art. 9.º - 9.ª, condenó a 20 años y un día de R.M. - *Capitán General*: De conformidad con el

Auditor y aceptando los hechos de la sentencia, disintió por entender que debieron calificarse como delito de homicidio, art. 407, con la agravante de abuso de superioridad art. 10 - 8.^a y la atenuante de arrepentimiento espontáneo art. 9.^o - 9.^a debiendo imponerse la pena de R.m. *Fiscal T*: 20 años de reclusión menor por delito de homicidio, con las circunstancias invocadas en el disentimiento y la agravante de desprecio de sexo, art. 10 - 16.— *C.S.J.M.*: Revoca la sentencia, dictando otra en los términos del disentimiento en base a:

Que la cuestión fundamental que ha de resolver esta Sala en en el presente disentimiento es la relativa a la apreciación por parte del Consejo de Guerra de la circunstancia agravante de alevosía, con cuya estimación muestran su disconformidad, tanto el Auditor como el Capitán General de la Sexta Región y también el Fiscal Togado de este Consejo Supremo, quienes sostienen que en su lugar debe apreciarse la agravante de abuso de superioridad prevista en el número ocho del artículo diez del Código Penal (CONSID^o I).

Que los hechos que se describen en el Resultado fáctico de la Sentencia disentida, que esta Sala ha de respetar por imperativo de lo preceptuado en los arts. 787 y 799 CJM, constituyen e integran un delito de homicidio simple previsto y penado en el art. 407 CP., del que hay que considerar autor al procesado ASC, por su participación directa y voluntaria en su comisión, sin que pueda apreciarse la agravante de alevosía al no aparecer probado, como sería necesario para su aplicación, que el agente hubiere buscado consciente e intencionalmente el modo empleado en su ejecución para anular o disminuir el peligro que podía representar la reacción del ofendido, riesgo que sin duda no fue tenido en cuenta, siendo en cambio procedente estimar la concurrencia de la circunstancia de abuso de superioridad o empleo de medio que debilite la defensa, tipificada en el núm. 8 del art. 10 C.P., y considerada por la doctrina y por la jurisprudencia del T.S. como una alevosía de menor o de segundo grado o circunstancia intermedia entre la conducta norma, y la aleve y que consiste fundamentalmente en aprovecharse de un desequilibrio de poderes o notoria desproporción de fuerzas existentes en favor del agresor, pero sin la finalidad de evitar el riesgo, requisitos que concurrieron notoriamente en el caso de autos, no solo por la condición de mujer de la víctima, sino por la forma rápida e inopinada de la agresión, que impidió una cumplida defensa (CONSID^o II).

Que conforme a reiterada Jurisprudencia del T.S., contenida, entre otras, en SS 10 - 6 - 75, 2 - 4 - 74, 8 - 2 y 20 - 12 - 73, en materia de circunstancias modificativas de la responsabilidad crimi-

nal es ya cuerpo de doctrina la afirmación de que unos mismos hechos no pueden dar base fáctica para construir distintas circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, pues si su realidad y esencia sirvieron para construir una de ellas, no pueden volverse a tomar para integrar otra, pues su contenido queda absorbido y extinguido en la primera que la tomó en consideración y en aplicación de esa doctrina debe rechazarse la tesis del Fiscal Togado sobre la concurrencia de la agravante del núm. 16 del art. 10 C.P., consistente en el desprecio del respeto que por su sexo merece la persona ofendida, ya que precisamente la diferencia de sexo ha sido el hecho fundamental determinante de la agravante apreciada de abuso de superioridad (CONSID° III).

Que partiendo de la doctrina jurisprudencial constante que exige que para que las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal se puedan estimar o aplicar es preciso que estén tan acreditadas y probadas como el hecho delictivo mismo, sin que sea lícito presumirlas o inducirlas de otros hechos no recogidos en la narración histórica de la Sentencia, doctrina contenida, entre otras, en SS 10 y 21 - 6 - 75, y a cuyo amparo hay que desestimar la apreciación de la circunstancia atenuante del núm. 1.° del art. 9.° C.P., invocada por la Defensa del procesado. (CONSID° IV).

Que concurre, en cambio, y es de apreciar la circunstancia atenuante 9.ª del art. 9.° C.P., por haber procedido el culpable, antes de conocer la apertura del procedimiento judicial y por impulsos de arrepentimiento espontáneo a confesar a las Autoridades la infracción. (CONSID° V).

3. INSULTO A FUERZA ARMADA.— INTERVENCIÓN DEL FISCAL JURÍDICO MILITAR.— EMBRIAGUEZ.— BLASFEMIA.— LA EMBRIAGUEZ NO PUEDE INTEGRAR ATENUANTE CALIFICADA COMO EXIMENTE INCOMPLETA PARA UN MILITAR.

Preceptos citados: C.J.M.: 185-1, 186, 189-2, 311, 312, 446. 145, 146; C.P.: 91, 567; L. 8-3-41: 18

SENTENCIA DE 4 DE FEBRERO DE 1976 (I Región Militar). Que el procesado, Legionario J.Q.C., en la madrugada del 15 - 8 - 1974, se encontraba tumbado en una acera en un estado de embriaguez tal que le disminuía muy fuertemente sus facultades volitivas e intelectivas, por lo que al pasar por allí los Policías Armados S.S.G., O.C.P. y M.M.C., que se encontraban en servicio de patrulla y vistiendo el uniforme propio de su Institu-

to, al verlo en dicha situación y los pantalones y la camisa del uniforme desabrochados le requirieron para que se identificara, contestando el procesado, debido a su estado, diciéndoles "sois unos cabrones y unos hijos de puta" y "a mi no me tocan los güris", y algunas palabras blasfemias, ante cuya actitud los Policías le requirieron para que les acompañara a la comisaría y en cuyo momento el procesado se abalanzó sobre ellos dándoles patadas y produciendo a los tres Policías actuantes lesiones que solo necesitaron de la primera cura facultativa, logrando al fin entre los tres reducirle e introducirle en el vehículo de servicio.

C. de G Ordinario: Delito de insulto de obra a Fuerza Armada, art. 308, en relación con 312 C.J.M. y art. 18 Ley 8-3-41, falta leve incidental de 1.^a embriaguez, no estando de servicio art. 446 C.J.M. y falta de blasfemia art. 567 C.P., con la atenuante calificada 189 - 2.^a en relación con 185 - 1.^a C.J.M. de trastorno mental transitorio por embriaguez en que se encontraba el procesado, al que condenó a tres meses y un día de a.mil., 1 mes de a. mil. y un día de a.m. y multa de 300 pesetas.-- *Auditor:* Disintió, pues aceptando el relato de hechos y la calificación Jurídica del delito perseguido y de las faltas, discrepó sobre la atenuante calificada acogida por el Consejo, ya que el estado de embriaguez para entrar en juego como atenuante es excluida por el art. 186, C.J.M., proponiendo en definitiva que se condenase al procesado, por el delito calificado, a la pena de seis meses y un día de p.mil.-- *Capitán General:* De conformidad con el Auditor, disentiendo.-- *Fiscal T:* Conforme con el disenso. C.S.J.M.. Dicta sentencia aceptando la tesis discrepante de la Autoridad Judicial en base a los siguientes considerandos:

Que en la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones legales correspondientes y no se advierten defectos ni omisiones que afecten a su validez, pues aún cuando el delito perseguido de insulto a fuerza armada es militar y la propia condición ostenta el encartado, lo que hubiera exigido normalmente la intervención del Fiscal Militar, como quiera que al elevarse la causa a plenario se calificó el presunto delito como de atentado a Agentes de la Autoridad, que se de naturaleza común, se hizo con ello entrar en juego al art. 146 CJM, y no el 145, dándose paso, en consecuencia, a la intervención del Fiscal Jurídico Militar que arrastró mas adelante la del Fiscal Togado de este Consejo Supremo por imperativo de lo dispuesto en el párrafo 2.º del art. 126 CJM. (CONSIDº I).

Que los hechos que el Consejo de Guerra hubo de declarar probados y que se transcriben en el Primer Resultando de esta Sentencia, son reflejo adecuado de las actuaciones, sin que el Consejo al apreciar en conciencia las pruebas con arreglo a su

racional criterio haya incurrido en error notorio que pueda invalidar su declaración de probanza, a cuyos términos había de estarse forzosamente sin que pueda ser impugnada por meras apreciaciones personales, como pretende el Defensor. (CONSID^o II).

Que el Consejo de Guerra obró con arreglo a derecho al calificar el delito perseguido como delito consumado de insulto a fuerza armada, previsto y penado en el n.º 3 del art. 308 CJM, pues en efecto hubo maltrato de obra a unos Policías Armados que vestían sus uniformes reglamentarios y prestaban servicio propio de su Instituto, por lo que a tenor de lo dispuesto en el art. 312 CJM y el 18 de la L. 8 - 3 - 41, hay que reconocerles la expresada consideración de "fuerza armada", absorbiendo, por otra parte, el referido maltrato de obra los insultos de palabra que se produjeron, toda vez que el art. 311 CJM que los contempla sólo tiene carácter residual y por tanto únicamente opera en defecto de la tipificación efectuada en los arts. que inmediatamente le preceden. (CONSID^o III).

Que igualmente son ajustados a derecho los pronunciamientos de la sentencia del Consejo de Guerra sobre calificación de las dos faltas incidentales apreciadas, una de primera embriaguez no estando de servicio, del art. 446 CJM y otra de blasfemia del art. 567 C.P., así como los relativos a declaración de autoría, abono de prisión preventiva y no exigencia de responsabilidades civiles. (CONSID^o IV).

Que el Consejo de Guerra incidió, en cambio, en error de derecho al apreciar la circunstancia atenuante calificada del núm. 2 del art. 189 en relación con el núm. 1 del 185, ambos del CJM, pues para haberla podido estimar no sólo hubiera sido precisa una acusada disminución de razón en el sujeto, sino que ésta hubiese surgido por alguna causa morbosa no provocada, y en la declaración de hechos probados, si bien se reconoce que las facultades volitivas e intelectivas del procesado estaban muy disminuídas, se admite rotundamente que ello era debido a su estado de embriaguez, que no se declaró como casual o fortuita porque evidentemente no lo fue, dándose de esa forma valor atenuatorio a la embriaguez, contra la expresa prohibición del último inciso del art. 186 CJM, según tiene reiteradamente declarado esta Sala en SS de 8 - 2 - 61, 11 - 1 - 46 y 6 y 21 - 1 - 69 entre otras (CONSID^o V).

Que tampoco son de apreciar otras circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como la eximente de legítima defensa alegada por el Defensor, porque no hubo en ningún momento agresión por parte de los Policías maltratados y en consecuencia difícilmente podían concurrir los requisitos exigidos para la causa de justificación invocada, como igualmente carece

de todo fundamento la atenuante calificada del num. 3 del art. 189, también estimada por la Defensa, ya que en los hechos de autos no hubo por parte de los agredidos ningún abuso de autoridad ni de facultades. (CONSID^o VI).

Que en la sentencia del Consejo de Guerra, al penar la falta de blasfemia apreciada, se hizo caso omiso de la prevención contenida en el art. 91 C.P., sobre declaración de responsabilidad personal subsidiaria para el supuesto de insatisfacción de la multa impuesta, cuando es el Tribunal el que debe establecerla según su prudente arbitrio y sin rebasar los límites máximos señalados en el mencionado art. (CONSID^o VII).

4. DELITO CONTRA EL HONOR MILITAR.— LIBRE APRECIACION DE LA PRUEBA POR EL CONSEJO.— AGRAVANTE DE DESPRECIO DE EDAD DEL OFENDIDO.

Preceptos citados: C.J.M.: 187-14, 352, 787, 799.

SENTENCIA DE 17 de MARZO DE 1976 (IX Región Militar). En la tarde del día 10 de Marzo de 1974, el Teniente de la Escala Auxiliar, Don F.M.G. decidió entrar en el cine H., de la Plaza de A., para asistir a la proyección de una película. Ya en el interior de la sala, se acomodó en una butaca, junto a un joven, al que no conocía, llamado F.J. de 13 años, que presenciaba la proyección acompañado de otros jóvenes, primos del mismo, aproximadamente de su edad. Desarrollándose el pase de la película, el Oficial procesado preguntó al citado joven si faltaba mucho para finalizar aquella: ofreciéndole después un chicle, que el joven aceptó, al propio tiempo, sin dejar el procesado de conversar con el referido joven, comenzó a tocarle en la pierna izquierda, aproximadamente a la altura de la ingle, presionando a la vez sobre la misma. A continuación el repetido procesado preguntó al chico que si le acompañaba a los aseos, y por creer éste que aquel ignoraba donde se encontraban, se dispuso a acompañarlo hasta dichos servicios, siguiendo en su marcha el joven al procesado, penetrando éste en el interior de los urinarios, quedando el chico fuera. Sucedió entonces que el Teniente M. instó al joven para que entrase, a lo que accedió el mismo. Momento que aprovechó aquél, que se dispuso a orinar, para cojer la mano al repetido joven y tratar que éste le tocase sus órganos genitales, lo que en definitiva no se consumó pues el portero del Cinema penetró de improviso en los urinarios y sorprendió al Oficial inculpado en la expresada actitud. C. de G: De Oficiales

Generales: condenó al procesado a la pena de 7 meses de p. mil., con la accesoria de separación del servicio, como autor, de un delito contra el honor militar del art. 352 C.J.M. con la agravante de reiteración del art. 187-14. *Capitán General:* de acuerdo con el Auditor mostró su conformidad con la sentencia, elevándola al Consejo Supremo con propuesta de aprobación.— *Fiscal M:* aprobación.— *Defensa:* Absolución por estimar que no se halla probado la comisión del delito.— *C.S.J.M.:* Aprueba la sentencia del tribunal inferior, y establece.

Que siendo facultad del Consejo de Guerra, según previene el art. 787 CJM, apreciar en conjunto y con arreglo a su racional criterio las pruebas practicadas, el notorio error que exige el art. 799 del propio texto legal para disentir de esa apreciación —invocado por la defensa en el acto de la vista ante la Sala— requiere una discrepancia evidente entre los que aquél sentó como ciertos y los que resultan del contenido de las actuaciones y como quiera que del examen conjunto de las pruebas aportadas en autos, es lícito llegar a las afirmaciones sentadas por los juzgadores sin que pueda decirse que estén en contradicción con la realidad procesal, es obligado respetar la declaración de probanza en los mismos términos que se formula en la sentencia consultada. (CONSID° I).

Que en cuanto el Oficial procesado DON F.M.G. llegó a efecto con persona menor de su mismo sexo el acto deshonesto descrito en el primer Resultando de esta sentencia, tal conducta es constitutiva, como acertadamente se calificó por el Tribunal sentenciador, de un delito contra el honor militar previsto y penado en el art. 352 CJM, para cuya consumación basta con que se inicie el acto libidinoso, independientemente de cuáles sean sus consecuencias finales, según se ha puesto de manifiesto reiteradamente en la jurisprudencia de esta Sala de Justicia y concretamente la S de 20 - 5 - 75, siendo de apreciar en este caso la circunstancia agravante que recoge el núm. 14 del art. 187 CJM, por ser ejecutado el hecho enjuiciado con ofensa del respeto que por su edad merecía el ofendido. (CONSID° II).

5. IMPRUDENCIA.— LA PENA INFERIOR A LA DE ARRESTO MAYOR Y MULTA, ES LA DE ARRESTO MAYOR.

Preceptos citados: C.P. 420-4.°, 563, 565.— C. Circ: 5, 22, 25, 170.

SENTENCIA DE 30 DE MARZO de 1976 (I Región Militar).
El soldado A. L.E.P., conducía el turismo E.T. 52.082, provisto de la correspondiente autorización que le habilitaba legalmente

para ello y en acto de servicio reglamentariamente ordenado, por la carretera de Madrid a Irún, en sentido a la primera de dichas ciudades y en su confluencia con la carretera de Madrid a Colmenar Viejo, no respetó la señal de "Ceda el paso" allí existente, colisionando con el furgón M. que circulaba por la vía preferente, conducido por E.C.C. al que acompañaba el también paisano Don M.G.B., resultando ambos ilesos, vehículo éste propiedad de Don M.C.T., ocasionándose con motivo de la colisión, el soldado conductor, lesiones de las que tardó en curar 21 días ascendiendo los gastos de asistencia sanitaria a 22.517 pesetas, y originándose también lesiones el soldado que le acompañaba J.L.C.O. causando 6 estancias hospitalarias y sesenta y nueve días de tratamiento ambulatorio, originando gastos por importe de 3.483 pesetas. Los daños causados en el E.T. 52.082 fueron pericialmente tasados en 65.000 pesetas y los del furgón con el que colisionó en 16.261 pesetas. *Juez T:* Delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos, art. 565 - 2.º C.P., en relación con arts. 25-e, 5-a y 170-f y 22 C-circ., que de mayor malicia constituirían delito de lesiones del art. 420-4.º y daños del art. 563 C.P., pena de multa de 5.000 pts sustituible por 16 días de arresto, privación del permiso de conducir por tres meses y un día.— *Capitán General:* de acuerdo con el *Auditor* y aceptando la relación de hechos y la calificación Jurídica, disintió en cuanto a la pena impuesta proponiendo que se sustituya por la de un mes y un día de arresto mayor.— *Fiscal T:* De acuerdo con el disentimiento.— *Defensa:* aprobación de la sentencia.— *C.S.J.M.:* revoca e impone las penas propuestas en el disentimiento, razonado como sigue:

Que el disentimiento promovido por el Capitán General, de acuerdo con su Auditor, afecta esencialmente a el dicho Juez Togado incurrió en su Sentencia en notorio error de Derecho al imponer al inculpado A.L.E.P. la pena de 5.000 pts. de multa por el delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos previsto con el art. 565 - 2.º C.P., en relación con los arts. 25-e, 5-z y 170 f- C. Circulación, que de mediar malicia constituiría delito de lesiones del art. 420-4.º C.P., y dos delitos de daños del art. 563 C.P., en lugar de la de arresto mayor, que a juicio de dicha Autoridad Judicial, es la que legalmente corresponde, criterio con el que coincide el Fiscal Togado de este Consejo Supremo de Justicia Militar, centrándose por tanto, el disenso fundamentalmente en la penalidad aplicable a aquel delito, ya que en relación con los demás pronunciamientos estima dicha Autoridad Judicial, deben respetarse por cuanto fueron dictados conforme a Derecho. (CONSIDº I).

Que los hechos que se declaran probados en el Primer Resul-

tando de esta nuestra Sentencia, que en esencia corresponden a los del primer Resultando de la del Juez Togado, con escasas variantes en su redacción que no afectan al relato que de los mismos se hacen en aquella y que sirvieron de base para la tipificación del delito enjuiciado y condena subsiguiente, son legalmente constitutivos de un delito consumado de imprudencia simple con infracción de Reglamentos previsto y penado en el art. 565 C.P., en relación con los arts. 25-e, 5-z y 170-f-1-22 C. Circ., que de mediar malicia constituiría un delito de lesiones del art. 420-4 C.P., y dos delitos de daños del art. 563 C.P., ya que la imprudencia punible, según con reiteración tiene establecido la doctrina del Tribunal Supremo y de esta Sala de Justicia, exige tres elementos esenciales: una acción u omisión voluntaria, no maliciosa, un mal efectivo y concreto y relación de causa a efecto, cuyos elementos están con precisión delineados en el relato fáctico de la Sentencia del Juez Togado, pues el inculpado encontró el rótulo de "Ceda el Paso" en la carretera por donde circulaba en su confluencia con la de Madrid a Colmenar Viejo y a pesar de lo cual continuó su marcha, sin respetar, además, la presencia del otro vehículo que circulaba reglamentariamente, originándose así la colisión con resultado de lesiones en las personas y daños en las cosas causados por la voluntaria y doble omisión de ceder el paso que lo imponía el cartel indicador que no acató y el art. 25-d del C. Circ. que dejó incumplido. (CONSID° II).

Que del delito que se tipifica en el Considerando anterior es responsable en concepto de autor el inculpado soldado A.L.E.P. por su participación material, directa y voluntaria en los hechos a tenor de lo dispuesto en el núm. 1.° del art. 12 y núm. 1.° del art. 14 C.P., sin que concurren ni sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad Penal. (CONSID° III).

Que sobre la base de la aceptada calificación jurídica del hecho perseguido y responsabilidad penal de su autor queda por determinar la penalidad imponible al mismo, a cuyo extremo se contrae exclusivamente el disenso planteado, y a este respecto es obligado tener en cuenta que si bien el Tribunal Supremo en varias de sus sentencias, entre otras, las de 2 y 22-II y 16-X-67, 7-X-70 y 20-I-72, 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 las 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 21 de Marzo y 31 de Octubre de 1956; la de 3 de Octubre de 1962, las de 8 de abril y 6 de Octubre de 1969 y la de 15 de abril de 1972, se han 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 8-IV-69, cuando dice que es así, entre 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 benevolamente que las otras al no llevar estas 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 solo hecho de que una se haya producido por medio de vehículo y las otras no, ya que las primeras solo se podían 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 citadas en último lugar que las contradictorias del mismo Tribunal citadas anteriormente, por lo que debe afirmarse se incurrió en error de derecho en la Sentencia del Juez Togado al señalar la pena por indebida aplicación del párrafo 4.º del repetido art. 565 C.P., según acertadamente razona en su disenso el Capitán General de la Región, de acuerdo con su Auditor, y sostiene también el Fiscal Togado, toda vez que estando castigado el delito doloso de lesiones previsto en el núm. 4.º del art. 420 de dicho Código, con la pena de Arresto Mayor y multa de 5.000 pts., es decir, con penalidad superior a la señalada al delito culposo que se aprecia sancionado en el párrafo 2.º del citado art. 565, con la pena de arresto mayor, deberá imponerse ésta en la extensión que se estime justa, interpretación ésta que constantemente ha sido dada al problema que estudia esta Sala cuantas veces ha tenido que resolver sobre el mismo, según resulta, entre otras Sentencias, de las de 10-X-69, 17-VI y 16-XII-70 y 17-X y 21-XI-73, entre otras. (CONSID.º IV).

6. IMPRUDENCIA: LIMITE DIFERENCIAL TEORICO ENTRE LA TEMERARIA Y LA SIMPLE CON INFRACCION DE REGLAMENTOS.— LIBRE ARBITRIO DEL TRIBUNAL EN LA FIJACION DE INDEMNIZACION.— ES COMPATIBLE CON ELLA LA PENSION PROVISIONAL, PERO DEDUCIBLE LA PENSION DE ASISTENCIA PERSONAL.

Preceptos citados: C.P.: 103, 104, 565-1.— L 21-3-68: 5... D 19-11-64: 23, 29.

SENTENCIA DE 30 DE MARZO DE 1976 (V Región Militar). Que el inculpado Cabo Primero J.L.S., que con anterioridad a los hechos de autos fue ejecutoriamente condenado como autor de un delito de imprudencia punible, sobre las 3 horas del día 6 de Enero de 1974, de noche, conducía legalmente habilitado y con la debida autorización de su propietario y padre del inculpado, el Seat 600, matrícula Z... y circulando el inculpado con el referenciado coche por la carretera de Encinacorta a Cariñena, en dirección de ésta última localidad, al llegar al punto kilométrico 1,400 aproximadamente, de dicha carretera, en cuyo lugar existe un puente sobre la vía del ferrocarril precedido de un tramo descendente y una ligera rampa ascendente, inmediata al puente, con curva a la izquierda en el sentido de la marcha del inculpado, y con otro tramo que describe curva a la derecha en el mismo sentido existiendo a unos setenta metros antes de la llegada del puente, en la misma dirección que llevaba el inculpado, la señalización de curva peligrosa izquierda --derecha, por circular el inculpado a velocidad no acreditada concretamente, pero muy superior a la que permitían las citadas condiciones peligrosas de la carretera, aumentadas por el estado mojado de la calzada, al tomar la primera curva a la izquierda, vino a colisionar con la barandilla de dicho puente, en la que produjo desperfectos valorados en 1.500 pesetas, dejando antes de esta colisión una huella de frenada de unos 20 metros y tras dejar, igualmente, señales de rozadura en dicha barandilla en una longitud de 6 metros, dejando también señales después de rebasado el puente y en el lado izquierdo opuesto de la vía, en el sentido de la marcha del inculpado, señales de frenada o derrape en una longitud de unos 14 metros, cayendo posteriormente por un terraplén por el dicho lado izquierdo de cuya base quedó a unos 23 metros arrancando varias cepas de viñedo sobre el que cayó, cuyo propietario ha renunciado expresamente a toda indemnización por razón de dichos daños, quedando el coche con las ruedas hacia arriba, y en orientación opuesta al sentido de la marcha que llevaba, produciéndose daños en dicho vehículo,

no valorados parcialmente, pero en razón de lo cuantioso de los desperfectos, desde luego superiores a 5.000 pesetas, a cuya indemnización también ha renunciado su propietario, padre del inculpado. Como consecuencia el inculpado se produjo lesiones de las que curó a los 45 días. En el vehículo viajaban también T. y R.G.L., esta última de 18 años de edad, sufriendo aquel lesiones de las que curó a los 42 días durante los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, resultando igualmente con gravísimas lesiones su citada hermana R., soltera, que le produjeron una tetraplejía de resultados irreversibles, que le priva prácticamente de movimientos, ya que las espectativas de su rehabilitación no exceden de que pueda llegar a mantenerse sentada, quedando igualmente privada de su función sexual, y exigiendo de por vida la asistencia de otras personas y periódicos cuidados médicos, posiblemente clínicos y hospitalarios, habiendo sido la lesionada asistida en la Residencia Sanitaria "J.A." en la que ha causado cuantiosísimos gastos, si bien no está totalmente acreditado el total y por menor de los mismos hasta la fecha de la Sentencia. *C de G Ordinario*: delito de imprudencia temeraria del art. 565-1.º, en relación con los arts 420-1.º y 563 C.P., condenó al inculpado a 10 meses de prisión menor y privación del permiso de conducir por tiempo de tres años.— *Autoridad Judicial*: aprobación.— *Defensor*: interpuso recurso con arreglo al art. 26 del D 4.101/1964, con base a los siguientes motivos: Infracción de Ley, por aplicación indebida de los arts. 565-1.º y 103 y 563 C.P. y art. 23-2.º del reglamento del seguro obligatorio. *C.S.J.M.*: estima parcialmente el recurso en cuanto a infracción del art. 23 del citado reglamento, en la forma que se verá, confirmando en lo demás la sentencia recurrida.

Que aunque el límite diferencial teórico entre los conceptos de imprudencia temeraria y simple antirreglamentaria es cuestión difícil de matizar, al carecer de precisiones positiva los textos legales que los establecen lo cierto es que según la reiterada doctrina del Tribunal Supremo, tal distinción se cifra en la mayor o menor culpabilidad del conductor en función de la mayor o menor gravedad de la situación de riesgo o peligro creada, imprevisibilidad manifestada y deber objetivo de cuidado omitido, según una jerarquía de valores establecida casuísticamente por el Tribunal en el supuesto examinado, en relación con el comportamiento humano normal ante la situación concreta. Y aplicando esta doctrina, al supuesto que nos ocupa, resulta indudable que está bien calificada de temeraria la conducta del inculpado al conducir de noche por una carretera en tramo señalizado de curva peligrosa izquierda y derecha, a una velocidad muy superior a la que permitían las citadas condiciones peligrosas de la carretera aumen-

tadas por el estado mojado de la calzada, quedando como prueba evidente de tal exceso de velocidad la huella de frenado de unos veinte metros y que fue insuficiente para evitar la colisión con la barandilla del puente que determinó el accidente, hechos todos ellos que reflejan la ausencia de todo género de previsiones, aún las más elementales y acostumbradas, que en definitiva es lo que caracteriza la imprudencia temeraria, por todo lo cual ha de desestimarse el primer motivo del recurso que se invoca por aplicación indebida del art. 565 - 1.º del Código Penal. (CONSIDº I).

Que no puede admitirse el segundo motivo del recurso que se invoca por falta de aplicación del art. 104, en relación con el 103 C.P., ya que la realidad es que el Consejo de Guerra en uso de las facultades que le conceden precisamente dichos preceptos ha fijado la cuantía de las responsabilidades civiles conforme al dictado de su conciencia, y dicha cuantía, que es lo único que se impugna en el recurso, no puede ser objeto de discusión ante esta Sala porque, como ha declarado reiteradamente el Tribunal Supremo, el "quantum" de la indemnización es una cuestión que no puede ser motivo de casación, ya que su regulación corresponde exclusivamente a los juzgadores de instancias, por tratarse del ejercicio de atribuciones propias en materia que la Ley confía a su propio arbitrio y no tiene más limitación que lo pedido por las partes. (CONSIDº II).

Que el art. 5.º de la Ley del Automóvil en su texto refundido aprobado por Decreto de 21-3-68, dispone con carácter imperativo que el asegurador, hasta el límite del seguro, habrá de satisfacer al perjudicado el importe de los daños y perjuicios sufridos, estableciendo por tanto una responsabilidad directa de la entidad aseguradora, que desarrolla a su vez el art. 29 del Reglamento del Seguro Obligatorio aprobado por Decreto de 19-11-64, imponiendo dicho precepto al asegurador, entre otras, la obligación de abonar, hasta el límite del seguro, la indemnización que señale la sentencia, y realizar las demás prestaciones establecidas en la Ley y entre las cuales se especifica en el art. 23 de dicho Reglamento, la total asistencia médica y hospitalaria, la pensión de asistencia personal y familiar y la indemnización correspondiente, concretando el ap. 2 de dicho precepto que la prestación de asistencia médica y hospitalaria es compatible con la indemnización, pero que del importe de la indemnización que corresponda hay que deducir la cantidad percibida por pensión de asistencia personal, todo lo cual debe puntualizarse sin dejar su posibilidad para ejecución de sentencia, porque el fallo debe ser concreto en su contenido y porque la ausencia de ésta debida precisión podría dar lugar a incidencias que cuando se puede se deben evitar. (CONSIDº III).

Que en aplicación de esta evidente doctrina, debe acogerse el tercer motivo del recurso al invocar la infracción del art. 23, núm. 2, del citado Reglamento, haciendo en el fallo la debida puntualización en el sentido de que debe deducirse de la indemnización establecida la cantidad satisfecha en concepto de pensión. (CONSID° IV).

7. COHECHO.— EL ERROR NOTORIO ES EL MANIFIESTO E INEQUIVOCO.— PRESCRIPCIÓN.— USO DE DOCUMENTOS FALSOS: NO SE PUEDE EQUIPARAR A LA MERA TENENCIA.— LA CARTILLA MILITAR DEBE SER EQUIPARADA A DOCUMENTO DE IDENTIDAD.

Preceptos citados: C.P. 308, 309, 310, 385, 391, 113.— C.J.M. 52-9 y 11, 787.

SENTENCIA DE 7 ABRIL DE 1976 (CAPITANIA GENERAL DE CANARIAS). Se instruyó causa contra un oficial, dos sub-oficiales retirados y varios paisanos en averiguación de irregularidades en la redacción de cartillas militares, a fin de fingir exención del servicio militar de varios individuos, todo ello mediante precio. El Consejo de Guerra de oficiales generales condenó por delitos de cohecho a diversas penas, llevando consigo las impuestas al oficial la accesoría de separación de servicio. La Autoridad Judicial, en vista de la accesoría de separación de servicio impuesta, elevó la sentencia al Consejo Supremo para aprobación.— C.S.J.M.: revoca parcialmente la sentencia, en base a las siguientes consideraciones.

Que los hechos que el Consejo de Guerra que falló la Causa hubo de declarar probados, son los que constan en el Primer Resultando de esta Sentencia en el que sólo se han efectuado por la Sala las correcciones de puros errores mecanográficos, como sustituir la palabra "convivencia" por "connivencia" que es la que indudablemente se quiso utilizar por deducirse así del contexto y sentido de las correspondientes locuciones, y la supresión de cita de determinados folios. Esta declaración de probanza, con señalamiento de algunas de las expresadas correcciones fue aceptada por el Auditor y la Autoridad Jurisdiccional que formularon propuesta aprobatoria de la Sentencia al acordar la elevación de los autos a este Consejo Supremo conforme a lo dispuesto en los puntos 11 y 9 del art. 52 C.J.M., por haberse a un procesado, Oficial retirado, la pena accesoría de separación del Servicio. El Fiscal Togado considera igualmente atinada la

referida declaración de hechos probados y la Sala la acepta por no existir disparidad sustancial y manifiesta entre tal declaración y la realidad procesal habiendo obrado el Consejo de Guerra a tenor de lo establecido en el art. 787 del Código Castrense, apreciando en conciencia las pruebas con arreglo a su racional criterio. Las alegaciones de algunos Defensores de existir error notorio en la declaración de probanza tienen pues que ser rechazadas, pues el error notorio es el manifiesto e inequívoco y no el que se estime como tal desde un punto de vista de mera apreciación personal, que no puede prevalecer nunca sobre la convicción psicológica adquirida por el juzgador en una valoración conjunta de la prueba, y que solo puede ser, enervada ante una evidente equivocación que en este caso no se da. (CONSID° 1).

Que los hechos declarados probados fueron calificados por el Consejo de Guerra como constitutivos de diversos delitos de cohecho previsto y penados en el art. 391 en relación con el 385 C.P., imputables en número variable a todos los procesados a excepción de PG y LBG cuyas actividades no fueron consideradas delictivas, entendiéndose igualmente que otros delitos de cohecho de la indicada tipificación por los que venían procesados varios de los encartados, habían prescrito al transcurrir, desde su realización hasta su persecución, los plazos que señala el art. 113 C.P., quedando por tanto extinguida la responsabilidad respecto a los mismos. Igualmente apreció la comisión de sendos delitos de uso de documento falso previstos y penados en el art. 310 C.P., imputables a EAG y MHG. Esta obligada variedad de pronunciamientos exige de la Sala aislada consideración para mostrar respecto a ellos su conformidad o disconformidad. En cuanto a los delitos de cohecho apreciados, la Sala entiende y así lo declara, que la calificación efectuada por el Consejo de Guerra es ajustada a Derecho. La conducta de los procesados, tal y como resulta de la declaración fáctica, es tipificable en el art. 391 en relación con el 385 C.P., o lo que es lo mismo, surgió, con las dádivas que se entregaron, la figura del cohecho activo señalada en los arts. invocados, ya que con ellas se corrompió o intentó corromper a funcionarios públicos para que ejecutaran actos relativos al ejercicio de sus cargos constitutivos de delito, en estos casos, de falsedad, y que no han podido ser perseguidos por fallecimiento de sus posibles autores, siendo oportuno aclarar, frente a las alegaciones de algún Defensor de que no cabe corrupción en quien ya está corrompido, que este término de corrupción que el texto legal señala no hay que entenderlo en una mera acepción ética sino jurídica y en este sentido cada vez que se da u ofrece dádiva para que se efectúe un delito de cohecho pasivo se está corrompiendo o intentando corromper al

funcionario, sea cual sea su concepción moral, pues de no entenderlo así se daría el absurdo de que cometido un delito de cohecho pasivo quedarían en cierto modo legitimados los futuros cohechantes activos. En lo que se refiere a los procesados APG y LBG, al desprenderse de la declaración de hechos probados la ausencia de dolo o intención en el primero y la falta de ofrecimiento o entrega de dádiva en el segundo, el que por el contrario le fue ofrecida y no la aceptó para sí, no siendo además funcionario público que hubiera de realizar el acto en el ejercicio de su cargo, es obvio que la absolucón acordada por el Consejo de Guerra respecto de los dos es ajustada a Derecho. Por lo que atañe a la prescripción apreciada por el Tribunal Sentenciador también son correctos sus pronunciamientos y a ellos ha de estarse. En cuanto afecta a los delitos de uso de documento falso, el Consejo de Guerra ha incurrido en error de calificación por lo que se refiere a MHG, pues si en la declaración de hechos probados se dice que obtuvo para sí una cartilla Militar en la que se alteraba su real situación castrense y no se añade nada respecto a su uso, no puede apreciarse el delito de "uso de documento falso", porque uso no se puede equiparar a mera tenencia. En cambio en lo que atañe a EAC del que sí se dice en la declaración de probanza que vino utilizando la Cartilla falsa hasta que le fue ocupada en 1970, la calificación ha sido atinada. En efecto, aunque el art. 308 con el que se relacionan el 309 y el 310, se refiere a Documento de Identidad no se debe identificar esta locución con el Documento Nacional de Identidad, que por supuesto aparece comprendido en su ámbito pero sin agotarlo, porque dicho ámbito abarca igualmente otros documentos identificatorios tales como carnets sindicales, de Funcionarios Públicos, pasaportes, etc., y, por tanto, la Cartilla Militar que, entre otras, cumple también la finalidad identificadora. Debiendo declararse, por otra parte, que conforme al párrafo 2.º del art. 309, en relación con el 310, bastará para que el delito aparezca, con que el documento usado tenga alterada cualquier circunstancia esencial. (CONSIDº II).

Que la tesis sostenida por el Fiscal Togado de que junto a los delitos de cohecho que el Tribunal ha apreciado, concurren otros tantos de falsedad por inducción imputables a los propios encartados, no es admisible, porque aunque merced a los delitos de cohecho o en íntima relación con ellos, funcionarios, que por haber fallecido no están encausados, cometiesen hipotéticamente otros tantos delitos de falsedad, no puede propiamente hablarse de inducción a su comisión por parte de quienes entregaron las dádivas, ya que aparte de diversas razones jurídicas de tipo impeditivo la voluntad de los que realizaran la mudanza de verdad estaba tan inclinada a ello, que no cabe sostener que quienes

pretendían Cartillas aparentemente regularizadas, ejercieran el influjo decisivo y eficaz que es característico de la inducción, razón por la cual el Consejo de Guerra obró acertadamente al no apreciar dichos delitos de falsedad por inducción directa. (CONSID° III).

7. HURTO: CONCURRE LA AGRAVANTE ESPECIAL DEL ART. 194-2.° CUANDO SE COMETE EN ESTABLECIMIENTO MILITAR.

Preceptos citados. C.J.M.: 194-2.— C.P.: 10-15, 61-2, 506, 514-1, 515-3.

SENTENCIA DE 12 de MAYO DE 1976 (Capitanía General de Canarias). El procesado Cabo 1.^a A.S.A., estando solo en el cuarto de los cabos 1.^a de la Compañía de Transeuntes de la II Bandera Paracaidista, de la taquilla perteneciente al también Cabo 1.^a J.S.C. que se encontraba en disposición de ser abierta sin esfuerzo alguno, se apoderó de la cantidad de 16.000 pesetas que se hallaban en su interior, apropiándose de las mismas, y de las que al ser descubierto devolvió a su legítimo propietario 9.700 pesetas, no habiéndose recuperado el resto. El procesado, ha sido condenado anteriormente en méritos de causa de la Jurisdicción Ordinaria, por un delito de apropiación indebida, con la pena de un mes y un día de arresto mayor, *C de G ordinario*: condenó a la pena de seis meses de arresto mayor, por un delito de hurto de los arts 514-1.° y 515-3.° CP.— *Auditor*: disentimiento por no apreciarse la circunstancia especial de agravación del art 194-2.^a CJM, proponiendo la imposición de la pena de 1 año de presidio menor.— *Capitán General*: de acuerdo con el *Auditor*: disentimiento.— *Fiscal T*: conforme con el disenso.— *Defensa*: debe apreciarse la atenuante del art. 9 - 9.° C.P. imponiendo al procesado la pena de 6 meses y un día de prisión menor.— *C.S.J.M.*: revoca y condena a la pena de 6 meses de arresto mayor, fallo que razona de la forma siguiente:

Que el motivo que determinó el disentimiento que de la sentencia dictada por el C.G. en la presente causa formularon el Auditor y Autoridad Judicial, no se basa sobre disparidad alguna en declaración de hechos probados ni en la tipificación del delito efectuado sino exclusivamente en la no apreciación por aquella de la circunstancia específica de agravación que para ciertos delitos cometidos por militares entre los que se incluye el del hurto, se previene en el art. 194 del C.J.M. por lo que el pronun-

ciarse sobre la procedencia o no de dicha apreciación, constituye el motivo principal sobre el que la Sala ha de pronunciarse. (CONSID° I).

Que si analizamos lo dispuesto en el art. 194 del C.J.M. que tiene por finalidad contemplar casos especiales de agravación de determinados delitos comunes, que a tenor del mismo adquieren carácter militar, observamos que en su núm. 2.° queda encuadrado el hurto el cual al igual que los otros delitos relacionados en dicho precepto constituye, cuando se comete en acuartelamiento militar como ocurrió en los hechos de autos, un subtipo concreto de figura delictiva tipificada por las circunstancias previstas en el citado art. 194, de igual manera que también lo son las figuras especiales de robo previstas en los números 2.° y 4.° del art. 506 C.P., que señala una penalidad específica para cuando este último delito se comete en casa habitada, edificio público u oficina bancaria, recaudatoria o mercantil, permitiendo tales subtipos delictivos el juego, dentro de la pena legal que les corresponde, de las demás agravantes o atenuantes sin subsumirlas, de acuerdo con lo establecido en la sentencia del T.S. de 8-6-1973 y otras concordantes como la de 24-10-1974. (CONSID° II).

Que de conformidad con lo mantenido por el Auditor, Autoridad Judicial y Fiscal T. de Este Consejo, los hechos expuestos en el primer Resultando son constitutivos de un delito del art. 514, núm 1.°, en relación con el 515, núm 3.°, ambos del C.P. del que aparece como responsable en concepto de autor el procesado, a tenor de lo dispuesto en el art. 14, núm 1.°, del mismo cuerpo Legal, puesto que la sustracción del dinero efectuada por dicho Cabo 1.° tuvo lugar sin que concurriera en los hechos violencia o intimidación en las personas ni fuerza en las cosas, por lo que no cabe calificarlos de robo como se hace en el auto de procesamiento, y si, por lo contrario, del expresado delito de hurto, tal como la efectúan el C de G., las Autoridades antes mencionadas y el propio defensor.

Que en el calificado delito de hurto concurre la circunstancia específica de agravación del art. 194 n.° 2.° del C.J.M., por cuanto la sustracción efectuada por el Cabo 1.ª, tuvo lugar en el cuarto de Cabos primeros de la 2.ª Bandera Paracaidista de guarnición en Las Palmas de Gran Canaria, lo que obliga a la apreciación ineludible de dicho caso especial de agravación, inherente al propio delito y no dependiente del grado de responsabilidad que en la realización del mismo tenga quien lo comete, por lo que debe imponerse la pena señalada al delito al menos en su grado máximo, según dispone dicho precepto, concurriendo asimismo en el procesado la circunstancia agravante de reincidencia del art. 10 núm 15 del C.P., que ha sido apreciada en la Sentencia del C

de G. y asimismo por las distintas Autoridades que han intervenido en la Causa, lo que agrava la responsabilidad del procesado en la medida que señala en el núm 2.º del art. 61 del C.P., que se aplicará partiendo de la pena correspondiente al delito conforme a la penalidad especial que determina el ya mencionado núm 2.º del art. 194 del Código Castrense, según se desprende de una manera explícita de la sentencia de esta Sala de 10-10-1973. (CONSIDº III).

9. PRUEBA DE LOS HECHOS: CORRESPONDE AL JUZGADOR APRECIAR LOS ELEMENTOS DE PRUEBA SEGUN SU RACIONAL CRITERIO.

Preceptos citados: C.J.M. 787, 799.

SENTENCIA DE 12 DE MAYO DE 1976 (Sexta Región Militar). El Juez T. de la VI Región Militar, declaró en su sentencia "que el inculpado en estos autor, Guardia Civil J.M.G.R., de 20 años de edad, sin antecedentes penales y titular de permiso de conducir de la clase B, el día 17 de Noviembre, cuando sobre las dieciseis horas conducía el turismo BI, propiedad de su hermano Don T.G.R. por la carretera N-634, en dirección Bilbao-San Sebastián, en el p.k. 86,650 de la misma (que corresponde al término municipal de Amorebieta - Vizcaya, donde la calzada forma un largo tramo recto), chocó contra el turismo BI, que conducía en dirección opuesta el propietario Don M.R.M., choque que se produjo en la mitad correspondiente a este último de la que el primero había hecho uso para adelantar a varios vehículos que le precedían, y originó los siguientes resultados: A) Lesiones en la persona del Sr. R. por las que necesitó asistencia médica durante treinta y un días y daños en su vehículo, cuya reparación importó la suma de 63.232 pesetas, satisfechas por la Compañía de Seguros "V", asegurador del mismo, la que también pagó los gastos de curación; B) Daños en el vehículo que el inculpado conducía, a cuya indemnización renunció su propietario, que confesó haberlo sido por su asegurador con la suma de 70.000 pesetas. Hechos que expresamente declaró probados, no pudiendo hacer igual terminante declaración para aceptar como cierta la versión del inculpado, según la cual, iniciado el adelantamiento a distancia de más de trescientos metros del vehículo que venía de frente, después de rebasar a los adelantados, el reventón de la rueda anterior izquierda del suyo le impidió volver a su mano, como tampoco negarla en forma categórica pues sobre tal extremo no exis-

ten más elementos de Juicio, aparte de dichas manifestaciones, que la consignación del reventón en las actuaciones policiales, hechas dos días más tarde, y las manifestaciones del Sr. R. que, por no referirse a aquel dato, ni lo confirman ni lo desmienten. Sobre tal declaración de hechos, en parte declarados probados y en parte no, el Juez T. entendió que no existía infracción punible de ninguna clase "pues por muy vehementes que sean las sospechas, que lo son ciertamente para el juzgador, de que el reventón de la rueda del vehículo haya sido la causa eficiente del suceso", consideró que por meras intuiciones no se debe dictar sentencia condenatoria, por lo que absolvió al inculpado del delito de imprudencia simple con infracción de reglamentos de que venía acusado por el Ministerio Fiscal, estimando "que el mismo no ha sido incuestionablemente probado" *Capitán General*: de acuerdo con el *Auditor*, disenso.— *Fiscal T*: conforme con el disenso.— *Defensor*: aprobación.— *C.S.J.M.*: aprueba la sentencia disentida absolviendo al inculpado y establece:

El Auditor en su preceptivo dictamen, entendió que el fallo absolutorio resultaba improcedente en cuanto que no dándose por probada la manifestación del inculpado de que sufrió el vehículo que pilotaba el reventón de la rueda delantera izquierda —fallo mecánico que por ser ajeno y extraño a la voluntad del agente pudiera exonerarle de responsabilidad— resulta indudable que al iniciar un adelantamiento en cadena interurbana de varios vehículos que le precedían, invadiendo como era obligado la zona de rodadura izquierda, sin tener en cuenta que en dirección contraria se acercaba otro usuario reglamentariamente, disponiendo de un turismo de escasa cilindrada y potencia, con más de dos años de uso en la fecha del accidente, se incurrió cuando menos en una falta de atención, cuidado y diligencia que tiñe de culpa su conducta y que al presuponer al propio tiempo el olvido del art. 30 del C. Cir. que prohíbe efectuar adelantamientos cuando no se tenga la seguridad de relizarlos sin riesgo de choque y habiéndose producido éste con resultado de lesiones y daños aparece, a su juicio, un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos; añadiendo el Auditor que si bien el Juez Togado no acepta la tesis del inculpado sobre el presunto reventón de la rueda delantera izquierda, tampoco la descarta, lo que el referido Auditor no comparte por entender que, dada la violenta producida, el que la rueda delantera izquierda del vehículo apareciera reventada no es causa eficiente del siniestro, sino consecuencia del mismo; por todo lo cual considera que el inculpado Guardia Civil J.M.G.R. es autor de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos y resultado de lesiones graves y daños, previsto en el art. 565 en relación

con el 420 n.º 4.º y 563, todos ellos del C.P., así como los art. 17 y 30, apartados a) del C. Circ., debiendo ser condenado a la pena de 10.000 pesetas de multa, sustituible en caso de impago por 20 días de arresto y a la de prohibición del permiso de conducir por tiempo de seis meses (RESULTº IV).

Que el disenso planteado gira, en último extremo, sobre si en la apreciación fáctica del juzgador hubo acierto o equivocación, y, para valorar ello, no cabe atenerse de modo exclusivo, a la rituaría declaración de hechos probados que el Juez Togado consignó en el primer resultando de su sentencia que se limitaba a la aséptica y objetiva descripción de la colisión producida y de las consecuencias subsiguientes, toda vez que el dato clave y decisivo radica en determinar si la citada colisión y sus resultados fueron fruto de una conducta poco atenta del inculpado o por el contrario se debieron a un accidente extraño e imprevisible que pudiera exonerarle de responsabilidad y, a este respecto, el Juez Togado manifestó, a continuación de la referida declaración de hechos probados, su duda o perplejidad en torno a la causa determinante del accidente por falta de elementos probatorios, lo que ratificó en el Considerando correspondiente y volvió a mencionar en el Fallo, haciendo así el uso que estimó pertinente de la soberanía de facultades que, en la apreciación de las pruebas, la correspondía y que siempre será operativa cualquiera que sea la parte de la sentencia en que se consignan. (CONSIDº I).

Que el Juez Togado, conforme a lo que determina el art. 787 C.J.M., es a quién corresponde apreciar los elementos de prueba según su racional criterio y, habiendo llegado a la convicción de que existía falta de ella para un pronunciamiento condenatorio, obró conforme a lo que su conciencia le dictaba, sin que su expresada convicción pueda ser desconocida o atacada salvo por la vía de acreditar el error notorio en la génesis de la misma, lo que no sucede en el caso de autos ya que no existen en todas las diligencias preparatorias otros testimonios que el del encartado que es exculpatorio, el de la Guardia Civil de Tráfico que más bien reviste este carácter y el de la víctima de la colisión del que, expresamente, no se deduce nada ni a favor ni en contra. (CONSIDº II).

Que las alegaciones del Auditor —hechas suyas por la Autoridad Judicial y por el Fiscal Togado— acerca de la poca cilindrada del vehículo colisionante así como de su vida en uso (algo más de dos años) son apreciaciones de marcado valor subjetivo, pues ni un automóvil se puede considerar en mal estado porque lleva más de dos años en rodaje, ni la potencia del vehículo significa un dato de valor absoluto ya que habría de ser relacionada con la de los

que fueron adelantados por el mismo, extremo que se desconoce por completo. Y en cuanto a la afirmación, más trascendental, de que el reventón de la rueda no fue causa sin efecto o consecuencia del siniestro, carece de la menor apoyatura en el conjunto de las Diligencias. Todo lo cual obliga a afirmar que, dados los términos del art. 799 del C.J.M., y no cabiendo alegar error notorio, no debió producir un disentimiento basado en meras apreciaciones de prueba. (CONSID° III).

Que admitida, como admite la Sala, la pertinencia de la ab-solución dictada por prueba insuficiente, no procede invalidar la sentencia del Juez Togado, ni es pertinente extenderse sobre cualquier otra clase de pronunciamientos. (CONSID° IV).

10. GRADO MINIMO DE LA PENA DE MULTA.— FACULTAD DISCRECIONAL DEL TRIBUNAL EN LA IMPOSICION DE LA PENA CUANDO NO CONCURREN CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS.— COMISO DE LOS EFECTOS DEL DELITO.

Preceptos citados: C.P.: 48, 61-4, 74, 76.

SENTENCIA DE 1 DE DICIEMBRE DE 1976 (Capitanía General de Canarias). El día 3 de Septiembre de 1975 con ocasión de un permiso que le había sido concedido, el procesado Cabo Legionario M.F.A. se trasladó a Melilla donde compró una cantidad no concretada, estimada entre 100 y 250 gr, de la sustancia conocida por "marihuana", e identificada por tanto como estupefaciente según el ulterior análisis de la Jefatura Provincial de Sanidad de Las Palmas, ciudad ésta última a la que trasportó dicha sustancia, de la que dió diversas porciones a Legionarios, cuya identidad no ha podido averiguarse, hasta que el día 10 de Octubre del propio año fue detenido en los Apartamentos "L" de dicha ciudad por funcionarios de la Brigada Especial de Estupefacientes de la Dirección General de Seguridad, al tener noticias de que había vendido cigarrillos de la repetida sustancia en diversos puntos de la ciudad, encontrando en su domicilio seis cigarrillos de la misma, con peso aproximado de cinco gramos, como resto de la que había adquirido. El procesado, había sido condenado con anterioridad a una pena de 5.000 pesetas de multa, como autor de un delito de imprudencia simple con infracción de Reglamentos. *C. de G. ordinario:* delito contra la salud pública, art. 344 C.P., pena de 8 meses de prisión menor y multa de 5.000 pesetas sustituibles en caso de impago por 2 meses de arresto subsidiario.— *Capitán General:* de conformidad con su *Autor*, disintió por estimar que la pena a imponer, es la de 2 años 4 meses y un

día de prisión menor y multa de 25.000 pesetas.— *Fiscal T*: Solicitó que se impusiera al inculpado 8 meses de prisión menor y multa de 10.000 pesetas, con cuya petición se mostró de acuerdo el defensor.— *C.S.J.M.*: Estima parcialmente el disenso, y condena a las penas solicitadas por las partes en base a las siguientes consideraciones legales:

Que los hechos declarados probados en el primer Resultado de esta nuestra Sentencia son efectivamente constitutivos de un delito consumado contra la salud pública, previsto y penado en el art. 344 - 1.º C.P., del que es responsable en concepto de autor el procesado, por su participación material, directa y voluntaria en los hechos a tenor de lo dispuesto en el núm. 1.º del art. 12 y núm. 1.º del art. 14, C.P., sin que sean de apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, y sin que proceda exigir responsabilidad civil alguna; extremos todos ellos sobre los que no se ha planteado discusión ni contradicción entre las diversas Autoridades que han intervenido en una u otra fase de la sustanciación del presente disentimiento. (CONSIDº I).

Que sobre la base de la aceptada calificación jurídica del hecho perseguido y responsabilidad penal de su autor, queda por determinar la penalidad imponible al mismo, a cuyo extremo se contrae exclusivamente el disenso planteado, y a este respecto es obligado tener en cuenta que, a tenor de lo preceptuado en el art. 74 C.P., la multa en la cuantía de 10.000 a 100.000 pesetas, se considerará como la última pena de todas las escalas graduales, siendo doctrina unánimemente admitida por autores y Jurisprudencia que en ningún caso puede sancionarse un delito con pena de multa en cuantía inferior al mínimo señalado por dicho precepto, ya que el grado inferior que señala el art. 76 ha de tener como tope mínimo la citada cantidad de 10.000 pesetas, y habiéndose impuesto por el Consejo de Guerra la pena de multa en cuantía de 5.000 pesetas, ha incurrido en error de Derecho que hay que subsanar, de acuerdo con la Autoridad Judicial que disiente. (CONSIDº II).

Que el art. 61, Regla 44, C.P., permite al Tribunal, cuando no concurrieron circunstancias agravantes ni atenuantes, teniendo en cuenta la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del delincuente, imponer la pena en el grado que estime conveniente, y como la apreciación de esas circunstancias y la imposición de pena en consideración a las mismas, es facultad discrecional del Tribunal, no hay infracción de disposición legal ni base alguna para que por este Consejo Supremo se reforme la Sentencia disentida, en cuanto a la pena de privación de libertad impuesta por el Consejo de Guerra, que se ajusta a la extensión señalada por la Ley. (CONSIDº III).

Que, conforme a lo dispuesto en el art. 48 C.P., toda pena que se impusiere por delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren, por lo que se está en el caso de decretar el comiso de los estupefacientes intervenidos, para su posterior inutilización o destrucción, adicionándose en tal sentido el fallo, para salvar la omisión cometida en la Sentencia del Consejo de Guerra y que la Autoridad Judicial acertadamente señala en su disenso, bien entendido, no obstante, que dicha omisión, por sí sola, no hubiera bastado para fundamentar la disensión. (CONSID° V).

11. DESERCION AL EXTRANJERO: SE COMETE SI, AUN DESPUES DE CONSUMADA, EL CULPABLE SALE DE TERRITORIO ESPAÑOL.

Preceptos citados: C.J.M.: 370-1, 374.

SENTENCIA DE 14 DE DICIEMBRE DE 1976 (I Región Militar). El procesado Soldado V.C.M., el día 5 - 4 - 1974, aprovechando la hora de paseo, se ausentó de su Unidad sin permiso de sus superiores, marchando primero a una pensión en Madrid, posteriormente se trasladó a Málaga, en donde creyó que no sería encontrado fácilmente y esperaba obtener ayuda económica; comprobada la imposibilidad de obtener tal ayuda económica regresó a Madrid, conviviendo en casa de un amigo durante los primeros días de Mayo, y provisto de cierta cantidad de dinero pasó clandestinamente la frontera Portuguesa y desde allí se trasladó a Francia, en donde permaneció hasta el 14 de Junio en que se presentó voluntariamente en la Comisaría del Cuerpo General de Policía de Puigcerdá. *C. de G. ordinario:* calificó los hechos como constitutivos de un delito de deserción simple en un tiempo de paz, art. 370-1.º y 372 C.J.M., por haberse consumado la deserción en territorio Español marchando después de ello el procesado al extranjero de donde regresó voluntariamente.— *Auditor:* disentimiento por estimar que los hechos integran un delito de deserción al extranjero proponiendo se imponga al procesado la pena de 3 años de prisión militar.— *Capitán General:* disintió de conformidad con su *Auditor.*— *C.S.J.M.:* revoca y condena al procesado a la pena de 2 años y un día de prisión militar, como autor de un delito de deserción al extranjero. Son razonamientos de la sentencia:

Que la deserción, delito contra los fines y medios —personales— de acción del Ejército se configura, según la doctrina más

generalizada, dentro de la categoría de los delitos permanentes, por cuanto el abandono o ausencia que constituye la acción, en que el delito consiste, continúa durante todo el tiempo y en permanente paralelismo con el hecho o evento dañoso; que asimismo el Código de Justicia Militar al tipificar aquel delito y como norma general, abandona el sistema del derecho Romano en que la deserción implicaba siempre el "animus deserendi exercitum", sustituyéndolo por un criterio objetivista en el que la intención de sustraerse al servicio militar, como elemento de culpabilidad, se configura por una serie de plazos cuya razón no puede ser otra que la de constituir una "presuntio juris tantum" de tal intención; que el art. 370 C.J.M., preceptúa que comete el delito de deserción el individuo de la Clase de Tropa que faltara a la Unidad de su destino o lugar de su residencia por más de tres días consecutivos, los cuales se consideran transcurridos pasadas tres noches desde que se produjo la ausencia y en su art. 374 regula como tipo especial la deserción al extranjero. (CONSID° 1).

Que aplicada la doctrina anterior al caso que se le enjuicia es evidente que el individuo de la clase de tropa que se ausenta de su Unidad y consuma el delito de deserción huyendo después al extranjero, tal conducta no puede calificarse como delito de deserción simple del art. 370-1.° C.J.M., sino de la figura más grave de deserción al extranjero del art. 374 del mismo Cuerpo Legal, y ello porque el legislador ha querido sancionar con más severidad las ausencias fuera del territorio nacional, por cuanto el sujeto se sustrae con más facilidad al control de las Autoridades Militares y busca su impunidad al refugiarse en país extranjero, fuera del alcance de la acción policial, sin que la circunstancia del transcurso de los tres días dentro del territorio nacional influya en la calificación que se hizo por la Autoridad Judicial de acuerdo con su Auditor y con la que se muestra conforme el Fiscal Militar de este Consejo Supremo, por la razón apuntada en el anterior Considerando de hallarnos ante un delito permanente cuyo resultado no se agota cuando se consuma, sino que aquél y el ataque al interés jurídico que la ley ha querido proteger subsiste hasta el momento en que se produce un nuevo hecho que interrumpe la fuerza antijurídica de tal consumación; la tesis mantenida por el Consejo de Guerra en su Sentencia al calificar los hechos probados como constitutivos de un delito de deserción simple del art. 370-1.°, conduce a que el art. 374 y la figura especial agravada que tipifica como deserción al extranjero serían letra muerta, pues bastaría al culpable que se ausenta de su Unidad con la intención de eludir sus deberes militares y sustraerse a la acción y control de las Autoridades Militares, ocultándose en territorio nacional, antes de pasar al extranjero, dejar transcurrir el plazo de los

tres días que señala el art. 370-1.º, huyendo después al extranjero, para que su acción delictiva no pudiera encuadrarse dentro de la normativa del repetido art. 374 y así lo ha mantenido esta Sala entre otras sentencias, en las de 3-8-907 y 27-2-52 en las que se sienta la doctrina de que cometen el delito de desertión al extranjero los soldados que huyen al territorio de otra nación, después de estar tres días fuera de su Unidad. (CONSIDº II).

AUTOS

A) Competencia entre jurisdicciones militares

AUTO DE 30 DE JULIO DE 1976. CUESTION DE COMPETENCIA NEGATIVA.— CORRESPONDE CONOCER A LA AUTORIDAD JUDICIAL EN CUYO TERRITORIO OCURRIERON LOS HECHOS.— LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA SON APLICABLES A LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS. (Arts. 7-1.º, 19-2.º y 443 C.J.M., 11 LECrim).

La Autoridad Judicial de la 2.ª R.M., se inhibió, en favor de la de la 9ª R.M., en el conocimiento de unas Diligencias Previas en que en principio se investigaban lesiones sufridas por un soldado en Torremolinos (Málaga), aunque luego se apuntó que las mismas le fueron producidas en riña con otros individuos, paisanos. La 9.ª R.M. rechazó la competencia por entender que se trataba de un presunto delito de lesiones con intervención de paisanos, y ser aplicable el art. 19-2.ª C.J.M., por lo que correspondería el conocimiento a la Jurisdicción ordinaria. La 2.ª R.M. mantuvo el criterio inhibitorio por ser los hechos, al menos, constitutivos de una falta leve del art. 443 C.J.M. y entrar en juego el art. 7.º-1.º C.J.M. El C.S.J.M. resuelve el conflicto atribuyendo la competencia a la 9.ª R.M.

CONSIDERANDO: Que planteada formalmente la cuestión de competencia negativa entre dos Autoridades Judiciales del mismo Ejército, y con respecto a un procedimiento en curso de instrucción por una de ellas y cuyo grado de probanza con respecto a los hechos acaecidos aún no puede estimarse definitivo, no siendo concluyente la investigación practicada, la regla aplicable, "prima facie", al presente caso está constituida, por el art. 30 C.J.M., según el cual es competente para conocer de los procedimientos judiciales militares la Autoridad Judicial en cuyo territorio jurisdiccional hubiese tenido lugar el hecho investigado, aunque la persona implicada pertenezca a Fuerzas o unidades dependientes de otra Autoridad, regla que se considera aplicable en el actual momento procesal, dado el carácter del procedimiento sobre el que versa la discusión, y aunque por el momento no puede hablarse terminantemente de delito o falta, (a no ser la

falta leve militar a que se refiere acertadamente la Autoridad Judicial de la 2.^a R.M., y sin que ello signifique prejuzgar el fondo sustantivo del asunto), siendo lo cierto que alguna norma hay que seguir cuando se trata de procedimientos previos, sobre los cuales, según previene el art. 466 del Castrense, también cabe plantear cuestiones de competencia, y dicha norma no puede ser otra, por ahora, que la de atender primordialmente al lugar donde se produjeron los hechos con respecto a los cuales cabe presumir que en su día se declaren constitutivos de delito o falta, depurándose las consiguientes responsabilidades a exigir; naturalmente, sin perjuicio de que ulteriormente, si así procediera en su día, y por aplicación de la regla 2.^a del art. 19 C.J.M., la Autoridad Judicial a la que ahora corresponde conocer del procedimiento, pueda inhibirse del mismo en favor de la Jurisdicción ordinaria.

AUTO DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 1976. CUESTION DE COMPETENCIA NEGATIVA.— ES COMPETENTE PARA CONOCER DE UN PRESUNTO DELITO DE INJURIAS A INSTITUCIONES O CUERPOS DEL EJERCITO (Art. 317 C.J.M.) COMETIDO POR MEDIO DE IMPRESO.— LA A. J. EN CUYO TERRITORIO SE EDITA LA PUBLICACION Y NO AQUELLA EN QUE SE CELEBRO LA INTERVIU PUBLICADA (Arts. 23, 30 y 32 C.J.M.)

Planteado conflicto entre las Autoridades Judiciales de la 1.^a y 6.^a RR.MM., el C.S.J.M. lo resuelve en favor de la primera, en base al informe del Fiscal T. y por las consideraciones que la Sala añade. Según aquel informe.

Corresponde conocer de las actuaciones a la Autoridad Judicial de la 1.^a Región Militar, por las siguientes razones. 1.º) Que de la documentación que se aporta se deduce la posible comisión de dos delitos distintos: Uno de ellos perpetrado en S. el 25 de Mayo de 1976 por los abogados durante la supuesta rueda de prensa, y otro cometido por los periodistas en la semana del 31 de Mayo de 1976 al 6 de Junio de dicho año, al dar a la publicidad las afirmaciones de los citados Letrados. Este segundo delito aparece cometido en Madrid.

2.º) Que se trata de delitos conexos del n.º 3.º del art. 23 C.J.M., toda vez que uno de ellos es medio para que se cometa otro, o dicho en otros términos, los Abogados hacen unas declaraciones para que los periodistas las publiquen.

3.º) Que como tales delitos conexos, deberán ser objeto de un mismo procedimiento, a tenor del art. 529 del citado Código.

4.º) Que a tenor del art. 32 del Código Castrense, una misma

Autoridad conocerá de los delitos conexos. Esta Autoridad debe ser en primer término, la que debe conocer del delito mas grave (circunstancia imposible de determinar en este caso), por lo que hay que atribuir la competencia a la que hubiese iniciado primero las actuaciones.

5.º) Que en la 1.ª R.M. se han venido practicando diligencias desde el 11 de Junio de 1976 (fecha en que la secretaria de Justicia pasa el escrito de la Guardia Civil a informe de Auditoría), hasta el 20 de Julio del mismo año (fecha en que el Auditor acuerda remitir las actuaciones a la 6.ª R.M., tras una serie de diligencias practicadas por el Juzgado), mientras que la primera diligencia practicada por la 6.ª R.M. es un escrito firmado por el Secretario de Justicia el 3 de Agosto de 1976, por el que se pasan las actuaciones al Fiscal para informe.

CONSIDERANDO: Que, la Sala de Justicia, aceptando la lógica argumentación contenida en el referido informe del Sr. Fiscal T. de Este Consejo Supremo, entiende igualmente que corresponde conocer de estas actuaciones a la de la 1.ª R.M., solución a la que también se llegaría de emplear una argumentación incluso más simplista, cual sería la de atender al actual grado de instrucción y probanza alcanzado por las tan repetidas actuaciones, en las que, por el momento, el único elemento objetivo que pudiera ser presuntivamente constitutivo de delito (del supuesto delito de injurias denunciado) vendría constituido por el artículo materialmente publicado en la revista "C", con lo que dicho está que, publicándose la misma en Madrid, donde tiene su domicilio social, por directa aplicación de lo dispuesto en el art. 30 del C. Castrense, vendría atribuido el conocimiento del hecho a la de la 1.ª R.M. y sin que, evidentemente, contra tal criterio puedan prevalecer otras consideraciones secundarias en el actual momento procesal, como , son las aducidas por la A.J. de la 1.ª R.M. al ratificarse en su inhibición, con respecto a razones de conveniencia de tipo procesal ni con respecto a la posibilidad de que el procedimiento que se iniciase hubiere de sobreseerse en su día por aplicación del R.D.L. de 30 - 7 - 76 pues ambas consideraciones resultan ser marginales al asunto planteado en el actual momento procesal en el que se trata de dilucidar la competencia inicial para conocer de las actuaciones en cuestión.

b) Nombramiento de Defensor

AUTO DE 25 DE ENERO DE 1978. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR EN CAUSA POR DELITO MILITAR COMETIDO POR MILITAR.— CUALIDAD DEL MISMO.— ALCANCE DE LA EXPRESION "EXCLUSIVAMENTE MILITARES" (Arts. 154 y 155 C.J.M.)

En queja formulada por determinados procesados militares, relativa a la designación de Defensores, el C.S.J.M. establece una interesante doctrina, esclareciendo el alcance, a efectos de la designación de defensor, de la expresión "exclusivamente militares" referida a los delitos en cuya persecución y defensa han de intervenir el Fiscal Militar y Defensores militares. Por su interés teórico y práctico, incluimos aquí el texto íntegro (salvo las obreviaturas de rigor) de la resolución, en cuya parte dispositiva se acuerda no haber lugar a admitir la queja planteada.

Idéntica doctrina se sienta, en resolución de otra queja de la misma naturaleza, en Auto de 18 de febrero de 1976, cuya reproducción aquí omitimos en evitación de redundancias.

RESULTANDO: Que durante la tramitación de la Causa n.º 250/75 de la 1.ª R.M., seguida contra el Comandante Don... y otros Oficiales por el supuesto delito de Sedición en grado de proposición, penado en el párr. 2.º del art. 303 C.J.M., han sido presentados siete escritos de queja contra el decreto auditoriado de la Autoridad Judicial correspondiente por el que se les denegaba la pretensión de ser defendidos por Abogados en ejercicio, en lugar de serlo por defensores militares como, a juicio del Capitán General y su Auditor, les correspondía.

RESULTANDO: Que por la Autoridad Judicial mencionada se han elevado a este Consejo Supremo los escritos de referencia firmados respectivamente por... todos ellos procesados en la Causa a que se hace mención en el resultado anterior y a cuyos escritos se han acompañado los dictámenes correspondientes del Auditor, con los que mostró su conformidad el Capitán General, y los testimonios de particulares que se estimaron pertinentes.

RESULTANDO: Que con argumentos varios y a veces con razonamientos prolijos y en cierto modo tangenciales, la tesis fundamentalmente sostenida en los aludidos escritos de queja es la de que el delito que se les imputa no tiene carácter exclusivamente Militar, pues tanto el de sedición (por el que aparecen procesados), como el de rebelión, (por el que les acusa el Ministerio Público), son delitos tipificados tanto en el C.J.M. como en el C.P., rechazando la argumentación del Auditor de que la locución "delitos exclusivamente militares" contenida en el art. 154 C.J.M., tiene el

alcance de excluir a los enumerados en el 194 porque siendo estos de naturaleza común podrían ser considerados como militares a tenor del art. 181 del C. Castrense, con las consecuencias procesales consiguientes. Igualmente aducen varios de los recurrentes, que ningún pronunciamiento se ha hecho acerca del "ius fori" alegado por ellos en relación con la defensa, por Letrados, de militares que habrían cometido el delito de rebelión tales como el General S. y otros compañeros de armas con ocasión de los hechos acaecidos el 10 de Agosto de 1932.

RESULTANDO: Que dada cuenta de los mencionados escritos de queja, a esta Sala, se pidió informe al Fiscal Militar, en cuyo dictamen sostuvo que el delito de sedición, es de modo indudable, "exclusivamente militar", porque no puede ser cometido por paisanos y que, por tanto, ha de estarse a lo dispuesto en el párr. 2.º del art. 154 del C. Castrense, procediéndose en la forma que determina el art. 155, debiendo desestimarse, a su juicio, los recursos de queja interpuestos.

CONSIDERANDO: Que el art. 107 C.J.M., en su punto 6.º, atribuye a la Sala de Justicia el conocimiento de las quejas que se promuevan contra los Tribunales o Autoridades de los Ejércitos por denegación de los recursos u otras garantías que las leyes concedan, y pudiendo, hipotéticamente, constituir denegación de garantía la prohibición a los procesados de acudir en su defensa a Abogados en ejercicio, es forzoso que la Sala admita a exámen los escritos de queja, reglamentariamente presentados, pronunciándose sobre la procedencia o improcedencia de la pretensión, teniendo que adoptar su resolución la forma de auto, conforme al art. 851 del invocado C. Castrense, por tratarse de una cuestión incidental.

CONSIDERANDO: Que en el C.J.M. no hay distinción formal ni material entre delitos "Militares" y delitos "Exclusivamente Militares" sino que solo cabe hablar, con entidad propia, de delitos Militares que son, conforme el art. 181 del Código Castrense las acciones y omisiones penadas en el mismo. En consecuencia, los delitos de rebelión y de sedición comprendidos en él, son delitos militares, cualesquiera que sean los responsables y abstracción hecha de que las mismas rúbricas aparezcan también en el C.P., porque las figuras de uno y otro cuerpo legal tienen su propio ámbito y si alguna coincidencia existiera, como existe, en determinados supuestos, la cuestión tendría que resolverse, al margen de las normas ordinarias del concurso de Leyes, en virtud de las reglas de competencia que atribuyen a los Tribunales Militares el conocimiento de los delitos comprendidos en el C. Castrense, por lo que la posible zona común pertenecería siempre al derecho penal militar.

CONSIDERANDO: Que, como consecuencia de lo declarado en el considerando precedente, es forzoso atender que, cuando el párr. 2.º del art. 154 C.J.M. se refiere a delitos exclusivamente militares está empleando el adverbio “exclusivamente” en su auténtica acepción gramatical, pues “exclusivamente” según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua equivale a “solo o únicamente” y por ello se alude con la mencionada expresión a que los militares acusados lo estén únicamente por delitos militares, ya que si lo estuviesen además por delitos comunes, podrían acudir en su defensa a Abogados en ejercicio; siendo oportuno declarar además que, como tales delitos comunes a estos efectos, han de entenderse los previstos en el art. 194, en el que solo se contempla una causa especial de agravación, motivadora de determinadas consecuencias, pero no susceptible de alterar la de índole procesal de optar en la designación de la defensa entre *Letrados o Militares*. Mas no dándose concurrencia en el supuesto que se examina de delitos militares y comunes no cabe la opción indicada, sino que es preceptivo que la defensa sea llevada a cabo solamente por defensores militares.

CONSIDERANDO: Que el supuesto “*usus fori*”, mejor que “*ius fori*”, alegado por los que han promovido la queja, al referirse al caso del General S. y otros compañeros de armas, es inexistente, porque en los casos aludidos se trataba del cumplimiento de un ordenamiento jurídico entonces vigente, muy diferente al actual, con normas orgánicas y procesales de contenido diverso que posteriormente perdieron su validez y que ya no pueden ser invocadas. El auténtico “*usus fori*” en la materia de que se trata no puede ser ni es otro que el estricto cumplimiento de los preceptos del C.J.M. en vigor, que no admiten interpretación contraria.

CONSIDERANDO: Que por las razones expuestas, son inadmisibles las quejas formuladas por los 7 procesados, y por tanto la Sala tiene que desestimar y desestima aquellas, confirmando el acuerdo de la Autoridad Judicial correspondiente de no permitir a los procesados, la designación como defensores, en la causa indicada, de Abogados en ejercicio sino que conforme al punto 2.º del art. 155 del C.J.M., pudieron elegirlos entre los Generales, Jefes y Oficiales y sus asimilados residentes en Madrid o dependientes del Capitán General de la 1.^a R.M., y si no hicieron uso de este derecho, se les nombrarán o habrán nombrado de oficio por la Autoridad Judicial expresada a tenor de lo dispuesto en el art. 153 del tan invocado Código.

C) Nulidad de actuaciones

AUTO DE 24 DE MARZO DE 1976. NULIDAD DE ACTUACIONES: LA INTEGRAN EL INTERROGATORIO DE UN PROCESADO SIN QUE CONSTE QUE SE REALIZO SIN JURAMENTO, EL NO CONSTAR QUE SE RECIBIO A LOS PERITOS Y EL OMITIR EN NOMBRE DEL FISCAL, EN EL ACTA DEL CONSEJO DE GUERRA (Arts. 775, 777, 778, 831 y 832 C.J.M.).

Dictada sentencia por un C. de G. ordinario, por presunto delito contra el honor militar contra los Cabos Primeros, P.L.H. y J.N.M., Cabos Interinos M.G.Q. y J.M.A.C., Soldados M.A.E.G., P.G.G., P.B.G. y R.S.A. y al paisano R.D.I., fueron elevadas las actuaciones al J.M. por la Autoridad Militar de la Primera Región Aérea, a efectos de resolución del disentimiento que dicha Autoridad de acuerdo con su Auditor, habían planteado respecto de la sentencia; el Fiscal T. al emitir su correspondiente informe hizo constar su criterio de que en la tramitación del procedimiento se han observado defectos de carácter insubsanable que afectan a la validez del mismo y que se concretan en el acta de celebración del Consejo de Guerra, de conformidad con lo preceptuado en el número 2 del art. 832 y 831 del C.J.M., por lo que procedía la anulación de las actuaciones a partir del momento en que la vulneración se produjo, debiendo por lo tanto celebrarse un nuevo C. de G. en cuya acta se diese cumplimiento a los requisitos y garantías procesales exigidas por la Ley.

RESULTANDO: Que de conformidad con el dictamen del Fiscal T. de este Consejo, la Sala entiende que en la causa, se observan defectos insubsanables que afectan a la validez de las actuaciones, consistentes en que en el acta de celebración del C. de G. se omite el nombre y apellidos del Fiscal Jurídico infracción esta determinante de nulidad, conforme a lo señalado por la Sala en providencia tampoco se hace constar en la repetida acta, que previamente al interrogatorio de los procesados por parte del Fiscal, vocal ponente y defensores, se les recibiera declaración no jurada como es preceptivo y exige el art. 775 del Código de J.M., exhortando únicamente a decir verdad al paisano procesado y de la misma forma con relación a los peritos que informaron ante el C. de G. no se hace figurar en la expresada acta que previamente a su informe, el Presidente del Consejo les tomará juramento y fueran preguntados respecto a la circunstancia que imperativamente requiere el art. 778 en relación con el 777 del repetido Código.

CONSIDERANDO: Que como consecuencia de cuanto se indica en el resultando anterior ha de entenderse que existe

en el procedimiento mencionado omisión de carácter sustancial, ya que se vulnera lo establecido en los arts. 775, 778 en relación con el 777 C.J.M. y providencia de 28 de Octubre de 1974 de esta Sala de Justicia, corroborada en Auto de 16 de Enero de 1974, por cuyo motivo procede anularse parte de la causa que actualmente pende ante este Consejo, por lo que de conformidad y por aplicación de lo dispuesto en el núm. 2 del art. 832 y art. 831 del C. Castrense, procede decretarse la nulidad de lo actuado a partir del momento en que la vulneración se produjo y ordenar en consecuencia la celebración de un nuevo Consejo de Guerra en cuya acta se de cumplimiento a los requisitos exigidos por la Ley.

ACUERDA: La Sala de Justicia anular lo actuado a partir de la orden de celebración del C. de G., obrante al folio 370 y reponer dicha causa en el momento procesal indicado, a fin de que se celebre un nuevo C. de G. y se cumplan los requisitos preceptuados en la Ley.

AUTO DE 24 DE NOVIEMBRE DE 1976. NULIDAD DE ACTUACIONES.-- LA INTEGRAN: A), ADMITIR LA PERSONACION DE LOS PERJUDICADOS DESPUES DE LAS CONCLUSIONES DEL FISCAL JURIDICO MILITAR.-- B) NO HACER OFRECIMIENTO DE ACCIONES AL PROPIETARIO DEL VEHICULO CONDUCIDO POR EL INCULPADO, QUE PUDIERA SER RESPONSABLE CIVIL SUBSIDIARIO. (PROCEDIMIENTO ESPECIAL DEL DECRETO 4.101/1964, de 17 de diciembre, Art. 10.— Art. 109 y 110 LECrim.— Arts 831 y 832 C.J.M.— Ley 122/1962, de 24 de Diciembre).

RESULTANDO: *Primero* - del exámen del procedimiento se desprende, en primer lugar, que tras la elevación a causa, acordada por decreto auditoriado en fecha 3 de Julio de 1974 (folios 51 y 52 vuelto) y después de evacuar el Fiscal J.M. de la región el trámite de calificación provisional (por escrito de fecha de 9 de Septiembre de 1974, folio 63 y vuelto), comparece ante el Instructor, con fecha de 9 de Octubre de 1974 (folio 68) Doña C.C.G., haciendo entrega de un escrito, que lleva fecha del día 5 de este último mes (folio 65), en el que solicita se la tenga por comparecida y parte en el procedimiento, por sí y por su hija menor, como perjudicada de la infracción perseguida, y para sostener la acusación particular, designando a tal efecto letrado que la representante, el que evacua su escrito de calificación provisional (folio 66) con fecha 14 de Octubre de 1974, es decir, más de un mes después de haberlo hecho el Fiscal J.M.

Segundo — Que igualmente se desprende del exámen de los autos que el padre del encartado, Don A.G.C., propietario del vehículo automóvil, matrícula M — 486.780, que conducía el soldado A.G.L. cuando se produjeron los hechos investigados en el procedimiento, no ha sido oído a lo largo de la instrucción del mismo más que con ocasión de la comparecencia obrante al folio 50, al hacérsele, con fecha 11 de Junio de 1974, el ofrecimiento de acciones que previene el art. 109 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sin duda como perjudicado, por lo que respecta a los desperfectos sufridos por el citado vehículo de su propiedad, no aportándose a los autos las fotocopias (folios 97 y 110) de la póliza de seguro que amparaba al citado vehículo de motor hasta que, con fecha 20 de Mayo de 1975, se requiere en tal sentido al propio encartado (folio 111) es decir, con ulterioridad a la fecha de la sentencia condenatoria e incluso a su aprobación, que tuvo lugar, como ya se ha dicho, el 17 de Abril de 1975.

CONSIDERANDO: Que, en primer lugar, las circunstancias concretas que quedan recogidas en el apartado 1.º del anterior resultando implican, de modo evidente, que se produjo una concreta infracción de lo establecido en el párr. 1.º del art. 110 LECrim, conforme al cual los perjudicados por un delito o falta que no hubieran renunciado a su derecho podrán mostrarse parte en la causa, si lo hicieren antes del trámite de calificación del delito, siendo así, que, en el caso presente, la personación tuvo lugar más de un mes después de formulado por el Ministerio Fiscal el escrito de calificación provisional, precepto el citado art. 110 de obligada observancia con carácter supletorio de las normas del art. 10 y concordantes del D. de 17 - 12 - 64, por el que se adoptaron a la jurisdicción Militar las normas orgánicas y procesales de la Ley 122/1962, de 24 de Diciembre, sobre uso y circulación de vehículos de motor. Infracción de una norma procesal que, por su propia naturaleza y transcendencia, carácter insubsanable y posible menoscabo de las garantías de las partes, integra y constituye una causa expresa de nulidad de lo actuado, conforme el n.º 2.º del art. 832 C.J.M. Por otra parte, y respecto a las circunstancias que quedan consignadas en el apartado 2.º del anterior resultando, no ofrece duda tampoco que la falta de audiencia del padre del encartado, propietario del vehículo que conducía el soldado, implica la omisión de diligencia sustancial en la tramitación del procedimiento y precisamente de las que tendrían carácter indispensable para formar prueba, dada la posibilidad de señalar responsabilidades civiles subsidiarias para el dicho propietario e incluso, en su caso, para la entidad aseguradora del vehículo, omisión que, de hecho, motivó sin duda el que

el C. de G. en su Sentencia (considerando III folio 82) razonando su criterio de declarar únicamente la responsabilidad civil del inculpado, aduce como motivo de ello que "no se hubiera aportado a los autos las correspondientes pólizas de Seguro, en el caso que existieran, y que hubieran podido dar lugar a declaraciones subsidiarias de responsabilidad" Omisión, en fin, que por afectar directamente a lo sustancial del procedimiento, integra también la causa de nulidad de lo actuado señalada en el n^o 2 del art. 882 del Código Castrense, por lo que, en definitiva, conforme a las facultades concedidas al Consejo por el art. 831 del propio cuerpo Legal, ante la concurrencia evidente de las dos causas de nulidad señaladas, se está en el caso de acordar la pertinente anulación de actuaciones en el presente procedimiento, con devolución del mismo a la A.J., a fin de que, previa reposición del mismo al estado y momento procesal oportuno, se prosiga su tramitación con arreglo a derecho.

AUTO DE 1 DE DICIEMBRE DE 1.976. NULIDAD DE ACTUACIONES. ES CAUSA DE LA MISMA EL CONSIGNAR EN UN RESULTANDO CUESTIONES DE DERECHO, Y SE TIENE POR TALES LA CITA DE NORMAS REGLAMENTARIAS DE CARACTER GENERAL. EL ERROR MATERIAL CONSISTENTE EN CONSIGNAR EN EL DECRETO DE APROBACION FECHA ANTERIOR A LA DEL DICTAMEN DEL AUDITOR. TIENE EL CARACTER DE INSUBSANABLE. (Arts. 831 y 832 C.J.M.)

RESULTANDO: Que recibidos los autos en este alto centro y formulado el correspondiente apuntamiento, pasaron las actuaciones a informe del Excelentísimo Sr. Fiscal T., quien emitió su dictamen en el sentido de que del examen del procedimiento se deduce que después de decretarse la vista y fallo, se han vulnerado normas procesales de tal naturaleza, que invalidan lo posteriormente actuado, incluida la sentencia. Tales vicios o defectos son los siguientes: en el resultado de hechos probados de la propia sentencia se viene a decir que lo preceptivo estando de centinela es tener el arma en posición de seguro. Es indudable, que si, a juicio del Consejo, existe una norma general, tal norma debe ser citada en los considerandos y no en los resultandos, que se refieren a los hechos acaecidos y no a las normas aplicables al caso, por lo que resulta infringido el art. 790 C.J.M. en sus números 2^o y 4^o que determinan lo que ha de ser materia de los resultados y de los considerandos. La Sala 6^o del T.S. en sentencia de 12 - II - 36

declaró que es causa de nulidad consignarse en un resultando cuestiones de Derecho. Y que el Decreto de la Autoridad Judicial por el que se aprueba la sentencia es de fecha anterior al dictamen en el que se propone tal aprobación, y, aunque pudiera tratarse de un error material, tal efecto no es subsanable en el momento procesal actual, por lo que resulta infringido el art. 798 del C.J.M. por lo que visto cuanto disponen los arts. 831 y 832 C.J.M. procede declarar nulo y sin ningún valor ni efecto lo actuado en la presente causa desde el folio 56, propuesta de vista y fallo, el 69, diligencia de elevación de la causa a la superioridad, a cuyo efecto procede devolver a la Autoridad Judicial para su continuación, con arreglo a derecho.

CONSIDERANDO: Que por los propios fundamentos expuestos por el Excelentísimo Sr. Fiscal T. en su informe, que la Sala hace suyo, procede a tenor de lo dispuesto en los arts. 831 y 832 C.J.M. acordar la nulidad de las actuaciones practicadas en la causa, a partir del folio 56, devolviendo la causa al Excelentísimo Señor Capitán General.

d/ Responsabilidad civil subsidiaria de Ministerios militares

AUTO DE 14 DE ENERO DE 1.976. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO (RAMO DE GUERRA). HA LUGAR A DECLARARLA POR NO ABARCAR LA PÓLIZA DE SEGURO DEL PERJUDICADO LOS "DAÑOS PROPIOS" (Art. 206 C.J.M.)

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con el Sr. Fiscal T., comprobándose que el hecho determinante de la responsabilidad civil declarada ocurrió en acto de servicio reglamentariamente ordenado y que se ha probado 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 su entidad aseguradora no cubría los "daños propios", se está en el caso, conforme a lo prevenido en el art. 206 C.J.M., de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del E. de T.

AUTO de 21 DE ENERO DE 1.976. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO (RAMO GUERRA). HA LUGAR. (Art. 206 C.J.M.)

CONSIDERANDO: Que al constar acreditado que el soldado condenado al realizar el hecho calificado de simple imprudencia con infracción de Reglamentos, obraba en acto de servicio regla-

mentariamente ordenado, así como su insolvencia, se ha de concluir que concurren en el caso los requisitos del art. 206 del C.Cas-trense, para que pueda declararse la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, en la cuantía indicada en favor de Don J.M.S.G. y Don J.S.A.

AUTO DE 21 DE ENERO DE 1.976. RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL ESTADO (RAMO DE GUERRA). ARBITRIO EN SU DECLARACION CUANDO SE CONSIDERE JUSTO. (Art. 206 C.J.M.)

CONSIDERANDO: Que aún constando acreditado que el soldado condenado al realizar el hecho calificado de delito de im-prudencia simple con infracción de Reglamentos, obraba en acto de servicio reglamentariamente ordenado, así como su insolvencia, es lo cierto que la Empresa " M ", no dió el parte correspondiente y dentro del plazo oportuno a la Compañía de Seguros, por lo que se puede estimar que los perjuicios de carácter económico que su-frió como consecuencia del accidente, se deben no al mismo sino también a la negligencia de la propia Empresa, siendo además de señalar, que, según reiterada jurisprudencia de este Consejo, el art. 206 del C.J.M. no establece una obligación taxativa para los Departamentos Militares, sino que se limita a permitir que se declare la responsabilidad civil subsidiaria, cuando se considere justo. *ACUERDA la Sala de Justicia no declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército*

AUTO DE 14 DE ENERO DE 1.976. RESPONSABILIDAD SUBSIDIARIA DEL ESTADO (RAMO DE GUERRA). NO HA LUGAR A DECLARARLA, POR HABER INDEMNIZADO LA COMPAÑIA ASEGURADORA (Art. 206 C.J.M.)

RESULTANDO. Que recibido el expediente en este Alto Tribunal y pasado a informe del Excelentísimo Señor Fiscal T., el mismo emitió su dictamen estimando que no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado — Ramo de Guerra — para resarcir al propietario del vehículo civil dañado, ya indemnizado, o al abono de los gastos de reposición por la Compañía de Seguros, pues la autorización concedida por el art. 206 C.J.M., aún ampliamente interpretado por la Jurisprudencia de este Consejo Supremo, no puede extenderse a los supuestos en la realmente indemnizada sería la Compañía Aseguradora del vehí-culo, en la que constituye elemento esencial de su negocio la asun-ción de estos riesgos en contrapartida de las primas que percibe del aegurado.

CONSIDERANDO. Que de conformidad con el criterio sustentado por el Excelentísimo Señor Fiscal T., que la Sala hace suyo, no es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, — Ramo de Guerra — , por los hechos de autos.

AUTO DE 21 DE ENERO DE 1.976

CONSIDERANDO que, de conformidad con lo informado por el Señor Fiscal T., y por sus propios fundamentos, en el caso presente no concurren los requisitos exigidos en el art. 206 del C.J.M. por cuanto, tanto si se han abonado por la Entidad aseguradora los daños sufridos por el vehículo propiedad de la perjudicada (circunstancia que aquí concurre) como si la póliza de seguros concertada por el perjudicado con su Aseguradora ampara los “daños propios” en cuantía suficiente para hacer frente a los perjuicios en cuestión, aunque no se haya hecho aún el abono, no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria, porque ello supondría resarcir a la aseguradora o en su caso, eximirla del correspondiente pago, puesto que el abono de cantidades por su parte deriva del oportuno contrato mercantil y no directamente de la infracción penal sancionada, entrando dentro del normal desarrollo de la actividad aseguradora que le compete, en cumplimiento de su específica misión mercantil, en contrapartida de las primas percibidas del asegurado.

AUTO DE 21 DE ENERO DE 1.976.

CONSIDERANDO. Que de conformidad con el criterio sustentado por el Fiscal T., que la Sala hace suyo, es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, — Ramo de Guerra — , en la cuantía de 7.391 pts en favor de Don S.B.A. , 6.275 pts en favor de Don L.M.D.M. , 38.209 pts en favor de Don A.G.A. , 1.263 pts en favor de Don E.L.H. , 2.858 pts en favor de Don J.J.N. , todos perjudicados por el hecho de autos, como indemnización por los daños sufridos en sus respectivos vehículos. Que ello no obstante, por los propios fundamentos y dictamen del Fiscal T. , que la Sala hace asimismo suyos, no procede declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ministerio del Ejército, en cuanto al pago a la Compañía de Seguros “ E ” aseguradora del vehículo V — 4.327 - C, de la cantidad de 39.398 pts, en la que fueron tasados los daños sufridos por cuanto que dicha indemnización fue hecha efectiva al perjudicado de acuerdo con la póliza cubierta al efecto entre ambas partes, y la autorización concedida por el art. 206 del C.J.M. no puede extenderse al supuesto de indemnizar a la propia aseguradora del vehículo, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la Entidad, por cuanto el riesgo asumido tiene una contrapartida en la prima que percibe del asegurado.

AUTO DE 10 DE MARZO de 1976

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA DEL EJERCITO DE TIERRA RESPECTO DE HECHOS REALIZADOS POR UN MIEMBRO DE LA GUARDIA CIVIL.— POSIBILIDAD DE REPETIR CONTRA EL MINISTERIO DE LA GOBERNACION. (Arts. 206 y 1.062 C.J.M.)

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el criterio sustentado por el Señor Fiscal T., que la Sala hace suyo, es procedente declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Estado, Ramo de Guerra, en la cuantía de 500.000 pts a favor de los herederos del fallecido, paisano Don V.D.R., pues aunque pudiera suscitarse la duda de si es el Ministerio del Ejército 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 Ej. y el C. Castrense, además, tanto en la exposición de motivos como en los artículos 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 se determinan en los arts. referidos. Por otra parte, de no declararse la responsabilidad, subsidiaria del Estado a través del Ministerio del Ej, se impediría a los causahabientes de la víctima la reclamación del de Gobernación, que ni siquiera ha sido oído en el expediente, con el consiguiente perjuicio para los mismos causahabientes, por lo que, perteneciendo el sentenciado en aquella causa al Ejército de Tierra a efectos militares debe ser este último el responsable subsidiario, sin perjuicio de que pueda interesar del Ministerio de la Gobernación, del que a efectos de servicio y económicos depende el Guardia Civil autor del hecho origen de la indemnización, el oportuno resarcimiento de la cantidad que deba abonarse.

AUTO DE 22 DE JUNIO DE 1976

(EN EL MISMO SENTIDO QUE EL ANTERIOR)

CONSIDERANDO: Que, de conformidad con el Sr. Fiscal T., 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, se está en el caso, conforme a lo prevenido en el art. 206 C.J.M., de declarar la responsabilidad civil subsidiaria del Ejército de Tierra.

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 Ej, y el C. 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 arts. referidos. De otra parte, al no declararse la responsabilidad subsidiaria del Estado a través del Ministerio del Ej, se impediría a la víctima y beneficiaria de la indemnización, la reclamación del de Gobernación, que ni siquiera ha sido oído en el expediente, con el consiguiente perjuicio para dicha persona, por lo que, perteneciendo el condenado y principal responsable al Ejército de 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.

e) Amnistía (R.D.-L. 10/76, de 30 de julio)

AUTO DE 20 DE OCTUBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A HECHOS QUE HAN PUESTO EN PELIGRO LA VIDA E INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS (Art. 1.º -1.º Real Decreto-Ley 10/76, de 30 de julio)

En este Auto, y en los que a continuación se citarán, se establece la imposibilidad de aplicar la gracia de amnistía de la norma del epígrafe, en casos de muerte de personas, amenaza a las mismas con armas de fuego y colocación de explosivos.

Doctrina similar a la que se contiene en este Auto, se establece en los de 27 de octubre, 17 de noviembre, 24 de noviembre, 7 de diciembre y 14 de diciembre de 1976.

CONSIDERANDO: Que aún cuando alguno de los hechos cometidos por el condenado J.E.G. pudieran quedar comprendidos en el R.D.-L. sobre amnistía de 30 - 7 - 76, no ocurre lo mismo con la comisión de otros que fueron declarados comprobados en la sentencia y concretamente la personal participación del recurrente en los acuerdos adoptados por los que se ordenaba a una serie de comandos la colocación en puntos diferentes de explosivos, en cuya elaboración participó personalmente el interesado y

que fueron efectivamente colocados el 26 de Marzo de 1969, todo lo cual se deduce de lo recogido en el resultando primero, apartado H) números 2, 3 y 7 de la sentencia que aparece en los folios 52 al 54 del testimonio de la misma que ha sido remitido a este Consejo.

CONSIDERANDO: Que a la vista de lo expuesto en el Considerando anterior y de conformidad con lo manifestado en el informe del Señor Fiscal T. no concurre en los hechos cometidos por J.E.G., un requisito esencial para la concesión de la amnistía como es el de que no se haya puesto en peligro la vida e integridad de las personas, que establece específicamente el art. 1.º, núm 1.º del R.D.-L. de 30 - 7 - 76 y que dió base a la A.J. para excluir al recurrente de los beneficios contenidos en este R.D.-L. en lo que concierne al mencionado delito de terrorismo por el que había sido condenado, por lo que a la vista de dicho R.D.-L. y O. de 5 - 8 - 76 y ante la ausencia de un específico requisito que previenen tales disposiciones, no cabe la interpretación favorable para la concesión al recurrente de los beneficios de amnistía que solicita, de los que debe quedar excluído a causa de la naturaleza de los hechos por los que fue condenado.

AUTO DE 20 DE OCTUBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A HECHOS QUE HAYAN PUESTO EN PELIGRO LA VIDA O LA INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS (Art. 1.º - 1.º del Real Decreto-Ley 10/76 de 30 de julio)

CONSIDERANDO: Que a los efectos del Recurso de alzada interpuesto, se ha de estimar por la Sala, partiendo de los hechos declarados como probados en la sentencia, si la no aplicación de los beneficios de amnistía por la A.J. de la 6.ª R.M., obedece, por un lado, a una interpretación errónea de dicha Autoridad de los hechos cometidos como supuesto de posible excepción para la aplicación de la amnistía, y de otro, a la interpretación legal que para la aplicación de la misma ha efectuado la Capitánía General de la antedicha R.M.

CONSIDERANDO: Que la alegación que hace el condenado en su escrito de que no puso en peligro la vida e integridad de las personas, hay que contemplarla en todas sus dimensiones, dentro del contexto de la propia sentencia en cuyos Considerando se detalla y se da como probada la participación del condenado D., juntamente con otros, en el asesinato del Sr. M, dando como hechos probados tal participación y como calificación jurídica de los mismos, que el mencionado condenado D. fué autor por inducción, con otros condenados, de un delito de asesinato, del art. 196 J.M., núm. 2, y art. 14, párr. 2.º del C.P.

CONSIDERANDO: Que los términos del R.D.-L. n.º 10/76 de 30 de Julio y orden de 5 - 8 - 76, no permiten la menor interpretación por la que el penado D.C. pudiera beneficiarse de la amnistía, toda vez que de la sentencia antes mencionada claramente se desprende, no ya el riesgo o peligro sino la pérdida de la vida de una persona, habiendo sido condenado como autor por inducción de asesinato, supuesto éste que resulta inequívocamente excluido del ámbito de aplicación de los beneficios de la amnistía, conforme establecen las disposiciones anteriores y concretamente el art. 1.º, núm. 1.º, del R.D.-L. citado.

AUTO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A HECHOS QUE HAYAN PUESTO EN PELIGRO LA VIDA O LA INTEGRIDAD DE LAS PERSONAS (Art. 1.º - 1.º del Real Decreto-Ley 10/76, de 30 de julio).

CONSIDERANDO: Que de las dos alegaciones que se aducen para fundamentar el recurso interpuesto, la primera, a la concreta calificación jurídica de los hechos cometidos, no resulta, en la resolución recurrida, determinante de la exclusión de la gracia de amnistía acordada por la A.J., que resuelve su denegación por "la naturaleza de los hechos tipificados "y por" haber resultado lesionada la integridad física de las personas "como consecuencia de los mismos. Para esta Sala no ofrece duda que, efectivamente, el recurrente figura condenado como autor de un delito de Atraco a mano armada, previsto y penado en el núm. 2.º, a) y b), del art. 4.º del D. de 21 - 9 - 60, y que, ya en cuanto a tal delito, concurre la circunstancia de exclusión expresa de la gracia de que con la infracción cometida y sancionada se hubiese lesionado la integridad de las personas (art. 1.º, n.º 1.º, del R.D.-L.), de 30 - 7 - 76, extremo que no cabe poner en duda, desde el momento en que resultaron dos personas (los citados empleados de la entidad mercantil atacada) con lesiones graves producidas por arma de fuego disparada por uno de los coautores del delito sancionado. El recurrente alega que no fue él el autor material de tales disparos, pero no tiene en cuenta que la circunstancia de exclusión de la gracia que ha servido de base a la denegación de la misma no tiene en su redacción expresada un carácter subjetivo o individualizado, sino objetivo y referido al delito, es decir, a los hechos sancionados y a su resultado concreto, por lo que, a tal efecto, en el caso presente resulta indiferente cual sea el coautor que materialmente produjo las lesiones, bastando con el hecho incontrovertible de que tales lesiones se produjeron; sobre todo si, a mayor abundamiento, se tiene en cuenta que la circunstancia excluyente de la gracia es, en realidad, mucho más amplia, pues literalmente en el párr. 1 del art. 1.º del R.D.-L. 10/1976 se amnistían los "delitos

y faltas de intencionalidad política... en tanto no hayan puesto en peligro o lesionado la vida o la integridad de las personas..." y conforme el resultado de hechos probados de la Sentencia condenatoria, en el hecho de autos, el recurrente intervino esgrimiendo una pistola cargada y en perfecto estado de funcionamiento, con la que, en unión de otros partícipes, amenazó a las personas presentes en el establecimiento mercantil atracado, soltando el arma solo al salir en su huída a la calle y resbalar, momento en que fue reducido por los presentes; de modo que, ya en cuanto a su propia y personal actuación, no podría ponerse en duda que concurriría, al menor, la circunstancia de haber "puesto en peligro la vida o la integridad de las personas", lo que igualmente le excluiría de la gracia de amnistía.

AUTO DE 3 DE NOVIEMBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A LOS DELITOS DE INSULTO A SUPERIOR (Art. 1.º, párrafos 1.º y 2.º, del Real Decreto-Ley 10/76, de 30 de Julio).

CONSIDERANDO: Que de conformidad con el informe del Sr. Fiscal T. ciertamente no resulta procedente la aplicación del R.D.-L. de amnistía de 30 - 7 - 76, en relación con un delito de insulto a superior, en cuya virtud fue condenado el recurrente, debiendo añadir la Sala a los fundamentos expuestos por las distintas Autoridades que han informado el recurso, que en ningún caso puede servir de amparo la intencionalidad política que previene el art. 1.º núm. 1.º del mencionado R.D.-L. para los delitos comprendidos en el C.J.M., salvo aquellos que específicamente se previene tal gracia en el n.º 2 del expresado art. 1.º .

AUTO DE 1 DE DICIEMBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A LOS DELITOS DE INSULTO A FUERZA ARMADA (Art. 1.º - 1.º del Real Decreto-Ley 10-76, de 30 de julio)

CONSIDERANDO: Que, efectivamente, conforme el criterio expuesto por el Sr. Fiscal T., los delitos de insulto a fuerza armada no están comprendidos en el art. 1.º del R.D.-L. (10/76), puesto que de los delitos previstos y penados en el CJM, solo son amnistiables, conforme a dicho precepto, los que expresamente se mencionan en el mismo (rebelión, sedición, los previstos en los arts. 315 a 318, desertión y negativa a la prestación del servicio militar), por lo que, como es obvio, no pueden aplicarse los beneficios de amnistía al hoy recurrente, siendo correcta la denegación acordada por la A. J.

AUTO DE 7 DE DICIEMBRE DE 1976. AMNISTIA.— NO ALCANZA A FALTAS LEVES MILITARES DEL ART. 443 C.J.M. (Art. 1.º y 3.º del Real Decreto-Ley 10/76, de 30 de julio)

CONSIDERANDO: Que, efectivamente, conforme al criterio sustentado por el Sr. Fiscal T., la infracción cometida y por la que fue sancionado en su día el recurrente (una falta leve militar de “infracción de sus deberes militares”, prevista en el art. 433 C.J.M.) no está comprendida, desde luego, en ninguno de los apartados del 1.º del R.D.-L. núm. 10/1976, como tampoco lo está en el art. 3.º ya que este se refiere exclusivamente a las infracciones administrativas cometidas con intencionalidad política, y en el supuesto presente es claro que la falta militar sancionada ni constituye infracción administrativa (ya hubiere sido impuesta en vida judicial, ya en vía gubernativa, estrictamente castrense), ni para nada guarda relación con una intencionalidad política que no consta concurriese aquí; por todo lo cual se está en el caso de confirmar la recurrida, que resulta acertada y ajustada a Derecho, con desestimación del recurso interpuesto.

f) Indulto particular

ACUERDO DE 17 DE NOVIEMBRE DE 1976. INDULTO PARTICULAR. Se informa desfavorablemente respecto de la accesoria de suspensión de empleo (Art. 989 y ss C.J.M.)

Aún cuando se trata de materia graciable, y la doctrina de nuestro más Alto Tribunal no es vinculante, sí resulta indicativa y orientativa, por lo que reproducimos este Acuerdo cuyos razonamientos, en conjunto o aisladamente, pueden servir de pauta al considerar casos análogos.

CONSIDERANDO: Que, en contra del criterio sustentado por el Sr. Fiscal T., se estima pertinente informar en sentido desfavorable la petición de indulto instada por el Capitán de Artillería Don E.S.V., y éllo, independientemente de que por la propia naturaleza de la suspensión de empleo, que en éste caso se impuso como efecto especial militar de la pena principal, y no como accesoria, fuere ya dudosa la posibilidad de acudir a la vía del indulto particular para borrar su eficacia, atendidas las disposiciones básicas contenidas en la Ley de 18 de Junio de 1870 y Decreto de 22 de Abril de 1938, como en las propias normas de los art. 989 y ss C.J.M. por la razón más contundente de que no parece que concurra en este supuesto circunstancia alguna especial o excepcional que abone la petición del reo, sin que ninguna de las

alegadas por las diversas Autoridades que han intervenido en el expediente puedan servir en realidad para fundamentar el criterio favorable, que es claro que la benignidad de la Sentencia, apreciando dos atenuantes ya jugó para determinar que la pena impuesta se rebajase en dos grados, con lo que no se llegó a la separación del servicio; que ya se hizo aplicación al reo de los beneficios de indulto general con respecto a la totalidad de la pena principal privativa de libertad; y que el hecho de que la viuda del fallecido no se oponga al indulto tampoco puede ser determinante del criterio favorable. Si a todo ello se añade la naturaleza de los hechos por los que el solicitante fue condenado y la gravedad del delito calificado, teniéndose en cuenta, además, que el indulto del efecto de suspensión de empleo produciría un perjuicio concreto a todos aquellos compañeros tras de los cuales ha pasado a escalofonarse el solicitante por pérdida de los 339 puestos referidos, será preciso llegar a la conclusión de que procede informar desfavorablemente a dicha concesión.

Jesús Valenciano Almoyna

B) JURISPRUDENCIA DE LA SALA ESPECIAL DE COMPETENCIAS

AUTO DE 25 DE JUNIO DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la I Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 1, sobre conocimiento de causa seguida por delito de terrorismo, por la explosión provada en la Cafetería Rolando, de la calle del Correo de Madrid, hecho del que resultaron muertes, lesiones y daños.

La Sala Especial resuelve la cuestión planteada declarando competente a la Jurisdicción militar, conforme a los siguientes razonamientos:

“Que, paralelamente a la presente cuestión jurisdiccional y respecto de causa seguida desde un principio por la Jurisdicción Militar con motivo de explosión provocada al servicio de la Organización terrorista de finalidad separatista E.T.A., en la Cafetería Rolando, de la calle del Correo, de esta Capital, con múltiples resultados mortales y lesivos, así como importantes destrozos materiales, se ha planteado entre ambas jurisdicciones Militar y Ordinaria, representada la primera por el excelentísimo Sr. Capitán General de Madrid —promotor del conflicto— y la segunda por el Juzgado núm. 1 de Orden Público, competencia también negativa que, por la simultaneidad de planteamiento con la otra prenotada, con la que ofrece esenciales coincidencias personales, fácticas y jurídicas, fue señalada a fines de examen y fallo, para el mismo día que la otra, siendo aplicable, en puridad, a la presente idéntica motivación e idéntico criterio decisorio que aquella otra y mentalmente aplicables los razonamientos contenidos en el auto decisorio de dicha competencia, 150/76 al caso que, contemporáneamente nos ocupa, si bien la individualidad procesal de cada caso ha de llenar, literalmente y por diversidad de ponencia, a fundamentación jurídica propia en una y otra resolución, implícitamente atendidas, sin embargo, a doctrina y fórmula solutoria virtualmente comunes a uno y otro asunto”.

“Que para resolver este conflicto competencial es preciso tener en cuenta, dado que se trata de una cuestión negativa, la antitética posición de las jurisdicciones en contienda, que puede sintetizarse así. Para la Militar son razones que justifican la declinación que pretende en favor de la Ordinaria las siguientes: Primera. Por entender que en los hechos inculcados sólo concurre de los requisitos que conjuntamente se requieren, excepcionalmente, para atribuir su conocimiento a la Jurisdicción Castrense según el art. 294 bis

del Código de Justicia Militar y lo dispuesto en el D.-Ley 2/1976; el ataque al orden institucional; pero no los otros dos, si no haber sido llevado a cabo por grupos ostensiblemente armados, con organización de tipo militar o paramilitar; ni producir situación de alarma o grave alteración del Orden Público. Segunda. Que la única Organización Armada en opinión del Fiscal Militar informante es la E.T.A. pero niega la conexión con ella de la Genoveva F., y en todo caso niega también que la propia E.T.A., pueda ser considerada ni como militar ni tan siquiera para-militar. Tercera. Se insiste después en que no se produjo alarma ni alteración del Orden Público ya que el Gobierno de la Nación ni declaró el Estado de Excepción ni fueron suspendidas las garantías contenidas en el fuero de los Españoles. Cuarta. Por su parte el dictamen del Excmo. señor Auditor niega que el D.-Ley 2-76 de 18 de febrero haya modificado en su sustancia el artículo 294 bis del Código de Justicia Militar destacando que por la Ley de 15 diciembre 1971 se introdujo un Capítulo I bis del Título XIX dedicado al Terrorismo y que se mantiene la facultad contenida en el art. 294 bis d) que confiere a la Autoridad Judicial Militar la facultad de "decidir" que no se dan las condiciones específicas para su inclusión en los arts. 294 bis a) al 294 bis d) reputando que tal inhibición a favor de la Jurisdicción Ordinaria no es ya ni disensible ni rechazable. Alega como antecedentes de esta facultad que estima omnimoda el art. 8.º del D.-Ley de 2 marzo 1943 y D.-Ley de 18 abril 1947. Quinta. Que a su juicio los elementos definitorios de los delitos de Terrorismo 294 bis a) a 294 bis e) se añade en el D.-Ley 2/76 de 18 de febrero un límite de procedibilidad representado por la "decisión" de la Autoridad Judicial Militar. Sexta. Que partiendo del art. 286 del Código Castrense que califica de rebelión "el alzarse en armas", huelga la salvedad contenida en el art. 1.º del D.-Ley 2/76 pues cuando tal alzamiento en armas se produzca será siempre competente la Jurisdicción Castrense y que en todo caso este art. 1.º no puede ser argumento competencial pues conduce a un Concurso de Leyes del que automáticamente se deduce la facultad de conocer de una u otra Jurisdicción. Séptima. Que no existió "grupo armado" ni organización Militar que sólo la tienen las fuerzas de los Ejércitos de Tierra, Mar y Aire, Guardia Civil y Policía Armada. Octava. Que el concepto de "Organización Para-militar" habrá de ser aclarado por la doctrina y Jurisprudencia. Novena. Se refiere al concepto internacional de "combatientes" para concluir que los encartados en este proceso no tienen tal carácter y que no lo es Genoveva F. por no llevar uniforme ni portar armas ostensiblemente, no aparecer cabeza responsable, ni observar las leyes o costumbres de la guerra. Décima. Se niega que la E.T.A. sea una organización Para-militar porque no respetan las más elementales normas de convivencia, honor, lealtad, legalidad. Undécima. Niega igualmente que los hechos a enjuiciar produjeran alarma ni alteraran el Orden Público".

"Que por su parte la Jurisdicción Ordinaria mantiene de igual forma, tanto en sus órganos dictaminadores como decisorios, una posición congruente, unánime y unitaria que en precisas concreciones estima: Que entre estos encartados y la E.T.A. existen conexiones no sólo ideológicas de finalidad común sino de realización de los actos que se persiguen. Que todos ellos y la E.T.A. en concreto son y representan organizaciones Terroristas para-militares con finalidad común de derrocar por la fuerza y violencia la Organización Institucional Española; que actuaron en plurales funciones y

cometidos, pero siempre con unidad preordenada de fin y sobre la base de actividad de grupos armados; y por último, que los hechos que se enjuician en este proceso y en el magnicidio del Presidente del Gobierno Español, cuya conexión de finalidad no sólo genérica sino también concreta y total es innegable, causaron profunda alarma en todo el territorio de España con transcendencia nacional y supranacional”.

“Que ante este antitético e inconciliable planteamiento son problemas a resolver por esta Sala de conflictos jurisdiccionales, los siguientes y por el orden en que seguidamente se enuncian: Primero. Determinación del contenido, ámbito y alcance del art. 1.º del D.-Ley de 18 febrero 1976. Segundo. Su repercusión en el texto de la Ley de 15 de noviembre de 1971 y concretamente en los arts. 294 bis a), b) y c) del Código de Justicia Militar. Tercero. Alcance e interpretación de la facultad que a la autoridad militar confiere el art. 294 bis d). Cuarto. Determinación de si los hechos aquí enjuiciados en cuanto resulta de las actuaciones hasta ahora practicadas, y sin prejuzgar la ulterior y definitiva resolución, son o no encuadrables en los excepcionales supuestos previstos en los núms. 1.º y 2.º del art. 1.º del tan referido D.-Ley de 18 febrero 1976”.

“Que en trance de configurar la naturaleza jurídica del art. 1.º del D.-Ley de 18 febrero 1976; de su sereno examen aparece que se trata de un complemento de las normas que rigen, atinentes al Terrorismo tanto en el Código Penal Ordinario, como en el de Justicia Militar, finalidad que extensiva y ampliatoriamente cumplió en atención a las circunstancias nacionales concurrentes del D.-Ley de 26 agosto 1975 y que restrictivamente, derogado en gran parte, cumple este D.-ley de 1976 que en esencia no modifica el Capítulo bis y sus arts. 294 bis a), b) y e) introducidos en el Código de Justicia Militar por Ley de 15 de noviembre de 1971, si bien supone una manifestación legal auténtica y cualificada de su ámbito y contenido en los aspectos competenciales, para exigir, como presupuesto y requisito esencial de la atribución del conocimiento de la represión de estos delitos a la Jurisdicción Castellana, que en todos y cada uno de los antijurídicos penales referidos en el art. 294 bis, concorra la triple y conjunta condición de ser realizados por grupos armados; con organización de tipo militar o paramilitar; que los hechos penalmente ilícitos realizados tiendan a atacar el orden institucional; y que disyuntivamente produzcan situación de alarma o grave alteración de orden público. Como se advierte son y se trata de condicionamientos y exigencias materiales y sustantivas que, al calificar las tipicidades penales aludidas, repercuten procesalmente y configuran la excepción a la regla general de competencia atribuida a la Jurisdicción Ordinaria y remitirla, por la concurrencia plena y conjunta de estos condicionamientos a la esfera jurisdiccional y conocimiento de la Jurisdicción Militar”.

“Que resueltos los interrogantes primero y segundo del planteamiento que incumbe resolver a esta Sala de competencias; en cuanto al tercero, referible a la interpretación del alcance y contenido de la facultad decisoria que se confiere a la Autoridad Judicial Militar en el art. 294 bis d) para estimarse competente o para provocar la inhibición a favor del Fuero Jurisdiccional Ordinario, es evidente que esta facultad se autolimita y constriñe por concurrir o no las circunstancias legalmente prefijadas en los arts. 294 bis a), b) y e) del Código de Justicia Militar y además cualificadas con los referidos condicionamientos establecidos en el tan citado art. 1.º del D.-Ley de

18 febrero 1976, que si bien no reproduce y expresa la facultad decisoria de inhibirse conferida a la autoridad judicial militar como tampoco lo hizo el cuasi derogado D.-Ley de 26 agosto 1975; no hay razones suficientes para entender derogada esta facultad de inhibición, y antes al contrario de estos Decretos Leyes de 1975 y 1976 no se infiere la remisión al artículo 294 bis no cabe deducir que se haya pretendido suprimir esta facultad simplemente inhibitoria. Ahora bien, si con determinación y objetividad se contempló el artículo 294 bis d) y sus precedentes inmediatos, segundo párrafo del art. 2.º de la Ley de 2 marzo 1943; el párr. 2.º del art. 9.º del D.-Ley de 1947, y el párr. 3.º del art. 8.º del D. de 21 septiembre 1960; se observan entre ellos diferencias de contenido ideológico y de efectos legales, pues mientras el precepto referido de la Ley de 1943 podría pensarse que se trataba de una facultad discrecional no disintible según las normas competenciales aplicables a la negación de conocer de las jurisdicciones ordinaria y militar; criterio harto disintible por atentar a normas imperativas que conceptúan la materia de competencias de orden público procesal, en lo que no cabe discreción contra los criterios legales absolutos e imperativos fijados para deslindar competencialmente los campos de conocimiento de una y otra jurisdicción. Esta facultad se debilitó en su intensidad en el D.-Ley de 18 abril 1947 supeditando la simple y lisa facultad de inhibirse a que "por especiales circunstancias los hechos no revistieren la gravedad suficiente para ser calificados como de terrorismo o bandidaje; limitación que se acentúa en el D. de 21 septiembre 1960 en que se construye al caso" de que por las especiales circunstancias de los hechos, no revistieren éstos gravedad o características adecuadas para ser calificados con arreglo a este Decreto y debieran serlo conforme a la Legislación Común, en cuyo supuesto cabría inhibirse en favor de la Ordinaria. Por su parte, el art. 294 bis d) se limita a conceder a la Autoridad Militar la simple, lisa, y llana facultad apreciativa y decisoria, de no darse en los hechos enjuiciados "las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores", en cuyo supuesto se inhibirá en favor de la Autoridad Judicial Ordinaria. En definitiva, estas facultades son enteramente similares a las que en el enjuiciar ordinario penal se atribuyen a los Jueces o Tribunales Penales Ordinarios y al Tribunal de Orden Público, para que cuando entiendan que los hechos son encuadrables en supuestos típicos de delitos de la competencia de la Jurisdicción Castrense se inhiban. El uso de estas facultades de inhibición no son, por precepto imperativo de clase alguna, indiscutibles, sino que queda plenamente abierta la posibilidad de que la Jurisdicción destinataria en cuyo favor se produzca la inhibición, discrepe de la apreciación contraria y sea, ante la recíproca negación a conocer, necesario dirimir el conflicto competencial ante esta Sala, que resolverá justificando y valorando los hechos en el estado que mantengan para determinar cuál de las Jurisdicciones debe conocer en lo sucesivo o seguir conociendo. Procederá en su consecuencia declarar que la facultad de inhibición de una u otra jurisdicción debe someterse, por razones de orden público procesal en caso de discrepancia, a la resolución de esta Sala".

"Que expedito el camino es procedente, con examen previo y provisorio de los hechos incriminados, decidir si se encuadran o no en todos y cada uno de los tres condicionamientos exigidos en los aps. 1.º y 2.º del art. 1.º del tan aludido D.-Ley de 18 febrero 1976; esto es, si fueron cometidos por grupos armados; con organización de tipo militar o paramilitar; que

produjeron situación de alarma o grave alteración de orden público. A este respecto debe tenerse en muy especial cuenta que estos interrogantes están ya prácticamente resueltos en la sentencia de la Sala Segunda del T.S. de 17 de junio de 1975 en las que contienen entre otras, las siguientes afirmaciones constatadas en sus Resultandos que "los encartados Genoveva F. y Antonio D. V. actuaron íntimamente relacionados con la organización terrorista E.T.A." y que "resulta acreditado, con toda certeza que los procesados pertenecen o han actuado al servicio de la Organización subversiva E.T.A.". Que individuos de esta "organización subversiva o a su servicio planearon y ejecutaron el día 13 de septiembre pasado otro atentado terrorista por medio de explosivos en la cafetería Rolando", sita en la calle del Correo de esta Capital, hecho por el que viene actuando la Jurisdicción Militar, y que por su analogía con el que aquí se persigue, participación en el mismo de algunos de los procesados en esta causa, elementos comunes de prueba para uno y otro procedimiento y otras implicaciones recíprocas, resulta, conveniente para un mejor enjuiciamiento que ambos procesos sean sometidos a una misma jurisdicción. A su vez y sobre la base de estas precisiones fácticas en los Considerandos de la mentada sentencia, se afirma categóricamente A) que la naturaleza jurídico-penal de tales hechos, con independencia de su inicial y contingente calificación, reputados ahora a estos precisos efectos jurisdiccionales, deben considerarse, como constitutivos del especial delito de terrorismo sectario cualificado, previsto en el art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, delito privativamente atribuido, en cuanto a su conocimiento y pertinente castigo al Fuero castrense por razón de la materia, conforme al art. 6.º núm. 12, del citado Código de Justicia Militar, B) Que el principio de especialidad, decisivo en materia de curso de normas —con independencia del peculiar juego del artículo 68 del C. P. ordinario— lleva a resolver el caso en pro de la prevalencia del específico supuesto de terrorismo, del Código de Justicia Militar, sobre el delito de terrorismo común o genérico previsto en el Código ordinario, en el que no se atiende, como en aquél, a que los actos terroristas de que se trate emanen de organizaciones subversivas o separatistas o sirvan a sus designios, dada, a tales efectos de diferenciación, la contemporaneidad (15 de noviembre de 1971) de las leyes que vinieron a reformar, respectivamente, uno y otro Código común y especial, incluyéndose en éste el terrorismo sectario, atendidos sus móviles y alcance. C) Que sin esencial disparidad de naturaleza ni de finalidad, subversiva y separatista, entre ambas modalidades de terrorismo —el ordinario, previsto en el art. 260 del C. P. común y el cualificado, sancionado en el art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar— diferente entre sí tanto por los medios que han de ser explosivos o catastróficos en el último caso, como, sobre todo, por incardinarse en la figura penal castrense la criminalidad sectaria, categoría en la que, manifiestamente entra, en la realidad social actual, la denominada E.T.A., organización clandestina, eminentemente violenta, de notorio carácter paramilitar, atentatoria a la unidad de la Patria, sin que sea necesario, para la legal subsunción de esta especialidad de terrorismo, en la mentada norma castrense que el agente esté formalmente afiliado a la secta, por cuanto basta, meramente, con que actúe a su servicio, según el propio precepto prevé, y tal ocurre con la conducta atribuida a los procesados recurrentes —sin constar con la inculpada al resto de los procesados, rebeldes, implicados en el mismo proceso y justi-

ficables de la misma jurisdicción sin escisión posible, recurran o no— que por ello, entran en el supuesto de la norma y consiguiente competencia militar, y no en el conocido art. 260 del C. P. ordinario, sobre terrorismo común, y menos todavía en las genéricas hipótesis también alegadas, a fin de casación, de atentado, asesinato, lesiones, estragos y daños, resultados expresamente tomados en cuenta, por lo demás, como componentes del terrorismo sectario cualificado, definido en tan citado art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, netamente aplicable, en cuanto a competencia, a todos los implicados, sin excluir a los ahora recurrentes, Genoveva F. y Antonio D., sobre quienes recaen —muy especialmente en cuanto a la primera— serios cargos de participación en la trama que, bajo los auspicios de E.T.A., acabó con la vida del Presidente del Gobierno y de sus acompañantes y que, por lo que afecta a dicha procesada, muestra rasgos tan destacados, recogidos en las actuaciones, como el anticipado ofrecimiento a los magnicidas, a fines de secuestro ajeno o de cobijo propio, según fuere el eventual curso de los acontecimientos, de los “refugios” o “cárceles del pueblo”, construidos “exprofeso” por su orden y existentes a su disposición, en los que, incluso, había anillas utilizables para mejor aseguramiento de prisioneros, así como la ulterior redacción y escritura, de su propio puño y letra, de textos originales que habían de servir para la publicación del folleto “Operación Ogro”, en que, con relativa veracidad, se narra la sangrienta empresa decidida y ejecutada por la secta separatista en cuestión; acto terrorista de superlativa transcendencia político-social e importante resonancia histórica que, por imperativo ineludible de la legalidad vigente, no puede por menos de caer bajo el ámbito y competencia propios de la ley marcial, asimismo aplicada en España, en las postrimerías del pasado siglo y por razón jurídica quizás no tan consistentes como la actual, con ocasión de la muerte, alevosa, a manos anarquistas, de otro Jefe de Gobierno. D) El ejercicio como propio de unos poderes jurisdiccionales, ahora controvertidos, cuya legítima pertenencia a los Tribunales comunes, o bien al Fuero castrense, es, precisamente, lo que en este recurso se discute y ha de dirimirse; pues si es obvio que el enjuiciamiento de la criminalidad terrorista organizada, prevista en el actual art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, corresponde, por razón de la materia, en toda su extensión y sin limitaciones ni interferencias, a la Jurisdicción de Guerra, mal podría la Ordinaria, a ninguno de sus niveles, entrar a pronunciarse de plano, en trámite instrumental como el que nos ocupa, sobre cuál pueda ser, en su caso el grado legal de participación —complicidad, coautoría o encubrimiento— de estos procesados recurrentes en el delito o delitos de terrorismo en cuestión, por entrañar pronunciamientos tales, función jurisdiccional, reservada al Tribunal que resulte competente al efecto, único llamado a decidir con potestad propia, en su caso y en su día, temas de fondo atinentes a la concreta responsabilidad de cada encarado”.

“Que, con lo argüido hasta ahora, podría entenderse que, en puridad, los temas en controversia a fines competenciales, quedan esclarecidos; pero como podría argüirse que el D.-Ley de 18 febrero 1976 es factor posterior, con el que hay que contar, es preciso dejar bien sentado que los núms. 1.º y 2.º del art. 1.º de este Decreto no derogan, según antes se razonó, los arts. 294 bis a), b) y c) del Código de Justicia Militar, que dicho queda, siguen plenamente subsistentes con el solo condicionamiento interpretativo que

prefija los supuestos en que debe entender la Jurisdicción Castrense. Indiscutido, y unánimes ambas jurisdicciones en que los hechos que aquí se enjuician atacan al orden institucional; queda sólo decidir si los hechos han sido realizados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar o si produjeron situación de alarma o grave alteración de orden público; y como quiera, que no hay razones plenas y suficientes para mantener que la organización que se responsabiliza del luctuoso acaecimiento que aquí se juzga pueda tildarse de ser de tipo enteramente militar; bastará no obstante decidir si es paramilitar; y como también puede excluirse que estos hechos crearan una grave alteración de orden público, bastará resolver si por el contrario dieron lugar y crearon una situación de alarma”.

“Que previamente hay que afirmar que la facultad de conocer competencial y jurisdiccionalmente de unos hechos delictivos como ya se apunta en la aludida S. de 17 junio 1975 es unitaria y sin escisión posible, esto es, que si de los hechos debe conocer por notoria atribución la jurisdicción militar no puede dividir ni distorsionar este conocimiento jurisdiccional por la circunstancia irrelevante a efectos competenciales de que algunos de los encartados, —los procesados presentes en concreto—, tuvieran, bien a título de coautores, cómplices o encubridores, una actuación preparatoria indirecta, simultánea y después subsiguiente, en la realización de los hechos, bastando que éstos materialmente fueron realizados por grupos armados con organización paramilitar para que el órgano judicial castrense deba entender por entero y en cuanto a todos los encartados, fuese cual fuese su intervención y participación, ya que prima la forma de ejecución de los hechos, quienes materialmente los realizaron; su integración en grupos u organizaciones subversivas y terroristas y su planta cuando menos paramilitar”.

“Que no cabe negar con lógica, por ser realidad notoria, que la E.T.A., que organizó y planteó los hechos que aquí se persiguen es una organización terrorista, separatista y subversiva, parigual a otras que en el ámbito extranacional, mantienen actividades terroristas tendentes a la subversión violenta; con escuelas y campos de aprendizaje de terrorismo; con adquisición masiva de armamento, cuando menos, paramilitar; con tenencia de explosivos y establecimientos de diversos arsenales de armas en el ámbito nacional y extranjero; con “refugios”, “cárceles del pueblo”; formación de comandos, con una extensa red de informadores y medios de huida y de paso de fronteras, con prestación de vehículos y guías para tal fin; todo ello con jerarquización de mandos; sin ser plenamente militar aunque se le asemeje, está tan próxima que puede sin duda calificarse de paramilitar; sin que pueda tampoco dudarse que los ejecutores portadores de armas y explosivos son grupos armados; y que, por su integración en la E.T.A., están de por sí encuadrados y configurados en las ramas activistas como tales grupos armados, pues tal calificación merecen, y a ello se refiere sin duda el art. 294 bis a) que, dicho queda antes, mantiene su vigencia, y que tanto comprende a los que pertenecen a estas organizaciones, en las que vienen integrados, como a los que actúan a su servicio; no siendo válida, en contra de ello la alegación de que ni vestían uniforme ni portaban armas o explosivos de forma ostensible, ni cumplían las más elementales normas de convivencia, honor y legalidad; pues es bien sabido que estas delictuosas organizaciones actúan en secreto, en la clandestinidad y que si se guiaran por normas de humana convivencia, honor, legalidad, no realizarían actos como

los que se persiguen, ni cabría tildarles consecuentemente como peligrosos malhechores. En resumen, no cabe dudar que los hechos se realizaron por grupos armados, cuando menos de naturaleza paramilitar, y a cuyo servicio con conexión de propósito, acuerdo y finalidad se encontraban los encausados presentes”.

“Que tampoco puede dudarse, que el hecho motivador de este proceso, creó una muy grave situación de alarma de carácter nacional y con repercusiones supranacionales, no sólo estimable en sí y aisladamente sino en el conjunto de actuaciones precedentes, simultáneas y subsiguientes que perturban la paz y tranquilidad de nuestra Patria por la conexión que claramente se observa, tanto de las actividades de la E.T.A., como de similares organizaciones terroristas también de organización paramilitar, que con una finalidad común, o cuando menos coincidente, tratan a toda costa y por medios violentos, por la implantación de terror sistematizado; de derrocar el orden institucional; y lograr ilegalmente, por la ruptura la destrucción del Estado Español; sin que “esta situación de alarma” lo sea puramente formal por la declaración estatal de estados de excepción; sino que es atinente, al clima de intranquilidad que la repetición de hechos como el que se persigue en este proceso causan en el ánimo de los Españoles, en su paz y tranquilidad, perturbando profundamente la convivencia ciudadana”.

“Que lo expuesto evidencia la concurrencia de los elementos necesarios para atribuir, en atención a la legalidad vigente y mientras ésta no se modifique, el conocimiento jurisdiccional de estos hechos a los Tribunales Castrenses; pues ello resulta así de forma evidente, siendo inaplicable la excepción prevista en el art. 1.º del D.-Ley de 18 febrero 1976 a estos hechos y a este proceso, puesto que, para su aplicabilidad, habría que entender que, cuando menos, de una manera tácita habría desaparecido, para siempre, la intervención de la Jurisdicción Militar en los procesos por actos terroristas, cualesquiera que fuesen sus características y gravedad”.

AUTO DE 25 DE JUNIO DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la I Región Militar y el Juzgado de Orden Público, sobre conocimiento de la causa seguida con motivo de la muerte, producida mediante uso de explosivos, del Excmo. Sr. Don Luis Carrero Blanco, Presidente a la sazón del Gobierno español, y de sus dos acompañantes.

La Sala Especial declara la competencia de la Jurisdicción militar, con base en los siguientes fundamentos:

“Que, según resulta de los conocidos antecedentes de este conflicto jurisdiccional, las observadas vicisitudes de la cuestión ahora debatida se ajustan al siguiente esquema o trayectoria: Instruida causa por la jurisdicción ordinaria con motivo de la muerte, producida mediante uso de explosivos, del Excelentísimo Sr. D. Luis Carrero Blanco, Presidente, a la sazón del Gobierno español, así como de sus dos acompañantes; hecho ocurrido en 20 diciembre de 1973, llegó la causa referida a fase de plenario, en la que, suscitada declinatoria por el M.º Fiscal, conforme al art. 666, núm. 1.º, de la

L. E. Crim., por entenderse se trataba de delito de terrorismo sectario, previsto en el art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, enjuiciable por dicha jurisdicción castrense, dio la Audiencia Provincial de Madrid lugar a dicha excepción y ordenó, en consecuencia, la remisión de lo actuado al Excmo. Sr. Capitán General de la Primera Región, habida cuenta, además, de depender, por entonces, ante la misma jurisdicción, causa tan estrechamente relacionada con la presente cual era la referente a la mortífera explosión provocada en la calle del Correo, de esta Capital —hechos ambos atribuidos a sistemático designio terrorista de la agrupación separatista E.T.A.— y habiendo sido impugnado en casación dicho auto, por los dos únicos procesados habidos, Genoveva F. T. y Antonio D. V., fue resuelto su recurso en sentido desestimatorio, confirmatorio, por tanto, de la resolución declinatoria recurrida, en 17 de junio de 1975, y remitidos los autos a la Jurisdicción Militar, que los recibió sin objeción y ha venido conociendo de este procedimiento, y, también del otro ya seguido por ella, hasta que, últimamente, fue reenviado el que ahora nos ocupa a la Jurisdicción Ordinaria —Juzgado de Orden Público núm. 1— en virtud de inhibición participada, al efecto, por el Excmo. Sr. Capitán General de Madrid en 17 mayo del corriente año 1976, origen del presente conflicto jurisdiccional negativo, al resistir el órgano jurisdiccional ordinario tal inhibición; conflicto en el que la Fiscalía del Tribunal Supremo ha emitido dictamen por el que se estima competente a la Jurisdicción Militar. Paralelamente y mediante comunicación inhibitoria, de 19 del mismo mes y año, se ha planteado, por lo que afecta a la causa atinente a la explosión en la calle del Correo (285/74) contienda jurisdiccional, examinable por separado, en este mismo día y con características muy semejantes, por esta Sala Mixta de Conflictos”.

“Que, incardinable el hecho criminal a que este proceso se contrae y, en el que, en la medida que corresponda, aparecen indiciariamente implicados los dos procesados aludidos en el delito del art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, conforme a la redacción introducida por la Ley 42/71, de 15 noviembre, sobre la base de tratarse de hecho decidido y perpetrado por y al servicio de E.T.A., como uno más dentro de la campaña de golpes de mano y actos de terror ordenada por dicha agrupación separatista y puesta en práctica por miembros o serviarios suyos, como algo diferente del terrorismo inorgánico, espontáneo o esporádico, a cargo de individuos aislados o grupos amorfos, contemplado por el art. 260, 1.º, del C. P. ordinario, como delito reservado a la competencia de la jurisdicción común, es visto que el cambio experimentado en la actitud de la Militar, aquietada, durante casi un año, en el desempeño de un ejercicio procesal continuo en esta causa, sólo puede deberse a alguna razón nueva, interferente, sobrevenida con poderío modificativo en la actividad funcional en curso; bien entendido que los únicos estímulos influyentes en una y otra jurisdicción, Ordinaria y Militar, son de exclusivo orden objetivo y estrictamente jurídicas, concernientes al vigente ordenamiento, por ser el principio de legalidad y no el de oportunidad el que preside la actuación de los Tribunales de Justicia, fueren ordinarios o especiales y tanto en lo sustantivo como en lo procesal, de suerte que ni en las contiendas positivas juega en absoluto el amor propio ni voluntad alguna de supremacía o prepotencia de cualquiera de los órganos jurisdiccionales contendientes sino para —y en no pocas ocasiones abnegada— aceptación de un imperativo deber de juzgar, ni en las negativas es conce-

bible motivación alguna de desgana, flaqueza o comodidad, sino firme creencia, más o menos fundada, según los casos, pero invariablemente auténtica, en la preceptividad de la propia posición; pugna loable siempre, en su intención, y dirimible, en definitiva, por esta Sala de Conflictos, sin otro norte que la debida fidelidad a la letra y también al espíritu del ordenamiento jurídico vigente”.

“Que no es de apreciar otro factor sobrevenido susceptible de influir decisivamente en la actual ruptura de su preexistente convicción de competencia por parte de la Jurisdicción Militar que la reciente promulgación del Decreto-Ley 2/76, de 18 febrero, que revisa el de 26 agosto 1975, sobre terrorismo que, sin mención derogatoria de precepto alguno del Código de Justicia Militar ni, por tanto, del 294 bis a), revisa el ordenamiento precedente, de 26 agosto 1975, derogando sus arts. 1 a 5, 10 a 12, 15 a 20 y disposición final 2.^a de aquel Decreto-Ley, texto el de 1976 que, según el propio dictamen auditorial obrante en esta contienda de jurisdicción, “no ha modificado no sólo en sustancia sino ni siquiera en detalle o accidente”, los pertinentes artículos del Código de Justicia Militar, entre los que se encuentra el 294 bis a), que configura como delito militar por razón de la materia de modalidad de terrorismo allí prevista, sin que quepa entender, so pena de incidir en palmaria anomalía jurídica que, salvo precepto de excepción, terminante e inequívoco al efecto —que el referido Decreto de 18 febrero 1976 no contiene en parte alguna— pueda conocer la Jurisdicción Ordinaria de delito militar incluido en la tipología sustantiva del Código castrense, lo que conduce a entender que los delitos de terrorismo especialmente insertos en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar, siguen siendo en lo jurídico-material, tales delitos militares, con todo el alcance jurisdiccional que ello comporta, es decir, con el serio impedimento que la naturaleza militar de cualquier infracción opone a su enjuiciamiento por jurisdicción diversa de la castrense, dada la vocación jurisdiccional por razón de la materia preceptuada en el art. 12, núm. 6.º, del Código de Justicia Militar; por lo que ha de tenerse muy en cuenta la naturaleza del delito tipificado en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar, en su correlación con el ulterior, complementario, texto, de índole jurisdiccional, de 18 febrero 1976; por lo que, en buenos principios, la aplicabilidad jurisdiccional de la última norma indicada, propicia a una discreta extensión de la jurisdicción ordinaria, ha de entenderse lógicamente atemperada por la implícita condición —ciertamente difícil de cumplir— de no tratarse en casos tales de delito militar, en sentido legal material, en cuanto incluido en el Código castrense”.

“Que la problemática del conflicto jurisdiccional contemplado puede centrarse en tres puntos esenciales cuyo esclarecimiento abriría la puerta a la adecuada solución: a) Tipo delictivo configurado en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar; b) Sentido y trascendencia del Decreto-Ley de 18 febrero 1976; y c) Carácter discrecional o reglado, absoluta o relativamente, de la facultad inhibitoria discernida al Fuero de Guerra por el art. 294 bis del Código de Justicia Militar”.

“Que el art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar requiere, para la estimación del delito de terrorismo especial allí previsto, con las consecuencias jurisdiccionales propias del caso, la pertenencia o actuación del agente al servicio de organizaciones o grupos cuya finalidad sea la de atentar contra la unidad de la Patria, su integridad o el orden institucional y que la conduc-

ta misma entraña alteración de la paz pública, mediante cualquiera de las modalidades terroristas, que enumera, entre los que figura la provocación de explosiones, supuesto cumplido en el caso actual en que, conforme a la hipótesis más grave, del núm. 1.º del referido art. 294 bis a), resultaron muertes, entre ellas la del Jefe del Gobierno, eliminado por su calidad de obstáculo de primera magnitud frente a los subversivos propósitos desintegradores alimentados por la agrupación separatista por cuya cuenta o a cuyo servicio operaban, según inculpación suficiente a efectos de competencia, los ahora encartados, dentro de la trama general en que el desmán perpetrado se engloba, juntamente con otros muchos hechos sangrientos de suma gravedad y resonancia, desde voladuras a muertes alevosas a fines de intimidación colectiva o de represalia, pasando por secuestros bajo rescate, en "cárceles de pueblo" o guaridas semejantes, para acopio de fondos útiles para adquisición y renovación de armamento y sostenimiento de activistas, "liberados", exclusivamente dedicados a estos antisociales menesteres cuyos tristes logros suele cuidarse de reivindicar públicamente la mentada organización, en los medios de comunicación social, como a modo de partes de guerra".

"Que, por lo que atañe al alcance modificativo del Derecho estatuido con anterioridad, reconocible al precitado Decreto-ley de 1976, a cuyo tenor, el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo, corresponderá a la Jurisdicción Ordinaria, salvo que se den conjuntamente las condiciones de que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organización de tipo militar o paramilitar, y tiendan a atacar el orden institucional, así como que produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público, es de entender que, aún en el supuesto de quedar netamente superados o allanados los reparos y equívocos antes señalados, en tomo a la ardua conjugación de la nueva norma con el art. 294 bis a) del Código castrense y, principalmente, la muy dudosa admisibilidad lógico-jurídica del contrasentido de que delitos militares, definidos por el Código de Justicia Militar, puedan, sin directa y expresa transmutación en delitos comunes, verse enjuiciados por la jurisdicción ordinaria, bastaría la consideración, de satisfacerse aquí, en el caso controvertido, incluso las exigencias del art. 1.º del reciente Decreto-ley de 1976, dada la realidad tanto de la inserción del hecho, criminal controvertido en la sistemática cadena de ataques al orden institucional y a la existencia misma de la Patria como unidad histórico-política indivisible, planeada y desarrollada tal campaña, con inconcuso y notorio impacto de alarma, en obediencia a órdenes de un ente ilegal, separatista, cuyo carácter para-militar a estos hostiles fines es dato de común e irrefutable experiencia, y ello no sólo por la significativa nomenclatura profusamente utilizada por tal organización terrorista, sensiblemente tenida en cuenta en los centros de tráfico internacional ilícito de armamento ligero sino, sobre todo, por desplegar, efectivamente, sus actividades de agresión a mansalva, mediante reducidos "comandos" clandestinos, adecuadamente instruidos y pertrechados, sometidos a dura y rígida obediencia o peculiar disciplina, traducida en inexcusable ejecución de las criminales órdenes impartidas por sus superiores o centros de mando, por lo que, a salvo el hipotético evento, prácticamente improbable, por fortuna, de abierta y campal lucha civil, con bandos antagónicos y netamente definidos, constituidos en verdaderos ejércitos, mal podría darse, en la vida real, de aceptarse el criterio inhibitorio,

caso alguno de posible aplicación del art. 294 bis del Código de Justicia Militar en ataques armados, por graves que fueran, contra la seguridad colectiva y la paz y la convivencia ciudadanas, que el tan mentado art. 294 bis y complementario Decreto-ley de 18 febrero 1976 tratan de preservar con su resuelta llamada al texto sustantivo y a la jurisdicción marcial, como enérgico remedio —nada insólito en el Derecho comparado respecto de este género de crímenes— inaplicable, por el contrario, a contingencias terroristas de distinta índole, cuya contención, encomendada en la legalidad vigente a órgano especializado de la jurisdicción ordinaria, al no requerir, tampoco en lo jurisdiccional, la extrema coerción aneja al adusto talante del Consejo de Guerra, caerá bajo la normal tutela de los Tribunales penales ordinarios, no concebidos, en cambio, para aquella otra clase de más graves tensiones, sin que pueda valer como argumento en contra el aserto auditorial, aceptado por la Autoridad judicial militar, invocatorio del Convenio de Ginebra, de 12 agosto 1949, ratificado por España en 4 julio 1952, toda vez que en el propio dictamen se reconoce la atinencia de dicho Convenio al estatuto de los prisioneros de guerra, categoría esta, de combatientes honorables bien distinta de la de delincuentes terroristas integrantes de grupos paramilitares irregulares que, por más que, como el mismo dictamen señala, carezcan de uniforme o distintivos, no porten armas a la vista y desprecien “las más elementales normas de convivencia, honor, lealtad, legalidad, etc.”, no por ello han de quedar, en cuanto grupos paramilitares, reprobables pero ciertos, sustraídos al trato y jurisdicción que, hoy por hoy, les corresponde legalmente, ya que, de haberse tratado, en verdad, de miembros de un Ejército, dotados de las genuinas calidades militares y combatiendo a banderas desplegadas, sus actividades de choque constituirían no crímenes sino hechos de armas, ajenos al ámbito del Derecho penal, militar o común, al no coincidir según parece postularse, las categorías de grupo armado beligerante, homologado y protegido por las leyes de guerra —que no es el caso— y lo que en el común entender y, hasta ahora, también en la conteste doctrina judicial militar en caso como el que nos ocupa, viene siendo considerado como grupo criminal o banda paramilitar, obediente, en su terrorista actividad sistemática, a superiores y para ellos vinculantes consignas de separatismo subversivo”.

“Que, asimismo ha concurrido, como vivencia social notoria, el requisito de alarma, sinónimo de conmoción, inquietud o sobresalto, y es incuestionable que lo experimentó, y en intenso grado, la comunidad nacional, ante el magnicidio cometido, ya que denotaría inconcebible insensibilidad la sociedad capaz de asistir sin alarmarse al holocausto del Jefe de su Gobierno, y más si, como aquí ocurrió, es llevado a cabo por medios tan brutales y aparatosos, por lo que es forzoso reconocer ese efecto de alarma, cuya certeza bien puede decirse que ha pesado en autoridad de verdad histórica; sin que sea preciso, como exponente de realidad tal, la declaración de estado alguno de excepción, innecesario entonces por virtud de la serenidad y fortaleza del legítimo Poder constituido”.

“Que, completos, a los limitados efectos de competencia, los requisitos legales precisos para la configuración del delito especial de terrorismo previsto en el art. 294 bis, a) del Código de Justicia Militar, con las pertinentes consecuencias, jurisdiccionales, conforme, no sólo al Código de Justicia Militar sino, incluso, a la ulterior normativa del Decreto-ley de 18 febrero 1976 participación, en el grado penalmente relevante que correspon-

da, y al servicio de organización subversiva separatista en acto terrorista mediante explosión, de que derivaron muertes, con efectos de honda y extensa alarma social, dirigido contra el orden institucional y llevado a cabo, al servicio y bajo disciplina de aquel ente, por grupo paramilitar, armado de activistas adscritos con carácter fijo a misiones de tal índole ordenadas al grupo, queda por dilucidar si la facultad inhibitoria deferida a la Jurisdicción Militar por el art. 294 bis, d) del Código castrense es reglada o, por el contrario, discrecional y omnimoda, ya que, en este último caso, eludiría la censura de esta Sala de Conflictos jurisdiccionales, o con el corolario de irreversibilidad de la inhibición, que la jurisdicción ordinaria, privada de toda potestad crítica, habría de aceptar incondicionalmente, sin posible intervención de esta Sala Mixta, cuyos únicos poderes vendrían contraídos a declarar improcedente y mal planteado el conflicto; tema que ha de resolverse en el primero de ambos sentidos, ya que la referida posibilidad de inhibición, cuyos antecedentes encontramos en sucesivas disposiciones de 1943, 1947 y 1960 —gradualmente debilitadas en cuanto al arbitrio en el ejercicio de esta dejación jurisdiccional— al depender de motivaciones que el propio art. 294 bis d) enuncia, hace revisable, por vía de conflicto jurisdiccional, dicha medida que, aunque así no fuera, nunca sería tan indiscutible que, en supuestos de manifiesto exceso o desviación, no permitiere la adecuada ratificación por el mismo cauce de contienda jurisdiccional dirimible, en su caso, por esta Sala mixta, con potestad para deferir el conocimiento del asunto, si así procediera a la jurisdicción Militar, a los concretos efectos condenatorios o absolutorios que, en definitiva, fueren de justicia en cada caso”.

“Que, por más que, en un orden constituyente y “de lege ferenda” sea opinable, como cuestión de política legislativa, y con todos los riesgos que ella conlleva, el mayor o menor radio de la esfera jurisdiccional asignable al Fuero de Guerra y aún su posible reducción a límites más angostos que los actuales, es lo cierto que, conforme a la vigente legalidad, sólo cabe, dentro del Estado de Derecho, su puntual acatamiento, pese a que ello haga recaer en determinados períodos y situaciones, sobre el dispositivo judicial de las Instituciones armadas, sobreañadidas cargas, excesivamente onerosas, soportadas por aquéllas con rectitud, serenidad, mesura y espíritu de sacrificio altamente encomiables, que esta Sala de Conflictos se complace una vez más en proclamar, como reconocimiento de consustanciales virtudes ejercitadas también, cuando es ineludible, en esta vertiente jurisdiccional, en descargo de la trascendental misión de defensa de la existencia misma de la Nación que, en caso necesario, confiere a las Fuerzas Armadas el art. 37 de la Ley Orgánica del Estado, en concordancia con el art. 2.º de la Ley Constitutiva del Ejército”.

AUTO DE 7 DE OCTUBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la III Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de procedimiento seguido por atracos, agresiones y atentado.

La Sala acuerda declarar la competencia de la Jurisdicción militar, conforme a estos razonamientos:

“Que planteado el correspondiente conflicto jurisdiccional negativo, entre la Jurisdicción Ordinaria y la Castrense, en los términos que quedan relatados, aunque “prima facie” pudiera parecer como lógica y conveniente la resolución de la Autoridad Judicial Militar, reservándose el conocimiento de los delitos específicamente militares como son los de insultos de cebra a centinela y atentado a un Guardia Civil en servicio, inhibiéndose de los demás cometidos por los mismos inculpados, consistentes en los dos atracos o robos a mano armada, realizados contra las empresas que se citan y el de agresión perpetrado contra un marinero norteamericano, que figuran descritos bajo los aps. a), b) y c) de la citada resolución; inhibición que no ha sido aceptada por el Juzgado núm. 2 de Orden Público, al que dentro de la Jurisdicción Ordinaria correspondería el conocimiento de tales delitos provocando esta cuestión competencial una meditación más detenida, unida a un análisis global de todos ellos, pone de manifiesto, que en el caso de autos, todos los delitos cometidos por los reos obedecen a una misma motivación antisocial que actúa como lazo de conexión entre los mismos y se exterioriza en el concierto previo de los encartados para realizar todos y cada uno de ellos como medio de atacar la estructura de las Instituciones del Estado, perturbando la paz y la seguridad interna de los ciudadanos a medio de la acción subversiva de bandas armadas denominados “Grupos de combate” o “comandos” organizados paramilitarmente por el llamado “Frente Revolucionario Antifascista Patriótico” (FRAP) de clara inspiración y obediencia comunista, que como es tristemente notorio vienen dedicándose a la comisión de actos de terrorismo dentro del territorio nacional, como atentados contra las fuerzas del orden, colocación de explosivos y atracos y robos a mano armada, destinados a sembrar y mantener la alarma y la intranquilidad de los habitantes de las zonas en que operan, ejecutando estos últimos no con un ánimo de lucro propio y personal, sino con el propósito de recaudar dinero para el sostenimiento de la organización y adquisición de armas y explosivos, por lo que además revistiendo tales hechos los caracteres típicos de los delitos de terrorismo descritos y penados en los arts. 294 bis b) y bis e) habiendo además de haber sido realizados como ya se ha dicho por un grupo revolucionario paramilitar dependiente de la citada organización, tendente a atacar el orden jurídico y las Instituciones sociales provocando con ello la natural alarma entre la población que tiene necesariamente que producirse por la repetición en corto plazo de sucesos de tal naturaleza, su enjuiciamiento debe ser atribuido en su totalidad a los Tribunales del Fuero de Guerra de conformidad con lo preceptuado en el art. 1. del D.-ley de 18 febrero 1976, puesto que de ser su conocimiento dividido entre diferentes jurisdicciones, se rompería la conexidad existente entre tales delitos así como la continencia de la causa, enmascarándose en los atracos, de los que conocerían los Tribunales del Fuero común, el verdadero fin político y subversivo de los mismos, que no es el dolo lucrativo corriente, que aquí no existe de manera directa, sino el de conseguir dinero para seguir subsistiendo como banda y poder así realizar otros atentados, lo que los convierte claramente en actos de naturaleza terrorista”.

AUTO DE 9 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de causa seguida por tenencia ilícita de explosivos.

La Sala Especial declara la competencia del referido Juzgado de O.P., con arreglo a los siguientes razonamientos:

“Que la presente cuestión de competencia negativa entre el Capitán General de la Sexta Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2 recae sobre el hecho concreto de la imputación hecha contra María Lourdes Z. C., que siendo empleada del Bar N. y sin probar por ahora que perteneciera a ninguna organización clandestina, ni militar, ni paramilitar recibió con cierta frecuencia paquetes que le entregaba algún individuo del País Vasco-francés para A., individuo perteneciente a E.T.A., que posteriormente éste retiraba, sin que aquella conociera su contenido, aunque si sospechaba que era algo ilegal, comprobando que en uno de los paquetes había mecha detonante y 200 balas de pistola”.

“Que el enjuiciamiento de los delitos de terrorismo conforme al art. 1.º del D.ley de 18 febrero 1976, corresponde por regla general siempre a la Jurisdicción ordinaria. Solamente corresponderá a la militar cuando los hechos sean ejecutados por grupos armados, con organizaciones de tipo militar o paramilitar y además que tales hechos tiendan a atacar el orden, instituciones y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público. Condiciones las dos que han de concurrir conjuntamente”.

“Que el delito que se enjuicia se ha cometido por persona individual, sin probar por ahora su probable conexión con grupos armados, ni tener otros, elementos de juicio que el acto individual de entrega de paquetes, por lo que aisladamente considerado es delito de los que según el citado Decreto debe conocer la jurisdicción ordinaria y según la L. de 2 diciembre 1963, el Juzgado y Tribunal de Orden Público”.

AUTO DE 11 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la III Región Militar y el Juzgado de Instrucción núm. 5 de los de Valencia, respecto de causa seguida por lesiones y daños producidos en accidente de tráfico.

Se declara competente para conocer de los hechos al Juzgado de Instrucción indicado, conforme a estas argumentaciones:

“Que el principio general de atribuir la competencia a la jurisdicción común, para el conocimiento de las causas y juicios criminales, tiene la excepción que fija el art. 10 de la L. E. Crim., al dejar excluidos los casos, que las leyes reservan a la Jurisdicción Militar, y que se precisan, en los arts. 5, 6, 9 y 13 del Código de Justicia Militar, por razón del delito, del lugar en que se cometa, y de la persona responsable, aunque este último supuesto no opera en dos casos especiales, subsistiendo la competencia de la jurisdicción común, cuales son: si se trata de delitos exceptuados en el art. 16 del propio cuerpo legal castrense; y si se comete una idéntica infracción criminal, por dos o más personas, que se hallen sometidas, respectivamente, a la jurisdicción común y a la militar, y por consiguiente a diferente fuero, en cuya

singular situación, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 11 de la L. E. Crim. y 19, 2.º del Código de Justicia Militar, conocerá de la causa la jurisdicción ordinaria, no hallándose el territorio en que tuviera lugar el delito, bajo la situación de estado de guerra; encontrándose la razón de ser de esta atribución, con "vis atractiva" a los Tribunales ordinarios, en la necesidad de no dividir la continencia del proceso, y de evitar posibles resoluciones encontradas u opuestas, que quebranten la seguridad y eficacia de la administración de justicia".

"Que para otorgar efectividad a la anterior doctrina, reiterada de esta Sala, es preciso analizar someramente, los simples efectos de la resolución de la competencia, las pruebas existentes en las actuaciones, para determinar de cuenta de qué personas, indiciariamente, se halla la posible y eventual responsabilidad, del accidente de tráfico, acaecido, precisando, si la culpa se encuentra sólo en los Guardias Civiles, como en definitiva sostuvo el Juez de Instrucción núm. 5 de Valencia en su Auto de 18 junio 1976, o en Juan R. M., conductor de Seat 850, en posible imprudencia compartida con aquellos, como sostuvo la Autoridad Militar y el Fiscal de este Tribunal; surgiendo de la interpretación conjunta de tales demostraciones, que el 7 de diciembre 1975, en la carretera de Almería a Valencia, al llegar el coche Seat 850, conducido por el nombrado Juan R., a la bifurcación que a su derecha presenta de un camino terrizo que se dirige a diversos almacenes, cuya inserción es muy amplia y fácilmente realizable, y que deseaba tomar, lo hizo sin adoptar las necesarias precauciones, de avisar a los numerosos vehículos que caminaban detrás de él, pues ni realizó las reglamentarias indicaciones con el brazo, ni supletoriamente encendió el intermitente derecho, frenando brusca e inesperadamente, y teniendo que hacer lo propio, dos vehículos que caminaban detrás de él, pero un tercero Seat 127, rápidamente esquivó a los tres carruajes por la izquierda, encontrándose el Cabo motorista de la Guardia Civil don Mariano M., que le seguía, con la visión tapada en principio por el último automóvil indicado, y cuando por tal esquivada pudo ver lo que sucedía, frenó su motocicleta, e intentó esquivar al último coche parado por su derecha, invadiendo la cuneta, pisando el bordillo, patinando, rozando con aquél, y cayendo por fin al suelo donde quedó lesionado, mientras el Guardia 1.º, que caminaba detrás, vió lo ocurrido, ocupando la cuneta, donde su máquina volcó por el desnivel, al ceder el terreno por las lluvias y sufriendo también lesiones; derivándose de la valoración primaria a efectuar, que la causa del resultado lesivo y dañoso acaecido, se halla, de un lado y fundamentalmente, en la culpa del conductor del Seat 850, que en preparación del cambio de dirección, infringió el art. 25 b) del C. Circ. al no realizar las indicaciones exigidas en el mismo, y mucho menos anunciar que iba a parar innecesaria y bruscamente, contraviniendo lo dispuesto en el art. 94 reformado en 3 octubre 1974, que impide efectuarlo, salvo casos de inminente peligro, y de otro, y más lejanamente, en la posible falta, de no guardar la distancia exigida en el art. 99 del citado cuerpo de reglamentación de tráfico, cometido por el Cabo de la Guardia Civil, que caminaba detrás de los cuatro coches antes indicados, no pudiéndose admitir en principio, la ausencia de causa eficiente en el comportamiento de Juan R., porque el hecho de que los dos primeros coches que le seguían pudieran parar, no exonera su culpa, determinada por la brusca detención y la ausencia de señalización, muy difícilmente superable por los conductores de los vehículos

más distantes, en los que la capacidad de maniobra se reducía; mas aun cuando dicho Cabo sufrió el engaño, que parece la actuación inesperada del Seat 850, esquivando el obstáculo, y colocándose delante de él; por lo que en definitiva, ha de concluirse, que a efectos de esta resolución, debe estimarse, que la posible culpa del accidente acaecido, se halla esencialmente de cuenta de Juan R., en concurrencia con la de dicho Cabo Mariano M., y que al coincidir dos culpas coeficientes en el evento, y ser aquél paisano y éste aforado militar, debe aplicarse lo dispuesto en los citados arts. 11 de la L. E. Crim. y 19-2.º del Código de Justicia Militar, declarando de la competencia de la jurisdicción común, el conocimiento de las actuaciones, objeto de la cuestión negativa”.

AUTO DE 16 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la IV Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, respecto de sumario seguido por asesinato de un Policía Armado, hecho imputado a miembros del F.R.A.P.

La Sala Especial resuelve la cuestión declarando la competencia de la Jurisdicción castrense, en virtud de las siguientes consideraciones:

“Que, como es sabido, los delitos de terrorismo han pasado por diversas vicisitudes legislativas, tanto en su aspecto sustantivo como jurisdiccional, que no es del caso detallar y si recordar que el actual status jurídico en la materia arranca de las Leyes núms. 42 y 44 de 15 noviembre 1971, la primera de las cuales adiciona al Código de Justicia Militar un capítulo I bis, del título IX. Tratado segundo, con la rúbrica de “terrorismo” y que está integrado por los arts. 294 bis a) a 294 e), y la segunda que da nueva redacción a “los delitos de terrorismo y tenencia de explosivos” contenidos en la Sección 2.ª, Capítulo XII del Libro 2.º del C. P. y descritos en los arts. 260 a 264 de dicho Código, a la par que se encomienda a los Juzgados y Tribunal de Orden Público el conocimiento de tales especies delictivas; dualidad normativa de tipos penales y de enjuiciamiento —por la jurisdicción ordinaria o la castrense— que, en veces, ha creado problemas arduos de delimitación y que tanto los posteriores Decretos-leyes de 26 agosto 1975 y de 18 febrero 1976, han tratado de simplificar y armonizar, no obstante lo cual esta Sala Especial ha tenido que dar criterios y normas interpretativas en los inevitables conflictos producidos entre dichas jurisdicciones —como más recientes los Autos de 25 junio y 30 de junio de este año—, a los que sirvió de antecedentes alguna otra resolución dictada al respecto por la Sala 2.ª del T. S., intimamente relacionada con el citado tema de deslinde así de tipos penales como de ámbitos jurisdiccionales —S. de 17 junio 1975—”.

“Que de la mentada normativa y doctrina que la interpreta se desprenden los siguientes criterios de atribución jurisdiccional: a) que la dualidad de tipos de terrorismo descritos en el C. P. común como en el Código de Justicia Militar persiste con sus características originarias en cada ordenamiento sustantivo, entre las que hay que destacar como nota diferencial de unos y otros la adscripción a la llamada delincuencia sectaria u obediente a una inspiración partidista o de facción expresamente destacada en el texto cas-

trense y ausente en el ordinario con inmediata repercusión en el sujeto activo del delito que en las tres modalidades terroristas contempladas por los respectivos apartados del art. 294 bis del Código Especial se enuncia de manera colectiva: "los que...", a diferencia del Código común que en su art. 260 se refiere al sujeto individual: "El que..."; de modo que tanto el elemento teleológico de la infracción, como el material de resultado más o menos grave coinciden en lo sustancial; b) que agudizando aquella nota diferencial entre ambos ordenamientos el D.-ley 18 febrero 1976, otorgando la preeminencia —con criterio ortodoxo— a la jurisdicción ordinaria, exige para que pueda la militar entrar en enjuiciar los delitos para los que *prima facie* tendría competencia por caer dentro de las prescripciones del art. 294 bis del Código marcial la conjunción de dos condiciones: 1.º Que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organización militar o paramilitar; y 2.º que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público, de suerte que descartado el elemento tendencial desataque al orden institucional ya incluido en la primera modalidad terrorista de uno y otro ordenamiento y que ahora se extiende a todas las modalidades de que debe conocer la jurisdicción castrense, lo verdaderamente característico son las otras dos notas subrayadas: la ejecución por grupos armados con organización militar o paramilitar y la producción de alarma o grave alteración del orden público, notas específicas que, si bien se mira, no hacen sino desenvolver, con mayor concreción, caracteres, que ya estaban en cierto modo implícitos en la tipología del Código de Justicia Militar dado que la delincuencia sectaria, en sus formas más agudas, es una delincuencia colectiva, cuyos elementos activistas, actuando como fuerza de choque —los llamados comandos o grupos de combate— lo hacen en forma militar o remedándola, actuación que en la mayor parte de los casos, por su choque frontal con el orden instituido o la paz pública han de conmocionarla o alterarla gravemente; debiendo insistirse en el significado semántico de la locución paramilitar, en que la proposición inseparable "para" denota algo ajeno y externo a lo que rigen, en este caso lo militar, pero próximo a ello, de suerte que una organización paramilitar será aquella que siendo distinta de la militar strictu sensu, se le aproxima imitándola de algún modo en su jerarquización, actuación y disciplina; por lo que, en conclusión, las notas específicas de que se trata y que atraen los delitos de terrorismo a la jurisdicción militar, actúan a modo de *lex specialis* o principio de especialidad, *primordial* en el concurso de normas, por cuya virtud queda desplazada la norma general representada —en la cualidad normativa que se está examinando— por el C. P. común; y c) que la cláusula de inhibición en favor de la jurisdicción ordinaria contenida en el art. 249 bis d) del Código de Justicia Militar y que, por lo ya dicho, sigue vigente, no debe entenderse en un sentido absolutamente discrecional y omnímodo, sino que se trata de un juicio de valor que realiza la Autoridad Judicial Militar por entender que no se dan las condiciones específicas de los tipos penales militares (ahora ampliadas por el art. 1.º de la Ley 2/1976, ya examinado), de suerte que esta interpretación o juicio puede ser contradicho por el del Tribunal ordinario al que se declina la competencia (en el caso el de Orden Público), con la consiguiente posibilidad de que se trabee la cuestión de competencia negativa y su definitiva resolución por esta Sala Especial, todo lo cual quedaría impedido —con anómala derogación de

todo lo estatuido en materia de jurisdicción y competencia que, por ser de orden público, exige garantías indeclinables—de entenderse de otro modo aquella facultad de la Autoridad Judicial Militar, cuyo carácter decisivo sólo puede operar dentro de su propia órbita jurisdiccional”.

“Que aplicados los anteriores criterios interpretativos que, como se ha dicho, han sido ya excogitados y aplicados por esta Sala Especial en anteriores conflictos jurisdiccionales, no puede por menos de resolverse la cuestión de competencia negativa entablada atribuyendo la competencia a la jurisdicción militar si se tiene en cuenta que no se trata simplemente del asesinato de un miembro de la Policía Armada, sino que su “ejecución”, al igual que otros casos análogos de muerte de individuos de las fuerzas de orden público, fue decretada por una organización: “Frente Revolucionario Antifascista y Patriota” (FRAP), entidad dirigida por el Partido Comunista de España (marxista-leninista) que, indudablemente, ataca el orden institucional vigente, y llevada a cabo por un “Grupo de Combate” integrado por varios individuos, entre ellos los dos autores materiales de la muerte (uno de los dos el procesado Lorenzo J. P. y el otro llamado R., no habido) bajo la directa instigación y mandato del responsable o jefe del grupo (el procesado Angel G. G.) y que después de la ejecución contaron con el amparo y encubrimiento de los demás procesados en la causa; de suerte que bien puede decirse que el inductor y autores directos del hecho perseguido formaban parte de un grupo armado, que actuaron directamente al servicio de una organización revolucionaria que, conocidamente, propugna la subversión violenta, de la actual) estructura estatal y que en esa línea de acción directa, estaba conectado con otros grupos de igual filiación que en la época de autos —según recoge el primero de los autos de procesamiento dictados por el Juez Militar— trataron por todos los medios de incrementar la acción revolucionaria mediante la comisión de atracos, asaltos a Comisarías de Policía y atentados contra agentes de orden público, todo ello con fines de procurarse el dinero necesario para subvencionar tal actividad, proveerse de armas y crear un clima de tensión y conmoción pública favorable a los objetivos perseguidos; es decir, que con tales datos fácticos, que se desprenden de las actuaciones, no puede negarse que se trataba en el caso de autos de un “grupo armado”, con organización de “tipo paramilitar”, dado que actuaba bajo una rigurosa disciplina y al dictado de un jefe —jerárquicamente subordinado a otros de mayor rango autoritario en el seno de la organización— hasta el punto de que el procesado Lorenzo J. que quiso resistir en un principio la consigna de su inmediato jefe, el procesado Angel G., hubo finalmente de plegarse a la misma y realizar el hecho juntamente con otro reo no habido; como tampoco puede negarse, en fin, la situación y clima de alarma que la ejecución de este hecho —un eslabón más de una larga cadena de hechos análogos que se han venido repitiendo con iguales características— produjeron y vienen produciendo en el territorio nacional o en las zonas más conflictivas del mismo; por lo que es visto que los hechos enjuiciados reúnen aquellas notas específicas que el art. 1.º del D.-ley de 18 febrero 1976 exige para que puedan ser encuadrados como delito de terrorismo en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar y conozca de ellos la jurisdicción de tal orden”.

AUTO DE 18 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de sumario seguido por delito de terrorismo con resultado de muerte.

La Sala declara competente para el conocimiento de los hechos a la Autoridad Judicial militar, razonando así su resolución:

“Que según se desprende de los antecedentes examinados de este conflicto jurisdiccional, las vicisitudes esenciales de la cuestión suscitada se ajusta en sucinta síntesis a la trayectoria siguiente: Que en virtud de actuaciones llevadas a cabo por la Comisaria del Cuerpo General de Policía, de S. S., con fecha 10 abril 1976, en que fueron detenidos José F. A. y otros más, militantes activos y liberados de la organización terrorista clandestina, ETA 5.^a Asamblea-Rama Político-Militar, todos ellos confesos de haber tenido participación directa en los, entre otros, principales delitos de robo de explosivos en un almacén de la entidad “C”; en la voladura de un repetidor de televisión en I. (Guipúzcoa); en la colocación de explosivos para voladura del monumento a los Caídos en Z.; en el robo a mano armada de un taxi en L. como medio para realizar un atraco de dinero a una furgoneta de una Sala de Fiestas; en el secuestro de don José A. en la localidad de B.; en el secuestro y muerte del industrial don Angel B. U. el 9 abril indicado, cuyas actuaciones con los detenidos fueron puestas a disposición del Gobierno Militar de dicha Capital, que dió orden de proceder al Juzgado Militar Eventual núm. 2 allí radicado, iniciándose la causa núm. 77/76 conforme a lo preceptuado en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar, cuya jurisdicción ordinaria en virtud de dictamen del Fiscal Militar de que los hechos no implicaban un ataque al Orden Institucional, dictamen aceptado por la Autoridad Judicial Militar de la VI Región Militar con fecha 27 del expresado mes de Abril, remitiéndose las actuaciones al Juzgado de Instrucción de V., el que a su vez y de conformidad con lo informado por la Fiscalía de la Audiencia Provincial de S. S., acordó en Auto de 3 junio siguiente, inhibirse en favor del Juzgado de Orden Público competente de Madrid, donde recibidas las actuaciones por este Organismo y pasadas a dictamen del Fiscal del propio Tribunal, fue emitido en el sentido de que procedía rechazar la inhibición por estimar era competente la jurisdicción Militar conforme se desprendía del contenido de la Circular del Tribunal Supremo de 1 marzo 1976, interpretativa del Decreto Ley de Represión del Terrorismo de 18 febrero anterior, dictamen aceptado por sus propios fundamentos por el Juzgado de Orden Público núm. 2 que por auto de 22 junio siguiente acordó la inhibición en favor de la Autoridad Judicial Militar de la 6.^a Región, la que por Decreto de 14 julio posterior rechazó el conocimiento del asunto, remitiéndose las actuaciones originales a esta Sala mixta a efectos de resolución de la cuestión negativa de competencia finalmente existente entre esta última Autoridad Militar y el Juzgado de Orden Público mencionado, habiéndose forzado el Rollo de Sala preceptivo en el que consta dictamen emitido por la Fiscalía del Tribunal Supremo con fecha 22 septiembre pasado, entendiendo que la competencia para entender de la causa iniciada, corresponde a la Jurisdicción Militar”.

“Que para la correcta resolución del conflicto competencial planteado, es preciso tener en cuenta, que tratándose de una cuestión negativa, la discordancia y antitética posición mantenida por cada una de las jurisdicciones, puede esquematizarse en los siguientes términos: A) para la Militar radica de una parte, en que el hecho más grave del secuestro del industrial don Angel B. el 18 marzo 1976 y su alevosa muerte en 9 abril siguiente, dada la condición de la víctima, persona privada, no puede suponer un ataque al Orden Institucional sino al derecho a la vida, la propiedad y libertad, con lo que falta una de las tres condiciones exigidas por el art. 1.º del D.-Ley de 18 febrero 1976, por el que se revisa y deroga parcialmente el de Prevención del Terrorismo de 26 agosto 1975, —“que tiende a atacar el Orden Institucional”— para que su enjuiciamiento corresponda a la Jurisdicción Militar, correspondiendo en consecuencia a la Jurisdicción Ordinaria conforme al párrafo 1.º de aquel artículo y en su nombre ser tipificado el hecho como supuesto delito de asesinato del artículo 406 del C. P. (folio 62), y de otra parte, que tampoco concurre una situación generadora de alarma general (f. 286); B) a su vez para la Jurisdicción Ordinaria la competencia corresponde a la Militar, habida cuenta: a) de que los partícipes en los hechos, constituían grupo armado de organización paramilitar; b) de que los fines perseguidos integraban y son un ataque al Orden Institucional por sus fines y tendencias, sin que pueda considerarse que es sólo una situación de secuestro seguida de muerte, sino que tiene un fin claramente de ataque al orden constitucional vigente, y c) por el resultado de alarma, producida en suma gravedad, dentro del orden legal imperante, agregándose que el conjunto del art. 294 bis del Código de Justicia Militar y Sentencias del Tribunal Supremo sobre esta materia, perfilan claramente que la competencia, de acuerdo con las Leyes vigentes, evidencian que el contenido de las actuaciones encuadran en que la Autoridad competente es la Militar, criterio asimismo mantenido en la Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1 marzo de 1976 interpretando el referido Decreto-Ley de febrero pasado (folio 283); y C) que finalmente el dictamen facilitado por la Fiscalía del Tribunal Supremo estima igualmente competente a la Jurisdicción Militar por concurrir los elementos señalados por el art. 1.º del D.-Ley 2/76 de 18 febrero, consistente: a) haber sido el delito cometido por un grupo armado perteneciente a una organización paramilitar, consideración que tiene la ETA; b) que los delitos tenían por fin subvertir el Orden institucional; y c) que los hechos produjeron situación de alarma o grave alteración del orden público”.

“Que ante las posiciones y criterios opuestos que se dejan reflejados, los puntos o cuestiones esenciales a resolver por esta Sala de conflictos jurisdiccionales, quedan esencialmente reducidos a los siguientes: 1.º determinación del contenido, alcance y ámbito de aplicación del controvertido art. 1.º del D.-Ley de 18 febrero 1976, con su repercusión en el texto de la Ley de 15 noviembre 1971 y consecuentemente en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar modificado y redactado con arreglo a esta última disposición; 2.º, consideración de si los hechos ahora enjuiciados conforme a las actuaciones ya practicadas, son o no en principio encuadrables en los supuestos previstos en dicho art. 1.º del referido Decreto de febrero último; y 3.º, matización del alcance de la facultad inhibitoria que a la Autoridad Militar otorga el art. 294 bis, d) antes expresado”.

“Que en cuanto a la primera cuestión, el art. 1.º del D. 2/76 de 18 febrero, aparece como una nueva y reguladora modificación de las normas represivas del terrorismo existentes tanto en el Código de Justicia Militar como en el Código Penal común, finalidad que con carácter más extensivo y amplio cumplía el precedente D. de 26 agosto 1975, derogado en gran parte por aquél, pero cuya finalidad represiva aunque más restrictivamente llena ahora el de febrero referido, que esencialmente no modifica el art. 296 bis en sus diversos apartados redactados de acuerdo con la Ley de 15 noviembre 1971, que como requisitos sustanciales para atribuir el conocimiento de la represión de los delitos de Terrorismo a la Jurisdicción Castrense precisa la concurrencia triple y conjunta de que los hechos punibles hayan sido realizados por grupos armados con organización militar o paramilitar; que tales hechos impliquen, supongan o tiendan a atacar el orden institucional; y que disyuntivamente originen una situación de alarma o grave alteración de orden público, tratándose de condicionamientos o exigencias sustantivas, que al calificar las tipicidades penales mencionadas, confieren la competencia a la Jurisdicción Militar, configurando una excepción de la regla general de competencia atribuida en principio a la jurisdicción ordinaria”.

“Que los tres condicionamientos precisos y antes indicados para tipificar los hechos enjuiciados en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar se acreditan: 1.º, en que no cabe negar con lógica, por ser una realidad notoria y desgraciadamente sufrida por la comunidad nacional, que la organización ETA que ideó, planeó y organizó los hechos punibles perseguidos, es una asociación de malhechores terroristas, separatistas y con finalidades neta y claramente subversivas, de similares características a otras que en el ámbito extranacional mantienen actividades tendentes a la entera subversión social y política, con escuelas y campos de aprendizaje de terrorismo, con adquisición y tenencia masiva de armamento cuando menos paramilitar, con tenencia de depósitos de explosivos y armas en numerosos lugares clandestinos existentes en el territorio nacional y en el extranjero, con formación de comandos, con refugios para que sus integrantes preparen la realización de sus golpes y eludan la acción persecutiva de las fuerzas del orden, con planeada red de informadores y medios de huida, así como prestación de vehículos y guías idóneos para el paso de fronteras, todo ello con jerarquización de mandos, que sin ser plenamente militar, puede sin error calificarse y estimarse de paramilitar, sin que exista duda alguna de que los ejecutores de los planes trazados, actúan como grupos armados y que por su integración en la ETA, están de por sí encuadrados y configurados en las ramas activistas como tales grupos armados, cuyo carácter tienen y ostentan los ejecutores de los hechos perpetrados en estas actuaciones, a los que sin duda se contrae el art. 294 bis a) referido que mantiene su vigencia, por lo que en resumen puede afirmarse que los hechos indicados se realizaron por grupos armados de naturaleza paramilitar, de los que formaron parte directa, material y personal, con conexión de ideario, propósito, actuación y finalidad, los militantes de ETA inculcados y detenidos en esta causa; 2.º, que basta la contemplación de los hechos principales señalados anteriormente, tanto los relacionados con los secuestros y muerte de personas, como los de la colocación de explosivos y voladuras de monumentos públicos y de redes de comunicación nacional, para deducir que se trata de un atentado al orden institucional patrio, como es en general toda la actuación y finali-

dad perseguida por la Organización Terrorista ETA, que públicamente asumió la reivindicación de los hechos perseguidos, como planeados y organizados por ella y materialmente ejecutados por los militantes activistas inculcados, pertenecientes a la 5.^a asamblea de la rama político-militar de la misma, cuyos objetivos tan conocidos y reiteradamente afirmados en el copioso arsenal de resoluciones judiciales pronunciadas por el Tribunal de Orden Público y Sala 2.^a del Tribunal Supremo, no son otros que el ataque continuado a la unidad de la nación española, a la subversión y destrucción violenta de la organización política, social, económica y jurídica del Estado vigente, al relajamiento del sentimiento nacional y a la promoción, difusión y consecución de la disgregación, secesión y separación de una parte capital y trascendente del territorio nacional, por lo que los delitos ahora enjuiciados han de tenerse y considerarse como otros tantos atentados al orden institucional de la Nación; y 3.º que los repetidos hechos supusieron una grave situación de alarma en el País Vasco donde tuvieron lugar, como en todo el ámbito nacional, no sólo estimados en sí y aisladamente, sino también conexonados —por responder a finalidad terrorista única y continuada— con otras actuaciones precedentes, simultáneas y subsiguientes, tratando de imponer el terror sistematizado, y así ha de entenderse y enjuiciarse el secuestro y asesinato de don Angel B., por no satisfacer la contribución económica exigida por su liberación con fines de aportación de medios con qué sufragar los cuantiosos dispendios necesarios para continuar los objetivos y metas subversivas de la clandestina organización directora, cuya muerte hubo de ocasionar profunda inquietud y fundada alarma en extensos sectores financieros, industriales y mercantiles de las provincias afectadas de la región vasco-navarra, igualmente amenazados para que accedieran a las pretensiones y exigencias de entrega de fuertes sumas de dinero con destino a E.T.A. que ineludiblemente hubieron de experimentar la intensa y cruel intimidación que tan vil atentado suponía, concurriendo los requisitos necesarios para que tales hechos queden legalmente y en principio incardinados en el denominado terrorismo sectario cualificado, comprendido específicamente en el tan citado art. 294 bis a) del Código de Justicia Militar, netamente aplicable a los delitos a que se contraen las actuaciones examinadas”.

“Que por lo que afecta a la facultad de inhibición que a la Autoridad Militar Judicial otorga el art. 294 bis d) de referencia, hay que entenderla como reglada y no de entero y libre arbitrio, para los supuestos de no darse en los hechos enjuiciados “las condiciones específicas para su inclusión en los artículos anteriores”, en cuyo supuesto podía acordar, la inhibición en favor de los Tribunales ordinarios, quedando plenamente abierta la posibilidad de que la jurisdicción destinataria a cuyo favor se produzca la inhibición discrepe de la apreciación contraria y sea necesario, por la recíproca negación a conocer, remitir las actuaciones para dirimir el conflicto competencial a esta Sala mixta especial, que resuelve justipreciando y valorando los hechos en el estado que mantengan para determinar cuál de las jurisdicciones debe conocer en lo sucesivo o seguir conociendo, procediendo en consecuencia declarar que la facultad de inhibición de una u otra jurisdicción debe someterse por razones de orden público procesal en caso de discrepancia a la resolución de esta Sala, como ampliamente se razona y contempla en la Sentencia de la Sala 2.^a del Tribunal Supremo de 17 junio 1975 y es-

pecialmente en los Autos de esta Sala mixta de 25 junio 1976, dirimiendo análogos conflictos de competencias negativos planteados entre el Tribunal de Orden Público y la Autoridad Judicial de la 1.^a Región Militar”.

“Que de lo precedentemente expuesto se desprende con indudable nitidez la presencia y concurrencia en los hechos delictivos a que contraen las actuaciones sumariales practicadas, de los elementos o requisitos indispensables para poder atribuir conforme a la legalidad vigente en la actualidad el conocimiento y privativa competencia de los Tribunales Militares, siendo inaplicable a los hechos de este proceso la excepción prevista en el art. 1.^o del Decreto-Ley sobre terrorismo de 18 febrero último, en razón a que para su aplicabilidad, habría de reputar desaparecida, al menos tácitamente, la intervención de la jurisdicción castrense en la comisión de delitos de índole terrorista, cualesquiera que fuesen sus características y gravedad”.

AUTO DE 25 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 1, sobre conocimiento de la causa seguida por la muerte de Emilio G. A., atribuida a militantes de ETA — V Asamblea.

Se declara competente a la Jurisdicción militar, por los siguientes fundamentos:

“Que, conforme a la legalidad vigente en la materia, incluido el D-ley de 18 febrero 1976, modificativo del de 26 agosto 1975 subsista, es doctrina explícita y reiterada de esta Sala Especial de Conflictos jurisdiccionales, con ocasión de casos recientes de la misma índole --Autos de 25 junio y 7 octubre 1976, entre otros--, que las actividades terroristas perpetradas bajo los auspicios de organizaciones subversivas tales como la separatistas E.T.A. y la comunista F.R.A.P. dentro de las respectivas, sistemáticas, campañas de hechos criminales, en cadena, dirigidas contra el orden institucional, hostilizado, así, por tales medios tendentes a amedrentar y sojuzgar al cuerpo social, para la más llana y expedita realización de aquellos disolventes designios, constituyen delincuencia tipificada en los art. 294 bis b) y bis c) del Código de Justicia Militar, enjuiciable por el Fuero castrense, por cuanto concurren todos y cada uno de los requisitos preceptuados en la vinculante normativa aludida, cuales son, además de la específica tipicidad allí descrita, la intervención de grupos paramilitares o comandos y el consiguiente sentimiento de pública alarma --por otra parte, apetecida y buscada por esta clase de malhechores-- anejo a semejantes desmanes”.

“Que, en concreto y por lo que directa y singularmente afecta al caso cuestionado, no es dudosa la aplicabilidad al mismo del criterio acabado de enunciar, atributivo de la competencia a la jurisdicción Militar, toda vez que lo actuado denota, bien a las claras, en los hechos a que el presente procedimiento se contrae, todas las características --sin faltar una sola-- precisas para la remisión del asunto al órgano jurisdiccional castrense competente, ya que, desde sus principios (folios 45, 45 v., 47 y correlativos) se acusa la decisiva y activa presencia de la organización terrorista-separatista, E.T.A., precisamente en aquella de sus secciones o ramas que es y se denominan

"militar", y en cuyos cuadros se imparten enseñanzas prácticas para la lucha armada mediante golpes de mano a cargo de militantes y grupos guerrilleros de combate, se suministra armamento ligero adecuado, y se imparten consignas y órdenes, impuestas y ejecutadas dentro de una dura disciplina, servido todo ello por una red de cobertura e información que, incluso, aparece dedicando su atención, como próxima víctima y entre otras personas, a quien, poco después, habría de caer en efecto, bajo el plomo terrorista, cual fue el Presidente de la Diputación de Guipúzcoa y Consejero del Reino señor Araluce, víctima de ulterior, mortal, atentado, que no es objeto de este proceso; sin que, por otra parte quepa negar, válidamente el consiguiente sentimiento de alarma social derivado de cada episodio o eslabón de esta serie concatenada de hechos integrantes de la Campaña terrorista puesta en juego, que no puede por menos de provocar grave conmoción y honda zozobra, en cada caso, en cualquier colectividad medianamente sensible, por endémico que, por desgracia, hayan llegado a ser, en la práctica, hechos como el aquí contemplado, que culminan en la muerte, a mansalva, de un ciudadano pacífico".

AUTO DE 27 DE NOVIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Bilbao y, después, el de Orden Público núm. 1, sobre conocimiento de sumario instruido por el asesinato del Alcalde de G. y lesiones a dos Policías municipales, perpetrados por militantes de E.T.A.

Se resuelve la cuestión planteada declarando la competencia en favor de la Autoridad Judicial militar, conforme a la siguiente argumentación:

"Que la Jurisdicción Ordinaria postula la atribución del conocimiento de la presente causa a la Jurisdicción Militar con base en las siguientes razones: 1.º Porque el hecho ha sido cometido por una organización terrorista paramilitar. 2.º Porque ha producido una situación de alarma y de grave alteración del orden público dada la personalidad de las víctimas y la trascendencia de los hechos. 3.º Porque estas circunstancias se encuadran en el art. 1.º núms. 1.º y 2.º del D.-ley de 18 febrero 1976.

"Que por su parte la Jurisdicción Castrense, rechaza la inhibición a su favor, por razones de tipo procesal y sustantivo, procesalmente, se estima que el Juzgado de Instrucción núm. 3 de Bilbao desistió de la inhibición, que en principio, había acordado a favor de la Jurisdicción Militar; procedió a inhibirse, esta vez a favor del Juzgado de Orden Público, que a su vez rechaza la inhibición y acuerda, también por su parte inhibirse a favor de la Autoridad Judicial Militar, lo que a juicio del señor Fiscal Jurídico Militar supone plantearse defectuosamente la inhibición porque ello representaba violar el art. 40 de la L.E. Crim. Este dictamen fue aceptado por el Auditor y por el Excmo. Sr. Capitán General aludido. En segundo lugar, por motivos del fondo en las dos resoluciones de la Autoridad Militar se rehusa conocer porque se estima que el hecho inculcado no representa un ataque al orden institucional, sino a la integridad física de las personas faltando la condición exigida en el núm. 2.º del art. 1.º del D.-ley de 18 febrero 1976 revisor del Decreto-ley de Prevención del Terrorismo de 26 agosto 1975".

“Que no está defectuosamente planteada la competencia negativa que se debate, ni se ha infringido el art. 40 de la Ley, pues se aprecia tener en cuenta que el D.ley de 26 agosto 1975 y el que lo revisa de 18 febrero 1976, establecen una peculiar atribución competencial que según el art. 11 del D.ley de 26 agosto 1975 atribuye necesariamente la competencia para conocer de estas tipologías delictuales terroristas a la Jurisdicción Ordinaria y dentro de éste, bien al Tribunal de Orden Público o bien a la Jurisdicción Militar, siendo el conocimiento que se asigne al Tribunal de Orden Público pudiéramos decir que genérico; y el de los Tribunales Castrenses específico cuando concurrían los supuestos previstos en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar y 6.º y 7.º del Decreto de agosto de 1975, modificados por el art. 1.º del Decreto de febrero de 1976, esto es, que las infracciones criminales en ellos descritas o referidas, cualificadas por ser terroristas, corresponden necesaria, imperativa y privativamente a la Jurisdicción de Orden Público, o cualificadamente en los casos en que procede, a la Jurisdicción Militar. Esto sentado, si la inhibición del Juzgado núm. 3 de Bilbao fue rehusada por la Autoridad Militar, era inconcuso que en tal supuesto sería el Juzgado de Orden Público el que forzosamente tendría que conocer al tratarse neta y claramente de una actividad criminosa terrorista, y a salvo el caso en que por darse peculiaridades específicas previstas que ciertamente concurren, debiera intervenir la Autoridad Judicial Castrense. Fue en su consecuencia correcta y oportuna la segunda inhibición del Juzgado núm. 3, pues ante la oposición de la Militar era procedente que interviniera Orden Público para que con propio imperio y jurisdicción accediera a conocer o se inhibiera a favor de lo Militar, si en la actuación que le corresponde y realizó, entendió que se estaba en los supuestos excepcionales previstos en el art. 1.º del Decreto-ley de febrero de 1976, esto es, que conoció “per saltum” y al advertir por examen de lo actuado y oído el M.º Fiscal, que el destinatario que legalmente debiera conocer de esta causa era el fuero militar, por razones obvias, conjunta, y simultáneamente, rehusó después de examinar su propia competencia el conocimiento, y lo reenvió seguidamente, por razones de economía procesal, con impecable técnica procesal a la Autoridad Militar. No hubo por consiguiente defectuosidad en la inhibición sino resolución de la disyuntiva que impone que de estos hechos conociera obligadamente según los casos el Tribunal de Orden Público, o la Jurisdicción Militar”.

“Que en cuanto al fondo, basta tener en cuenta la reciente pero reiterada doctrina de esta Sala de conflictos contenida en las resoluciones que han debatido prácticamente, todos los problemas que plantea la doble normativa de los Decretos Ley de agosto de 1975 y febrero de 1976 y que procede dar aquí por reproducidos evitando inútiles repeticiones, para concluir, que si la técnica operativa delictual en este caso, y en tantos otros similares, es claramente demostrativa de que se dio alevosa y premeditadamente muerte en actividad claramente terrorista, no a una persona particular, sino a quien estaba investido de Autoridad pública y precisamente por estarlo, no a don Víctor L. Y. como ente personal, sino por su calidad de Alcalde de G.; si este abominable atentado es notorio que fue reivindicado por la E.T.A. en su rama militar y activista, estando centradas las sospechas en militantes de esta clandestina Organización; si el hecho produjo la grave y connatural alarma dada la repetición de tales actuaciones, anteriores y posteriores, al-

terando y conmocionando el orden público y la tranquilidad pública en la localidad de su comisión, en las provincias vascas, y de rechazo y por repercusión en todo el Territorio Nacional; y siendo consecuentemente manifiesto que este acto constituyó un eslabón de la cadena de realizaciones criminosas terroristas, que tienden a atacar el orden Institucional patrio; que produjeron alarma y grave alteración del orden público y que fueron realizados bajo la inspiración, organización, y preparación de la rama más violenta de la ETA, llevándose a cabo por grupos armados de organización clara y ostensiblemente paramilitar, es indudable que los hechos que se enjuician están claramente comprendidos en el núm. 2.º del art. 1.º del Decreto Ley de agosto 1975 y en las concreciones competenciales del art. 1.º, núms. 1.º y 2.º del Decreto Ley de febrero de 1976, que hacen, de forma indudable, atribuible el conocimiento de esta causa en particular, a la Jurisdicción Militar en cuyo sentido debe resolverse este conflicto competencial”.

AUTO DE 7 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Instrucción de Azpeitia y, después, el de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de sumario seguido por homicidio perpetrado por autores desconocidos.

Se declara competente, en principio, el Juzgado de Instrucción de Azpeitia, conforme a las siguientes consideraciones:

“Que para que el conocimiento, de las diligencias previas 278 de 1975, incoadas por el Juzgado de Instrucción de Azpeitia, del sumario ordinario 141 de 1975, instruido por el Juzgado Militar eventual de San Sebastián y del sumario 1.105 de 1976 iniciado por el Juzgado de Orden Público núm. 2, todos ellos tramitados por razón de la muerte de Carlos A.E., correspondiera a la Jurisdicción Militar sería preciso que, dicho homicidio, fuera incardinable en el art. 294 bis del Código de Justicia Militar y en el art. 1.º del Decreto de 18 febrero 1976, y para que fuera competente, para dicho conocimiento el Juzgado y Tribunal de Orden Público sería indispensable que, en el referido homicidio, hubiera las implicaciones o motivaciones políticas o sociales a que se refieren los arts. 261 y 260 del C.P., y como quiera que, si bien el dictamen del Fiscal del Tribunal de Orden Público conjeture que los dos individuos que, mediante disparos procedentes de armas cortas, mataron a Carlos A., pertenecían a la organización subversiva, ETA integrando un grupo armado con organización militar o paramilitar, tendiendo el acto a atacar el orden institucional y habiendo producido alarma y alteración del orden público, es lo cierto que, como atinadamente resalta la Fiscalía del menor rastro ni indicio alguno que permita atribuir la autoría de los hechos de autos a la organización aludida, sin que, por lo demás, se encuentre y constate tampoco cualquier dato fáctico que evidencie motivación política o social, represalia de ese género, ataque al orden institucional o situación de grave alarma o de alteración del orden público; de lo que se infiere que, de conformidad con lo expuesto y con el principio de Derecho “quod non est in actis, non est in mundo”, en tanto en cuanto no aparecen en las diligencias instruidas indicios racionales, e incluso no racionales, de cualquiera de las hipótesis legales relacionadas, el hecho de

autos tiene la naturaleza de un delito de homicidio o asesinato comunes —arts. 407 y 406 del C. P.—, cuyo conocimiento corresponde, en cuanto a la instrucción, al Juzgado de Azpeitia y, en lo que respecta a la fase plenaria, a la Audiencia de San Sebastián, sin perjuicio de que si, proseguida la tramitación de la causa, surgieran o se hallaran los indicios racionales aludidos pudiera, a la vista de ellos, reconsiderarse lo actualmente resuelto”.

AUTO DE 10 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de causa instruida por secuestro de persona atribuido a militantes de E.T.A.

La Sala Especial declara competente para conocer de los hechos a la Jurisdicción militar, razonando así su resolución:

“Que son antecedentes precisos, pero necesarios de insertar a los efectos de resolución de la presente cuestión de competencia, suscitada entre la Jurisdicción de Guerra, VI Región Militar y la Ordinaria, Juzgado núm. 2 de Orden Público los siguientes: 1.º) El Juzgado Militar Eventual núm. 2 de San Sebastián, tramitó causa núm. 13 de 1973, por actividades terroristas de E.T.A. V Asamblea y entre ellas el secuestro del industrial vasco don Felipe H., en cuyo domicilio de Pamplona entraron varios individuos de dicha agrupación y tras de reducir a varios servidores del señor H. y sus hijos, privaron de libertad al mismo, lo introdujeron en sus coches y tras de cambiar de vehículo en varias ocasiones, lo tuvieron escondido en una cueva primeramente y luego en L. Por el rescate de dicho industrial, la organización terrorista pidió y obtuvo la cantidad de cincuenta millones de pesetas, 2.º) En dicho sumario recayó sentencia de un Consejo de Guerra, el día 4 julio 1973, calificando el hecho como delito de terrorismo del art. 294 bis c) del C. P., por la finalidad de poner en peligro la vida de las personas, atentando contra la propiedad, y por allegar fondos a organizaciones y grupos cuyos objetivos son atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de los territorios y el orden institucional, terminando por condenar a los autores de los hechos, a treinta años de reclusión, y a los cómplices a quince y dieciséis años de prisión militar. 3.º) Durante la tramitación del sumario se detuvo a Juan M. G. M. y por no aparecer en principio probada su participación en los hechos, se le puso en libertad, circunstancia ésta que aquél aprovechó para huir; mas a medida que avanzaba la investigación sumarial, se concretó su participación activa en el secuestro, dictándose contra el mismo, auto de procesamiento de 8 marzo 1973 por formar parte del comando que secuestró a don Felipe H. en Pamplona, por hacer desaparecer el vehículo que se empleó por tal comando y por hacer llegar a los medios informativos las condiciones económicas impuestas por los secuestradores para la libertad del secuestrado. Se le declaró en rebeldía, por auto de 5 abril 1973, pero la S. de 4 julio 1973 dictada por el Consejo de Guerra, afirma categóricamente que el G., formó personalmente, parte en el comando que entró con metralletas en el domicilio del señor H. interviniendo pues personalmente en reducir a los tres niños y una sirvienta del señor H., luego a otra sirvienta, luego a la esposa del señor H. y privar de libertad a éste. 4.º) El día 24 abril 1975 fue capturado este procesado rebelde, y el 28 noviembre 1975, por el Excmo. Sr.

Capitán General de la VI Región Militar, se acuerda la vista y fallo de 'a causa en Consejo de Guerra ordinario, previa calificación del Fiscal militar del hecho de terrorismo, comprendido en el artículo 294 bis b), en relación con el a) del Código de Justicia Militar y solicitando para el mismo la pena de 30 años de reclusión. 5.º) Tras la publicación del Decreto-ley de Terrorismo de 18 febrero 1976, es cuando se suscita la cuestión de competencia objeto de estas actuaciones".

"Que el D.ley de 18 febrero 1976, revisando el de 26 agosto 1975, da una regla general: el conocimiento y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo corresponde a la Jurisdicción Ordinaria. Seguidamente formula una excepción: Corresponde a la Militar el conocimiento y enjuiciamiento de tales delitos: 1.º) Cuando se ejecuten por grupos armados, con organizaciones de tipo militar o paramilitar. Además 2.e) Que los hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público (art. 1.º del Decreto)".

"Que la doctrina de esta Sala en la interpretación de tal precepto, en lo que a la presente cuestión de competencia, importa, se ha plasmado en las siguientes conclusiones: 1.ª) Que en los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados en las condiciones que señala el Decreto, son de conocimiento de la Jurisdicción Militar. 2.ª) Que ni siquiera es precisa la afiliación formal a la organización terrorista, en este caso la E.T.A., para que los integrantes del grupo, en íntima colaboración con el mismo, caigan bajo el conocimiento de la Jurisdicción Militar, pues así lo avala la interpretación del precepto y el principio de especialidad del artículo 294 bis del Código de Justicia Militar. 3.ª) Que los atracos, secuestros, robos a mano armada que tengan el propósito de recaudar dinero, o armas, explosivos, cometidos por cualquier organización de carácter subversivo violento, como criminalidad terrorista organizada que pretende atacar el orden institucional, también quedan sometidos al fuero de guerra, siempre como es natural que produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público. Autos de 17 junio 1975, 5 y 25 junio 1976 y 7 octubre 1976—. 4.ª) La continuidad de la causa, exige que conozca actualmente del juicio, la autoridad que sin la situación de rebeldía del acusado, hubiera conocido y conocido respecto de los demás participantes en el mismo hecho".

"Que examinada a la luz de esta doctrina la presente cuestión de competencia entre el Excmo. Sr. Capitán General de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2 de esta capital, es claro que ha de resolverse la misma en favor de la jurisdicción castrense y así lo reconoce la Jurisdicción de Guerra en su sentencia de 4 julio 1973, al calificar los hechos de terrorismo sectario del art. 294 bis c) del Código de Justicia Militar, por la finalidad de allegar fondos a organizaciones como E.T.A. cuya razón de ser es atentar contra la unidad de la Patria, la integridad de sus territorios y el orden institucional, con motivo del secuestro de una persona. Y como en el comando que lo realizó estaba integrado Juan Miguel G. M., como el grupo estaba armado, pertenecía a organización de tipo paramilitar, que tiende a atacar el orden institucional, produjo alarma y conmoción nacional que por notorias no es preciso subrayar y como su finalidad era allegar fondos, como los allegó a tal entidad, con la tendencia indicada como de no mediar la situación de rebeldía, hubiera sido juzgado y sentenciado en la resolución de la jurisdicción castrense de 4 julio 1973, debe concluirse que en el enjuicia-

miento de tales hechos debe seguir conociendo la Jurisdicción de Guerra, resolviendo en su favor la cuestión de competencia promovida”.

AUTO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la IV Región Militar y el Juzgado de Instrucción núm. 1 de San Feliú de Llobregat, sobre conocimiento de procedimiento incoado con motivo de accidente de circulación en que se originaron lesiones y daños.

La Sala Especial declara la competencia del Juzgado de Instrucción, conforme a los siguientes razonamientos:

“Que el principio de que la jurisdicción común es la prevalente sobre las especiales, para el conocimiento instructorio y decisión de las causas criminales, tiene una manifestación clara, en los arts. 11 de la L. E. Crim. y 19, núm. 2.º, del Código de Justicia Militar, que proclaman, que cuando el delito no esté singularmente reservado a una determinada Jurisdicción y haya sido realizada por dos o más personas, sometidas a la distinta competencia de la Jurisdicción Ordinaria y Militar, aquélla conocerá de la causa contra todos los inculcados, cuando el hecho se haya cometido en territorio no declarado en estado de guerra; fuere atractivo, otorgado a la Jurisdicción común, por su condición preferente, en unión a la imposibilidad de dividir la continencia de la causa, eludiendo resoluciones dúplices y posiblemente contradictorias”.

“Que para poder decidir la competencia, en los casos de concierto plural doloso de aforados y paisanos, o en el de culpas coeficientes y complementarios para el resultado, ha de hacerse una valoración abstracta del contenido de las actuaciones, que no prejuzgue la calificación posterior, y que no acepte “a priori”, sustituyendo a las acusaciones y a los Tribunales de Instancia, versiones unilaterales de los testimonios encontrados de las partes, y que sea por su indispensable contenido, sólo válida a efectos de la necesaria resolución de la competencia, negativa, —o, en su caso, positiva—, resolución contingente o mutable, al quedar supeditada siempre a la resulta de la posterior y más concreta investigación, por lo que si en el curso de esto, se llega a determinar, la no intervención de la persona no aforada en la realización delictiva con el aforado, la determinación de la competencia puede variar, porque no existe en esta materia vigencia del principio de la “perpetuatio jurisdictionis”, sino precisamente el contrario de la “modificatio jurisdictionis”, debiéndose en tal supuesto, de dejar sin efecto aquel fuere atractivo, y de declinar la competencia en favor de la Jurisdicción especial Militar, si se acusa con la pretensión procesal, exclusivamente al militar del delito y no al paisano, ya que en tal supuesto recaba su competencia el órgano jurisdiccional castrense al no concurrir el supuesto de dichas normas”.

“Que otorgando efectividad a la anterior doctrina, muy reiterada de esta Sala, es evidente, que en el trance de escoger entre las dos versiones contrapuestas, procedentes del paisano por un lado, y de los dos guardias civiles por otro, esta Sala no puede, aceptar “a priori”, unilateralmente, una de las mismas, descartando la contraria, porque en ello haría una función calificadora, que prejuzgaría el resultado de la causa, sin poder efectuarlo, por lo que debe entender, que el paisano como él mismo reconoce, con-

ducía su vehículo a mayor velocidad de la autorizada de 60 kilómetros hora, al hacerlo entre 70 y 80, y bien porque en tal situación se le interpusiera sin previo anuncio y luces el vehículo de la Guardia Civil, saliendo a la calzada inesperadamente, haciéndole realizar la maniobra de emergencia, para no chocar con él, pasando la línea continua y chocando con el vehículo que caminaba por su mano en dirección contraria, o bien, porque —según la versión de la Fuerza Pública— al ir detrás del coche Land-Rover, por la carretera, quiso rebasar a éste, invadiendo tal zona, es lo cierto, que en principio, aparecen dos versiones inconciliables —a no ser que en la del paisano, represente culpa dúplice, si su exceso de velocidad sobre la oficial, impidió para su coche, al salirle de improviso el oficial, lo que podría hacer, de caminar por bajo de los 60 kilómetros hora—, según el conjunto de las cuales, aparece una concurrencia de culpas ideal, que debe ser objeto de mayor esclarecimiento, y que entre tanto, obliga a resolver la competencia en favor de la Jurisdicción común, por su carácter preferente, para el enjuiciamiento conjunto de ambos inculpados, sin perjuicio de que la calificación acusatoria posterior, si no se efectúa contra el paisano, y si exclusivamente contra el conductor militar, produzca el efecto de la “*modificatio jurisdictionis*”, y la inhibición definitiva, a favor de la jurisdicción castrense”.

AUTO DE 16 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de sumario incoado por delito de terrorismo, con motivo de la muerte de una persona atribuida a militantes de la E.T.A.

Se declara competente para conocer del procedimiento a la Autoridad Judicial militar, por las siguientes razones:

“Que viene declarando con reiteración esta Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales, entre otros, en Autos de 25 junio, 7 octubre y 25 noviembre, todos de 1976, al aplicar la legalidad vigente en la materia, incluido el Decreto-Ley de 18 febrero 1976, modificativo del de 26 agosto 1975, que las actividades terroristas perpetradas bajo los auspicios de organizaciones subversivas tales como la separatista E.T.A. y la comunista F.R.A.P. dentro de las respectivas, sistemáticas, campañas de hechos criminales, en cadena, dirigidas contra el orden institucional, hostilizando, así, a la colectividad y al Estado que la encuadra por tales medios tendentes a amedrentar, atemorizar, perturbar y sojuzgar al cuerpo social, para la más llana y expedita realización de aquellos disolventes designios, constituyen delincuencia, tipificada en los arts. 294 bis, b), y bis, c), del Código de Justicia Militar, enjuiciable por el Fuero Castrense, por cuanto concurren todos y cada uno de los requisitos preceptuados en la vinculante normativa aludida, cuales son, además de la específica tipicidad allí descrita, la intervención de grupos paramilitares o comandos y el consiguiente sentimiento de pública alarma —por otra parte, apetecida y buscada por esta clase de malhechores— anejo a semejantes desmanes; todas y cada una de estas características aparecen y concurren en las actuaciones sumariales hasta ahora practicadas con motivo de este criminal atentado terrorista en el que se denota la activa presencia de la organización terrorista E.T.A., por el modo de operar y por las hojas

clandestinas esparcidas por los alrededores reivindicando, en las que, además, se atribuye al carácter de organización militar revolucionaria, habiendo producido con ello al haberse realizado por un grupo armado dentro de la población de Usurbil, en una parada de taxis y al mediodía, gran alarma social y alteración del orden público en el lugar de comisión y en todo el territorio nacional, por ello y siendo, además, esto es eslabón o episodio de la serie de hechos llevados a cabo por dicha organización terrorista en su campaña puesta en juego tendente a provocar grave conmoción social, por lo que procede atribuir como competente el conocimiento de esta causa a la Jurisdicción Militar”.

AUTO DE 18 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa planteada entre la Autoridad Judicial de la VI Región Militar y el Juzgado de Orden Público núm. 2, sobre conocimiento de causa seguida por delito de terrorismo, con motivo de la muerte de un Alcalde, perpetrada por autores desconocidos.

La Sala Especial atribuye la competencia al Juzgado de Orden Público, razonando así su resolución:

“Que como viene declarando esta Sala Especial de Conflictos Jurisdiccionales, existe en la legalidad vigente y en torno a los delitos de terrorismo, una dualidad normativa encamada por el C.P. en sus arts. 260 y siguientes y por el Código de Justicia Militar en los distintos apartados de su art. 294 bis, dualidad en la que el Código ordinario hace oficios de Ley general y el Código castrense de Ley especial en cuanto se refiere este último a una delincuencia sectaria, obediente a una inspiración partidista o de facción y que, por lo mismo, exige una sujeto colectivo de mayor o menor amplitud; nota diferencial entre ambos ordenamientos que el D.-ley de 18 febrero 1976 ha venido a agudizar, otorgando la preeminencia —con criterio ortodoxo— a la jurisdicción ordinaria, exigiendo para que la militar pueda entrar a enjuiciar los delitos de que se trata, la conjunción de dos condiciones: 1.º Que los hechos hayan sido ejecutados por grupos armados con organización militar o paramilitar; y 2.º, que tales hechos tiendan a atacar el orden institucional y produzcan situación de alarma o grave alteración del orden público, de suerte que descartado el elemento tendencial de ataque al orden institucional —ya incluido en la primera modalidad terrorista de uno y otro ordenamiento y que ahora se extiende a todas las modalidades de que deba conocer la jurisdicción castrense, lo verdaderamente característico son las otras dos notas subrayadas que, por lo tanto, deben ofrecerse inexcusablemente para el Código de Justicia Militar actuando como *lex specialis* desplaze a la norma general representada por el C. P. común y, en consecuencia, pueda entrar a conocer dicha jurisdicción”.

“Que con vista de la anterior síntesis de doctrina interpretativa ya explicada con más detalle en anteriores resoluciones de esta Sala, puede afirmarse que si bien en el hecho que originó los respectivos procesos de la jurisdicción ordinaria (Diligencias previas del Juzgado de Instrucción núm. 3 de San Sebastián y sumario del Juzgado de Orden Público núm. 2) y de la jurisdicción militar (acuerdo inhibitorio de la Capitanía General de la 6.ª Región Militar) se dió la muerte alevosa y a mano armada del Alcalde de O., inscrita dentro de la campaña del Alcalde que ha venido asolando al País

Vasco y que la misma ataca evidentemente el orden institucional y ha contribuido a producir —como un eslabón más de dicho plan terrorista— alarma y grave alteración de la paz pública, no puede afirmarse, en cambio, que exista prueba suficiente, ni siquiera a título indiciario, de que los dos individuos que perpetraron el atentado: el uno con su ejecución material, disparando la pistola que portaba a bocajarro sobre la víctima y el otro aguardando en un automóvil para darse los dos a la fuga realizado que fue el hecho, pertenezcan a determinada entidad política o partidista, ni que, por tanto, pueda deducirse la organización militar o paramilitar del ente en cuestión; por lo que faltando una de las condiciones que conjuntamente se exigen con las demás examinadas para que pueda darse paso al conocimiento de la jurisdicción militar, al menos en el actual momento procesal, procede acordar la competencia en favor de la jurisdicción ordinaria y, concretamente, del Juzgado de Orden Público núm. 2 —dada su especialidad en el conocimiento de los delitos de terrorismo y de tenencia ilícita de armas—, sin perjuicio de que si la investigación futura de los hechos lleva a la averiguación del grupo o facción causante del atentado de autos se decline la competencia —si ello es procedente— en favor de la jurisdicción castrense”.

AUTO DE 21 DE DICIEMBRE DE 1976

Cuestión de competencia negativa suscitada entre la Autoridad Judicial de la Jurisdicción Central de Marina y el Juzgado de Instrucción núm. 10 de los de Madrid, sobre conocimiento de procedimiento incoado por accidente de circulación.

La Sala Especial atribuye el conocimiento de los hechos al Juzgado de Instrucción indicado, con base en el siguiente razonamiento:

“Que figurando como imputados en el accidente de circulación al que se refieren las presentes actuaciones dos personas, una aforada a la Jurisdicción de Marina y otra a la Ordinaria, en la imposibilidad de determinar en este momento procesal la culpabilidad exclusiva de una u otra de las mismas, de conformidad con lo previsto concordantemente en el art. 11 de la L. E. Crim. y en el 19 del Código de Justicia Militar, resulta procedente atribuir a la segunda de dichas jurisdicciones la competencia para entender de tales diligencias, teniendo en cuenta que por pertenecer ambos inculpaos a distintas jurisdicciones debe prevalecer el fuero común más atrayente, que el de Guerra al no haberse cometido el referido delito en territorio declarado en estado de guerra, ni estar tampoco específicamente atribuido a la Jurisdicción de Marina por razón de la materia o del lugar”.

Joaquín HERNANDEZ OROZCO

NOTA DE LA REDACCION.—Aunque novedades legislativas han quitado actualidad a la mayoría de las resoluciones que quedan anteriormente recogidas, nos ha parecido, no obstante, oportuno, incluir en nuestro repertorio de jurisprudencia las últimas manifestaciones de la doctrina del Tribunal Supremo sobre competencia en materia de terrorismo, mientras ésta tuvo el carácter de delito militar, como interesante formulación interpretadora y aclaradora de la legalidad entonces vigente.

C) JURISPRUDENCIA DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO

TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO: CONCEPTO Y ELEMENTOS.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. ART. 8 NUM. 1.

Que el trastorno mental transitorio, según la sentencia de este Tribunal de 26 diciembre 1973 *supone* una reacción vivencial anormal generada por causa directa, inmediata y evidenciable, que bruscamente se manifiesta durante un espacio corto de tiempo y que, sin huellas, se agota rápidamente por una curación completa sin secuelas ni posibilidades de repetición y que haya surgido en el sujeto sobre una base constitucional morbosa o patológica y, más rara vez, sobre estímulos psíquicos intensos que la hagan actuar de forma irreprimible, incontrolada o delirantemente con tal intensidad que la respuesta reaccional al choque psíquico que es la causa exógena que lo origine genere una perturbación mental pasajera que con la alteración profunda de la capacidad de conocer el alcance antijurídico de su conducta, produzca total ausencia de voluntad e inteligencia y por lo tanto de libre albedrío y conciencia humana; y como se deduce de ella, de la de 9 noviembre 1974 y, en general, de la jurisprudencia de las últimas décadas —veáanse v.g. las sentencias de 15 marzo 1932 de 26, 31 enero y 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935 y de 28 diciembre 1964—, consta de los siguientes *elementos*; 1.º) aparición brusca y fulgurante repentina e inesperada, aunque desencadenada por algún estímulo, bien sea éste patológico o de origen pasional o emocional exacerbado; 2.º) fugacidad o brevedad de duración; 3.º) de tal intensidad que, por virtud de la ofuscación sobrevenida, produzca pérdida, siquiera sea momentánea, de las facultades cognitivas o volitivas del agente; 4.º) curación sin secuela, es decir, desaparición rápida de la explosiva situación anímica, sin huella ni residuo, restableciéndose el equilibrio psíquico en toda su plenitud; y 5.º) que el trastorno no haya sido provocado intencionadamente por el sujeto, pues, en este caso, por virtud de la teoría de las “acciones liberae in causa”, el problema de la imputabilidad retrocedería o se desplazaría desde el momento de la perpetración hasta el de la idea-

ción, y el sujeto sería plenamente responsable del delito cometido si lo era en el momento de la dicha ideación. Difiriendo la doctrina y la jurisprudencia a la hora de exigir o no exigir un fondo patológico en el agente, aunque la posición dominante, representada por las sentencias del Tribunal Supremo de 13 marzo 1934, 19 diciembre 1935, 14 octubre 1944, 15 abril 1948, 27 febrero 1954, 28 diciembre 1964, 4 abril y 30 mayo 1968 y 25 septiembre 1970, prescinde de tal exigencia, si bien alguna de dichas resoluciones, y ésta puede ser la posición más acertada, requiere sino un estado precedente y permanente morbo y patológico si una reacción de situación que en sí misma sea anómala, desmesurada o anormal.

(S. de 18 de Junio de 1975)

EMBRIAGUEZ. REQUISITOS PARA QUE EXIMA DE RESPONSABILIDAD CRIMINAL: PLENA Y FORTUITA. SU APRECIACION COMO ATENUANTE.

PRECEPTOS ESTUDIADOS: C.P. Arts. 8. Núm. 1 y 9 Circ. 2.^a

Que para que la embriaguez exima de responsabilidad criminal, de acuerdo con abundante criterio interpretativo de esta Sala, resulta necesario, que genere en el agente una situación personal de *trastorno mental transitorio* —núm. 1.º del art. 8 del C.P.— de base patológica o psíquica, porque sea "*plena*", completa o total, con anestesia moral y física, anuladora de la voluntad o del entendimiento y discernimiento, ya que priva en absoluto de la conciencia, obrando con irracionales impulsos, que le impiden conocer la antijuridicidad de su mal quehacer, y además, porque por su origen resulta "*fortuita*", u ocasionada por mero accidente, sin intención deliberada de producirla, y sin culpa, por parte del sujeto activo; pero si la ingestión de bebidas alcohólicas, no origina en el bebedor delincuente, la pérdida plena de su inteligencia o voluntad, sino que meramente limita tales facultades, rebajándolas, y permitiendo un conocimiento y una decisión de la conducta ilícita, de condición menor al normal, pero no suprimida, entonces surge normalmente la *causa de atenuación* del núm. 2 del art.9 del C.P. siempre que la embriaguez no sea habitual, o en casos muy excepcionales, por su mayor intensidad, la eximente incompleta del núm. 1.º del propio art. 9 del mismo cuerpo legal.

(S. de 4 de junio de 1975)

ATENUANTES POR ANALOGIA.— EXCEPCION AL “NUMERUS CLAUSUS” DE CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL.— SU SIMILITUD CON LAS ATENUANTES ESPECIFICAS. ARREPENTIMIENTO ESPONTANEO: “RATIO LEGIS”.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art 9, Circs 9 y 10.

Que el “*numerus clausus*”, que para las *circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, se deriva de la dogmática fórmula, del “*nullum delictum sine lege*”, que imponen los arts. 1.º y 23 del Código, tiene una *excepción* transcendente, para las causas de atenuación de la referida responsabilidad, en el núm. 10 del art. 9 del C.P., a medio de un criterio humano, y benevolente para el sujeto activo del delito, que permite lograr una superior individualización subjetiva en lo punitivo, valorando situaciones cualitativas de importancia, no previstas normativamente, y que pueden existir en la realidad humana, quedando fuera del esfuerzo legislativo, de previsión enumerativa, de los nueve casos de dicho artículo 9.º, que siempre posee algunas, por lo que en tal núm. 10 se permite un “*numerus apertus*”, a medio del que el Juez penal, puede aplicar atenuantes nuevas, cuando sean de análoga significación, a las que le preceden nominativamente en aquellas atenuantes legales.

Que esta estimación de nuevas atenuantes por analogía, o con mejor técnica penal, por interpretación extensiva, determina, que si en principio parece que la autorización entregada a los Tribunales es absoluta o sin restricciones sin embargo, no sucede así, al reparar en la condición, que opera restrictivamente en el tipo al exigir que sean similares a las atenuantes específicas, *de los nueve apartados del art. 9.º del C.P., por lo que en definitiva, ha de estarse preferentemente, a esa significación o entidad, que es el valor, sentido o inteligencia específica de las mismas, que poseen por su propia naturaleza o razón de ser, en relación con su contenido particular, teniendo que estar matizadas por un criterio idéntico al que constituya estructuralmente las atenuantes específicas, sin llegar, sin embargo, a una total y externa similitud; razón por la que no es válido, para crearlas, atender a la comparación estricta de modelo, para conocer si posee todos o alguno de los elementos morfológicos de ellas, pues como enseñaron las sentencias de 16 noviembre 1970 —con muchas razones— y de 19 abril 1972, no pueden admitirse con atenuantes, aquellas que les falte alguno de los requisitos constitutivos de las fijadas en los nueve apartados del art. 9.º, pues equivaldría a crear atenuantes incompletas, y a dar vida a las que carecen de todos sus elementos típicos,*

infringiéndose por vía indirecta la ley, que los quiso admitir con todos sus requisitos, y no con falta de alguno de ellos, pues en el caso de que sean incompletas, no puede, en definitiva, estimarse la vía del núm. 10, teniendo que resultar por lo tanto, de análoga significación o entidad, o lo que es lo mismo, semejante aunque no igual, de la que sirve de modelo, en su peculiar sentido o valor intrínseco, obedeciendo ambas a parecidas razones estructurales, de contenido y finalidad.

Que la "ratio legis" de la atenuante de arrepentimiento espontáneo establecido en el num. 9 del art. 9 del C.P., se encuentra esencialmente fijada, en el elemento espiritual y ético-psicológico, del cambio de dolo, por desaparecer el delictual y malicioso, al formarse después del delito un "dolus bonus", con conciencia dolorida, en impulso desinteresado y noble, y antes de conocerse la apertura del procedimiento judicial, sin ajenas presiones, que supone un desistir y una condena de la conducta precedente, realizándose además objetivamente, alguna de las cuatro conductas que aquella norma establece, de condición externa y utilitaria por lo práctica, que suponga utilidad para el derecho mismo o para el ofendido; por lo que ante este contenido, del arrepentimiento espontáneo, resulta obvio, que la atenuante analógica del núm. 10, ha de poseer, para poder estimarla, semejanza, aunque no identidad, con los elementos espiritual pragmático y cronológico de cambio del ánimo o beneficio material y de momento oportuno sin forzamiento alguno, porque así lo exige, la análoga significación típica, no pudiendo estimarse, de acuerdo con numerosa doctrina de esta Sala, que posea valor atenuatorio de ninguna clase, la reparación total o parcial del daño económico una vez originado el consumado delito que fue descubierto y dentro de la actuación judicial pues sólo tiene eficacia, en orden a la determinación del alcance de la responsabilidad civil, —sentencias, entre otras muchas, de 13 mayo 1968, 12 febrero, 15 abril y 7 octubre 1969 y 19 abril 1972—).

(S. de 9 de junio de 1975)

NOCTURNIDAD. RAZON DE SU ESTIMACION COMO AGRAVANTE.— REQUISITOS.— ELEMENTO INTELECTIVO: BUSQUEDA O APROVECHAMIENTO DE LA NOCHE.— SU PRUEBA.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 10, Circ. 13.

Que la realización del delito de noche, se estima en el núm. 13 del art. 10 del C.P., como una circunstancia de agravación, de la responsabilidad criminal, porque el delincuente, se manifiesta

imbuido en mayor culpabilidad y necesita de una superior reprochabilidad, por su alta peligrosidad, al buscar deliberadamente, o al aprovechar conscientemente, el auxilio idóneo de las sombras para conseguir mayor libertad y facilidad ejecutiva con indefensión de la víctima, porque le anula o disminuye su capacidad reactiva, personal, y el apoyo de ajenas ayudas, y porque además, se dificulta o evita la identificación del agente, consiguiendo por fin, un más fácil impunidad y huída, generando todo ello, a la vez, una más intensa alarma social y una mayor facilitación delictiva, o ventaja para la ejecución del comportamiento antijurídico.

Que la agravante de nocturnidad, según la interpretación constante realizada por la doctrina de ésta Sala de su contenido, requiere para producirse, que concurran los siguientes *requisitos*:

1). Que el *hecho criminal* lo realice el sujeto activo, *al amparo de las sombras*, faltando la luz natural, por concurrir el fenómeno físico-geográfico de la noche —*presupuesto objetivo o real*—. 2). Que el propio sujeto, *busque intencionalmente la noche*, como medio óptimo para la ejecución del delito, o aprovecha su existencia en el instante de realizarlo, acogiéndola para su utilitario proceder, en beneficio de alguno o de todos de los fines anteriormente fijados —*elemento subjetivo o intencional*—. Y 3). Que la noche haya efectivamente supuesto una *ventaja ejecutiva*, al favorecer el delito y sus consecuencias —*requisito material final*—.

Que el *requisito intelectual, de búsqueda o aprovechamiento de las sombras de la noche* para delinquir, como anímico que resulta, por pertenecer al arcano del delincuente, puede ser declarado existente, a medio de la creencia obtenida libremente por la Audiencia, al valorar las *pruebas* articuladas, exponiéndolo en la narración factica de manera directa, o puede deducirlo de los datos y circunstancias concurrentes en la conducta delictual, que autorizan en su “*facta concludentia*” a estimar tal búsqueda o aprovechamiento, para la mejor realización ejecutiva, pues la mejor manera de determinar lo internamente deseado, es valorando adecuadamente los datos de hecho constituyentes de todo el comportamiento realizado, por ser manifestación del interno deseo y expresión externa y adecuada, del mismo, como ya ha expuesto esta Sala, en sus últimas SS., de 6 julio 1971, 19 abril y 21 diciembre 1972.

(S. 2 de julio de 1975)

MORADA DEL OFENDIDO.— SUS REQUISITOS.— CONCEPTO DE MORADA.— DETERMINACION DE SU EXISTENCIA EN LA SENTENCIA.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 10, Circ 16.

Que la libertad domiciliaria de la vivienda, protegida abstractamente en el art. 15 del Fuero de los Españoles, como derecho de la personalidad, cuando se lesiona, entre otras figuras jurídicas punitivas, está protegida, por la agravante fundamentalmente objetiva, de realizar el hecho delictivo en la morada del ofendido, si éste no ha provocado el suceso, según el núm. 16 del art. 10 del C.P., ya que tal conducta se halla dotada de una mayor antijuricidad, por ultrajarse o profanarse la santidad del hogar ajeno; por lo que para su existencia, han de concurrir, los siguientes *requisitos*. 1). Que en la morada de una persona, que sea ajena para el agente ofensor, cometa éste un delito. 2). Que el ofendido no haya provocado con su conducta el suceso. Y 3). Que el sujeto activo, conozca se trata de morada ajena, aunque carezca del ánimo de menospreciarla idealmente, si materialmente la profana con su conducta delictiva, realizada dentro de ella, y que quiere dolosamente efectuar.

Que la *morada* a efectos de esta circunstancia de agravación, no ha de ser elemento cualificativo y típico imprescindible para el delito cometido —en cuyo caso éste la absorbe— y por proteger un interés legítimo humano y jurídico, cual es el derecho a la habitación íntima, puede consistir, en todo lugar más o menos habitable, reservado a una persona o familia, donde resida, descansa, o satisfaga las condiciones de vida doméstica, cualquiera que sea el título legítimo por el que disfrute la habitación, de cuyo amplio *concepto* indudablemente se deriva, que además de ser morada, las casas, y los meros apartamentos —habitación o vivienda, según el Diccionario de la Academia—, donde residen personas, también lo son, los simples departamentos o habitaciones de hoteles o edificios y pensiones, como ya determinaron las SS. de esta Sala de 20 julio 1935 y 14 junio 1958 porque sirven también los últimos para el alojamiento de las personas.

Que la *determinación de la presencia de la morada*, puede realizarla el Tribunal Penal, directamente dentro de la narración de la sentencia, describiéndola materialmente o calificándola por su nombre o indirectamente, determinando los datos concurrentes, que proclamen su existencia, y que permitan a medio de apreciaciones deductivas indudables y ciertas, según reglas de común experiencia judicial, conocer que se trata de una morada,

operando por tanto con lo conocido, a proclamar su existencia, sin duda alguna.

(S. de 2 de julio de 1975)

RESPONSABILIDAD CIVIL SUBSIDIARIA - RESPONSABILIDAD OBJETIVA: FUNDAMENTO, REQUISITOS. SUPUESTOS DE ALQUILER DE VEHICULO CON CONDUCTOR ASALARIADO POR EL ARRENDADOR.- TRASPASO DE RESPONSABILIDAD DEL ARRENDADOR AL ARRENDATARIO.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 22.

Que la responsabilidad civil subsidiaria establecida en el art. 22 del C.P. para cuando el agente autor del delito sea insolvente, y no pueda abonar las indemnizaciones de perjuicios derivadas del mismo, es un supuesto de *responsabilidad objetiva "in re ipsa"*, que se justifica tanto filosófica, como jurídicamente, por el añejo principio "*cuius comoda eius incommoda*", porque allí donde se busca o halla el beneficio para otra persona, por cuenta de quien se actúa, está también el perjuicio, como correlativa obligación, en el ámbito civil, dando vida a una institución de condición social y progresiva, que requiere criterios laxos de adecuada interpretación.

Que esta responsabilidad de segundo grado, requiere, interpretando adecuadamente, la norma básica del art. 22 citado, de la presencia de los siguientes *requisitos*, según conocida y reiterada doctrina de esta Sala: 1.º) La *dependencia* del condenado responsable penal por delito, de una empresa, organismo o principal, a quien se halle subordinado, de manera más o menos directa, a medio de supeditación directa, que no admite desconexión cierta. 2.º) Que en el desempeño de ese nexo o relación, que comúnmente será jurídica o laboral, si bien puede abarcar otras formas de mero hecho, o características diferentes, de todo tipo, se actúe en cualquier *actividad, que suponga* más o menos remotamente, un *beneficio o utilidad para el amo o propietario*; y 3.º) Que dicho dependiente o empleado, *actue en el desempeño de sus obligaciones* o servicios, encomendados, sin extralimitaciones, cuando cometa la infracción criminal, pero siempre bajo la *sumisión directa, potencial o de lejana dirección* del dueño, aunque realizando con mayor o menor autonomía sus mandatos específicos o generales.

Que en los supuestos frecuentes, en que el delito por culpa, se cometa por un agente, conduciendo un vehículo de motor, perteneciente en propiedad o posesión a una entidad, que lo arrendó

con tal conductor a otra distinta, la responsabilidad civil subsidiaria estará de cargo de aquella de que depende, de manera inmediata y directa, el sujeto activo del delito, al realizar la actuación dinámica u omisiva delictual.

Que el *alquiler del vehículo con conductor asalariado por el arrendador*, para uso temporal por el arrendatario, al hallarse viva la relación debida al contrato laboral que liga a los dos primeros con inclusión del operario en las plantillas, y percibo del salario, y lo que es más esencial, debiendo obediencia y subordinación al dueño arrendador, cuyas instrucciones siempre le vinculan, para el manejo y gobierno del carruaje, al serles impartidas con carácter general o particular, hace indudablemente que la *responsabilidad subsidiaria de referencia*, esté de cargo de tales arrendadores, pues la relación de dependencias y dirección directa e inmediata, es producto de cometidos y pactos, sobre el comportamiento del empleado en su servicio, que tienden a aprovechar y beneficiar al principal lucrativamente, haciéndolo responsable, finalmente por ello, y porque fue quien lo eligió, y debe vigilarlo no pudiéndose excepcionar esta realidad y conclusión jurídica, más que cuando por pacto en contrario lícito en el ámbito civil y penal *se traspase del arrendador al arrendatario tal responsabilidad civil subsidiaria*, como ya reconocieron las sentencias de esta Sala de 15 octubre 1968 y 30 mayo 1968, o también, cuando existe concertada o por mera situación de hecho, una sustitución de la relación, entre el arrendador y el delincuente-dependiente, por pasar los derechos de dirección de aquél, al arrendatario, de manera absoluta e indudable que puede mandar al conductor, en lo relativo al manejo del carruaje, y relaciones del servicio a prestar, de manera total y sin ninguna clase de ingerencia de tal arrendador, haciendo prácticamente estéril el vínculo de dependencia originario, y sometiendo a sus instrucciones el desarrollo del servicio a prestar con el vehículo, pasando de hecho la relación de dependencia a dicho arrendatario, que sería entonces el responsable civil subsidiario, pero siempre habrá de presumirse, como enseña la realidad de hecho normal, la persistencia del sometimiento del conductor al arrendador, y tendrá que estar claramente declarado lo contrario en el hecho probado, para excluirle de responsabilidad, transfiriéndole al arrendatario, proclamando que le sustituyó en el mando absoluto del servicio y de la dependencia, lo que no se producirá, por el *solo hecho de determinar los itinerarios a realizar*, sin otras intromisiones o instrucciones de superior contenido, pues de otra manera, se produciría un cambio drástico en la determinación de esta responsabilidad, con gravísimas consecuencias en materia de la locación de taxis o transportes públicos, en contra de los meros usuarios, que otor-

gan meramente instrucciones accidentales de recorrido, pero sin inmiscuirse en los trascendentales de actuación servicial y laboral que persisten con su locación de servicios intocados.

(S. de 4 de octubre de 1975)

ATENUANTES MUY CALIFICADAS: PRINCIPIOS IMPERANTES EN SU APLICACION.— CONCEPTO.— REBAJA FACULTATIVA DE LA PENA.— REVISION DEL CRITERIO DE CONCESION DEL CARACTER DE CALIFICADA.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 61, Regla 5.^a

Que en la *aplicación* de la regla 5.^a del art. 61 del C.P., imperan ciertos *principios* esenciales derivados, unos del propio texto legal y otros de la interpretación jurisprudencial. Pueden unos y otros sintetizarse así: 1.º Que han de concurrir dos o más circunstancias atenuantes, o sólo una atenuante muy calificada. 2.º Que no concurra agravante alguna. 3.º Que en estos casos se concede a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley. 4.º Que dentro del mismo la aplicarán en el grado que estimen conveniente. 5.º *Se entiende por atenuante muy calificada*, aquella que tiene una intensidad superior a la normal o propia de la circunstancia que se aplica, bien en consideración al propósito, motivación y hondura del comportamiento criminal que se enjuicia, permitiendo añadir pues a esto una mayor atenuación que la general, concedida por el Código en la regla 1.^a del propio art. 61, 6.º. La rebaja de la pena es facultativa por parte del Tribunal, por lo que el uso que de tal potestad se haga, ordinariamente no es revisable en casación, donde sólo pueden discutirse las bases imprescindibles para la entrada en juego del precepto o para estimar si una atenuante tiene o no el carácter de muy calificada. 7.º Por tanto el criterio de la Audiencia concediendo o no el carácter de calificada a una atenuante es revisable en casación, según doctrina reiterada de la Sala, poque dicha norma es un auténtico modelo de individualización judicial, que consiente poner en relación la sanción con los elementos de todo tipo —entidad dice el Código— que constituyen el delito y el quehacer del delincuente, por lo que tal juicio del Tribunal de instancia puede ser controlado. —Sentencias de 4 noviembre y 25 noviembre 1974 y 13 marzo 1975.

(S. de 10 de junio de 1975)

CONCURSO DE DELITOS.— PENALIDADES ALTERNATIVAS.— COTEJO DE LAS PENAS EN “ABSTRACTO” O EN “CONCRETO”.— TRIUNFO DE LA DETERMINACION EN CONCRETO DE LA PENALIDAD.— MANERA DE REALIZARSE LA MEDICION CONCRETA EN CADA CASO.—

PRECEPTO ESTUDIADO: Art. 71.

Que el *art. 71 del C.P.*, al regular el *concurso ideal de delitos*, cuando un sólo hecho constituye dos o más infracciones criminales, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer otro —delito fin— establece en orden a su punición, una regla general de exacerbación, y una excepción: constituida aquélla, por fijar la sanción unitaria para el conjunto de infracciones propias del delito que resulte más grave, en su grado máximo; y aplicándose ésta, penando separadamente los delitos, constituyentes del concurso, si es más beneficioso para el reo, porque la suma de las penas de éstos, no sobrepasa la sanción única agravada antes indicada.

Que para el logro de la determinación de una de las dos penalidades alternativas, establecidas en tal norma, surge la interesante *cuestión de precisar, si la pena única a exacerbar según la regla del párr. 2.º del art. 71 del C.P., y su excepción, con la sanción acumulada, deben ser precisadas en “abstracto”, de acuerdo únicamente con la que se fije en los respectivos tipos de delito, o en “concreto”, o lo que es igual, la del delito que se está sancionando al verificar cada enjuiciamiento tomando en cuenta, no sólo la pena de dichas infracciones sino también, las reglas que regulan la penalidad, de manera principal, como son aquellas que precisan la sanción para los grados de ejecución, formas de participación y circunstancias modificativas de la reponsabilidad criminal.*

Que la posición de esta Sala, en la resolución de tal problema, no ha sido unitaria, sino que unas veces atendió al cotejo de las penas en abstracto, fijando como puntos de comparación los límites inferiores del grado máximo de la sanción del delito más grave, y el de la suma de las penas referentes a las diversas infracciones realizadas, como ha sucedido últimamente en sus sentencias de 27 nov. 1956, 6 junio 1957, 3 feb. 1958, 22 enero 1962 y 11 junio 1963, entre otras, y en cambio en otras oportunidades, actuó a medio de la *determinación en concreto de la penalidad*, valorando las circunstancias concurrentes en el caso individual estudiando, y atendiendo a la sanción judicialmente aplicable como resultado, como sucedió a través de las SS. 26 junio 1908, 8 feb. 1909, 23 feb. 1946, 23 enero 1959, 22 sept. 1962 y 16

mayo 1963, entre otras también, siguiendo en este último supuesto el criterio patrocinado por la Circular de 10 feb. 1908, de la Fiscalía del T.S., y de la Memoria de éste organismo del año 1943, que aceptan como punto de partida para resolver la cuestión, la calificación de los hechos y la extensión o carácter de las penas, dentro de las condiciones establecidas por la concurrencia o no, de circunstancias modificativas.

Que en el trance de elegir la posición más fundada, entre las expuestas se llega a la conclusión más técnica, de aceptar la segunda de ellas, pues las penalidades a comparar de las establecidas en los dos últimos párrs. del art. 71 del C.P., deben ser las determinadas en "concreto", por el juego de la punición, que en abstracto prevé el tipo o tipos aplicables, con más la agregación de la efectividad de las reglas de penalidad que principalmente regular la punición, de los grados ejecutivos del delito de las formas de participación y de las circunstancias modificativas, —ésta en la forma que se expondrá— pues la norma citada no manda prescindir de éstos criterios, y tampoco puede creerse que la voluntad legal así lo desee, porque llevaría a tener que comparar comportamientos no homogéneos, es decir, heterogéneos, con todas las dificultades, que ello comportaría y además la efectividad de las reglas generales de precisión de las penas, no pueden desconocerse, dada su importancia correctora en orden a la punición.

Que adoptado tal criterio, la *manera de realizarse la medición concreta en cada caso*, es sencilla, en cuanto a la precisión de la excepción favorable al reo, en orden a fijar "la suma de las penas de los diversos delitos", a imponer separadamente, pues se atenderá a la fijada típicamente para cada infracción en el tipo aplicándole a su vez las reglas generales de penalidad, y obteniéndose así el resultado, según el grado delictivo, forma de participación y circunstancias modificativas; y a su vez, el logro del "grado máximo de la punición del delito más grave", se conseguirá, estableciendo, como entiende la mejor doctrina científica, "la pena del delito más grave", en el caso concreto, según la fijada al tipo, y además atendiendo a la que resulte del juego de las tan citadas reglas generales para determinar la pena, pero operando sólo con la propia de los grados de ejecución, formas de participación, y circunstancia atenuantes y agravantes de "eficacia excepcional" eximentes incompletas, multirreincidencia, menor edad, etc. pero no las de eficacia común, y hallado así la pena del delito más grave, ha de buscarse el "grado máximo de la misma" con arreglo a las normas de división legal en tres grados, imponiendo el más alto de los tres en su límite mínimo, si bien, de existir, y dentro del grado superior, actuarán su eficacia las reglas del art. 61 del C.P., es decir "las circunstancias"

modificativas ordinarias que han de jugar dentro del marco de la pena del delito más grave en su grado máximo, pudiéndose con tal sistema efectuar la comparación y aceptar la mejor por el reo aunque se debe siempre al hacerse la comparación entre si de penar los varios delitos separadamente o sólo el más grave, de concurrir circunstancias modificativas de atender a su eficacia, para que los términos de la comparación sea "concreta" acogiendo, como es humano, la más beneficiosa para el reo, por ser menor el tiempo de su duración *única o varia*.

(S. 1 de julio de 1975)

USURPACION DE FUNCIONES.— BIEN JURIDICO PROTEGIDO.— REQUISITOS.— SU CARACTER FORMAL Y DE MERA ACTIVIDAD.— SU POSIBLE CONCURSO CON LA ESTAFA.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 320 Párr. 1.º.

Que el delito tipificado en el art. 320 párr. 1.º del C.P., *tutela la fe pública colectiva*, otorgada a la idónea realización de funciones públicas ordenadas al bien común, a medio de la identidad personal de los que como Autoridades o funcionarios públicos las ejerzan, con función representativa de legítimas instituciones, sancionando inmiciones de particulares antijurídicas, por ausencia de investidura, título o causa legal, en invasión de atribuciones, cualquiera que sea su finalidad, que implique una indudable falta de verdad subjetiva por falsedad ideológica que se simule o finge, y un indudable desprestigio o menos precio para la función, de trascendencia notoria.

Que tal delito de usurpación de funciones, se halla integrado por dos *requisitos* constituyentes: uno *subjetivo o ideal*, constituido por la atribución de carácter oficial en el sujeto activo, manifestando cualidad que no posee, a cuyo fin, basta una manifestación expresa o un acto tácito inequívoco, que resulte idóneo, para que el sujeto pasivo crea la superchería de la fingida función, sin ser necesario por lo tanto, la exhibición de documentos, insignias o atributos justificativos de la falsa condición que invoca o ejerce, y que aparentemente le conceda la cualidad de Autoridad o funcionario público; y otro, *objetivo o material*, determinado por la ejecución de actos propios de la función correspondiente a dichas personas protegidas, y que pertenezcan a la línea general de atribuciones que ordinariamente son conferidas a los suplantados, aunque no sean las estrictamente reglamentarias.

Que la usurpación de funciones, al ser una modalidad falsaria personal o de acto, de carácter formal y de mera actividad, *no precise para existir, de resultado material lesivo*, por hallarse éste embebido en la acción misma, bastando para su existencia la atribución, mendaz del carácter oficial expresa o tácita, con la realización además, de actos propios de la Autoridad o del funcionario público, si bien, de agregarse en la progresión criminal, hechos que pueden ser delictivos en su resultado material, y que no supongan una ostensible correlación con el normal cometido funcional, estos al no hallarse exigidos en el tipo, suponen un "plus" de criminalidad, y por lo tanto han de sancionarse con independencia, pues se trata de conducta posterior y abusiva, que representa un engaño autónomo y distinto del anterior, siendo el supuesto más frecuente, el de la *usurpación de funciones arrogándose la calidad de Autoridad o funcionario, acompañada de engaño lucrativo y defraudatorio*, integrante de la estafa, en que ambas infracciones conservan su propia individualidad, al ser modalidades diferentes con propia sustantividad, efectuadas incluso en momentos diferentes de la progresión criminal, aunque están en relación de delito medio para alcanzar el delito fin, y supongan, un *concurso ideal heterogéneo*, sancionables, según sea más beneficioso para el reo, de conformidad a lo dispuesto en el art. 71 del C.P., como un solo delito —el más grave— en su grado máximo, y como dos separados, si el interés del condenado para una menor punición, así lo exige.

(S. 18 de junio de 1975)

**ABUSOS DESHONESTOS: MUJER PRIVADA DE RAZON.—
SIGNIFICACION Y ALCANCE DE LA AUSENCIA DE RAZON.—
EL ELEMENTO COGNOSCITIVO DEL DOLO DEL OFENSOR.**

**PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. 430 con relación al
429, Núm. 2.**

Que el delito de abusos deshonestos del art. 430, en relación con el número 2.º, inciso primero del art. 429 del C.P., *requiere para tener existencia real*, que el agente, lastime el pudor y la libertad sexual de otra persona, con ánimo libidinoso, actuando dinámicamente sobre su cuerpo, con tocamientos o acciones lúbricas que así lo signifiquen, y siempre que el sujeto ofendido, se hallare privado de razón por cualquier causa.

Que esta modalidad de abusos deshonestos por privación

de razón en el sujeto pasivo, supone la ausencia de ésta por enajenación mental, debida por lo general, a circunstancias patológicas o morbosas, que produzcan una ausencia de voluntad y consentimiento para aceptar el acto deshonesto, cuya significación y alcance no sea capaz de consentir, por falta de facultades psíquicas, y por lo tanto, de apreciar la ofensa que sufren en su honestidad, habiendo oscilado la doctrina de esta Sala, entre la exigencia de una completa anulación de la conciencia, y la mera disminución cierta y ostensible con anormalidad, y situación de casi inhibición de las facultades mentales; pero en todo caso, acogió dentro de ellas, las *psicosis* en su variada gama, y las *ligofrenias*, dentro de sus grados más intensos —máximo y medio— de la idiotéz e imbecilidad, por producir anulación o acusada disminución de la capacidad valorativa, de los actos realizados por la víctima, que suponen falta de razón, porque anulan el entendimiento y faltan los frenos inhibitorios contra los instintos y apetitos sexuales, aunque no han faltado resoluciones, como las de 4 febrero 1935, y 3 enero 1948, que dentro de la imbecilidad, distinguieron dos grados, el profundo o erédito, y el medio o tórvido y apático, extrayendo este último de la privación total de la razón, si es muy ostensible y alto el coeficiente intelectual, conociendo el ofendido, el alcance y consecuencias de la acción ejecutada, y poseyendo defensas suficientes para no dejar hacer, sobre su cuerpo, por poseer experiencia, educación y ambiente apropiado, dentro del orden sexual.

Que si *el elemento intelectual o cognoscitivo del dolo*, requiere, el previo conocimiento factico de los hechos en sí mismos constitutivos del delito, captando su significación valorativa, y poseyendo conciencia de la ilicitud del injusto —o antijuridicidad—, por saber que su conducta se halla en pugna con el derecho, es evidente, que en el supuesto, del delito de abusos deshonestos sobre sujeto pasivo falto de razón, ha de *requerirse que el agente comprenda la situación de enajenación en que se encuentre la persona sobre que actúa*, sabiendo que por su estado, es incapaz de resistir y de consentir la deshonesto conducta, en su real alcance y en sus peculiares efectos, aprovechándose el sujeto activo conscientemente de la inconsciencia ajena, y obrando antijurídicamente; conocimiento que habrá de obtenerse, aunque sea de manera elemental, y con arreglo a la misma formación humana y cultural del agente, y que resultará más fácil o difícil de conseguir la conformidad a la mayor o menor profundidad y evidencia física o psíquica, que la enfermedad mental padecida revele externamente, por lo que es conveniente que en tal sentido se pronuncien las sentencias de instancia adecuadamente, con el mayor número de datos y precisiones, por el riesgo

que siempre comporta, establecer presunciones de conocimiento por parte del ofensor del estado mental de su víctima y de su incapacidad para prestar el consentimiento válido, que si bien en situaciones de ostentosa manifestación externa de la enfermedad, pueden establecerse, no sucede lo mismo, cuando esta circunstancia no conste claramente expresada, sobre todo, si el agente es hombre rústico, de escasa cultura y conocimientos, y la actuación libre del sujeto pasivo, por sus condiciones ambientales y sociales, no pone de relieve, de manera cierta, su estado mental anormal, sino por el contrario una conducta común u ordinaria.

(S. de 14 de junio de 1975)

ESCANDALO PUBLICO: REQUISITOS.— EXHIBICIONISMO.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. 431.

Que el delito de escándalo público, tipificado en el art. 431 del C.P., como de mera conducta, *requiere, en lo objetivo*, que el comportamiento del sujeto activo, suponga la material *realización de actos inmorales o deshonestos*, de condición desvergonzada o inejemplar, que ofenden a la moral o buenas costumbres, o sea, al pudor colectivo, de acuerdo a la valoración sociocultural del momento del hecho; y además exige, que tales actos, *se proyecten públicamente al exterior de la comunidad*, produciendo lesión de los sentimientos recatados humanos, en mayor o menor extensión por el escándalo que contienen o que actúen también, por su transcendencia grave, sobre una o varias personas, sin genérica expansión o externa publicidad, con intensidad o gravedad, por la importancia del acto que sufren, lo que tiene una adecuada manifestación, en la *norma del párr. 2.º de dicho artículo si afecta a menores de edad*, con personalidad en formación, que puede comprometerse, por el trauma psíquico y ético que recibe, con la mala conducta.

CDO.: Que el *exhibicionismo doloso e intencional, de los órganos sexuales del cuerpo humano*, realizados por el agente, de manera ostensible y visible, en lugar público, imponiendo tal deshonesto exteriorización, a otras personas, que no desean o permiten la visión impuesta, y a quienes se ofende en su natural pudor y recato, genera la consecuencia ordinaria de no existir circunstancias excepcionales, de tener que ser estimada como constitutivo del delito de escándalo público antes delimitado, del art. 431 del C.P., siempre que concurren alguna de las dos *disyuntivas* típicas, de *publicidad general o transcendencia particular*:

superándose la mera *falta del art. 567 núm. 3.º* del propio cuerpo legal, porque la gravedad de la ofensa generada a las buenas costumbres es cierta, cuantitativamente valorada la conducta, tal y como exige aquella primera norma, superando la simple levedad de la actividad que requiere la referida falta, que ha de poseer una incisión menor, por su circunstancialidad.

(S. de 24 de junio de 1975)

ALZAMIENTO DE BIENES. REQUISITOS.— TIPO PENAL ABIERTO.

PRECEPTO ESTUDIADO. C.P. Art. 519.

Que como reiteradamente se ha declarado por esta Sala, el delito de alzamiento de bienes tipificado en el art. 519 del C.P., es infracción criminal de tendencia y mero riesgo, que precisa del *requisito intencional* que constituye su dolo específico y que lo encarna el propósito del deudor de burlar, perjudicar o defraudar a sus acreedores reales, legítimos y actuales, en concurrencia con el requisito *objetivo*, materializado por la ocultación, enajenación o desaparición de los bienes propios que el servicio de aquel designio realiza el deudor, haciendo por tal medio ineficaces las acciones que contra él pudieran ejercitarse para el cobro de lo adeudado, cuando su pago es exigible y la situación de insolvencia, total o parcial, real o aparente, se produce, quebrantando el ejercicio de las normales pretensiones procesales de ejecución de las obligaciones a través de su forzoso cumplimiento judicial, tratándose de un *tipo penal abierto* por la amplitud que permite la forma verbal “el que se alzare” empleada por el texto punitivo, que acoge cualquier actividad dinámica, de carácter personal o real, que produzca la consecuencia de impedir la realización o cobro de los créditos ajenos, por sustraerse los bienes al destino cautelar que les afectaba, sin exigir el daño o perjuicio económico concreto, bastando la situación de peligro dolosamente creada que impida o dificulta la eficacia de las acciones normales civiles o mercantiles dentro del orden judicial establecido.

(S. de 30 de junio de 1975)

ESTAFA: APARIENCIA DE BIENES: "CONTRATOS" CRIMINALIZADOS: SU DISTINCIÓN DEL INCUMPLIMIENTO CIVIL DEL CONTRATO.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 529, Núm. 1.

Que la estafa propia, producto del engaño idóneo y finalístico, que opera como medio de la defraudación por desplazamiento patrimonial debida al error causado, tiene una de sus formas de manifestación más común, en la *apariencia de bienes*, por hacer creer el agente a su víctima, tanto de manera positiva, como por omisión, ante la falta de la obligada declaración contraria, la solvencia por aparentar ser titular de un patrimonio que garantice la prestación onerosa, siendo así que cautelosa y falsamente, se oculta un estado de verdadera insolvencia o indotación económica, que de ser conocido, hubiera impedido la celebración del aparente negocio jurídico, y a medio del que aquél consiguió, de su víctima, perjudicarlo económicamente, pues la ostentación expresa o tácita de bienes, fue causa de esa negociación engañosa y defraudatoria.

Que la estafa con su amplio espectro típico y culpabilista, admite dentro de los "artífices" y fraude que envuelve, la utilización de negocios civiles o mercantiles, que por desgracia son "*contratos criminalizados*", a que se recurre, por el delincuente, porque su misma apariencia y operatividad normal, es forma que induce a aceptar el ardid que envuelven, pero llevando en su entraña, el artificio malévolo de servirse de ellos, para enriquecerse del acto dispositivo debido al error que causó, sin dar existencia a la prometida y falaz contraprestación onerosa, que vanamente promete, para conseguir, con ánimo de lucro, adueñarse de bienes ajenos; por lo que *distinción entre el negocio jurídico ilícito penalmente, y el incumplimiento civil de un contrato seriamente pactado*, con consecuencias de orden privado, se encuentran en que en primer caso se recurre a él como medio para la estafa, desde antes de aparentemente pactarse, siendo su incumplimiento ya deseado desde "ab initio" por el delincuente, en cuanto a su falaz contraprestación, mientras que en el segundo, se trata de un negocio serio inicialmente, que luego se deja incumplido, por culpa o por dolo sobrevenido, que queda al margen del ámbito penal.

(S. de 29 de septiembre de 1975)

USURA: ELEMENTOS.— USURA ENCUBIERTA: ART. 543 C.P.: SUS CARACTERISTICAS.— ARBITRIO JUDICIAL.— USURA POR PERSONAS JURIDICAS.— LA ESTAFA DEL 532 NUM. 2: PRESUPUESTOS.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 543 y 532 Núm. 2.

Que la usura, integrada por la búsqueda de un anormal beneficio económico, sin causa bastante, a medio del ejercicio del préstamo o de cualquier otra actividad similar, poniendo el prestamista en práctica alguno de los infinitos artilugios inventados, por su odiosa actividad, reprochaba comunitariamente *para que pueda constituir delito de enriquecimiento patrimonial*, exige que a la ilicitud civil previa, determinada por la Ley de Azcárate de 23 julio 1908 (Dic. 18972), se agreguen elementos típicos, de condición extraeconómica, pues la antijuridicidad civil integra la criminal, aunque ésta requiera la suma de complementos típicos, de habitualidad (art. 542), de encubrimiento del préstamo (art. 543), o de abuso de menor (art. 544, todos del C.P.); demandando en definitiva, y como condición previa para su aparición delictual, que la usura se manifieste, por cualquiera de los tres supuestos contenidos en el art. 1.º de aquella Ley privada y prohibitiva, al pactar intereses notoriamente superiores a los normales del dinero y manifiestamente desproporcionados a las circunstancias del caso, o cuando el préstamo se otorgue en condiciones leoninas, siendo aceptado en situación angustiosa, o por fin, suponiendo recibida superior cantidad a la realmente entregada a cualquiera de cuyas actuaciones han de sumarse alguna de las adiciones determinadas en las normas criminales referidas.

Que la *usura encubierta*, vestida o “pallata”, tipificada en el *art. 543 del C.P.*, es un delito contrato por la dificultad de descubrir el astuto y solapado proceder proverbial de los usureros, que la utilizan, para eludir las prohibiciones legales, enmascarando, camuflando, disimulando, disfrazando o encubriendo un préstamo usuario con otra forma contractual de cualquier especie, pero que sirve a los fines del mutuo, de proporcionar dinero, con obligación de devolverlo, al pasar determinado tiempo, no infringiéndose del negocio aparente, de manera directa, la desproporción usuraria del beneficio, ni tampoco el mismo negocio subyacente de préstamo, por lo que en orden a la culpabilidad del agente, ha de manifestar no sólo el dolo genérico de contratar consciente y voluntariamente de manera usuraria, sino además el dolo específico, de disfrazar o vestir la conducta inmoral, con contrato distinto del préstamo que se falsea y tratándose en definitiva de un delito de mera actividad o riesgo, que se consuma al otorgarse

el negocio, en conducta meramente especuladora, sin necesidad de alcanzar los resultados materiales económicos, por ser suficiente crear potencialmente un daño patrimonial ajeno.

Que es característica de la usura encubierta, la participación colaboradora del prestatario, con el prestamista, al disfrazar o enmascarar, voluntariamente, el mutuo usurario, ambos de común acuerdo, en vía documental, por lo que tiene importancia trascendente para el delito, la necesidad económica y situación angustiosa, que necesariamente ha de vincular o inducir al primero a la sumisión prestada, aceptando lo ampuloso del interés, y el encubrimiento querido del negocio, como ya exigieron las SS. de 31 octubre 1939, 12 febrero 1955 y 13 marzo 1958 pues de no existir tan presionante y coaccionante angustia económica sino meramente una expectativa de buen negocio, ampliamente lucrativo, que se pretende realizar a medio de la ayuda económica ajena, con participación intensa de ambos en las posibles ganancias de la operación, entonces, la libertad y codicia recíproca con que se opera, no puede enmarcarse dentro de la usura vestida, por faltarle elementos esenciales que puedan criminalizar la conducta y, concretamente, la construcción en el obrar especulativo, más aún, cuando se trataría de una "participación de negocios", futuro, que según la sentencia de la Sala 1.^a de 6 octubre 1956 y la de esta Sala de 14 marzo 1963, queda extramuros de la usura encubierta, porque los amplios beneficios buscados, aún desorbitados, son peculiares a su esencia y naturaleza y no dañan ni potencialmente al patrimonio presente, asentándose sobre una mera ganancia de futuro.

Que aunque para estimar la usura, el art. 2.º de la Ley de Azcárate, concede amplio arbitrio a los Tribunales Civiles, de instancia, en la formación libre de su convicción psicológica, según su conciencia, experiencia y formación jurídica, sin sujeción a módulos cuantitativos, no por ello, en el orden penal, por las consecuencias sancionadoras tan graves que genera, puede condenarse, sin datos ciertos, explícitos y concretos, y en la usura encubierta, sin declaración en los hechos probados, de la indudable usura subyacente de un préstamo realizado por el inculpado y de la simulación del negocio aparente o externo, pues puntos tan esenciales no pueden ser objeto de meras presunciones, conjeturas o hipótesis en casación, a no convertirla, indebidamente, en segunda instancia —SS. de 19 septiembre 1939, 13 febrero 1959 y 5 abril 1963—.

Que es de estimar, con la mejor doctrina científica, por ser equilibrada y justa su posición, que si bien de la *usura cometida por personas jurídicas*, responde la persona física que la representó socialmente en la operación, esto únicamente suce-

derá, cuando conste que en la actividad concreta, de desarrollo del mandato superior, realizare el negocio lucrativo ilícito, participando él personalmente en los beneficios o intereses crematísticos, pero si no obtiene provecho propio, ni actuó como mediador, inductor o cooperador necesario, debe quedar exento de toda responsabilidad criminal.

Que el delito de *estafa especial tipificada en el art. 532, núm. 2.º del C.P.*, requiere para cometerse de la presencia de los siguientes *presupuestos*: a) Que se otorgue bilateralmente un contrato aparentemente válido, en cuyo supuesto puede encajarse la autocontratación, o consigo mismo. b) Que tal contrato sea sin embargo simulado o fingido, a medio de una falsedad ideológica, que suponga el configurar un acto de disposición patrimonial que no tenga causa jurídica, y que no coincida con la realidad. c) Que la intención que guíe a los contratantes, sea dirigida finalísticamente a originar un perjuicio a tercera persona, y d) Que tal comportamiento origine no un perjuicio abstracto, sino concreto y conocido, aunque su alcance material no se encuentre determinado, pero que pueda establecerse por el Tribunal penal, ejercitando su discrecional arbitrio.

(S. 8 de octubre de 1975)

RECEPTACION.— SU ORIGEN HISTORICO COMO DELITO ESPECIAL.— TIPO BASICO: ELEMENTOS.— SU DISTINCION DEL ENCUBRIMIENTO SIMPLE Y GENERICO.

PRECEPTOS ESTUDIADOS: C.P. Arts. 17, núm. 1.º y 546 bis a).

Que aunque los arts. 513 y 514 del C.P. de 1928 hacen referencia a una variedad del encubrimiento, como delito especial y limitado a unos ciertos y escasos supuestos, el *encubrimiento con ánimo de lucro propio*, más conocido como receptación, en cuanto delito independiente y autónomo dentro del Ambito criminal, surge en el ordenamiento jurídico-penal sustantivo del país a virtud de la L. de 9 mayo 1950, a tenor de la que fue agregado al artículo del C.P. el art. 546 bis con sus varios apartados, dirigidos a la penalización del que sin intervenir en la comisión del delito inicial contra la propiedad, se beneficia económicamente del mismo, al propio tiempo que tiende a extinguir esta plaga social de logreros, dificultando la salida de lo apropiado en las diferentes infracciones contra aquélla, de cuyos seis apartados el señalado bajo el epígrafe a) constituye el *tipo básico*,

que se tipifica conforme a su texto legal, por la concurrencia de un *elemento psíquico e interno* centrado en el conocimiento de la perpetración de un delito contra los bienes y de otro *elemento dinámico y externo* consistente en el aprovechamiento personal o propio de los efectos materiales obtenidos mediante el mismo, requisito éste que a su vez lleva inherente, por el empleo y aplicación del verbo "aprovechar" y por imperativo del Título y Capítulo en que se incluye el art. 546 bis, el *ánimo de lucro*, razón de la sustantividad del precepto referido en la que se asienta su primordial característica finalista, de notoria relevancia por marcar la línea divisoria y *distinguir* inequívocamente la figura delictiva del encubrimiento con ánimo de lucro; de la tradicional forma de codelincuencia *del encubrimiento simple y genérico* prevista en el núm. 1.º del art. 17 del propio Cuerpo legal punitivo, que no desaparece, sino que se mantiene para criminalizar a los que meramente cooperan auxiliando a los delinquentes directos para que se aprovechen de los resultados y efectos conseguidos de los delitos o faltas cometidas, radicando por consiguiente la característica esencial y diferencial entre la participación delictiva sustantiva del art. 546 bis a) y la participación encubridora punible del art. 17 en el modo y forma concreta *del aprovechamiento de los efectos del previo delito ejecutado*, que lo es en beneficio propio y primordial del encubridor o receptor en aquélla y bajo tal acicate y móvil lucrativo actúa, o simplemente, presta su auxilio y concurso en favor del autor del delito contra los bienes para que éste consiga utilidad y ganancia de su conducta delictual.

(S. 30 de septiembre de 1975)

APROPIACION INDEBIDA: VIVIENDAS. FINALIDAD DE LA LEY 27/1968 DE 27 DE JULIO. CREACION DE UN PATRIMONIO SEPARADO DE AFECTACION O FIN. TIPICIDAD ESPECIAL.— DELITO DE RESULTADO.— DEMORA EN LA ENTREGA DE LA VIVIENDA.

PRECEPTOS ESTUDIADOS: C.P. Art. 535 y L. 27-VII-1968, Arts 1 y 6.

Que para acabar con la especulación no moral, realizada por traficantes sin escrúpulos, sobre personas de buena fé, que les entregaban su dinero anticipadamente, para alcanzar la adquisición de viviendas familiares futuras que necesitaban, porque aqué-

llos se beneficiaban con todo o parte de lo entregado, sin lograr el dominio del inmueble, por ser engañados, o por la impericia de los constructores que no conseguían su objetivo, lo que se refleja en la sociedad, alarmándola, burlándola y alterando la seriedad de la convivencia normal, que exige el respeto de tan importantes intereses de sus miembros, se hubo de publicar la *Ley 27/1968 de 27 julio*, regulando con detalle, la percepción de cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, que no fueran de protección oficial, destinadas a domicilio o residencia particular, y cuya normativa es de condición preventiva y represiva a la vez, por tratar de garantizar, o en su caso de castigar, la aplicación real o la falta de los medios económicos anticipados por los adquirentes y futuros usuarios de las viviendas.

Que dicha ley, complementada por la Ordenes del M.^o de la Vivienda, de 10 agosto y 12 diciembre 1968, exigen a las personas físicas o jurídicas que promuevan la construcción de dichas viviendas, cuando pretendan de los cesionarios entregas de dinero antes o durante la construcción, el *cumplimiento de las condiciones imperativas*, de garantizar con seguro o aval bancario solidario, de Banco o Caja de Ahorro, la devolución de las cantidades entregadas, más el 6% de interés anual, para el caso de que la construcción no se inicie, o no se lleve a buen fin, por cualquier causa, en el plazo convenido —art. 1.^o ap. 1.^o Ley— y además percibir dichas cantidades anticipadas, a través de una cuenta especial, y exclusiva a tal fin, por ir dirigida a satisfacer sólo la construcción, a través de iguales entidades —apartado 2.^o de igual artículo—; utilizándose en definitiva, un sistema de *creación de un patrimonio separado de afectación o fin*, porque el dinero entregado al promotor, en adecuada y cierta comisión y destino impuesto, posee una individualidad patrimonial, y se dirige sólo al fin de la construcción de las viviendas, que no puede ser desnaturalizado, o desviado, en favor del referido promotor, y en contra de los cedentes.

Que el art. 6 de dicha Ley 27/1968, de 27 julio, establece una *tipicidad especial*, al estimar como delito —o en su caso falta— de apropiación indebida del art. 535 del C.P., la no devolución por el promotor al adquirente de la totalidad de las cantidades anticipadas, con infracción de lo dispuesto en el art. 1.^o de la propia Ley, imponiendo las penas fijadas en el art. 528 del mismo cuerpo punitivo, en su grado máximo, por lo que, en calificación “*ex lege*”, que no puede anular las características propias del delito de apropiación indebida ha de entenderse que la entrega del dinero en mera posesión y con destino impuesto, de construir las viviendas, no puede desviarse, a medio de un abuso de confian-

za, enriquecimiento injusto y ausencia de lealtad, transmutando el fin o destino, determinado por el título fiduciario de comisión, en propiedad ilegítima, con adueñamiento del dinero, en acto de autoridad propia prohibida del promotor, que generó su no devolución, y a la vez la falta de entrega de la construcción con su cédula de habitabilidad.

Que al ser el delito indicado, calificado por la Ley de apropiación indebida, es evidente, que ha de estimarse como una *infracción criminal de resultado*, como todos los delitos contra la propiedad, por exigir la necesaria defraudación económica de otra persona, rebasando con mucho el mero delito formal o de mera actividad, por necesitar de la presencia del dolo peculiar del mismo, que actúa dentro del elemento objetivo de la acción más que en el de la culpabilidad y que consista en el ánimo o propósito de lucro, que es la ventaja, goce, utilidad o provecho alcanzado con el indebido apoderamiento; por todo lo que, no puede bastar para crear tal delito del art. 6.º de la Ley de 27 julio 1968, el mero incumplimiento formal de las garantías preventivas aludidas, lo cual puede ser sancionable administrativamente según el art. 6.º párr. 1.º, sino precisamente la pérdida del dinero anticipado al promotor, por la ausencia de devolución unida a la falta de entrega de la vivienda adquirida, pues sin dolosa defraudación y perjuicio cierto no existe delito, por todo lo que, si se garantiza el cumplimiento de la construcción con otras medidas adecuadas en derecho, y solo se genera una *demora en la entrega*, debida a circunstancias administrativas, obrando los constructores de buena fe, sin ánimo de lucro y sin perjuicio económico, con ausencia de culpabilidad, y sin apoderamiento o enriquecimiento alguno, del dinero, o de la vivienda, que se entrega aunque sea fuera de plazo, faltan las condiciones habilitantes para la efectividad de dicha infracción criminal, por carencia de la realidad del apoderamiento enriquecedor y empobrecedor, correlativamente, para los sujetos activo y pasivo, y de la culpabilidad necesaria en el ámbito penal y en el delito de apropiación indebida, sin perjuicio de las valoraciones que en el ámbito del derecho privado, pueda tener la demora de la entrega de la vivienda, totalmente ajenos a ésta jurisdicción.

(S. 25 de junio de 1975)

IMPRUDENCIA TEMERARIA: SU DISTINCION DE LA CULPA LEVE ANTIRREGLAMENTARIA.— PRESUPUESTOS PSICOLÓGICO Y NORMATIVO.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Art. 565, Párr. 1.º y 2.º.

Que la *distinción, entre la culpa grave o temeraria, y la que le sigue en jerarquía culpa leve antirreglamentaria*, acogidas respectivamente en los párrs. 1.º y 2.º del art. 565 del C.P., no puede realizarse, atendiendo a la mayor o menor intensidad del resultado alcanzado en cuya producción interviene de forma decisiva el azar, ni tampoco valorando la ausencia, presencia o alcance de las infracciones reglamentarias o de policía, que por lo general concurren en los dos, sino que ha de lograrse exclusivamente, midiendo el *alcance cualitativo de la culpa en su dimensión espiritual y material*, lo que ha de apreciarse a través de un difícil juicio valorativo y apersonal del Juez penal, efectuado después del hecho y referido a un comportamiento ajeno anterior, analizando con cuidado exquisito de un lado, y a medio de difíciles juicios hipotéticos de probabilidad, la mayor o menor gravedad de la ausencia psicológica padecida por el agente, y que le hizo desconocer el curso causal de la acción u omisión efectuada, y cuyo resultado probable y previsible pudo y debió prever, con más amplia o menor facilidad —*elemento psicológico* y subjetivo de la culpa—, y de otro, estimando el superior o ínfimo alcance del deber objetivo de cuidado, impuesto guardar legal, reglamentaria o socialmente, y que no fue cumplido por el subjetivo activo —*presupuesto normativo y objetivo*—.

(S. 6 de noviembre de 1975)

IMPRUDENCIA SIMPLE CON INFRACCION DE REGLAMENTOS: SU DIFERENCIA CON LA IMPRUDENCIA SIMPLE O LEVE DEL ART. 586 DEL C.P.

PRECEPTO ESTUDIADO: C.P. Arts. 565, párr. 2.º y 586, núm. 3.º.

Que la imprudencia denominada simple o leve, prevista en el núm. 3.º del art. 586 de nuestro C.P., no se diferencia de la establecida en el párr. 2.º del art. 565 del mismo Cuerpo legal, en la intensidad o gravedad de la falta de la atención debida, que

suele ser igual en ambas, sino en que mientras en la segunda se infringe además algún precepto o norma reglamentaria que imponía legalmente al agente un específico deber de cuidado, relacionado causalmente con la conducta imprudente y cuyo cumplimiento probablemente hubiere evitado su realización; en la primeramente designada, no existe más que una leve omisión del deber de cuidado en el obrar, de esa falta de atención y cuidado a que suele poner el ciudadano medio para evitar las consecuencias dañosas y previsibles del propio acto y que se rige por máximas comunes y de experiencia; o sea que a la culpa leve, para que pueda ser considerada como delito y no como falta debe serle agregado un plus de antijuricidad, representado por la infracción reglamentaria, que a su vez y por si sola tampoco es sancionable penalmente de no sumarse a una imprudencia leve.

(S. 11 de octubre de 1975)

J.G.M.M

FRANCISCO
• O T I L I S M I •
• D E V I T O R I A •



SECCION DE
DERECHO
MILITAR